

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**Argumentación de las sentencias de tribunales de garantías penales en
el Ecuador**

Erik Manuel Vásquez Llerena

Tutor: Christian Rolando Masapanta Gallegos

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Erik Manuel Vásquez Llerena, autor de la tesis intitulada “Argumentación de las sentencias de tribunales de garantías penales en el Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

14 de julio del 2020

Firma: _____

Resumen

Este estudio es sobre la garantía constitucional de la motivación en las decisiones judiciales de forma general y en el ámbito penal, en particular, como aspecto de vital importancia en la materialización de los principios y garantías de un Estado constitucional, frente a las arbitrariedades del ejercicio del poder punitivo del Estado. Esta garantía complejiza la labor del juez en la interpretación y aplicación del derecho, quien adquiere un rol más activo y trascendente que en el Estado legal. La diferencia entre casos fáciles y casos difíciles no resulta tan fácil: los casos fáciles se resuelven con la aplicación de una regla al caso en cuestión, mediante el silogismo que se lo realiza sin mayor debate. Por el contrario, los casos difíciles no se resuelven o entienden de una manera tan sencilla; se requiere de una justificación por medio de buenas razones, que permita construir premisas normativas y fácticas para arribar a una decisión que satisfaga las expectativas de la sociedad.

La diversificación del marco metodológico utilizado, permitirá al lector encontrar las herramientas que el juez puede utilizar para el cumplimiento de su labor; entre ellos, el dogmático que recoge los conceptos desarrollados por la teoría de la argumentación jurídica, fundamento de lo que hoy conocemos como la garantía de motivación, además se ubican los criterios o cánones de motivación desarrollados por nuestra Corte Constitucional, que pueden aplicarse forma general cualquier tipo de resolución, y, de manera específica en el área penal, con el objeto de cualificar una determinada motivación, continuando con un estudio de los diferentes esquemas del delito, y; su evolución en la línea del tiempo, mismo que han sido desarrollados por la dogmática penal a través de la teoría del delito, como herramientas necesarias para elaborar sentencias motivadas. Finalmente, se realiza un estudio sociológico cuantitativo y de análisis del discurso, de las sentencias emitidas por el único Tribunal de Garantías Penales de Pastaza en el año 2018, para contrastar la realidad de la praxis judicial con los postulados de la garantía de la motivación. Así se devela una continuación del formalismo jurídico en la actividad judicial de motivación, a una década de existencia del Estado constitucional, el cual en la práctica judicial aún no se logra materializar.

Palabras clave: motivación, sentencia, Estado constitucional de derechos, categorías dogmáticas del delito, razonabilidad, lógica y comprensibilidad

A mi compañera de vida, mi amada esposa Cristina, por creer en mí, por su amor, y apoyo incondicional, entrega y sacrificio, sin los cuales no fuera posible continuar mis estudios profesionales.

A mi hija Génesis, y; a mis hijos: Jonatán y Mateo, por ser los motores que generan en mí el anhelo de superación, por su bondad y desprendimiento del tiempo que les correspondió, en las extensas jordanas académicas.

A mis padres Manuel y Estelí; por educarme con principios y valores cristianos, desde mi niñez, los cuales han constituido el faro que guía mi vida especialmente en los momentos y circunstancias más hostiles.

A mis hermanos Jenny e Israel, porque aun desde la distancia geográfica que nos separa me han apoyado para superarme profesionalmente.

A mi Abuela Hilda y a la memoria de mi abuela y abuelos: Inés Castorina, José Miguel y Moisés Enrique, por su cariño, por su ejemplo de dedicación y responsabilidad y sobre todo por transmitir valores y principios cristianos a mis padres.

Agradecimientos

A Dios por darme la vida y proporcionarme el sustento diario.

A la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, y sus docentes de la especialidad y maestría en Derecho Penal; por el desprendimiento inagotable y desinteresado al compartir sus conocimientos, que no serán olvidados.

A mi tutor y amigo Christian Masapanta, por su don de gente, por su ejemplo de humildad y superación.

A mis compañeros, los “Leones”; Paulo Cesar, Jorge Luis, Margarita, Javier, y Pablo por su amistad, porque de ustedes también aprendí; de sus consejos, de las vivencias académicas que compartimos, las cuales permitieron que este proceso de aprendizaje sea más llevadero, también porque me enseñaron a no perder el entusiasmo, y a ser leal con mis convicciones pese a las adversidades de la vida, sus enseñanzas las llevo presente.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: Estado constitucional, argumentación jurídica y motivación de la decisión judicial.....	19
1. Estado de la cuestión	19
2. Dos paradigmas: Estado legal y Estado constitucional	22
2.1. El positivismo y el formalismo jurídico	22
2.2. Crítica a la interpretación clásica del formalismo jurídico.....	23
2.3. La transformación del Estado legal al Estado constitucional de derechos	24
3. ¿Qué es la argumentación jurídica y para qué sirve?	29
4. El deber legal de argumentar como motivación por parte del juez	33
Capítulo segundo: La motivación de decisión judicial en el ámbito penal y sus presupuestos según la legislación ecuatoriana.....	37
1. El reconocimiento normativo de la obligación de motivar las decisiones en la legislación ecuatoriana	38
2. Requisitos básicos de la motivación como justificación en las decisiones judiciales a partir del texto constitucional	41
2.1. Reglas y principios	43
2.2. Los cánones de la motivación: razonabilidad, lógica, comprensibilidad	45
2.2.1. Razonabilidad	47
2.2.2. La lógica	48
2.2.3. Comprensibilidad.....	49
3. Componentes comunes de la motivación en la decisión judicial	49
3.1. Obiter dictum.....	50
3.2. Ratio decidendi	51
3.3. Decisum	51
3.4. El precedente jurisprudencial en la sentencia.....	52
4. La motivación de la sentencia en materia penal	53
4.1. La motivación de los hechos	53
4.1.1. Teoría del caso.....	56
4.1.2. Práctica de pruebas	56

4.1.3. Los alegatos	57
5. La motivación jurídica: esquema del delito y motivación.....	58
5.1. Esquema clásico o causalista naturalista	59
5.2. Esquema neoclásico o causalista valorativo	60
5.3. Esquema finalista.....	61
5.4. Esquema funcionalista.....	62
5.5. Las categorías dogmáticas en la legislación penal ecuatoriana y su aplicación en la motivación de la sentencia.....	64
5.5.1. Acto	65
5.5.2. Tipicidad	65
5.5.3. Antijuricidad.....	67
5.5.4. Culpabilidad.....	68
Capítulo tercero: Análisis jurisprudencial de la aplicación de los estándares de argumentación penal en la provincia de Pastaza	75
1. Resultado del análisis de las sentencias:.....	76
2. Aplicación del test de motivación	84
2.1. Análisis de la decisión judicial No. 2018-00328 (Juez ponente: A)	85
2.2. Análisis de la decisión judicial No. 2017-00412 (Juez ponente: B).....	93
2.3. Análisis de la decisión judicial No. 2014-1389 (Juez ponente: C).....	106
2.4. ¿El Tribunal ha observado los parámetros de: razonabilidad, lógica y comprensibilidad en las sentencias?	119
3. Hallazgos adicionales relevantes	120
Conclusiones.....	121
Bibliografía.....	125
Anexos.....	133

Introducción

Con la llegada del constitucionalismo a América Latina, se han logrado avances importantes en la teoría constitucional y política de los estados en la región, entre ellos se pueden destacar: el reconocimiento sustancial de los derechos de los ciudadanos y la constitucionalización de la justicia; los cuales permiten el control de las arbitrariedades en ejercicio del poder punitivo del Estado, bajo estos criterios la labor jurisdiccional; debe someterse a los principios insertos en la constitución.

Es innegable que esta renovación constitucional, constituye; un antes y un después, en la labor de los abogados, en cualquier ámbito de desempeño. El formalismo clásico había permitido una estaticidad, en la actividad del abogado, gracias al sistema jurídico por excelencia sustentado en el positivismo, el cual, a su vez; tiene como principal fuente del Derecho a la ley; con la ley se buscaba solucionar cualquier tipo de problema jurídico, sin que en la realidad eso ocurra siempre.

Estos cambios estructurales generados por el constitucionalismo, han sido determinantes; en el establecimiento de nuevos estándares para la administración de justicia en el país, con lo cual se complejiza la labor del juez en la interpretación y aplicación del derecho, el juez adquiere un rol más activo y trascendente que en el Estado positivista, deja de ser: *la boca de la ley* y pasa a ser: *el cerebro y la boca de la constitución*.

Aparece una diferenciación entre casos fáciles y casos difíciles, lo cual desacomoda la actividad judicial. El modelo formalista adiestro al juez; a resolver todos los casos como fáciles; con la aplicación de una regla, mediante el silogismo jurídico o subsunción, que se lo realiza sin mayor debate, ya que; por un lado, no existe controversia sobre la regla a aplicar a los hechos fácticos y por otro lado, no existe controversia con la premisa fáctica que da cuenta de los hechos. Con lo cual se logra únicamente la justificación interna.

Por el contrario, los casos difíciles no se resuelven o entienden de una manera tan sencilla, se requiere de una justificación; no solo interna, sino además externa; a través de buenas razones, que permita construir premisas fácticas y normativas, para arribar a una conclusión, y de esta; a su vez a la decisión. Este proceso argumentativo, debe ser necesariamente de carácter persuasivo, pues se debe encaminar a satisfacer las expectativas no solo de las partes intervinientes en el proceso, sino de lo que Perelman

llama el auditorio universal, es decir satisfacer las expectativas toda una sociedad ávida de una buena resolución, y sobre todo; explicada y entendible, con lo cual se logra además la legitimación del Juez.

Bajo estas premisas, el nuevo modelo de Estado constitucional; exige un incremento en la tarea justificativa de las resoluciones y decisiones de los organismos públicos, de los cuales forma parte la Función Judicial, y; por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica que la requerida en el modelo de Estado legal.

El constitucionalismo procura el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Por ello es lógico pensar que el desarrollo constitucional de un Estado, responde a un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigente justificación en los actos de los órganos públicos.¹

En este contexto en el nuevo sistema constitucional ecuatoriano aparece un marcado énfasis en la necesidad que de las funciones públicas motiven sus actos, es decir expliquen o den las razones de sus decisiones. Esta obligación, se encuentra plasmada, tanto; en nuestra Constitución en el artículo No. 76 literal 1,2 en la garantía del derecho a la defensa, cuanto; en la normativa infra constitucional entre ellas: el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 130 numeral 4,³ que reproduce el texto constitucional sobre la garantía de la motivación, en el ámbito jurisdiccional y constitucional, la motivación se plasma como un principio procesal así contempla el Art. 4 numeral 9 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁴ y el Código Orgánico Integral Penal,⁵ también recoge en varios de articulados esta garantía.

Las citadas leyes en cierta manera convergen en una definición de motivación que tiene que ver con la argumentación, en procura de exponer las razones por las cuales quienes representan una función pública toman determinada decisión y que estas decisiones sean comprendidas por cualquier ciudadano que tenga el mismo conocimiento de los hechos, no se trata de que el juez en su motivación presente argumentos que procuren convencer a un observador informado sino de que ese observador pueda

¹ Manuel Atienza, “Argumentación jurídica y estado constitucional”, en *Derechos, justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet*, de María José Añón Roig y Pablo Miravet Bergón (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), 25–34.

² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 20 de octubre de 2008, Registro Oficial 449.

³ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, 9 de marzo de 2009, Registro Oficial 554, Suplemento.

⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, 22 de octubre de 2009, Registro Oficial 52, Suplemento.

⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, 10 de febrero de 2014, Registro Oficial 180, Suplemento.

constatar, a través de esos argumentos, que el juez no ha cometido errores tangibles y que lo que ha guiado al juez han sido razones admisibles y no elementos puramente subjetivos.⁶

Mi formación profesional y académica la he desarrollado en la praxis judicial, como funcionario de la Fiscalía General del Estado, antes, y ahora como funcionario del Consejo de la Judicatura, en donde he tenido la oportunidad de revisar un sin número de procesos que han pasado por mis manos, cuyas resoluciones; sean autos de: prisión preventiva, llamamiento a juicio, sobreseimiento, o de nulidad, y; en especial sentencias, que me han llamado la atención, por su motivación, y no me refiero a todos, pero si a un gran número de ellos, revisarlos han sido experiencias no muy placenteras, por su difícil comprensión, tanto en su estructura, como en su lógica, es decir no entendía tanto el contenido de las sentencia, como la decisión a la que el juez o tribunal tomaba, de estas experiencias nace la inquietud de iniciar la presente investigación, como un aporte no solo a la comunidad académica sino a cualquier ciudadano que tenga interés en el tema.

La idea de la presente investigación se enfoca en al menos tres propósitos : (a) que los operadores del derecho conozcan mínimamente los elementos relacionados con la motivación y la teoría de la argumentación jurídica; (b) que los lectores puedan conocer en forma básica lo que debe contener un fallo o sentencia, y no me refiero únicamente a las partes; considerativa, expositiva y resolutive, a las que estamos acostumbrados a identificar en una sentencia, sino a la justificación interna y externa, que se debe desarrollar en la motivación en un fallo, así como el uso de las herramientas, que nos proporcionan; la ley, la doctrina, y la jurisprudencia, esta última, especialmente en materia constitucional en donde se han desarrollado parámetros que complementan los presupuestos constitucionales sobre la motivación; que son: la razonabilidad, la lógica y comprensibilidad, herramientas que permiten construir una sentencia acorde al nuevo modelo de Estado, y; (c) la más importante, contrastar en la praxis el ejercicio de la argumentación, aplicando estas herramientas a las sentencias del único Tribunal de Garantías Penales de Pastaza durante el año 2018 .

La presente investigación está estructurada en tres partes. En el primer capítulo, procurare, explicar los paradigmas; del ius positivismo —en su vertiente del formalismo

⁶ Juan Antonio García, “La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial de los hechos”, en *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, ed. Claudia Escobar García, Serie justicia y derechos humanos. Neconstitucionalismo y sociedad, no. 13 (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 311.

jurídico—, y del nuevo constitucionalismo, como antecedente en la transformación al Estado Constitucional de derechos, luego realizo una aproximación a la teoría de la argumentación jurídica, buscando dar respuesta a la interrogante: ¿qué es la argumentación jurídica y para qué sirve?, a través de la explicación de los conceptos fundamentales de esta teoría, lo que constituirá el sustento teórico de esta investigación.

En el segundo capítulo, en un primer momento, centrare mi estudio en las cuestiones de actualidad sobre la motivación en el Ecuador, esto es; su reconocimiento normativo, los aportes del Corte Constitucional para el desarrollo de los parámetros de la motivación (razonabilidad, lógica y comprensibilidad), así como en los conceptos de precedente jurisprudencial, y su uso; la *ratio decidendi*, los *obiter dictum*, entre otros, que nos servirán posteriormente como criterios o parámetros de evaluación de sentencias en cualquier área del Derecho, y en segundo momento, me concretare al estudio de la motivación en materia penal y sus matices específicos, entre ellos; los dos niveles de motivación; que debe contener una sentencia en materia penal: el fáctico y el jurídico, el fáctico, que se lo obtiene con la construcción de los hechos probados obtenidos en el desarrollo de la audiencia de juicio, en base a la actividad probatoria de los sujetos procesales, y el jurídico; con la aplicación del método de subsunción, con ayuda de las categorías dogmáticas del delito: acto, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, a los hechos probados que previamente fueron obtenidos, y que; permiten determinar si los hechos probados se subsumen o no al tipo penal de la acusación, de lo cual deviene la conclusión y la decisión del proceso; sea condenando o absolviendo al imputado, todo lo cual debe estar revestido de buenas razones persuasivas, encaminadas a convencer no solo a los sujetos procesales, sino a toda una sociedad; habida de conocer y fiscalizar una decisión jurisdiccional.

Y finalmente el tercer capítulo, constituye la aplicación de los dos anteriores; a la praxis judicial, a través de la metodología del análisis de discurso, que nos permita evaluar la motivación de las sentencias del único Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, para lo cual se ha tomado una muestra significativa, escogida bajo el parámetro del mayor índice de los delitos, es decir el que más se repite en las sentencias en un tiempo delimitado, siendo estos los delitos de carácter sexual, lo cual permitirá concluir con la respuesta a la pregunta central de nuestra investigación: ¿En qué medida el formalismo de la decisión judicial ha cambiado por los presupuestos constitucionales de la argumentación jurídica, por parte de los Jueces del Tribunal de Garantías Penales de Pastaza?.

Los datos duros, obtenidos en esta investigación, sobre la garantía constitucional de la motivación de las sentencias en materia penal, han sido debeladores, entre los principales resultados; el alto índice de arbitrariedad en las decisiones judiciales de Tribunales de Garantías Penales, que en su mayoría; su efecto es privar de la libertad al procesado, lo cual ocurre en ausencia de la garantía de la motivación, no quiero adelantarme más en los resultados; a fin de que el lector no pierda el interés en continuar la lectura de esta investigación.

Capítulo primero

Estado constitucional, argumentación jurídica y motivación de la decisión judicial

1. Estado de la cuestión

La creciente renovación constitucional en América Latina, en procura del control de las arbitrariedades del ejercicio del poder, nos plantea la tarea de someter la jurisdicción a los principios insertos en la constitución,⁷ es innegable que esta renovación constitucional en la región, constituye; un antes y un después, en la labor de los abogados, ya sea en el ámbito público o en el privado. La tradición clásica había permitido una estaticidad —acomodamiento—, en la actividad del abogado, producto de un sistema y de una cultura jurídica, sustentados en la tradición del positivismo, el cual a su vez; tiene como principal fuente del Derecho a la ley, con la ley se buscaba solucionar cualquier tipo de problema jurídico, sin que; esto en la realidad esto ocurra siempre.

En el ius positivismo clásico, fundado en los principios de Hobbes: *auctoritas, non veritas facit legem* —la autoridad y no la verdad o la justicia determinan la ley—, y *mensura boni et mali in omni civitate est lex*—, la única medida para juzgar las acciones buenas y malas es la *ley positiva* del Estado—. ⁸En tanto que; para el iluminismo, y; fundamentalmente en Beccaria las leyes eran; las condiciones del contrato social en la que los ciudadanos cansados del Estado de guerra sacrificaban ciertos derechos incluido la libertad con el propósito disfrutar de otros, con segura tranquilidad, en beneficio de cada uno de los ciudadanos, en forma de soberanía, siendo el soberano su administrador.⁹

El principio de legalidad es; el más importante de los dogmas de un Estado de Derecho, cuya esencia es el sometimiento de todos los poderes públicos a la ley.

En el ámbito penal, se siente con más fuerza este principio, toda vez que; se encuentra en juego la libertad del ser humano; este principio se resume en el aforismo *nulum crimen nula poena sine ley* — *no hay delito ni pena sin ley*—, que tiene su origen

⁷ Murcia, *Entre la Hiperjuridización, el Marginamiento y la Ruptura*, 11.

⁸ Luigi Ferrajoli, “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho”, en *Epistemología Jurídica y Garantismo* (Ciudad de México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2004), 258–59.

⁹ Cesare Beccaria, Guillermo Cabanellas, y Jacinto Dragonetti, *Tratado de los delitos y de las penas* (Buenos Aires: Heliasta, 1993), 59.

en el pensamiento jurídico de la ilustración, como garantía de la libertad y de la seguridad de los ciudadanos, frente a las arbitrariedades del Estado, tanto por; parte del rey que representaba el ejecutivo, como de los propios jueces. El uso de la libertad sin peligro de ser castigado solo es posible si están determinadas previamente las conductas punibles y solo se garantiza la seguridad frente a la arbitrariedad cuando esa determinación previa responde a la voluntad general es decir está previsto en la ley.¹⁰

El principio de legalidad penal se vincula a las exigencias del Estado democrático, puesto que; existe la exigencia que solo el poder legislativo en representación de la voluntad general puede decidir; qué conductas deben ser consideradas como delito, y; que pena merecen.¹¹ De esta manera en un Estado liberal el principio de legalidad tiene dos vertientes; la de elaboración democrática de la ley penal o garantía política y la de seguridad en su aplicación que conocemos como perspectiva garantista de la ley penal, sobre ambas perspectivas; se refieren Beccaria en sus célebre obra: *de los delitos y las penas*, publicado en 1764, donde afirma; por un lado, que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y; su autoridad reside únicamente en el legislador, quien representa a toda la sociedad unida por el contrato social, y por otro lado; que las leyes deben redactarse por escrito y con claridad, pues es un mal general, decía Beccaria; que se redacte en lengua extraña para el pueblo, que se ponga en una dependencia de unos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cual será el éxito de su libertad.¹²

Desde la concepción del Estado de Derecho, explicada de manera muy didáctica por Ramiro Ávila;¹³ si ponemos énfasis en esta doble justificación de Beccaria, no

¹⁰Ibíd., 61-2.

¹¹ Ramos Tapia Inmaculada, “Estricta Sujeción del Juez a la Ley”, video de You Tube, a partir de una ponencia presentada en Congreso Internacional “Reforma Constitucional y Derecho Penal”, Academia de la Magistratura de Perú, Lima, 2002, min. 06:42, https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=M-67OeyEmDU

¹² Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, 67.

¹³ Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la Constitución de 2008*, ed. Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Quito: Abya-Yala, Universidad Politécnica Salesiana, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011), 107–9. Para entender la concepción del Estado Legal es conveniente partir del Estado Absoluto, Ramiro Ávila lo explica muy didácticamente: Estado Absoluto, donde la autoridad (monarca, rey, emperador, inca) determina las normas y la estructura del poder. El poder se encuentra concentrado en una persona o en una clase política. La autoridad emite las normas, administra el estado y la justicia. Las personas son vasallas o súbditas. El estado no tiene más límites que los que se impone a sí mismo y las personas no tienen derechos sino, a lo sumo, privilegios. En el estado absoluto no hay procedimientos para designar a la autoridad ni tampoco para hacer la ley de forma que evite la discrecionalidad y la arbitrariedad. Estado Legal la ley determina la autoridad y la estructura de poder. El poder se divide en: legislativo, judicial y ejecutivo. Sin embargo, en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el parlamento, el estado de derecho es la síntesis de una pugna entre el poder económico (burguesía) y el poder político (aristocracia). El modelo que triunfa es el burgués. La burguesía, a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó el

podemos olvidar que en un Estado democrático, la legitimación del poder estatal ocurre a través de la elección del poder popular, sea de forma directa o indirecta, lo cual plantea la interrogante sobre la legitimación del poder judicial; especialmente en aquellos países como el nuestro, donde ha sido acogido el sistema continental o *civil law*, de la familia jurídica romano-germánica,¹⁴ aquí la designación de los jueces no tiene lugar por elección a diferencia de los países del *common law*,¹⁵ o sistema anglosajón, donde por lo general se realiza mediante elección popular, frente aquello surge la incógnita de la legitimación del poder judicial en nuestro medio, ante lo cual; no existe más respuesta a considerar que la legitimación democrática del juzgador se da a través de la sujeción del juez a la ley penal, solo de esa manera podrá decirse que la justicia a pesar de estar administrada por quien no ha sido elegido democráticamente emana del pueblo.¹⁶

La argumentación jurídica, se ha incorporado como imperativo constitucional, a partir de la adopción del modelo de Estado constitucional de derechos,¹⁷ —donde lo primordial es la protección y garantía de los derechos fundamentales que funcionan como límites y vínculos normativos—,¹⁸ con inspiración europea, lo cual ha ocurrido, de forma progresiva en Latinoamérica en las últimas décadas.¹⁹ De manera específica, el texto de la constitución ecuatoriana, recoge este imperativo dentro de las garantías del debido proceso, en los derechos del procesado, específicamente en el derecho a la defensa.

parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial, gracias al principio de legalidad. Al final, tenemos lo que podría considerarse como una “parlamentarismo totalitario.” Los límites del estado los impone el parlamento: el ejecutivo solo puede hacer lo que establece la ley y el judicial es “boca de la ley.” Por la ley se puede definir cuáles son los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías. El parlamento podría incluso cambiar la constitución.

¹⁴ Daniel Bonilla Maldonado, *Teoría del derecho y Trasplantes Jurídicos* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores S.A., Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009), citado en Pamela Juliana Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 17, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5296>. En general, se trata de aquellos sistemas jurídicos que comparten una historia; una tradición en común; una filosofía común de valores; un mismo orden de prelación de fuentes. Ahora bien, el concepto de “familia jurídica” no se encuentra exento de un gran debate respecto a su utilidad en el actual mundo globalizado, puesto que los rasgos característicos de cada una de las familias ha mutando por el decurso del tiempo; así como por los diálogos existentes entre los sistemas jurídicos de distintas “familias jurídicas”

¹⁵Ibíd.

¹⁶Ramos, *Estricta Sujeción del Juez a la Ley*, min. 09:14

¹⁷ Ecuador, *Constitución*, art.1: El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.[...].

¹⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995).

¹⁹Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Política, justicia y constitución*, ed. Luis Fernando Ávila Linzán, Serie Crítica y derecho 2 (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011), 157–86.

El presente trabajo investigativo tiene una doble perspectiva: una descriptiva y analítica, y otra propositiva constructiva que nos permita establecernos fuera de la neutralidad lógico formalista impuesta por el derecho positivo clásico y de una posición minimalista frente a los derechos humanos, procurando una posición maximalista de aplicación de los derechos fundamentales que tiene como pilar fundamental la argumentación.

Bajo estas perspectivas, en este capítulo se procura incorporar un marco teórico necesario, que sustenta gran parte de nuestra investigación; iniciaremos con una puntualización de lo que entendemos por formalismo jurídico como vertiente del ius positivismo, lo cual nos permitirá avanzar a una explicación de la transformación del Estado legal al Estado constitucional, a continuación intentamos responder a la pregunta ¿que es la argumentación jurídica y para que sirve?, y finalmente trataremos de explicar cual es la labor del juez en la argumentación de las decisiones judiciales —entendida en el texto constitucional como motivación—. En esta sección será importante explicar las acciones de: motivar, justificar y argumentar, así como precisar el uso y alcance de estos verbos como sinónimos en esta investigación.

2. Dos paradigmas: Estado legal y Estado constitucional

2.1. El positivismo y el formalismo jurídico

A diferencia del iusnaturalismo, caracterizar la concepción positivista del derecho no ha resultado una tarea fácil, debido a la marcada ambigüedad de la expresión *positivismo*,²⁰ es por ello que resulta necesario identificar las características más importantes de las principales posiciones del positivismo—de interés en esta investigación—, entre ellas; a) *el escepticismo ético*; el cual muchos juristas, entre ellos; Hans Kelsen y Alf Ross, lo identifican con la tesis de que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos, para Kelsen la justicia es mero ideal racional, b) *el positivismo ideológico*, según el cual, cualquiera que sea el contenido de las normas del derecho positivo, este tiene su validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones necesariamente se deben obedecer por la población y aplicas por los jueces, sin importar las reservas morales. Esta concepción pretende que los jueces asuman una posición moralmente neutra y se limiten a decidir según el derecho

²⁰ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho.*, 2a (Buenos Aires: Astrea, 2010), 30.

vigente. Y aunque los principales representantes del positivismo están lejos de un positivismo en el sentido ideológico; para Kelsen “las normas jurídicas existen, tanto en cuanto son válidas o tienen fuerza obligatoria y se dan no en el mundo de los hechos, de lo que es, sino en el mundo de lo que debe ser.”²¹ Y finalmente; c) *el formalismo jurídico*, según esta concepción el derecho está compuesto exclusivamente por normas explícitas y no por normas consuetudinarias o jurisprudencia, sostiene que el orden jurídico es completo, consistente y preciso, es decir no tiene lagunas, ni contradicciones, y sus normas no son vagas ni ambiguas, dicho de otro modo; se trata de un sistema autosuficiente para proveer una solución unívoca para cualquier caso concebible. Este tipo de positivismo generalmente va ligado al positivismo ideológico, ya que por un lado; esta vertiente del positivismo defiende la absoluta sumisión del juez a los mandatos legislativos, lo que implica que el derecho está compuesto solo de leyes, y por otro lado; de que los jueces deben decidir siempre según las normas jurídicas lo cual ofrece siempre una solución unívoca y precisa para cualquier caso concebible.²²

2.2. Crítica a la interpretación clásica del formalismo jurídico

A nuestro criterio, el mayor defecto del positivismo, bajo su acepción del *formalismo jurídico*, que acabamos de describir, consiste en que mira más lo formal de una norma que su contenido, atiende más a la conformidad de la ley — lo que Kelsen llama: *norma fundante*—,²³ que a la intrínseca bondad de una ordenación,²⁴ lo cual sirve para justificar cualquier régimen de fuerza y ha contribuido a proveer un marco teórico para legitimar un sistema como el nazi o el soviético.²⁵

²¹ *Ibíd.*, 35.

²² *Ibíd.*, 36.

²³ Carlos Ariel Lim Acosta, “Similitudes entre la norma fundante básica de Kelsen y la regla de reconocimiento de H.L.A. Hart”, *Grado Cero Prensa*, 28 de julio de 2015, <https://gradoceroprensa.wordpress.com/2015/07/28/similitudes-entre-la-norma-fundante-basica-de-kelsen-y-la-regla-de-reconocimiento-de-h-l-a-hart/> Para Hans Kelsen la norma fundante básica es una norma no positiva, no puesta, sino presupuesta por la ciencia del derecho; en otras palabras, dicha norma resulta un elemento no discutible, no pretende ser validado por nada, se presume como la norma última, la norma suprema, o también, la norma fundacional del sistema jurídico. Esta norma se entiende presupuesta por los ciudadanos cuando ellos consideran al derecho como normativo creador de obligaciones vinculantes.

²⁴ Armando Nieto Velez, “Apuntes sobre el positivismo Jurídico”, *Ius Et Veritas*, no 19 (1999): 357, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15877/16309>.

²⁵ Nino, *Introducción al análisis del derecho.*, 33.

Así mucha gente suele pensar que; la sola publicación de una ley en el registro oficial hace que una norma sea *buena*, ya que proviene del gobierno, pero no siempre es así.²⁶

Un ejemplo ya clásico, y no bien recordado por la humanidad es el de la Alemania nazi, entre 1933 y 1935; Hitler y los colaboradores de su gobierno, desarrollaron un excelente aparato formal de aprobación leyes, vigorizado con una gran aceptación popular que respaldaba dichas leyes. Las llamadas: *Leyes de Nuremberg*, que contenían dos secciones: la *Ley de la ciudadanía alemana* y la *Ley para la Salvaguarda de la sangre y honor alemanes*, ambas orientadas a excluir a los judíos de toda participación en la vida política de Alemania y a convertir a los judíos alemanes en personas de segunda categoría.

Estas leyes otorgaron una base legal a la *ideología antisemita de los nazis* y dio comienzo a la organizada y sistemática persecución judía,²⁷ que derivó en los hechos que todos conocemos, escribiéndose una de las páginas más oscuras de la historia de la humanidad; *el holocausto nazi*. Lamentable ejemplo que nos lleva a pensar que “el lenguaje del positivismo jurídico rehúye el planteamiento de los contenidos axiológicos y permanece en el terreno de la pura normativa, es decir en la problemática de índole técnico-lógica.”²⁸ Desde este punto de vista resulta imposible identificar al derecho con la ley, pues pueden construirse leyes que pese a estar dotadas de una *legitimidad exterior*, constituyen perversas injusticias de un Estado.

2.3. La transformación del Estado legal al Estado constitucional de derechos

A partir de los hechos acontecidos en Alemania desde 1935, toma fuerza la corriente iusfilosófica conocida como la escuela del Derecho libre y vivo, uno de sus más grandes exponentes Gustav Radbruch, quien fue una figura clave en la renovación del derecho de la Alemania postguerra, asociado al renacimiento del derecho natural—un intento jurídico de hacerle frente al reciente pasado nazi—, sintetizado en la expresión: *juristische Vergangenheitsbewältigung* (superación legal del pasado) o tesis de la conversión, proporcionó un gran aporte a esta nueva corriente, es recordado en gran manera por la famosa; *fórmula de Radbruch*, cuyo postulado es: *el derecho extremadamente injusto no es derecho*, el significado de esta fórmula es de gran importancia para comprender al no-positivismo jurídico alemán moderno, representado

²⁶ Nieto Vélez, “Apuntes sobre el positivismo Jurídico”, 357.

²⁷Ibíd., 358

²⁸Ibíd.

por Alexy, así como la posibilidad que tiene de conectar al derecho con la moral y sus efectos posteriores en el concepto, naturaleza y validez del derecho,²⁹ esta corriente es la antesala del constitucionalismo social— según el cual no puede consolidarse un modelo democrático de Estado sin un pacto de redistribución de la riqueza entre las clases dominantes y las dominadas—,³⁰ corriente filosófica que se caracteriza en la idea de la subordinación de los poderes públicos a una serie de normas superiores —las actuales constituciones— que establecen derechos fundamentales.³¹

El constitucionalismo, como sistema jurídico, se concibe como un conjunto de límites y vínculos; formales y sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por las normas supraordenadas, y; como teoría del Derecho, bajo la concepción de la validez de las leyes, ligada tanto; a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, cuanto; a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos.³²

Es decir, el constitucionalismo como sistema jurídico, incorpora un amplio catálogo de derechos, reconoce la existencia de principios, como el de igualdad material, y en consecuencia las constituciones abandonan su rol meramente organizativo del poder, para lograr otro fin superior, la tutela de la dignidad humana a través del reconocimiento de los derechos. La democracia de los derechos humanos, el pluralismo jurídico, se ven consolidados y garantizados cuando el Estado de Derecho es caracterizado a partir del principio de constitucionalidad y no a partir del principio de legalidad.³³

Para Guastini—insigne representante del constitucionalismo moderno—, siete serían las condiciones, no las únicas aclara el autor, para una constitucionalización efectiva de un estado; rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la constitución, su fuerza vinculante, la *sobreinterpretación* de la constitución, la aplicación directa de las

²⁹ Stanley L Paulson, Gustav Radbruch, y Alejandro Nava Tovar, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch: y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 17.

³⁰ Jürgen Habermas, “La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho”, *Daimon: Revista Internacional de Filosofía* 15 (1997): 25.

³¹ Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, 2011, 16, doi:10.14198/DOXA2011.34.02.

³² *Ibíd.*

³³ Pamela Juliana Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 125-6, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5296>.

normas constitucionales, la interpretación conforme a la constitución de las leyes, y la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.³⁴

Gracias a la introducción de la garantía de rigidez de las constituciones, que les hacen menos modificables a través de leyes ordinarias ubicándolas por encima de ellas, se redescubre el valor y significado de la constitución como límite y vínculo de cualquier poder, incluso mayoritario, cuyo resultado es una estructura de ordenamiento jurídico mucho más complejo que el anterior, con una doble estructura, que comprende no solo el carácter positivo de las normas, al igual que el positivismo jurídico, sino también su sujeción al Derecho, en la creación del contenido de las normas.³⁵

En el constitucionalismo, el principio de separación de poderes, así como los valores que deben primar en un Estado, es decir, aquellos plasmados en el catálogo de derechos cuya titularidad pertenecen a todas las personas, juntamente con la garantía de rigidez de las Constitución quizá hacen la principal diferencia con el positivismo.³⁶ “En definitiva, el constitucionalismo pretende, sin ruptura, convertir al *Estado de derecho* en el *Estado constitucional de derecho*.”³⁷

Esta reacción garantista surgida en Europa, en la academia italiana a mediados de los años noventa del siglo pasado como fenómeno teórico con el nombre de neoconstitucionalismo,³⁸ luego fue perdiendo vigencia, ante el vaciamiento del concepto de constitución en las últimas décadas del siglo XX, quedando reducida a una posición doctrinal de escasa influencia real en el contexto histórico y social en que apareció. Sin embargo, en sentido contrario, en América Latina, a inicios de la década de 1990, esta teoría garantista fue asumida de manera progresiva, dando paso al *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, que además, ha sumado una radical aplicación de la teoría democrática de la Constitución.³⁹

Cabe precisar que el nuevo constitucionalismo comparte algunos rasgos con el neoconstitucionalismo, como la preocupación por la garantía de los derechos

³⁴ Ricardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Miguel Carbonell, Colección estructuras y procesos (Madrid: Editorial Trotta, 2003), 50–57.

³⁵ Ferrajoli, “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho”, 258–59.

³⁶ *Ibíd.*, 258–59.

³⁷ Viciano Pastor y Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 162.

³⁸ Jorge Benavides Ordoñez, “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina”, *Ius Humani: Revista de Derecho*, no 5 (2016): 175.

³⁹ Viciano Pastor y Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 160.

fundamentales, así como por la constitucionalización del derecho. No obstante, ambas categorías se mueven en planos diferentes, así; el neoconstitucionalismo, se mueve más en el ámbito de la teoría y filosofía del derecho que en el del derecho constitucional, mientras que el nuevo constitucionalismo estudia las bases democráticas de la constitución.⁴⁰

A inicios de la última década del siglo pasado, en nuestra región, se desarrollaron procesos constituyentes inspirados en el nuevo constitucionalismo latinoamericano —que alude a la participación popular en los procesos de modificación constitucional—, y que; desembocaron en la adopción de las constituciones de Colombia de 1991, Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009.⁴¹

La Constitución ecuatoriana de 2008, trajo consigo un extenso catálogo de derechos y garantías constitucionales, con propuestas innovadoras, como el *sumak kawsay*.⁴² En el nuevo modelo de Estado constitucional de derechos,⁴³ el poder judicial esencialmente se legitima no por su origen democrático ligado a la representación; proveniente de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es su expresión, sino que; su primer fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales y sin embargo, es una legitimación democrática la que logran los jueces, que se deriva de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la *democracia sustancial*,⁴⁴ legitimación que logran los jueces a través de la explicación de las razones

⁴⁰ Benavides Ordoñez, “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 175–76.

⁴¹ *Ibíd.*, 177–78.

⁴² *Ibíd.*, 182.

⁴³ Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*, 111–12; en resumen, este Estado según Ramiro Ávila se caracteriza porque: la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material (porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del estado) , orgánica (porque determina los órganos que forman parte del estado y que son los llamados a garantizar los derechos) y procedimental (porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas). Los derechos de las personas son a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aún si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos, y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. Se distingue entre la representación parlamentaria y la representación constituyente. El segundo, que es otro instrumento de la soberanía popular, limita al primero; por ello las Constituciones, como garantía, son rígidas, y no pueden ser reformadas por procedimientos parlamentarios ordinarios. La Constitución es, además, norma jurídica directamente aplicable por cualquier persona, autoridad o juez. .

⁴⁴ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2016), 23; para Ferrajoli la democracia tiene dos dimensiones una formal; que hace referencia al quien y al como de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las formas de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad la mayoría y, otra material a la que llama <<democracia sustancial>> refiriéndose al qué es lo que no ingresa al campo de lo decidible o que pueda decidirse por

que le sirven de justificación a sus decisiones, con ello conjugan los principios de igualdad y legalidad con el segundo fundamento de la independencia del juez, en su función de averiguar la verdad procesal, enmarcado en las garantías del debido proceso.⁴⁵

En ese contexto el cambio fundamental del constitucionalismo, ha sido la aplicación directa de la norma constitucional a los conflictos jurídicos, construyéndose en una teoría constitucional con cierto nivel de autonomía del derecho ordinario que tiene sus orígenes en el *civil law*; cuyo único modelo de argumentación ha sido la subsunción, que responde al silogismo jurídico y este a su vez a la lógica formal, conocida también como lógica del raciocinio jurídico, frente a lo cual desde el constitucionalismo se han propuesto modelos alternativos como la proporcionalidad o test de razonabilidad, en los que dicha operación lógica pierde la centralidad.⁴⁶

Interpretar este lenguaje, es decir; entender y transmitir lo que quiso decir o no dijo el legislador, sea de forma intencional o no, permite encontrar problemas de indeterminaciones en las normas, sean estas de orden; sintáctica, semántica, pragmática y lógica,⁴⁷ en otras palabras:

El sistema jurídico no es un sistema cerrado, aislado del contexto cultural y social en el que se inserta. Por el contrario, experimenta constantes impulsiones. El derecho judicial se elabora con ocasión de conflictos, que el juez debe arbitrar, buscándoles soluciones convincentes y satisfactorias en derecho o lo que es lo mismo bien motivadas, y toda nueva legislación no hace otra cosa que responder a una necesidad de medio político, económico y social.⁴⁸

En el constitucionalismo se complejiza la labor del juez en la interpretación y aplicación del derecho, el juez adquiere un rol más activo y trascendente que en el Estado positivista, la diferenciación entre casos fáciles y casos difíciles, no resulta tan fácil a prima face. Los casos fáciles se resuelven con la aplicación de una regla al caso en cuestión mediante el silogismo que se lo realiza sin mayor debate, por cuanto, por un lado; no existe controversia sobre la regla a aplicar sobre los hechos, y por otro lado; no existe controversia con la premisa fáctica que da cuenta de los hechos. Por el contrario, los casos difíciles no se resuelven o entienden de una manera tan sencilla, se requiere de

cualquier mayoría y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculadas necesariamente al respeto de los derechos fundamentales so pena de invalidez.

⁴⁵ Ibid., 27.

⁴⁶ Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano”, 128.

⁴⁷ Ibid., 131

⁴⁸ Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Madrid: Civitas, 1979), 114–15.

una justificación a través de buenas razones, que permita construir premisas normativas y fácticas para arribar a una decisión que satisfaga los requisitos del discurso práctico.⁴⁹

El constitucionalismo nos proporciona herramientas que permiten corregir las fallas estructurales del sistema jurídico, así como nos permite el desarrollo de estrategias y destrezas jurídicas que permitan colmar los vacíos que *el imperio de la ley*, no logro.⁵⁰

En los avances del constitucionalismo, resulta necesario cuestionar las formas jurídicas tradicionales; excluyentes y dominantes, con el propósito de impulsar nuevas prácticas emancipadoras dentro del campo del derecho, que permitan superar el formalismo jurídico y se enfrenten a la nueva realidad social que mantiene como punto central los derechos humanos.⁵¹

3. ¿Qué es la argumentación jurídica y para qué sirve?

La argumentación es tan antigua como la humanidad misma, aunque no siempre con ese nombre, pero sí con dicha esencia, y aunque ha adoptado diferentes denominaciones y características, unas más aceptadas que otras, siempre el objetivo ha sido el mismo convencer de algo, o justificar un criterio. El ser humano es un ser eminentemente social, que se organizó en grupos humanos, que se veían enfrentados a diferentes decisiones; que dependiendo de la organización del grupo humano en cuestión, era asumida por el líder, que se auto convencía de que dicha decisión, era la mejor; o lo hacía a través de la consulta al grupo de consejeros, quienes para tratar de convencer al líder, argumentaban sus opiniones, a fin de que se tome una decisión.

Aristóteles es considerado como el padre de la teoría de la argumentación, ya que él había estudiado los razonamientos dialécticos en los tópicos, la retórica y las refutaciones sofísticas,⁵² como vemos, en todo momento, hemos estado obligados a argumentar, es decir, a sustentar nuestros puntos de vista, más aún en el mundo del Derecho, donde nuestras decisiones, o mejor dicho, las decisiones de un juez, afectan de forma trascendente la vida de un ser humano e impactan en la sociedad, por lo que estas deben estar correctamente argumentadas.

⁴⁹ Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano”, 132–33.

⁵⁰ Murcia Riaño, *Entre la hiperjuridización, el marginamiento y la ruptura*, 11.

⁵¹ Sebastián López Hidalgo, “El control de constitucionalidad como garantía frente al Legislativo: una visión crítica y necesaria que se funda en la argumentación”, en *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, ed. Dunia Martínez, Memorias de encuentros académicos 1 (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 269.

⁵² Chaim Perelman, *El imperio retórico retórica y argumentación*, trad. Adolfo León Gómez Giraldo (Bogotá: Norma, 1998), 19.

El tema de la argumentación puede ser muy complejo y de profundo análisis, tema sobre el que se han escrito libros enteros, y grandes pensadores en este ámbito del Derecho, entre ellos: Norberto Bobbio, Perelman, Toulmin, Atienza y Robert Alexy, han realizado análisis complejos bajo diversos puntos de vista, sin embargo por la extensión de este trabajo, y por el objetivo de conocimiento general que se persigue, para que la información pueda ser fácilmente digerible, tanto para un catedrático altamente calificado, como para el estudiante de derecho que quiere adentrarse en el tema, lo redactaremos para una lectura de fácil comprensión, sin perder la relevancia doctrinaria que se persigue.

Sin más preámbulos, etimológicamente, la palabra *argumentación* proviene del latín y el verbo *argüo, is, ui, utum, ere*: significa indicar, demostrar o convencer.

Argumentar es un derivado de *argüo* que dio lugar, posteriormente, a *argumento* y a otras voces similares.⁵³ Si tomamos la definición de argumentación que da cualquier diccionario de la lengua española, tendremos que la misma; apunta a la acción de argumentar, es decir; a la tarea consistente en dar argumentos, o su equivalente de proporcionar razonamientos para demostrar algo, entendiendo que argumentar es un acto del lenguaje que se efectúa en el contexto de un diálogo, con otro o con uno mismo, cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado, y aceptamos que el problema se ha de resolver sin recurrir a la fuerza o a la coacción física. Tratándose del Derecho, la argumentación es la actividad lógico-jurídica necesaria para resolver el problema jurídico en cuestión, y en relación a los jueces, en un estado constitucional de derechos y justicia, es una exigencia constitucional.⁵⁴

Podemos definir la noción de *argumentación* como aquel texto argumentativo en el que encontramos una gran cantidad de argumentos y subargumentos enlazados, de manera tal que algunos de ellos resultan el fundamento para la adopción de las premisas de otros de los argumentos que la componen. En toda argumentación encontramos uno o varios argumentos cuya conclusión es la tesis central que se pretende defender, y una cantidad variable de otros argumentos cuyas conclusiones son las premisas que se emplean en aquellos.⁵⁵

⁵³ Nicolás Jorge Negri, “La argumentación jurídica en las sentencias judiciales” (tesis doctoral, Universidad Nacional de La Plata, 2018), 269, <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/71530>.

⁵⁴ José Alberto Cruceta et al., *La Argumentación Jurídica* (Santo Domingo: Escuela de la Judicatura, 2011), 32.

⁵⁵ Pablo Raúl Bonorino y Jairo Ivan Peña Ayazo, *Argumentación Judicial: Construcción, Reconstrucción y Evaluación de Argumentaciones Orales y Escritas* (Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura /Universidad Nacional de Colombia/ Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006), 39.

Es por ello, que también resulta importante entender ¿qué es un argumento?:

Un argumento es un conjunto de enunciados en el cual un subconjunto de dichos enunciados constituye las razones para aceptar otro de los enunciados que lo componen. A los enunciados que constituyen las razones se los denomina premisas, y al enunciado que se pretende apoyar con éstas se lo llama conclusión. Los enunciados son expresiones lingüísticas que pueden ser verdaderas o falsas porque se proponen informar acerca de algo.⁵⁶

Manuel Atienza, en su obra *Bioética, Derecho y Argumentación* define argumentar o razonar como una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar.⁵⁷

Nótese que el autor, utiliza las palabras argumentar o razonar como si se tratara de sinónimos, así en su libro *El sentido del Derecho*, lo reafirma al asimilar los argumentos a razones,⁵⁸ vemos también que en su ensayo para la Universidad de Alicante; *El Derecho como argumentación*, utiliza a la palabra justificar como sinónimo de argumentar y razonar, estableciendo que si consideramos que justificar una decisión significa dar razones que la hagan aparecer como correcta o aceptable, según el autor una decisión puede entenderse justificada de tres maneras: apelando a la autoridad, al procedimiento, y/o; al contenido,⁵⁹ por esta razón, utilizaremos para la presente investigación, las palabras razonar, justificar, motivar y argumentar, como sinónimos, ya que en sí, su esencia es la misma, convencer —al auditorio— de que nuestros argumentos o premisas son los correctos, en la defensa o el ataque de determinada hipótesis.

Atienza en su estudio va más allá de una definición, y otorga a la argumentación cuatro rasgos esenciales:

- a) Es una forma específica de uso de lenguaje, que consiste en sostener una tesis o pretensión dando razones para ello, esto en razón de que argumentar, se distingue de otros procedimientos de resolución de problemas, como los que consisten en recurrir a la fuerza; es el uso del lenguaje, la comunicación y el convencimiento para la solución de un conflicto.⁶⁰

⁵⁶Ibíd., 31

⁵⁷ Manuel Atienza, *Bioética, derecho y argumentación* (Bogotá: Temis, 2004), 15.

⁵⁸ Manuel Atienza, *El sentido del derecho* (Barcelona: Ariel, 2005), 256.

⁵⁹ Manuel Atienza, “El Derecho como argumentación”, *Isegoría* 0, n.º 21 (30 de noviembre de 1999): 39, <https://doi.org/10.3989/isegoria.1999.i21.76>.

⁶⁰ Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación* (Barcelona: Ariel, 2010), 73.

- b) La argumentación se hace necesaria por la existencia de uno o más problemas o cuestiones, que precisan la necesidad de ofrecer razones, a favor de una tesis determinada para la resolución del conflicto.⁶¹
- c) La argumentación puede concebirse como un proceso o como un producto, ya que es la actividad encaminada a resolver el problema planteado y a la vez es el resultado de esa actividad.⁶²
- d) Es una actividad netamente racional, ya que se orienta a un fin determinado, resolver cierto problema, existiendo criterios a partir de los cuales, una argumentación puede ser evaluada como; válida, solida, convincente, persuasiva, etc.⁶³

Por tanto, podemos concluir que la argumentación jurídica es una actividad mental de procesos lógicos, que busca justificar o dar argumentos en apoyo o detrimento a cierta hipótesis o problema jurídico que se ha planteado; y que; mediante el uso lingüístico de razones, sin recurrir a la fuerza, se pretende resolver cuidando de que el resultado de este proceso convenza al auditorio. No debe, la argumentación jurídica ser una actividad exclusiva de los jueces, sino de todos los abogados, ya que el conocimiento profundo de la argumentación como técnica, nos va a permitir identificar las falacias, y no incurrir en validaciones de las mismas mediante el uso de argumentos.

En la esfera de la decisión judicial, la importancia de la argumentación jurídica radica, en que una resolución o sentencia que convenza al auditorio, permite la legitimación del juez, es decir, que la sociedad se sienta satisfecha con la aplicación del Derecho que se ha efectuado, por lo tanto, es importante contemplar en una argumentación, no solo el respeto a la autoridad, en este caso la ley promulgada, sino también a un adecuado proceso argumentativo,⁶⁴ y en un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro,⁶⁵ establecer que el contenido del fallo acoja los principios promulgados en la carta magna del Estado, ya que todo ello, en conjunto son el soporte de la seguridad jurídica, que no es otra cosa que la eliminación de todo tipo de arbitrariedades que pudieran llegar a cometerse.⁶⁶

⁶¹Ibíd.,745

⁶²Ibíd.,75-6

⁶³Ibíd.,76

⁶⁴ Rodrigo Patiño Ledesma, “Estado de derechos: seguridad jurídica y principios constitucionales en el régimen tributario ecuatoriano”, en *Jornadas por los 50 años del sistema especializado de justicia tributaria en el Ecuador: Quito, Marzo 2010*, ed. Troya José Vicente y Fausto Murillo Fierro (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011), 6.

⁶⁵ Ver nota 17.

⁶⁶ Patiño Ledesma, “Esta de derechos: seguridad jurídica y principios constitucionales”, 6.

Bajo esos criterios, la seguridad jurídica garantizada en la Constitución de la República,⁶⁷ depende de los contenidos y valores que reflejan cada una de las normas; de los procedimientos de elaboración, publicación y aplicación de las leyes, lo que permite eliminar la incertidumbre y desterrar la arbitrariedad en el obrar estatal, generar certeza y previsibilidad de la ley como requisitos para la realización plena del derecho y la aplicación de los principios.⁶⁸

No es una novedad señalar que un sistema jurídico no abarca solo las normas vigentes, sino fundamentalmente los principios y valores que definen la estructura en la que ese orden legal pueda cumplir su función básica de hacer efectiva la seguridad jurídica como el bien máspreciado que el Estado garantiza a sus asociados, porque ella misma es la justificación y la razón de ser del Estado.⁶⁹

Lo que nos lleva a concluir que; la argumentación sirve tanto para que los jueces cumplan su labor tanto de garantes de la seguridad jurídica de un Estado, cuanto en la materialización de los derechos fundamentales, mas allá de su contenido declaratorio o literario, es decir; a través de la aplicación de los principios, que son las garantías que posibilitan su; existencia, eficacia, tutela y aplicación, mediante la legitimación de sus resoluciones o fallos, a través del uso de la argumentación jurídica se otorga las razones valorativas, a los argumentos a favor y en contra planteados en un determinado caso.

4. El deber legal de argumentar como motivación por parte del juez

Partiendo de la premisa; que la actividad judicial entendida como administración de justicia, en un Estado constitucional, se encuentra limitada por los derechos de los ciudadanos y por principios entre ellos; igualdad, libertad y seguridad jurídica,⁷⁰ se requiere que esta actividad sea necesariamente justificativa, razón por la cual, las técnicas de argumentación jurídica son una de las herramientas que permiten determinar la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales.⁷¹ Lo cual nos recuerda la importancia de

⁶⁷ Ecuador, *Constitución*, art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. .

⁶⁸ Patiño Ledesma, “Esta de derechos: seguridad jurídica y principios constitucionales”, 7.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Atienza, *El sentido del derecho*, 173–83.

⁷¹ Aguirre, *La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional*, 161.

la argumentación en los procesos de creación, interpretación, aplicación, decisión, etc., del Derecho; es decir, el Derecho en el constitucionalismo, es argumentación.⁷²

Aquí cabe una precisión; la argumentación jurídica no se reduce a la motivación del discurso judicial, pues; la argumentación jurídica se ha constituido en una teoría del Derecho, en la que su aplicación al discurso judicial es una parte de ese universo,⁷³ sin embargo; por el alcance y delimitación de esta investigación, los términos motivación y argumentación; de la decisión judicial, se entenderán como sinónimos.

En efecto explicar una decisión significa mostrar cuales son las causas que la motivaron o los fines que se pretende alcanzar al tomar determinada decisión, en tanto que justificar, implica ofrecer razones encaminadas a mostrar el carácter aceptable o correcto de la decisión.⁷⁴

Por un lado, está el proceso decisorio, es decir; aquella actividad mental que conduce a decidir algo, y; por otro, el proceso *justificatorio*, este último; consiste en aportar razones para mostrar lo bien fundada que está la decisión. En la fase de justificación; una vez tomada la decisión, ésta requiere ser motivada mediante argumentos de varias especies, pero no con la finalidad de encontrar una decisión, sino con el objeto de mostrar que la decisión adoptada se fundamenta en buenas razones.⁷⁵ En otras palabras: “una decisión quedará justificada cuando se argumente; porque la decisión adoptada es la mejor de todas las posibles, dentro del marco del derecho objetivo”,⁷⁶ ciertamente:

Motivar las sentencias significa, pues, justificarlas, y para lograrlo no cabe limitarse a mostrar cómo se ha producido una determinada decisión, es decir, no basta con indicar el proceso –psicológico, sociológico, etc.– que lleva a la decisión, al producto. Sin embargo, justificar y explicar son operaciones –o conceptos– distintos, pero conjugados: del mismo modo que las cuestiones de justificación juegan un papel en la explicación (en muchos casos, lo que explica que un juez haya tomado una determinada decisión es –al menos hasta cierto punto– que él la considera justificada), la explicación de las decisiones facilita

⁷² Omar Vázquez, “De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia* 1, n.º 14 (1 de enero de 2009), doi:10.22201/ijj.24487929e.2009.14.8759.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Atienza, *El sentido del derecho*, 254.

⁷⁵ Juan Igartua Salaverria, “Discrecionalidad, arbitrariedad y Control Judicial”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 1996, 11, <https://www.euskadi.net/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aIdRevista=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=38&t59aContenido=3&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=46>.

⁷⁶ Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano”, 162.

también la tarea de justificación (es decir, las posibles razones justificativas aparecen así en forma más explícita).⁷⁷

La obligatoriedad de motivar y la interdicción de la arbitrariedad resultan ser las caras opuestas de una moneda, en ese sentido; para confirmar si existe o no arbitrariedad en una decisión, basta con examinar si la misma está suficientemente motivada, y para calibrar una motivación de forma suficiente en la decisión en cuestión, basta mirar si en ella se han dejado espacios a una eventual arbitrariedad.⁷⁸

De ahí que una decisión es arbitraria, no por falta de razones a su favor, sino porque quien la ha tomado *no tiene razones para justificarla*, dicho de otro modo; la presencia de la motivación y sus argumentos —buenas razones— es el elemento esencial para discriminar lo racional de lo arbitrario.⁷⁹

La obligatoriedad de motivar, representa un principio jurídico-político de controlabilidad, tanto institucional, que puede ser ejercido de forma vertical a través de los medios de impugnación; apelación y casación —lo que se conoce como función *endoprosesal* de la motivación—, cuanto un control transversal generalizado y difuso, que no se agota únicamente con los destinatarios al cual está dirigido el fallo, es decir las partes intervinientes en el juicio juntamente con sus abogados, sino que además está dirigido a ese auditorio universal,⁸⁰ del que habla Perelman.⁸¹

Conforme se dejó anotado; en un régimen democrático la legitimación que logran los jueces es a través de la explicación de las razones que le sirven de justificación a sus decisiones —función *extraprosesal* de la motivación—,⁸² cuyas consecuencias obvias son; primero la publicidad de la motivación, segundo; la inteligibilidad de la misma, es decir el no abuso de la jerga judicial — eminentemente técnica—,⁸³ en asuntos que son tratables adecuadamente sin salirse del lenguaje común, y tercero; la autosuficiencia de

⁷⁷ Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza, y Juan Ruiz Manero, *Fragmentos para una teoría de la constitución* (Madrid: Portal Derecho (IUSTEL), 2007), 140-41, citado en Pamela Juliana Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 162, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5296>.

⁷⁸ Juan Igartua Salaverría, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional* (Madrid: Civitas, 1998), 51.

⁷⁹ Igartua Salaverría, “Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Judicial”, 4.

⁸⁰ Juan Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales* (Bogotá: Temis, 2009), 14-15.

⁸¹ Perelman, *El imperio retórico retórica y argumentación*, 30-42.

⁸² Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 15.

⁸³ Tinman Shoschana Zusman, “TIPS : 100 consejos útiles de redacción legal | IUS ET VERITAS”, 344-46, accedido 9 de octubre de 2019, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12070>.

la motivación, en el sentido que esta se baste por si misma ya que los lectores (que no sean sujetos procesales), nada conocen de la controversia más allá de cuanto se dice en la sentencia, pues para el común de los ciudadanos la motivación no es una de las fuentes de interpretación y valoración de la decisión judicial, sino la única fuente de conocimiento y control sobre la decisión.⁸⁴

⁸⁴ Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 15.

Capítulo segundo

La motivación de decisión judicial en el ámbito penal y sus presupuestos según la legislación ecuatoriana

La motivación en el ámbito penal, requiere de ciertos matices dados por la teoría del delito, la teoría de la pena, e incluso en algunos casos por la victimología, el área penal como área específica del Derecho, ha tenido su evolución de forma constante como cualquier otra rama del derecho,⁸⁵ existen discusiones inacabadas de grandes dogmáticos del derecho penal en el establecimiento y definición de los elementos del delito: acto, típico, antijurídico y culpable, llamados también categorías dogmáticas del delito, y que; constituyen una serie de filtros del poder punitivo del Estado.⁸⁶

Bajo ese preámbulo, en este capítulo empezaremos analizando los elementos normativos y dogmáticos que deben guiar la motivación de una decisión judicial, es decir; las herramientas que la constitución, la ley, la doctrina y la jurisprudencia, como fuentes del Derecho le proporcionan al juez para el cumplimiento de esta labor, bajo parámetros pre establecidos en la Constitución, en la normativa infra constitucional, así como en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante Corte Constitucional); razonabilidad, lógica y comprensibilidad. En este punto es importante identificar los elementos de la motivación a la luz del texto constitucional.

En la siguiente sección, en un primer momento; se busca explicar la necesidad de una conexión lógica entre las premisas y la conclusión, en este punto es importante diferenciar los *obiter dicta*, de la *ratio decidendi*, así como la *decisum* que deben existir en una decisión y en segundo momento; considerar el uso del precedente jurisprudencial pertinente en la motivación de la decisión judicial.

Luego profundizaremos el estudio de la motivación de la decisión judicial en el ámbito penal, lo cual contempla tanto; la justificación de los hechos propuestos por las partes, cuanto la interpretación normativa y la valoración de la prueba. En este punto, será

⁸⁵ Nicolás Salas, “La motivación como garantía penal: estudio doctrinario y situacional” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013), 45, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3853>.

⁸⁶ Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría constitucional del delito: análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal* (Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 16.

necesario una restricción temática para facilitar el estudio, para ellos optamos por una división de la motivación de una sentencia, en la motivación de los hechos, recurriendo para ello al derecho procesal penal, y la motivación jurídica; con el aporte del derecho sustantivo penal, y de la teoría del delito, a través de las categorías dogmáticas.

Debido a la delimitación del ámbito de acción de la presente investigación, nos enfocaremos exclusivamente en el análisis de las sentencias emitidas en Tribunal de Garantías Penales, por lo que nuestro estudio se ubica en la fase del juicio del procedimiento ordinario, el cual se encuentra descrito en el Título VII del Libro Segundo del Código Orgánico Integral Penal. Para finalizar plantearemos un esquema que permitirá evaluar la motivación de las decisiones judiciales

1. El reconocimiento normativo de la obligación de motivar las decisiones en la legislación ecuatoriana

La obligación de motivar las decisiones o sentencias, es un precepto reconocido tanto, en nuestra constitución, así como en los cuerpos legales infra-constitucionales, en esta investigación nos interesa lo que establece el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) y el Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ).

En nuestra constitución, a la motivación la encontramos de forma implícita en el debido proceso, específicamente en la garantía del derecho a la defensa, así aparece en su artículo 76 numeral 7 literal 1):

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.⁸⁷

De este texto constitucional, se infiere que; todas las resoluciones emanadas de los poderes públicos deben ser motivadas, obviamente la actividad del poder judicial— de interés en este estudio—, se incluye en esta obligación, lo cual trae consigo dos efectos; por un lado, el carácter universal, y por otro; la indisponibilidad del deber de motivar.

El carácter universal, nos obliga a pensar que todos los fallos presentes o futuros deben resolverse de acuerdo con los mismos criterios — obviamente teniendo en cuenta

⁸⁷ Ecuador, *Constitución*, art. 76; numeral 7; literal 1.

las particularidades de cada caso —, utilizados en casos anteriores, o dicho de otra forma; debe emplearse una garantía universal que sea compartida por la mayoría.⁸⁸

En el ámbito normativo infra constitucional, específicamente en el COFJ, respecto a las resoluciones producidas en sede judicial, el legislador se limita a transcribir en parte el texto constitucional, cuando se refiere a las facultades jurisdiccionales de las y los jueces, indicando en su artículo 130 lo siguiente:

Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto, deben: [...] 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.⁸⁹

Siendo válidos en este texto, los mismos elementos analizados en el texto Constitucional: universalidad, obligatoriedad. Tanto el texto constitucional como este último incluyen la primera de las dos consecuencias por la falta o ausencia de motivación, en el ámbito procesal; es la nulidad de la resolución del fallo, en tanto que la segunda consecuencia es la sanción del funcionario responsable, esta normativa infra constitucional la contempla en el régimen disciplinario de la Función Judicial,⁹⁰ cuestión esta última que dado el alcance de la presente investigación no pasaremos a analizar.

Como en todos los ámbitos del Derecho, en materia penal, es imprescindible la motivación de la sentencia, pues ella permite explicar las razones y la valoración de las pruebas, que llevaron al juzgador a tomar la decisión, con ello además; se cumple un papel pedagógico en los sujetos procesales, pues se los persuade a mejorar la solución, y a la justeza del fallo.⁹¹ Así, el COIP contempla la obligación de motivar las decisiones jurisdiccionales; dentro de los principios procesales del debido proceso:

Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales

⁸⁸ Vázquez, “De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica”, 86.

⁸⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 130.4.

⁹⁰ *Ibid.*, art. 108.-Infracciones Graves.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le podrá imponer sanción de suspensión, por las siguientes infracciones: [...]8. No haber fundamentado debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias, según corresponda, o en general en la substanciación y resolución de las causas, haber violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República.

⁹¹ Edgardo Villamil Portilla, *Teoría constitucional del proceso* (Santafé de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1999), 216–20. Citado en Ramiro J. García Falconi y Eliana Alba Zurita, *Código Orgánico Integral Penal comentado. T. 1: Arts 1 al 78*, 1. ed (Lima: Ara Editores, 2014), 109.

ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: [...] 18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.⁹²

Y como elemento obligatorio en la sentencia:

Art. 621.-Sentencia.-Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el Tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos.⁹³

De lo dicho hasta aquí, podemos establecer ciertas conclusiones:

La obligación constitucional del juez de motivar una decisión o sentencia consiste en justificar a través de argumentos razonables, por qué la decisión adoptada es la mejor de todas las posibles.

La motivación a través de su justificación, es el elemento esencial para discriminar si una decisión es racional o arbitraria arbitrario.

La motivación es de carácter universal y obligatorio y garantiza un control jurídico-político, tanto de forma particular —institucional—; a través de los medios de impugnación, cuanto de forma general; ejercida por cualquier ciudadano a través de la publicidad de la motivación, que se complementa con uso de un lenguaje de fácil comprensión.

La falta de motivación en las resoluciones, acarrea efectos procesales y administrativos, en el ámbito procesal el efecto es la nulidad del fallo o resolución, y administrativos en contra de lo funcionarios responsables, que en el ámbito judicial está regulado por el régimen disciplinario de la Función Judicial.

En la motivación de las resoluciones o fallos, en cualquier ámbito del Derecho de manera general, y en particular en el ámbito penal, no se puede justificar bajo el argumento de la autoridad o simple legalidad, pues todo acto procesal es un acto consiente, y por lo tanto; su emisión debe basarse en la aplicación cuidadosa del conocimiento pertinente.⁹⁴

⁹² Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, art. 5; núm. 18 .

⁹³ Ibid., art. 621.

⁹⁴ Mixán Mass, “La motivación de las resoluciones judiciales”, *Debate Penal No2*, agosto de 1987, 2, <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/?menu=articulos>.

2. Requisitos básicos de la motivación como justificación en las decisiones judiciales a partir del texto constitucional

Aquí es necesario comenzar analizando el respaldo normativo constitucional, para fijar los requisitos básicos que han de satisfacer una *justificación*, digna de adoptar el nombre de *motivación*, al respecto, la piedra angular reside en la distinción entre *justificación interna* y *justificación externa*.

En la motivación como *justificación interna*, lo primero que se exige es que se proporcione de un armazón argumentativo racional a la decisión judicial, toda justificación jurídica, tiene una justificación interna, que en los casos fáciles es la única, mientras que en los casos difíciles se requiere de una justificación externa. En la sentencia, la decisión final o fallo es la culminación de una cadena de justificaciones menores o preparatorias; por ejemplo: ¿qué artículo hay que aplicar?, ¿cuál es el significado de ese artículo?, ¿qué valor hay que otorgar a tal o cual prueba?, ¿qué pena imponer dentro de los parámetros establecidos por la ley?, etc.⁹⁵ Se trata del aspecto relacionado con el orden lógico, por lo que; el esquema lógico de la subsunción es determinante, pues constituye un criterio, general y necesario, de determinación en el significado global del discurso, ya que representa una regla de elección, entre eventuales posibilidades.⁹⁶

Una de las principales herramientas que utiliza el juzgador en la motivación de sus resoluciones es la subsunción, que es meramente deductiva, y; se expresa por medio de un silogismo jurídico cuya razón operativa es una premisa mayor consistente en una regla, este silogismo de ser necesario puede construirse por una cadena de silogismos deductivos, en cuyo caso la justificación será únicamente más extensa.

De lo expresado tenemos que; toda justificación interna se sostendrá en razones operativas consistente en reglas, y tanto que las reglas se componen por un supuesto fáctico, y una calificación jurídica determinada, entonces subsumir consiste en *encajar* los hechos fácticos, propios a cada caso, en el supuesto de hecho de una regla para obtener la calificación jurídica, que vendría a ser la conclusión.⁹⁷

En tanto, cuando las premisas son dudosas u opinables se requiere aportar una *justificación externa*, esta última consiste en justificar las premisas que han conducido a

⁹⁵ Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 24.

⁹⁶ Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, trad. Lorenzo Córdova Vianello (Madrid: Trotta, 2011), 120.

⁹⁷ *Ibíd.*, 197.

la decisión,⁹⁸ corresponde a la presencia de componentes no estrictamente lógicos, pero sí de naturaleza retórica argumentativa, que determina el significado global de la motivación, en la medida en que por un lado; acentúa la distinción de la motivación como discurso justificativo frente al modelo lógico de la subsunción, y por otro lado; introduce en ella el componente que se traduce en la capacidad de persuasión de la motivación, en los interlocutores, sean estos; las partes procesales o cualquier ciudadano que tenga interés en leer y fiscalizar la sentencia, y hace más fácil obtener su aceptación.⁹⁹

Este componente se halla entremezclado con la parte lógica de la sentencia y tiende, por una parte; a integrar, modificar o delimitar el significado de sus proposiciones, y por otra parte; ejerce una autonomía retórica argumentativa en el significado global del discurso de la sentencia como en el de sus componentes.¹⁰⁰

Dicho de otro modo; mientras la estructura lógica, a través de la subsunción, opera como criterios de resolución de ambigüedad y de determinación de los significados de las proposiciones en las diversas fases del discurso que contiene la sentencia, la estructura argumentativa no opera del mismo modo, sino que constituye el instrumento de persuasión, que permite la aceptación del discurso en los interlocutores, en la medida en que se hallen definidos el objeto y las razones que le subyacen.¹⁰¹

A más de las justificaciones interna y externa, la motivación ha de ser: a) *congruente*, no contradictoria — a fortiori— con la decisión que se quiere justificar; de manera que sean recíprocamente compatibles todos los argumentos que componen la motivación, b) *completa*, pues han de motivarse todas las opciones que directa, e indirectamente así como; total y parcialmente, pueden inclinar la balanza de la decisión final hacia un lado o hacia otro, c) *suficiente*; no se trata de responder de manera infinita a los porqués, sino con la suficiencia contextual, por ejemplo: no es necesario justificar premisas que se basan en razones obvias aceptadas de forma general, en cambio resulta necesaria una justificación que se separa del sentido común, de lo habitualmente obvio.¹⁰²

⁹⁸ Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 26.

⁹⁹ Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, 119–23.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid., 123–24.

¹⁰² Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 27.

2.1. Reglas y principios

El texto constitucional, nos enuncia los elementos de la motivación: así tenemos, el artículo 76 numeral 7 literal l) en su parte pertinente expresa: “No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.”¹⁰³

En la praxis la justificación de las decisiones judiciales, se articula a través de las razones—buenas razones—, de entre las cuales resaltan aquellas que funcionan como verdaderos motores de la actividad justificativa, también conocidas como “razones operativas”,¹⁰⁴ entre las que se encuentran las normas jurídicas, entendidas como proposiciones normativas o sea normas; “con la palabra *norma* se alude a que algo deba ser o producirse en particular; a que un hombre deba comportarse de determinada manera.”¹⁰⁵

En consecuencia, si la argumentación de una decisión es un proceso que avanza de modo racional, este perdería toda dinámica si no tuviera el impulso de estos motores del aspecto justificativo del derecho.¹⁰⁶

Partiendo de una noción genérica de norma, en la distinción de la ley, respecto de los derechos y la justicia, es importante diferenciar entre *reglas* y *principios*, y para ello; de entre las tantas opciones que nos ofrece la literatura sobre el tema, nos decantamos por las siguientes acepciones: a las *reglas* las identificamos de manera prevalente con las normas legislativas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente *principios*, es decir a grandes rasgos distinguir la Constitución de la ley.¹⁰⁷

Solo a las reglas aplican los variados métodos de interpretación, que tiene por objeto el lenguaje del legislador, en los principios hay poco que interpretar pues su

¹⁰³ Ecuador, *Constitución*, art. 76; núm. 7; lit. l.

¹⁰⁴ Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Repr (Oxford: Oxford Univ. Press, 2002), citado en Alí Lozada, “Sobre la dimensión argumentativa del derecho”, en *Apuntes de derecho procesal constitucional*, ed. Angélica Juan Montaña Pinto, Cuadernos de trabajo / Corte Constitucional para el período de transición, no. 1-3 (Quito, Ecuador: Corte Constitucional de Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011), 194.

¹⁰⁵ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto José Vernengo (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981), citado en Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, (Madrid: Trotta, 1995), 109–10.

¹⁰⁶ Lozada Prado, “Sobre la dimensión argumentativa del derecho”, 194.

¹⁰⁷ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, 1995), 110.

significado lingüístico es auto evidente. A las reglas se obedece, a los principios en cambio se presta adhesión; los principios son mandatos de optimización.¹⁰⁸

En cuanto a su estructura lógica, las reglas enlazan un supuesto fáctico a una conducta jurídicamente calificada de la forma $Ex \rightarrow \neg Dsx$, para ejemplo tomaremos los artículos 383 y 384 del código penal ecuatoriano(ya derogado pero a modo de ejemplo nos sirve),¹⁰⁹ el primero define a los vagos como aquellas personas que no tienen domicilio fijo ni medios de subsistencia, y los que, sin enfermedad o lesión que les imposibilite, no ejercen habitualmente oficio o profesión, en tanto que el segundo corresponde a las regla, tipos penales con sujetos activos calificado (vagos), que establece: “Serán reprimidos con prisión de tres meses a un año: Los vagos o mendigos [...], o que fingieren lesiones o enfermedades”, donde el supuesto de hecho viene dado por todos los casos en que un vago o mendigo — persona en condiciones de vulnerabilidad — finja lesiones o enfermedades, merece una pena probativa de libertad que oscila entre 3 meses a un año, (Ex), cuya verificación conlleva la calificación jurídica ($\neg D$) de una conducta (s) para la misma clase de sujetos comprendidos en el supuesto fáctico (x). En cambio la norma según la cual se reconoce y garantiza a las personas; “ el derecho a una vida digna que asegure su salud, alimentación, nutrición, vivienda, trabajo, empleo, vestido,¹¹⁰ $\neg Ogx$, no sería una regla sino un principio, pues carece de un supuesto fáctico (que indique las condiciones de hecho particulares en que debe ser aplicada la norma) y solamente adscribe, para todos los casos relevantes, una determinada calificación jurídica, *reconocer y garantizar el derecho a una vida digna* ($\neg O$), a una cierta clase de conducta “fingir lesiones o enfermedades” (g), respecto de un cierto conjunto de sujetos. “vagos o mendigos —personas en situación de vulnerabilidad.”¹¹¹ En definitiva, las reglas pueden ser:

[...]vistas como razones para actuar o decidir, las reglas son las razones excluyentes, en el sentido de que pretenden impedir el recurso a su justificación subyacente, es decir, a las razones que las sustentan, al porqué de aquellas. En cambio, los principios son razones que integran, precisamente, esas razones subyacentes, y por tanto, operan como justificativos a favor de ciertas reglas. Pero también pueden actuar como justificaciones den contra de determinadas reglas.¹¹²

¹⁰⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Colección El derecho y la justicia 34 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 86.

¹⁰⁹ Ecuador, *Código Penal*, 22 de enero de 1971, Registro Oficial Suplemento 147.

¹¹⁰ Ecuador, Constitución, art. 66; núm. 2.

¹¹¹ Alí Lozada Prado, *Sobre la dimensión argumentativa del derecho*, 194-95.

¹¹² *Ibíd.*, 195

2.2. Los cánones de la motivación: razonabilidad, lógica, comprensibilidad

La Corte IDH, ha manifestado que la motivación es “la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”¹¹³ y que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, dado que “[...] las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias.”¹¹⁴

En ese sentido, la Corte Constitucional, ha argumentado que la motivación constituye una pieza fundamental en la elaboración de las decisiones judiciales, sin la cual estas se tornarían arbitrarias y cuyo efecto devendría en la nulidad de las mismas;¹¹⁵ siendo un deber sustancial de los poderes públicos motivar debidamente las resoluciones que emitan, a fin de dotarlas de legitimidad, garantizando así que las personas puedan conocer cuáles son los argumentos o fundamentos que llevaron a tomar una resolución determinada.¹¹⁶

La Corte Constitucional, además, ha señalado que el alcance de esta garantía, no se limita únicamente a la invocación abstracta de normas, sino también a la relación lógica entre las normas y los hechos materiales del caso. Este último presupuesto se vincula a la garantía de la motivación, no como un elemento formal; sino como un requisito obligatorio y sustancial y de contenido expreso, que da cuenta del mérito y la oportunidad de la resolución que se adopta. La Corte ha destacado que el derecho a la motivación constituye una condición necesaria de todas las resoluciones de los poderes públicos, en el que se incluye el judicial, cuyo objeto se circunscribe a que las personas puedan conocer de forma efectiva y verás las razones que motivaron la emisión de una determinada decisión.¹¹⁷

En esa línea de análisis, la obligación de motivar va más allá de la mera enunciación de normas, pues conlleva el deber de indagar a partir de los hechos presentados en el caso, como estos se relacionan con las normas jurídicas a partir de un

¹¹³ Corte IDH, “Sentencia de 21 de noviembre del 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, 23 de junio de 2005, parr.107, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.

¹¹⁴ Corte IDH, “Sentencia de 23 de junio del 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005, parrs. 154-5, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.

¹¹⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N°232-14-SEP-CC”, *Caso N.º1388-12-EP*, 17 de diciembre de 2014, 9.

¹¹⁶ Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano”, 252.

¹¹⁷ *Ibid.*, 252–53.

razonamiento eminentemente justificativo.¹¹⁸ La Corte Constitucional, en el desarrollo de su jurisprudencia, ha ido construyendo un esquema argumentativo para verificar la existencia o no de la motivación en las decisiones judiciales. Este esquema argumentativo fue por primera vez enunciado como un *obiter dicta* en la sentencia No. 227-12-SEP-CC, de 21 de junio de 2012, al señalar:

Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar como los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto.¹¹⁹

A partir de la decisión No. 092-13- SEP-CC,¹²⁰ la Corte deja de considerar a este enunciado como un *obiter dicta*, y lo desarrolla como un esquema argumentativo, que guía el análisis del cumplimiento de la motivación, imponiendo parámetros que sirven de filtros para indagar si en las decisiones se observa los estándares mínimos que dan cuenta de las razones que sustentan la decisión. Este esquema por sí solo no ofrece la solución del caso, sin embargo; sí permite verificar que la decisión ha observado los requisitos mínimos que la convierten en racional.¹²¹

Este esquema argumentativo o test de la motivación, como lo ha denominado la Corte Constitucional, consiste en comprobar si los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad han sido acatados en la emisión de una decisión judicial. Para ellos se utiliza un método secuencial de tamizaje; iniciando en un primer filtro en el que se verifica la universalidad de las premisas normativas, esto es; argumentación de primer nivel, es decir, el requisito de la razonabilidad, cuando se constata existencia de este requisito se pasa al segundo tamiz; consistente en un examen de la argumentación de segundo nivel, es decir, la coherencia y consistencia de las premisas, con lo que se constata la existencia del requisito de lógica, y finalmente; de verificarse el cumplimiento de los requisitos

¹¹⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 080-13-SEP-CC”, *Caso No. 0445-11-EP*, 9 de octubre de 2013, 9.

¹¹⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 227-12-SEP-CC”, *Caso No. 1212-11-EP*, 21 de junio de 2012, 8.

¹²⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, No. 092-13- SEP-CC”, *Caso No. 0538-11-EP*, 30 de octubre de 2013.

¹²¹ Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano”, 257.

anteriores se analiza la dimensión dialéctica de la decisión, en otras palabras, la comprensibilidad.¹²²

Dada su importancia a estos tres elementos los hemos denominado los cánones de la motivación, los mismos que los pasamos a analizar;

2.2.1. Razonabilidad

Respecto al parámetro de razonabilidad,¹²³ la Corte Constitucional ha indicado que constituye el respeto, observancia y cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales pertinentes y aplicables al caso; es decir, parte de la premisa alexyana:¹²⁴ *toda decisión judicial debe al menos fundamentarse en una norma jurídica*. Este parámetro se constituye en “el elemento mediante el cual es posible analizar las normas que han sido utilizadas como fundamento de la resolución judicial.”¹²⁵

Según la Corte las resoluciones judiciales no deben imponer criterios contrarios a la Constitución, es decir; las decisiones judiciales se encuentran sujetas a los principios constitucionales.¹²⁶

Un dato no menor, sobre este parámetro a decir de la Corte; debe formar parte de la generación de la premisa normativa del silogismo judicial, puesto que; expresamente ha determinado: “la razonabilidad implica la fundamentación con base a normas constitucionales, legales y/o jurisprudenciales, que permitan verificar la fundamentación jurídica utilizada por el operador de justicia al momento de resolver un caso concreto.”¹²⁷

Este parámetro responde a la pregunta: *¿Que normas utilizó el Juez para identificar: la vulneración o no de un derecho/la adecuación de una conducta a un tipo*

¹²² Ibid.

¹²³ Sobre razonabilidad, véase Natalia Stamile, “Razonabilidad (Principio de)”, *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad* 8 (2015): 222–28, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2471> citado en Pamela Juliana Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 258, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5296>.

¹²⁴ La premisa alexyana nos invita a recordar la teoría de la argumentación de Alexy, véase citas 106 y 107

¹²⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 009-14-SEP-CC”, *Caso No. 0526-11-EP*, 15 de enero de 2014, 11–14.

¹²⁶ Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano”, 258.

¹²⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia, No. 016-16-SEP-CC”, *Caso No. 2014-12-EP*, 13 de enero de 2016, 14.

*penal/la adecuación de determinados hechos a una institución jurídica del código civil, etc.?*¹²⁸

2.2.2. La lógica

Respecto al criterio de la lógica,¹²⁹ la Corte considera que la construcción de una decisión debe sostener una coherencia e interrelación entre las premisas fácticas, las normas legales aplicadas al caso concreto y la decisión; dicho de otro modo; se debe mantener la coherencia de los elementos ordenados y concatenados que permiten construir un juicio de valor en el juzgador al momento de emitir una resolución.¹³⁰

En esta interrelación, se ha de identificar una línea de causalidad en la sentencia, que se conforma de la premisa fáctica vinculada a la aplicación de una norma, finalizando con la decisión, y esta última a su vez conecta en forma racional las premisas fácticas con la conclusión, dicho en otras palabras; la plena correlación entre los argumentos esgrimidos sobre el derecho, los hechos y la resolución adoptada, constituyen la ecuación jurídica completa que permite arribar a una verdadera, necesaria, sustancial, inequívoca y concordante motivación.¹³¹ Al respecto de este presupuesto la Corte ha señalado:

Para analizar este elemento es preciso señalar que el desarrollo de una sentencia supone un silogismo, esto es, un razonamiento jurídico por el cual se vinculan las premisas mayores (que generalmente son proporcionadas por la normativa aplicable al caso en concreto) con las premisas menores (que se encuentran dadas por los hechos fácticos [sic] en los cuales se circunscribe y fundamenta la causa) y de cuya conexión se obtiene una conclusión (que se traduce en la decisión final del proceso).¹³²

El criterio de la lógica además es una exposición congruente de las razones que dirigen al juez en la concepción sobre el asunto que versa la litis, de tal forma que; al finalizar el juicio; este guarde armonía, coherencia y consistencia con los elementos que

¹²⁸ Verónica Hernández Muñoz, “El test de motivación de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Cómo conocer si una sentencia está correctamente fundamentada?”, *Yachana Revista Científica* 7, no 1 (6 de noviembre de 2018): 26, <http://revistas.ulvr.edu.ec/index.php/yachana/article/view/518>.

¹²⁹ Sobre lógica y motivación, véase María Isabel Garrido Gómez, “La predecibilidad de las decisiones judiciales”, *Revista Ius et Praxis* 15, no 1 (2009), <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/197>. citado en Pamela Juliana Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 259, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5296>.

¹³⁰ Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano”, 259.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 009-14-SEP-CC”, 14, entre otras.

han sido presentados, evaluados, analizados y considerados durante el proceso y al final en su sentencia.¹³³

Este parámetro responde a la pregunta: *¿es correcto el silogismo utilizado en la sentencia?*¹³⁴

2.2.3. Comprensibilidad

Sobre el parámetro de comprensibilidad, la Corte Constitucional dice que; una decisión comprensible es la que goza de claridad en el lenguaje, es fiscalizada por el auditorio social y no únicamente por las partes en conflicto,¹³⁵ es decir; se trata de un elemento que exige que la decisión presente un lenguaje: pertinente, sencillo y claro, que no solo sea entendido por las partes procesales, sino que toda aquella persona que lea la sentencia pueda comprenderla, a fin de que; a través de ella se adquieran conocimientos en derecho y que la misma goce de legitimidad, tal y como lo prescribe el artículo 4.10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC).¹³⁶

Este parámetro responde a la pregunta: los argumentos en la decisión del juez *¿los entiende el auditorio social o solo las partes procesales?*¹³⁷

3. Componentes comunes de la motivación en la decisión judicial

A pesar de las consideraciones expuestas, determinar en concreto la estructura de la motivación de una sentencia es extremadamente más complejo de lo que podría resultar una distinción entre; un contexto lógicamente estructurado y un contexto retórico argumentativo, por lo que; resulta necesario profundizar en el tema a fin de poner en evidencia los componentes estructurales más relevantes del discurso del juez;¹³⁸ así entre de los elementos de la sentencia, fundamentalmente en las razones que sustentan las respuestas a las cuestiones y subcuestiones. En la estructura de la sentencia es necesario distinguir el contenido y alcance de las partes constitutivas de la sentencia: *obiter dictum*,

¹³³ Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano”, 260.

¹³⁴ Hernández Muñoz, “El test de motivación de la Corte Constitucional del Ecuador”, 27.

¹³⁵ *Ibíd.*, 28

¹³⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 4.- Principios procesales. La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: [...] 10. Comprensión efectiva - Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la jueza o juez deberá redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte.

¹³⁷ Hernández Muñoz, “El test de motivación de la Corte Constitucional del Ecuador”, 28.

¹³⁸ Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, 124.

ratio decidendi, y *decisum* o decisión del caso, que no es otra cosa que la expresión de la conclusión,¹³⁹ así como el uso del precedente jurisprudencial.

3.1. Obiter dictum

El obiter dictum, se trata de un término latino cuyo significado es *dicho de paso* o *dicho gratuitamente*, está formado por aquellos argumentos orientadores expuestos en la parte considerativa de la sentencia, que coadyuvan a la decisión principal pero no tienen el carácter de vinculante; por su naturaleza el *obiter dictum* puede tener un valor persuasivo,¹⁴⁰ contiene un conjunto de razonamientos orientadores de la labor operativa del derecho; es una razón subsidiaria que sirve de base para elaborar la *ratio decidendi*; si bien no vincula, orienta y persuade la actividad judicial al generar un vigor convincente,¹⁴¹ incluye el análisis de los principios aplicables al caso invocados por el juez pero que no contienen el argumento central para sustentar la decisión final, por ello, generalmente no son considerados elementos relevantes para los casos futuros.¹⁴²

Para determinar los obiter dictum, se ha de considerar que; todos aquellos argumentos que no sean considerados *ratio decidendi*, serán *obiter dictum*¹⁴³ y por lo tanto no vinculantes, entonces es “el juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla, sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto.”¹⁴⁴

¹³⁹ Pablo Leguísamo Bohórquez, “Problemas jurídicos generados por la inclusión del precedente jurisprudencial dentro de las fuentes primarias en el Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018), 35, <http://hdl.handle.net/10644/6059>.

¹⁴⁰ Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: Universidad Externado, 2005), 40, citado en Pablo Leguísamo Bohórquez, “Problemas jurídicos generados por la inclusión del precedente jurisprudencial dentro de las fuentes primarias en el Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018), 36, <http://hdl.handle.net/10644/6059>.

¹⁴¹ Luis Castillo Córdova, “La jurisprudencia vinculante del tribunal constitucional”, en *El precedente judicial y el precedente constitucional* (El precedente judicial y el precedente constitucional, Universidad de Piura, 2008), 9–10, <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/1920>.

¹⁴² Leguísamo Bohórquez, “*Problemas jurídicos generados por la inclusión del precedente jurisprudencial*”, 36.

¹⁴³ Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, 2. ed (Bogotá: Legis, 2006), 219.

¹⁴⁴ Hernán Alejandro Olano García, “Del precedente constitucional al precedente contencioso administrativo”, *Estudios Constitucionales* 9, no. 2 (2011): 418, <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/147>, citado en Pablo Leguísamo Bohórquez, “Problemas jurídicos generados por la inclusión del precedente jurisprudencial dentro de las fuentes primarias en el Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018), 37, <http://hdl.handle.net/10644/6059>

3.2. *Ratio decidendi*

Ratio decidendi es una expresión latina que significa; *la razón para decidir* o *razón suficiente*, contiene los argumentos principales que sustentan la parte resolutive de la sentencia, es la base de la decisión.¹⁴⁵ Así como las motivaciones indicativas o auxiliares constituyen el *obiter dictum*, aquella que genera lo medular de la cosa juzgada es la *ratio decidendi*, sin lo cual el fallo no tendría significado jurídico.¹⁴⁶ En la estructura de la sentencia, la *ratio decidendi* resulta de la aplicación del silogismo jurídico, puesto que requiere de una premisa fáctica (inevitable presencia de los hechos del caso) con cuya conjunción llega a la conclusión o *decisum*.¹⁴⁷

3.3. *Decisum*

Se compone por la parte resolutive de la sentencia, en una relación analógica con el silogismo jurídico, sería equivalente a la conclusión, puesto que se halla antecedida de dos componentes previos como son el *obiter dictum* y la *ratio decidendi*, de manera similar a la conclusión del silogismo al que anteceden las premisas normativa y fáctica, no se trata de una identidad total, pero existe una semejanza estructural. Doctrinaria y jurisprudencialmente existe la tendencia a disminuir la relevancia del *decisum*, por su efecto *inter-partes*, sin embargo, puede existir en las que el juzgador incorpore normas de aplicación general en cuyo caso estas adquieren carácter de erga omnes, a pesar de estar incluidas en el *decisum*, esto ocurre generalmente en el ámbito constitucional,¹⁴⁸ práctica que no es muy escrupulosa con la técnica jurídica, ya que la fuente generadora de derecho por antonomasia es la *ratio decidendi*.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Corte Nacional de Justicia, *Ratio decidendi: obiter dicta* (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2014), 23–24.

¹⁴⁶ López Medina, *El derecho de los jueces*, 58.

¹⁴⁷ Leguísamo Bohórquez, “Problemas jurídicos generados por la inclusión del precedente jurisprudencial”, 38.

¹⁴⁸ Muestra de ello son las sentencias aditivas, en cuyo *decisum* se incluyen regulaciones de naturaleza *erga omnes* que en cierta medida abordan el control abstracto de constitucionalidad en una sentencia de control concreto, léanse sentencias: 072-17-SEP-CC, de 15 de marzo de 2017, 089-17-SEP-CC de 29 de marzo de 2017, 309-16-SEP-CC de 21 de septiembre de 2016y en especial la sentencia 034-13-SCN-CC de 30 de mayo de 2003, en la que se establecen las reglas para la aplicación de las medidas cautelares, a pesar de que dicha regulación, de acuerdo al art. 133, numeral 2 de la Constitución, debe efectuarse exclusivamente por una ley orgánica (Principio de Reserva de Ley Orgánica)

¹⁴⁹ Leguísamo Bohórquez, “Problemas jurídicos generados por la inclusión del precedente jurisprudencial”, 40.

3.4. El precedente jurisprudencial en la sentencia

En los sistemas con origen romano – germánico, la jurisprudencia es la expresión del principio del *stare decisis*, aplicado en el ámbito anglosajón; sin embargo, existen importantes diferencias frente al precedente del *common law*; en el precedente anglosajón el juez no necesita citar a una norma escrita o interpretarla, lo que le permite resolver el caso en función de otros casos previos o en su defecto de la costumbre, por el contrario; la jurisprudencia siempre se basa en las interpretaciones previas de normas jurídicas escritas, lo que disminuye el ámbito de acción de los jueces, ya que en cierta forma el juez debe referirse a la forma en que la sentencia previa subsumió la norma escrita, salvo el caso de lagunas normativas.¹⁵⁰

Bajo ciertas condiciones, las sentencias constituyen fuentes formales del derecho, a través de precedentes vinculantes o de jurisprudencia, términos que suelen utilizarse como sinónimos, sin embargo, existen importantes diferencias entre las que podemos mencionar las siguientes:

a. En la aplicación del precedente es suficiente que exista una sola sentencia previa para que se establezca en ella una subregla, en cambio; la jurisprudencia requiere de varias sentencias entre las cuales exista analogía fáctica, de manera que; ante la existencia de casos similares, la decisión de la autoridad debe ser la misma, caso contrario se estaría violentando el principio de igualdad ante la ley;¹⁵¹

b. El precedente se desarrolla en base a la analogía fáctica, por lo que los detalles de los hechos son los que determinan la aplicabilidad o no del precedente, dependiendo de la similitud con las circunstancias fácticas del caso previo, por el contrario; la jurisprudencia enfatiza los conceptos jurídicos que sustentan las sentencias previas,¹⁵² son estos los que posteriormente se establecen como sub reglas jurisprudenciales con omisión de los hechos, tal como sucede con las resoluciones de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador;¹⁵³

c. La naturaleza del precedente es vinculante cuando existe analogía fáctica con un caso similar, esta condición prevalece en el *common law*; en tanto que la jurisprudencia es generalmente indicativa o referencial, como sucede en nuestro país,¹⁵⁴ en el que salvo

¹⁵⁰ Ibid., 39.

¹⁵¹ Ibid., 34.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibíd.

las excepciones ya indicadas, las sentencias tienen efectos *inter partes*, por lo que no tienen otro efecto que servir de referencia no vinculante;

d. El alejamiento del precedente es posible a través de mecanismos agravados que permitan justificar la falta de concordancia entre casos similares, a diferencia de la jurisprudencia cuyos cambios son más frecuentes debido a su naturaleza referencial e *inter partes* en los que la analogía fáctica no es relevante; de ahí deriva la proliferación de sentencias contradictorias,¹⁵⁵ (salvo en los casos en que la jurisprudencia tiene efectos *erga omnes*);¹⁵⁶

e. El precedente es proclive a la aplicación de la sub regla jurisprudencial, mientras que la jurisprudencia privilegia la aplicación de la ley.¹⁵⁷ Es importante indicar que, la determinación de la *ratio decidendi* es crucial, pues ella genera la regla jurisprudencial o holding, que posteriormente constituirá la premisa normativa de las sentencias posteriores con las que exista analogía fáctica.¹⁵⁸

4. La motivación de la sentencia en materia penal

4.1. La motivación de los hechos

Los hechos son aquello que afirman los enunciados verdaderos, estos se obtienen a través de un proceso cognoscitivo que realiza el sujeto que trata de conocerlos y el medio de experiencia sobre el que proyecta su interés, en nuestro caso, entre el juez, los hechos probatorios y el *tema probandi*. La relación directa y espontánea del juez con los hechos permite una exterioridad de los mismo y reducen al mínimo las implicaciones subjetivas en su apreciación. El juez no entiende los hechos como tales sino como proposiciones relativas a los hechos que denotan lo acontecido en el mundo real, aquí

¹⁵⁵ Leguísamo Bohórquez, “Problemas jurídicos generados por la inclusión del precedente jurisprudencial”, 35.

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ López Medina, *El derecho de los jueces*, 110, citado en Pablo Leguisamo Bohórquez, “Problemas jurídicos generados por la inclusión del precedente jurisprudencial dentro de las fuentes primarias en el Ecuador” (tesis de maestría), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018], 35, <http://hdl.handle.net/10644/6059>.

¹⁵⁸ Claudia Escobar García, “El rol de las reglas en la era de los principios”, en *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, ed. Claudia Escobar García, Serie justicia y derechos humanos. Neoliberalismo y sociedad, no. 13 (Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 220, citado en Pablo Leguisamo Bohórquez, “Problemas jurídicos generados por la inclusión del precedente jurisprudencial dentro de las fuentes primarias en el Ecuador” (tesis de maestría), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018), 39, <http://hdl.handle.net/10644/6059>.

aparecen los problemas propios del lenguaje: ambigüedad, textura abierta y zonas de penumbra.¹⁵⁹

Por ello, es usual cuando hablamos de los hechos en una sentencia penal, encontrarse con varios tipos de falencias, tales como; estandarización de formatos de sentencias, estilos de redacción que utilizan en exceso la jerga técnica- jurídica como por ejemplo los términos latinos, frases sacramentales, etc., sin considerar que la sentencia no está dirigida únicamente a las partes sino también a terceros y en general a cualquier ciudadano que tenga interés en el tema.¹⁶⁰

La actividad probatoria, debe guiarse, tanto en la ley; sea esta norma suprema o infra constitucional, cuanto en la dogmática; a través de la teoría de la prueba, como fuentes del derecho. Así, según; la Constitución nuestro sistema acusatorio es: oral, publico y contradictorio,¹⁶¹ siendo esta estructura que al menos dogmáticamente, garantiza la libre valoración de la prueba,¹⁶² es decir; el juez no está obligado a expresar porque algo ha tenido en cuenta y algo no, sino tan solo afirmar y en el mejor de los casos razonar, su particular convicción del porque atribuye un determinado valor a una u otra prueba, lo que se busca es una inferencia que no es otra que el “proceso en el cual se llega a una proposición y se la afirma sobre la base de otra u otras proposiciones aceptadas como puntos de partida del proceso.”¹⁶³

De lo cual se deriva un juicio de inferencia o juicio de razonamiento que se logra sea de forma inductiva o deductiva, pues no depende del método que se utilice sino de la razón del objeto que se valora en la prueba.

En la sentencia penal necesariamente se busca establecer la existencia o inexistencia de un hecho, sobre el cual recaerá la aplicación de un tipo penal. Según Jauchen; “en un proceso penal se debe comprobar la verdad histórica, en cuanto mayor acercamiento a la verdad objetiva o material; el descubrimiento de tales extremos se obtiene mediante la prueba.”¹⁶⁴ En un sentido más técnico procesal, la prueba se

¹⁵⁹ Perfecto Andrés Ibáñez, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Los “hechos” en la sentencia penal*, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política 99 (Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2005), 49–50.

¹⁶⁰ Salas, “La motivación como garantía penal”, 51.

¹⁶¹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008, Registro Oficial 449, art.168 núm. 5 y 6.

¹⁶² Salas, “La motivación como garantía penal”, 50.

¹⁶³ Ibáñez, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, 59.

¹⁶⁴ Eduardo Jauchen, *Tratado de la prueba en materia penal* (Buenos Aires: Rubinzal/Culzoni Editores, 200d. C.), 23, citado en Salas Nicolas Salas, “La motivación como garantía penal: estudio doctrinario y situacional” (tesis de maestría), Universidad Andina Simon Bolivar, Sede Ecuador, 2013), 52, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3853>.

conceptualiza como aquel conjunto de razones que resultan de todos los elementos que se introducen al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual se debe decidir.¹⁶⁵

La actividad probatoria, se constituye por la actuación que realizan los sujetos procesales, con el ánimo de justificar o desvirtuar los hechos materia del proceso, en este punto; la pauta se generará por las características de nuestro sistema procesal acusatorio y las normas que regulan la etapa del juicio, que es el espacio donde se ha de establecer el nexo causal entre la infracción y la persona procesada,¹⁶⁶ para condenar o ratificar su inocencia.

En nuestro sistema procesal, la etapa de juicio es la más importante dentro del proceso penal, pues todas las diligencias procesales practicadas tanto en la fase previa,¹⁶⁷ cuanto en la primera etapa del proceso,¹⁶⁸ únicamente han arrojado elementos de convicción tanto de cargo como de descargo, que pueden o no convertirse en prueba, pues esto dependerá de su práctica, lo cual ocurre exclusivamente en el juicio; que se desarrolla ante el Tribunal de Garantías Penales, a quien solamente le llega el auto de llamamiento a juicio, conforme lo establece el numeral sexto del artículo 608 del COIP.¹⁶⁹

En el desarrollo del juicio se encuentran claramente determinadas tres partes, que guardan íntima relación con la motivación de la sentencia, pues son los ingredientes principales del fallo y estos son: los alegatos de apertura conocido también como teoría del caso, la práctica de prueba y alegatos debates finales.

¹⁶⁵ Hernando Davis Echandia, *Compendio de la prueba judicial* (Santafé de Bogotá: Rubinzal/Culzoni Editores, 1984), 33.

¹⁶⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 455.- La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones.

¹⁶⁷ *Ibid.*, art. 580: Finalidades. - En la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa.

¹⁶⁸ *Ibid.*, art. 590; Finalidad. - La etapa de instrucción tiene por finalidad determinar elementos de convicción, de cargo y descargo, que permita formular o no una acusación en contra de la persona procesada.

¹⁶⁹ *Ibid.*, art. 608: Llamamiento a juicio. - La resolución motivada de llamamiento a juicio incluirá: [...] 6. El acta de la audiencia, conjuntamente con los anticipos probatorios, son los únicos enviados al Tribunal y el expediente será devuelto a la o al fiscal.

4.1.1. Teoría del caso

Se trata de una metodología de trabajo, mediante la cual se presenta la versión de los hechos ante el Tribunal del juicio, desde la perspectiva del litigante, es decir a lo que a su juicio aconteció en; un lugar, día, hora y personas determinadas, que establecen o no la comisión de un ilícito penal.¹⁷⁰ Debe ser consistente; con la evidencia no controvertida y con la versión de la evidencia controvertida, y; aplicación del derecho sustantivo.¹⁷¹

En otras palabras, la teoría del caso es; “el conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente al caso, que le permitirán determinar la versión de hechos que sostendrá ante el tribunal, la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente, las argumentaciones y evidencias que la acreditan en el juicio oral.”¹⁷²

En el desarrollo de la audiencia de juicio, una vez instalada la misma, previa constatación de las partes procesales; fiscal, víctima —si ha acudido pues es su derecho decidir participar o no—,¹⁷³ defensor público o privado y la persona procesada, el juez les concederá la palabra tanto a fiscalía, a la víctima y a la defensa del procesado para que presenten su teoría del caso.¹⁷⁴

4.1.2. Práctica de pruebas

Una vez escuchas las teorías del caso, corresponde el desarrollo de la actividad probatoria, mediante los medios de prueba; documento, testimonio y la pericia,¹⁷⁵ empezando por fiscalía, a continuación presentará su prueba la víctima y finalmente la defensa del procesado. En este punto es importante destacar los principios y reglas que rigen la actividad probatoria así el Art, 76 numeral 4 de la Constitución de la Republica establece que: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o a la

¹⁷⁰ Leonardo Moreno Holman, *Teoría del caso*, Litigación y enjuiciamiento penal adversarial (Buenos Aires: Didot, 2012), 27–28.

¹⁷¹ Thomas Mauet, *Estudios de técnicas de litigación* (Lima: Jurista editores, 2007), 491, citado en Leonardo Moreno Holman, *Teoría del caso*, Litigación y enjuiciamiento penal adversarial (Buenos Aires: Didot, 2012), 28.

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 11.- Derechos. - En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos: 1. A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer .

¹⁷⁴ *Ibíd.*, art. 614.-Alegatos de apertura.- El día y hora señalados, la o el juzgador, instalará la audiencia de juicio oral una vez verificada la presencia de las partes procesales. Concederá la palabra tanto a la o al fiscal, la víctima y la o al defensor público o privado de la persona procesada para que presenten sus alegatos de apertura, antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, art. 498.- Medios de prueba.- Los medios de prueba son: 1. El documento 2. El testimonio 3. La pericia, se detallan desde el artículo 499 hasta el artículo 511.

ley no tendrá validez alguna y carecerá de eficacia probatoria.”¹⁷⁶ criterio que también lo recoge el artículo 454.6 del COIP cuando indica: “Exclusión. - Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal.”¹⁷⁷

En la práctica de la prueba, además existe la *libertad probatoria* para las partes,¹⁷⁸ así como la *pertinencia de la prueba*;¹⁷⁹ entendida como la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de prueba, en otras palabras; “[...] es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso.”¹⁸⁰

Además es necesario referirse a los principios de; *contradicción*,¹⁸¹ e *inmediación*,¹⁸² el primero proporciona un equilibrio e igualdad en el proceso penal por cuanto, la prueba presentada por una parte, siempre puede ser analizada y refutada por la otra parte; en cuanto a la inmediación en el juicio, determina que todo lo que ocurre en la audiencia es en presencia del juez o tribunal, en base a lo cual podrán obtener de forma directa la información, permitiendo que se genere su convicción sobre los hechos, que le permitirán la construcción debidamente motivada de los mismos, es decir será el juez quien explique cómo se convence de la existencia de uno u otro hecho.

4.1.3. Los alegatos

Una vez concluida la fase probatoria se da paso a los alegatos, en donde los sujetos procesales tendrán la última oportunidad de intervenir referirse a su caso, en términos valorativos, explicándole al Tribunal porque su teoría del caso ha sido probada y debe ser

¹⁷⁶ Ecuador, *Constitución*, art. 76.4.

¹⁷⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 454.6.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, art. 454.4.-Libertad probatoria. - Todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, art. 454.5: Pertinencia. - Las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada.

¹⁸⁰ Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio* (Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2006), 153.

¹⁸¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 454.3: Contradicción. - Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada.

¹⁸² *Ibíd.*, 454.2.- Inmediación. - Las o los juzgadores y las partes procesales deberán estar presentes en la práctica de la prueba.

considerada en la sentencia,¹⁸³ es decir se referirá, tanto; a la existencia de la infracción, cuanto; a la responsabilidad de la persona procesada y a la pena aplicable. El orden de los alegatos de acuerdo con la ley es el siguiente; lo inicia la fiscalía, luego de haber comparecido hará uso de este la víctima y finalmente la defensa del procesado.¹⁸⁴

El alegato final, es el único ejercicio argumentativo que realizan los litigantes en todo el juicio, es el momento para presentar todas las proposiciones fácticas que ha pretendido acreditar mostrando al tribunal las pruebas con las cuales lo ha hecho y porque han sido creíbles, así como las conclusiones derivadas de dichas proposiciones, mostrándole porque la prueba presentada es suficiente y creíble para tomar una decisión a su favor.¹⁸⁵

En resumen, el alegato final tiene por objeto justificar la teoría del caso presentada en el alegato de apertura, concretada en la argumentación jurídica, el análisis del hecho fáctico de la infracción a través de proposiciones fácticas de los litigantes y las normas jurídicas aplicables, que permitirá construir una motivación razonable, comprensible y lógica de la sentencia.

5. La motivación jurídica: esquema del delito y motivación

Establecidos los hechos probados en el juicio, el siguiente nivel de la motivación es la adecuación de estos a la normativa jurídica, o motivación jurídica que no es otra cosa que el ejercicio de subsunción, para ello en materia penal se hace necesario recurrir a la dogmática jurídico penal, “[...] disciplina que se ocupa de la interpretación sistematización, elaboración, desarrollo y la aplicación de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal.”¹⁸⁶ Su función es establecer límites al poder punitivo del Estado, pues posibilita la aplicación del derecho penal de forma segura y previsible, evitando la irracionalidad, arbitrariedad y la improvisación.¹⁸⁷

¹⁸³ Leticia Lorenzo, *Manual de litigación*, Litigación y enjuiciamiento penal adversarial (Buenos Aires: Didot, 2012), 241–42.

¹⁸⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 618.-Alegatos. - Concluida la fase probatoria, la o el presidente del Tribunal concederá la palabra para alegar sobre la existencia de la infracción, la responsabilidad de la persona procesada y la pena aplicable, de acuerdo con el siguiente orden y disposiciones: 1. La o el fiscal, la víctima y la o el defensor público o privado presentarán y expondrán, en ese orden, sus argumentos o alegatos. Hay derecho a la réplica, pero concluirá siempre la o el defensor .

¹⁸⁵ Lorenzo, *Manual de litigación*, 243.

¹⁸⁶ Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general* (Madrid: Civitas, 1997), 192.

¹⁸⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar, *Derecho penal: parte general*, 2. ed (Buenos Aires: EDIAR, 2002), 80.

Se aplica a través de su método dogmático penal; fundamentalmente de interpretación de la ley, su objetivo práctico es orientar las decisiones jurisdiccionales, conforme al modo en que se conciben esas decisiones, se halla condicionado al modelo de Estado, ósea su elección va precedida de una decisión política fundamental,¹⁸⁸ en nuestro caso un Estado constitucional de derechos y justicia. Su materialización ocurre a través de los modelos de imputación, pre establecidos por el legislador, y que son aplicados por los jueces como un sistema de filtros, en los llamados elementos o categorías dogmáticas de la infracción penal: acto (conducta), tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.¹⁸⁹

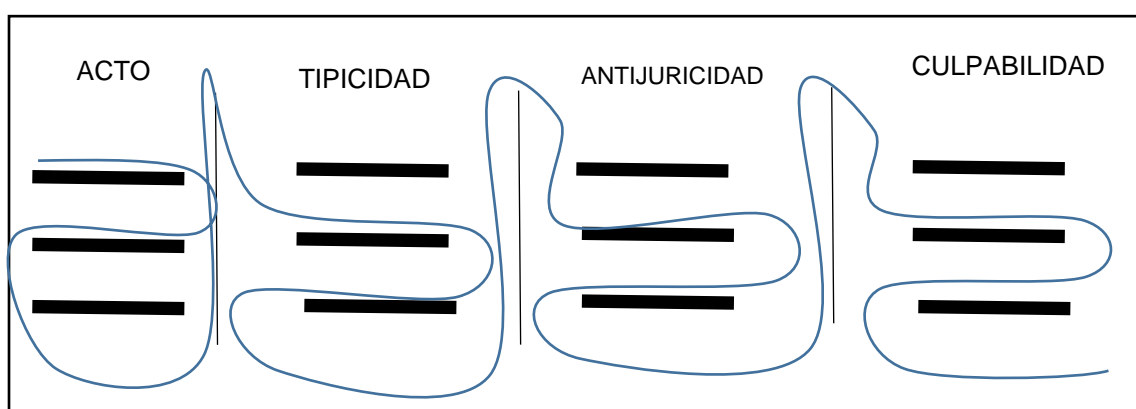


Figura 1. Categorías dogmáticas del delito
Imagen obtenida del libro Teoría constitucional del delito

Los esquemas del delito o modelos de imputación, han tenido su evolución, y su respectivo momento histórico, con características propias en lo que a categorías dogmáticas concierne y son los siguientes: a) clásico o causalista naturalista, b) neoclásico o causalista valorativo, c) finalista, d) funcionalista.

5.1. Esquema clásico o causalista naturalista

Corresponde a la dogmática penal de los primeros años del siglo XX, toma su método de las ciencias naturales y del sistema inductivo-experimental, dicho esquema partió de la acción, como concepto fundamental de la estructura del delito, para que la acción acarree sanción penal debía encajar en una descripción legal, no estar amparada por una causal de justificación y ser realizada por una persona imputable, esto es; con

¹⁸⁸ *Ibíd.*, 79.

¹⁸⁹ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, art. 18.- Infracción penal.- Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.

capacidad de determinación y que hubiese obrado con culpabilidad. Estos elementos fueron concebidos de forma objetiva y subjetiva respectivamente; la parte objetiva está conformada por; la acción, la tipicidad y la antijuricidad, y la parte subjetiva por; la culpabilidad. Sus máximos representantes fueron Franz Von Liszt y Ernst Beling.¹⁹⁰

Para Von Liszt; acción es la “modificación voluntaria del mundo exterior perceptible por los sentidos.”¹⁹¹ En tanto que Beling afirma que; solo al “comportamiento humano voluntario se puede llamar delito.”¹⁹² La acción es un fenómeno natural cuyo proceso causal aparece decisivo en su estructura, razón por la que se afirma que el esquema clásico del delito profesa un concepto causal de acción.¹⁹³

5.2. Esquema neoclásico o causalista valorativo

El concepto de acción del esquema clásico, mereció varias objeciones que iniciaron a partir de 1930, pues no se tenía una respuesta adecuada en ciertos delitos en los cuales no había, o; resultaba irrelevante el cambio perceptible en el mundo exterior como en el caso de del delito de injurias donde lo importante no es el efecto en el mundo exterior, sino la manifestaciones de desprecio, el ataque a la honra del ofendido, o; con el tratamiento del fenómeno de la omisión pues; si la acción era un comportamiento positivo que modifica el mundo exterior, donde se necesita *inervación muscular*, y; la omisión implica un comportamiento negativo, la acción no podía abarcar los dos, ya que; estarían confrontándose en su esencia misma.¹⁹⁴

Los postulados del causalismo, fueron perdiendo vigencia por la desconfianza de la exactitud que las ciencias físicas o naturales. Se reconoció lo importante de la valoración de los elementos sociales.¹⁹⁵

En la tipicidad se desarrollan los elementos normativos, el concepto de antijuricidad material y culpabilidad dejó de ser la simple relación psicológica para entrar

¹⁹⁰ Nódier Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal esquemas del delito* (Bogotá: Nuevo Foro Ediciones, 2013), 53–54.

¹⁹¹ Franz Von Liszt, *Tratado de derecho penal*, vol. 2 (Madrid: Edit. Reus, 1927), 297–99, citado en Nódier Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal esquemas del delito* (Bogotá: Ediciones Nuevo Foro, 2013), 55.

¹⁹² Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen* (Tübingen: Verlag von J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1906), 9, citado en Nódier Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal esquemas del delito* (Bogotá: Nuevo Foro Ediciones, 2013), 55

¹⁹³ Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal*, 55.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, 67-9

¹⁹⁵ Salas, “La motivación como garantía penal”, 74.

en el ámbito de la concepción *normativa* de la culpabilidad, ósea; la valoración que se hace de la conducta del autor.¹⁹⁶

La culpabilidad es el ámbito de lo subjetivo, pero a su vez es también valorativa, sigue siendo el nexo psicológico, pero se introduce el elemento de reproche.¹⁹⁷

5.3. Esquema finalista

Luego de la Segunda Guerra Mundial, y en reacción al derecho al derecho penal de régimen nacional socialista,¹⁹⁸ el derecho procura una justificación más allá de la simple norma positiva, el finalismo aparece como una concepción del hombre libre, luego el legislador no puede eludir este hecho o cambiarlo, tiene que aceptarlo y acomodar la ley a este orden natural.¹⁹⁹

Welsel es el padre del finalismo, sostuvo que la acción es *óntica* y *prejurídica*, siendo una conducta voluntaria dirigida a determinado fin. Mientras para los esquemas anteriores hay acción cuando hay voluntad de acción, el finalismo va más allá; el acto voluntario debe proveer resultado.²⁰⁰

Esta corriente es óntica por el ser, y además *ontológica*; porque estudia el deber ser, y *prejurídica* porque se considera que la acción precede al tipo y al derecho penal, por lo que el legislador únicamente tipifica conductas preexistentes, de tal suerte que el Derecho no puede contemplar tipos que no estén referidos a conductas humanas.²⁰¹

En cuanto a su estructura, la acción tiene dos fases; fase interna: a) anticipación mental del fin, b) selección de los medios adecuados que conduzcan a la obtención de ese fin, c) consideraciones de los efectos vinculados a ese fin. Y la fase externa; el resultado de la acción.²⁰²

En este esquema la acción no solo es causal, sino a su vez final, pues el ser humano conociendo las causas puede prever los posibles resultados de su acción. Mientras la acción causal y la acción social consideran al plano subjetivo como un mero *acto de voluntad*, a la acción final le interesa averiguar cuál es el contenido de la voluntad del

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal*, 86.

¹⁹⁸ Ver notas 26, 27 y 28.

¹⁹⁹ Salas, “La motivación como garantía penal”, 75.

²⁰⁰ Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de derecho penal parte general. Teoría del delito*, vol. II (Quito: Cevallos, 2019), 49.

²⁰¹ Mario Salazar Marín, *Teoría del delito. Con fundamento en la escuela dialéctica del Derecho Penal*. (Bogotá: Editorial Ibañez, 2014), 147, citado en Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de derecho penal parte general. Teoría del delito*, vol. II (Quito: Cevallos, 2019), 49.

²⁰² Rodríguez Moreno, *Curso de derecho penal parte general. Teoría del delito*, II:49–50.

sujeto,²⁰³ por eso y con razón se dice; que en el esquema finalista lo subjetivo está en el tipo y lo normativo en la culpabilidad.²⁰⁴

El finalismo, aportó el concepto de dolo con claridad: “[...]la conciencia y voluntad del sujeto de realizar la parte objetiva del comportamiento.”²⁰⁵ El dolo ya no se encuentra en la culpabilidad si no en la tipicidad. La conciencia de la antijuricidad se fija en la culpabilidad como elemento del juicio de reproche.²⁰⁶

Aparece un tratamiento adecuado al error, pues mientras los esquemas clásico y neoclásico atribuyen la misma consecuencia al error bien se trate de error sobre los elementos del tipo (error de tipo) o sobre la permisibilidad (error de prohibición), sus consecuencias son distintas; así el error de tipo, descarta el dolo y la acción típica, el error de prohibición descarta la culpabilidad. El error de tipo recae sobre cualquiera de los elementos de tipo, sea fáctico o normativo y el error de prohibición en cambio versa sobre la permisión del hecho.²⁰⁷

La concepción de la antijuricidad está ligada a la concepción que se tiene del derecho penal y de su misión; el orden de regulación de la conducta humana que protege bienes jurídicos comunitarios, influyendo como ente conformador de la conciencia ética del ciudadano, por lo que se da prevalencia al desvalor de acción, frente al desvalor del resultado.²⁰⁸

Es importante incluir en este esquema las formas negativas de las categorías dogmáticas como son: el error de tipo y de prohibición; el primero elimina la tipicidad y el segundo la culpabilidad,²⁰⁹ y las causas de justificación.²¹⁰

5.4. Esquema funcionalista

El funcionalismo nace del aporte de las teorías sociales de Niklas Luhman, al campo jurídico, su máximo representante Gunter Jakobs lo define como: “[...]aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.”²¹¹ El funcionalismo prescinde de la causalidad, sostiene

²⁰³ *Ibíd.*, 50

²⁰⁴ Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal*, 89.

²⁰⁵ *Ibíd.*, 163.

²⁰⁶ *Ibíd.*

²⁰⁷ *Ibíd.*, 163–64.

²⁰⁸ *Ibíd.*, 164

²⁰⁹ Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal*, 137–46.

²¹⁰ *Ibíd.* 117-24

²¹¹ Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de derecho penal, parte general. Introducción al Derecho Penal*, vol. I (Quito: Cevallos, 2019), 186.

que; no es posible encontrar una relación causa-efecto, por cuanto en el sistema social existen múltiples correlaciones que deben ser resueltas en razón de la necesidad del sistema, y para ello se elaboran equivalentes funcionales (roles), que deben ser cumplido por cada miembro del sistema.²¹²

Dogmáticamente se ha hecho una distinción entre; el funcionalismo radical atribuido a Jakobs y el moderado de Roxin.²¹³ Para entender el funcionalismo y su estructura se debe partir de la concepción de que la sociedad es un acuerdo normativo, que sirve de vehículo orientador de las relaciones entre los integrantes de la estructura social, los tres elementos esenciales del funcionalismo son: norma, persona y sociedad, sin los cuales carece de sentido un explicación del mundo social basado en instituciones normativas, en la que la persona es el titular de derechos y obligaciones, quien además es el único receptor del mensaje normativo.²¹⁴

El funcionalismo normativo atribuye a la norma un rol de *indicador social*, de expectativas sociales y garantías ciudadanas, cumple roles tales como: a) institucionalización de las expectativas sociales (espejo), b) orientación de conductas (faro), c) prestación de seguridad cognitiva como requisito de inclusión.²¹⁵

En el funcionalismo se redireccionan las categorías dogmáticas acto, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad hacia un sentido político criminal, que más que simples estructuras, deben ser el reflejo—a través de la función de espejo—, de la justicia material que el Estado democrático quiere desarrollar, entonces aparece la teoría de la imputación objetiva.²¹⁶

5.4.1. La imputación objetiva

Surge vinculada al problema de la teoría de relevancia típica, que aparece en el esquema neoclásico, como lo concibió Roxin; vinculada a solucionar el problema de la atribución de resultados, es decir; a determinar si es posible imputar el resultado a una determinada persona.²¹⁷ La imputación objetiva es la reacción al esquema finalista que atomizó la teoría del tipo penal al considerar que uno el tipo de delito imprudente, otro

²¹² Miguel Polaino-Orts, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal.*, vol. I (Ciudad de México: Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas., 2014), 53.

²¹³ Jacobo López Barja de Quiroga, *Derecho penal. Parte general*, vol. I (Lima: Gaceta Jurídica, 2004), 116–63.

²¹⁴ Polaino-Orts, *Funcionalismo normativo*, I:67, citado en Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de derecho penal, parte general. Introducción al Derecho Penal*, vol. I (Quito: Cevallos, 2019), 189. .

²¹⁵ *Ibid.*,

²¹⁶ Salas, “La motivación como garantía penal”, 77

²¹⁷ Gustavo Adolfo Villanueva Garrido, *La imputación objetiva en la jurisprudencia nacional* (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010), 43.

del tipo de delito doloso, uno el de acción y otro el de omisión, cada uno con una estructura propia.²¹⁸

La imputación objetiva no se limita a solucionar el problema de la atribución del resultado, sino que permite dar una explicación sistemática y coherente a todas las formas del comportamiento como son los delitos de acción y omisión; dolosos y culposos, bajo una misma estructura.²¹⁹

Los principales elementos constitutivos de la imputación objetiva son: a) posición de garante,²²⁰ b) creación de un riesgo jurídicamente desaprobado,²²¹ c) prohibición de regreso,²²² d) las acciones a propio riesgo de la víctima,²²³ y e) relación de riesgo.²²⁴

5.5. Las categorías dogmáticas en la legislación penal ecuatoriana y su aplicación en la motivación de la sentencia

Como hemos podemos apreciar; las categorías dogmáticas desde su origen en el causalismo hasta el funcionalismo no han variado, y siguen siendo; acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, lo que ha variado es el contenido de cada categoría dependiendo del esquema que se utilice.

Así mismo la aplicación de uno u otro esquema puede generar resultados diferentes, y al ser el ámbito de acción el penal, el esquema que se elija debe tener un sustento en normas vigentes, en nuestro caso el Código Orgánico Integral Penal, normativa que no se decanta por un esquema específico, si no es una especie de Frankenstein en lo que a esquemas dogmáticos se refiere, así con respecto a cada categoría tenemos:

²¹⁸ *Ibíd.*, 42

²¹⁹ *Ibíd.*, 41

²²⁰ Sobre Posición de garante, véase: Polaino-Orts, *Funcionalismo normativo*, I:121.

²²¹ Sobre Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, véase: Villanueva Garrido, *La imputación objetiva*, 67.

²²² Sobre Prohibición de regreso, véase: Gunther Jakobs, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza”, en *Estudios de derecho penal*, de Enrique Peñaranda Ramos, trad. Manuel Cancio Melia y Carlos Suarez González (Madrid: Civitas, 1997), 215.

²²³ Sobre Acciones a propio riesgo de la víctima, véase: Manuel Cancio Melia, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 53, también véase: Villanueva Garrido, *La imputación objetiva*, 73-4.

²²⁴ Sobre Relación de riesgo, véase: Villanueva Garrido, *La imputación objetiva*, 74.

5.5.1. Acto

El COIP contempla la categoría de la acción, en los artículos 22²²⁵ y 23,²²⁶ en ellos se observan elementos de los esquemas: clásico — pues la acción no deja de ser concebida por la manifestación de la voluntad humana exteriorizada en el mundo exterior—,²²⁷ y neoclásico—que inicio dando una respuesta razonable a los delitos de omisión—. Por otra parte, el elemento de peligro o riesgo, propio del sistema funcionalista, al igual que el hecho de no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación de impedirlo, no es otra cosa que la posición de garante propio del funcionalismo.

En la praxis, el Tribunal de Garantías Penales para establecer la existencia de esta categoría, ha de considerar los hechos probados previamente contruidos en la primera fase la motivación fáctica sin identificación normativa alguna como; robar, matar, violar, hurtar, sino únicamente contestarse principalmente a las preguntas ¿quién? y ¿qué hizo ?, para luego e identificar la acción, calificarla como típica, antijurídica y culpable.

5.5.2. Tipicidad

Nuestra legislación penal, al referirse a la tipicidad dice: “los tipos penales describen los elementos conductuales penalmente relevantes.”²²⁸ Es decir la tipicidad objetiva corresponde a la descripción de la conducta que hace el legislador en el proceso de criminalización primaria de lo que se considera lesivo o peligroso para los bienes jurídicos que tutela, la tipicidad objetiva tiene varios elementos esenciales y otros accidentales:²²⁹

- a. *Sujeto activo*; es quien comete la conducta descrita en el tipo y puede ser calificado o no calificado;
- b. *Sujeto pasivo*; es el titular del bien jurídico o víctima;
- c. *Objeto material del delito*; es la persona o cosa sobre la cual recae la acción típica;

²²⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 22.-Conductas penalmente relevantes.– Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

²²⁶ Ibid., art. 23: Modalidades de la conducta. - La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

²²⁷ Ver nota 191

²²⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art.25.

²²⁹ Hans, *Derecho Penal Alemán*, Cuarta edición (Santiago: Jurídica de Chile, 1993), 58.

d. *Objeto jurídico o bien jurídico protegido*; que, en un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro, se conoce como uno, cualquiera de los derechos;

e) *Conducta o verbo rector*, es el elemento central del tipo, es el que rige la conducta y alrededor de este giran los demás elementos, por ejemplo, en el hurto la conducta es apoderarse de cosa ajena, girando alrededor de este elemento las circunstancias que lo pueden convertir en robo, hurto de bienes de uso policial o militar etc.;

f) *Elementos normativos*; son elementos accidentales, del tipo pues no están presente en todo delito, ayudan en la descripción específica del tipo penal, y se requiere acudir a otra norma para entender el elemento normativo, así en el mismo hurto el elemento normativo es *bien mueble*, cuya definición se encuentra en el Código Civil.

g) *Elementos descriptivos o valorativos*, también giran alrededor de la conducta, puesto que la definen o la detallan, por ejemplo, en el mismo hurto: *apropiarse de cosa ajena* es la conducta, *bien mueble* es el elemento normativo, en tanto que *ilegítimamente*, es el elemento valorativo, porque existe la posibilidad de apropiación de bienes ajenos de manera legítima, como es el caso de la prescripción adquisitiva de dominio de bienes, una institución jurídica del Código Civil.

El Tribunal de Garantías Penales, una vez, que se ha convencido de la existencia de una acción deberá ubicar la misma dentro del catálogo de acciones que contempla nuestra ley penal y analizar el tipo penal que ha escogido en abstracto e identificar sus elementos, objetivos para luego verificar la existencia de los elementos subjetivos de la tipicidad: dolo o culpa.

La definición de dolo, que en nuestra legislación penal ha adoptado nos ubica en el esquema clásico: “actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.”²³⁰ pues es la definición del *dolus malus* del esquema causalista.

En tanto que la definición de culpa que consta en el artículo 27,²³¹ establece como elemento central del deber objetivo de cuidado, que le corresponde únicamente al garante, es una figura propia del esquema funcionalista.

Entonces corresponde al tribunal identificar, por medio de los medios probatorios, la existencia de estos dos elementos dolo y culpa, de manera necesaria, pues de evadir

²³⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 26.

²³¹ *Ibíd.*, art. 27: Culpa. - Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.

esta identificación, el poder punitivo del Estado se limitaría un control objetivista, donde solo interesa el resultado generado, pues existe el error de tipo que afecta la tipicidad subjetiva y por ende la existencia del delito,²³² y de no considerarse, origina una continuidad innecesaria a la siguiente categoría.

5.5.3. Antijuricidad

Según el artículo 29 del COIP; “para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.”²³³ Es decir; se contempla una antijuricidad formal y material, propia del esquema finalista, en ese sentido al referirse a la antijuricidad formal, se dice que toda conducta es formalmente antijurídica cuando contraviene una prohibición o mandato legal.

A pesar de aquello, existen situaciones en las cuales el indicio de antijuricidad se desvanece por incurrir en causas de justificación, en situaciones en la cuales la conducta típica se convierte en jurídica, amparadas por el derecho.²³⁴

Las causas de justificación que contempla nuestra legislación penal son: el estado de necesidad,²³⁵ la legítima defensa, ²³⁶ y el cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente.²³⁷ En este punto, de las categorías dogmáticas y la construcción de la motivación, una vez asegurado de la existencia de la tipicidad objetiva y subjetiva, analizará si existe alguna causa de justificación, que debe generalmente ser alegada por el procesado, y de establecerse la misma, la conducta sería permitida por la norma, y de no ocurrir aquello se verificará la existencia de la antijuricidad formal.²³⁸

Con respecto de la antijuricidad material, según uno de los axiomas del garantismo penal: *no hay necesidad sin daño*, para aplicar el poder punitivo del estado se requiere del

²³² Ver nota 207

²³³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 29

²³⁴ Encalada Hidalgo, *Teoría constitucional del delito*, 73.

²³⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 32: *Estado de necesidad*. - Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

²³⁶ *Ibíd.*, art. 33: Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Agresión actual e ilegítima. 2. Necesidad racional de la defensa. 3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.

²³⁷ *Ibíd.*, art. 30: [...] Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.

²³⁸ Salas, “La motivación como garantía penal”, 88.

principio de lesividad, por lo cual no puede haber necesidad de una ley penal si no hay un dado o lesión contra bienes jurídicos, lo cuales los encontramos en la Constitución de la República particularmente entre los artículos 12 y 82, donde se desarrollan los derechos del buen vivir, los derechos de las personas con atención prioritaria, los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, los derechos de participación, preceptos que constituyen un mandato al legislador en la elaboración de normas legales.²³⁹

En el caso de la antijuricidad material, constitucionalmente tiene sustento en el artículo 66 numeral quinto: “Art.66. Se reconoce y garantiza a las personas: [...] 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás.”²⁴⁰ En virtud de este derecho todas las personas, están facultadas para realizar cualquier actividad siempre que no afecte a las otras persona, así también es limitante para el Estado, intervenir en cualquier conflicto que no amenace o lesione un bien jurídico protegido.²⁴¹ En caso de amenaza, está se verifica en los delitos de peligro, que debe ser concreto y no abstracto, y en el caso de lesión; esta se verifica en los delitos de resultado, el cual debes ser: real, verifícale y cuantificable.²⁴²

En este punto, el análisis del Tribunal se Garantías Penales, se referirá al bien jurídico protegido, identificándolo en cada caso, si se trata de un delito de peligro con la determinación de cómo se amenazó el bien jurídico, y; en caso de ser un delito de resultado con los hechos probados se ha de establecer el resultado con su cuantificación o verificación.²⁴³

5.5.4. Culpabilidad

No existe una unificación de criterios sobre el concepto de culpabilidad en el ámbito dogmático, este varía de acuerdo a la escuela penal que la proponga, así en la escuela clásica o causalista, la teoría psicológica la consideraba como el nexo causal entre acto y autor, fundamentado en los conceptos de dolo y culpa, en la escuela neoclásica, además del elemento psicológico indicado, incorpora el elemento valorativo que es el juicio de reproche, que hace la sociedad al autos del hecho, posteriormente en la escuela del finalismo, aparece la teoría normativa, que despoja los elementos subjetivos de la

²³⁹ Encalada Hidalgo, *Teoría constitucional del delito*, 77-80

²⁴⁰ Ecuador, *Constitución*, art.66.

²⁴¹ Salas, “La motivación como garantía penal”, 89

²⁴² Carlos Arturo Gómez Pavejau, *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal* (Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000), 80.

²⁴³ Salas, “La motivación como garantía penal”, 89.

culpabilidad, es decir el vínculo psicológico entre autor y hecho, dando como resultado el juicio de reproche que hace la sociedad a un individuo que pudiendo obrar conforme a derecho ha actuado contra derecho.²⁴⁴ Finalmente la escuela funcionalista, para la cual no solo la culpabilidad sino todas las categorías del delito ,se normativizan y son funcionales a la política criminal, adaptando el concepto de culpabilidad a los fines de la pena.²⁴⁵

Los elementos de la culpabilidad son: imputabilidad, conocimiento de la antijuricidad del actuar y exigibilidad de otra conducta

La imputabilidad, es la facultad de comprender la ilicitud del comportamiento y la de determinarse de acuerdo a tal comprensión, es decir está compuesta por un elemento cognitivo que es la capacidad de comprender, y el volitivo; capacidad de determinarse.

Las causales de inimputabilidad son: inmadurez psicológica, y enajenación mental. La madurez psicológica implica un estado de desarrollo completo de la personalidad, la inimputabilidad por inmadurez psicológica se aplica a los menores de dieciocho años. ²⁴⁶

Por otro lado; la enajenación mental “es cualquier perturbación de la personalidad en sus esferas afectivas, volitiva e intelectual, o en su conjunto, que lleve a la supresión o la disminución de la capacidad de comprender y/o determinarse del sujeto que se juzga.”²⁴⁷ El trastorno mental puede ser transitorio si cesa en el tiempo, y puede producirse por varias causas; como la sideración emotiva (por la muerte ser un ser querido, una ruptura sentimental), la embriaguez del sueño o patológica, emoción violenta en grado sumo.²⁴⁸

El *conocimiento de la antijuricidad del actuar*, como elemento de la culpabilidad, se refiere a que el sujeto activo de la infracción tenga conocimiento de que la conducta es contraria a derecho. Un ejemplo es el ciudadano extranjero de nacionalidad estadounidense que llega al país portando un arma de fuego, desconociendo que en nuestro país el porte de armas es un acto sancionado por la ley como delito.²⁴⁹ Para que

²⁴⁴ Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal*, 136.

²⁴⁵ Miguel Córdoba Angulo, “Culpabilidad”, en *Lecciones de derecho penal: parte general*, 2. ed (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2011), 361–68.

²⁴⁶ Nódier Agudelo Betancur, “Elementos de la culpabilidad”, en *Lecciones de derecho penal: parte general*, 2. ed (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2011), 374.

²⁴⁷ *Ibíd.*, 376

²⁴⁸ *Ibíd.* 377-80

²⁴⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 360: Tenencia y porte de armas.- [...] La persona que tenga armas de fuego sin autorización, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.”

una persona sea sometida a un juicio de reproche por cometer un ilícito, esta debe haber tenido conocimiento, al menos potencial, de la que conducta sea antijurídica. El error de prohibición es la precisamente la falta de conciencia o desconocimiento de la antijuricidad de la conducta, este error a su vez puede ser de dos tipos: vencible (cuando desconocimiento de la antijuricidad podía ser evitado, es decir de alguna forma podía conocerlo), e invencible (cuando no había forma alguna de conocerse que la conducta era antijurídica).²⁵⁰

La exigibilidad de otra conducta, es el último filtro de la culpabilidad, por la cual la sociedad está en capacidad de hacer el reproche a quien ha realizado un injusto, es decir que hay estado en capacidad de obrar conforme a derecho y sin embargo lo hizo en contra.

Per se, todas las personas estamos obligados al cumplimiento de los mandatos y prohibiciones establecidos en la ley, sin embargo existen circunstancias en la que no se puede hacer ese juicio de reproche, debido a que el común de las personas hubiera actuado en la misma forma, es decir habría realizado el injusto penal, por lo que en esas circunstancias la sociedad no le puede exigir otro comportamiento a quien realiza el injusto penal; esas circunstancias pueden ser el estado de necesidad disculpante y el miedo insuperable o fuerza moral irresistible.²⁵¹

La culpabilidad en nuestra legislación esta normada entre los artículos 34 al 38 del COIP, y define la culpabilidad de la siguiente manera: “Art. 34.-Culpabilidad. - Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.”²⁵² Si bien no es una definición de culpabilidad, en el texto se advierte la presencia de dos de los requisitos establecidos por la dogmática para que exista la reprochabilidad; la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad del actuar. La imputabilidad se encuentra desarrollada en el COIP en los

²⁵⁰ Encalada Hidalgo, *Teoría constitucional del delito*, 93-96

²⁵¹ *Ibíd.*, 102-3

²⁵² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 34

artículos 36,²⁵³ 37²⁵⁴ y 38²⁵⁵, en ellos se refiere al trastorno mental e inmadurez psicológica como causas de inimputabilidad, en tanto que no se menciona la exigibilidad de otra conducta. De otro lado, en los casos de trastorno mental, al no ser posible el juicio de reproche, se faculta a interponer una medida de seguridad que según el artículo 76 del mismo COIP.

Además, se reconoce como causas de trastorno mental la embriaguez y la intoxicación por sustancias estupefacientes cuyo tratamiento singularizado se encuentra en el artículo 37 del mismo cuerpo legal.

En lo que se refiere a la exigibilidad de otra conducta como presupuesto de la culpabilidad, no ha sido considerada, por lo que el Estado estaría obligado a sancionar a quien la sociedad no le exija un comportamiento diferente del realizado, incluso el artículo 45 del COIP; reconoce como circunstancia atenuante el *actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia*.

Finalmente, en lo que al error de prohibición se refiere, expresamente no lo aborda el Código Orgánico Integral Penal, sino de manera implícita en el artículo 34 cuando establece; que la culpabilidad requiere de imputabilidad y del conocimiento de la antijuricidad del actuar, el inconveniente resulta que la ley penal no establece las reglas del error de prohibición vencible o invencibles, y en virtud de la ética de la responsabilidad ese conocimiento e la antijuricidad del actuar sea potencial, es decir a quien estuvo en la posibilidad de conocer el derecho le es reprochable el injusto penal, y la guía será la jurisprudencia.²⁵⁶

²⁵³ *Ibíd.*, art. 36.-Trastorno mental.- La persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental, no será penalmente responsable. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad. La persona que, al momento de cometer la infracción, se encuentra disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, tendrá responsabilidad penal atenuada en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal.

²⁵⁴ *Ibíd.*, art. 37.-Responsabilidad en embriaguez o intoxicación. - Salvo en los delitos de tránsito, la persona que al momento de cometer la infracción se encuentre bajo los efectos del alcohol o de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, será sancionada conforme con las siguientes reglas: 1. Si deriva de caso fortuito y priva del conocimiento al autor en el momento en que comete el acto, no hay responsabilidad. 2. Si deriva de caso fortuito y no es completa, pero disminuye considerablemente el conocimiento, hay responsabilidad atenuada imponiendo el mínimo de la pena prevista en el tipo penal, reducida en un tercio. 3. Si no deriva de caso fortuito, ni excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad. 4. Si es premeditada con el fin de cometer la infracción o de preparar una disculpa, siempre es agravante.

²⁵⁵ *Ibíd.*, art. 38.-Personas menores de dieciocho años. - Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

²⁵⁶ Encalada Hidalgo, *Teoría constitucional del delito*, 107-9.

De lo dicho hasta aquí; en la praxis el Tribunal de Garantías Penales ya en el análisis de la culpabilidad deberá analizar los presupuestos de la culpabilidad, esto es; la imputabilidad, el conocimiento de la antijuricidad del actuar, y la exigibilidad de otra conducta, y cada uno de sus elementos según nuestra legislación, para proceder en el juicio de reproche al procesado, teniendo en cuenta que la carga de la prueba siempre está a cargo del órgano de acusación, frente a la presunción de inocencia del procesado.

6. Un esquema para análisis de la motivación de sentencias

En la praxis se puede analizar la motivación de cualquier sentencia, Toulmin, Neil MacCormick, Robert Alexy, junto Robert Summers, Aulis Arnio, Jerzy Wroblewsky, entre otros; han trabajado en la búsqueda y ofrecimiento de esquemas que permitan valorar la bondad de la corrección de los argumentos empleados por el decisor en la justificación de la decisión judicial,²⁵⁷ el profesor Manuel Atienza, no ha sido la excepción, para el análisis de la motivación de una sentencia, ha identificado los elementos fundamentales deben estar presentes en una sentencia, que como decimos no es el único autor ni el único esquema, sin embargo elegimos este autor, considerando varios parámetros entre los principales; amplitud de elementos a ser analizados, comprensión, actualidad, practicidad, y a modo de esquema nos ilustra los siguientes elementos:

1. *La narración, los hechos del caso.* Ósea, lo que ha sucedido en el mundo social e institucional y que ha llevado al planteamiento de un problema jurídico.
2. *El problema o los problemas jurídicos de donde arranca la argumentación.* Esto es la traducción de lo anterior al código (normalmente binario) característico de la resolución judicial de conflictos. Por ejemplo, a la vista de la decisión del Tribunal de instancia, de los escritos de apelación, etc. ¿se debe o no ratificar la sentencia?; ¿se debe declarar inconstitucional o nulo el artículo A de la ley L?; etcétera.
3. *Las cuestiones y subcuestiones de las que depende la solución del problema.* En el ejemplo ficticio: ¿cómo interpretar tal artículo de tal ley?; ¿se debe considerar probado tal hecho?
4. *Las respuestas a esas cuestiones.* Por ejemplo: el artículo A debe interpretarse en el sentido S, el hecho H se da por probado.
5. *Las razones en las que se basan las anteriores respuestas.* Aquí es importante distinguir entre las *rationes decidendi* y los *obiter dicta*, es decir, entre las razones que el juez o el Tribunal consideran esenciales para conformar las premisas (normativas y/o fácticas) de la justificación interna; y otra serie de razones, de argumentos, que aparecen en la motivación, pero que no jugaron ese papel. Es una tarea difícil y típicamente interpretativa: los jueces no señalan explícitamente (o no lo hacen siempre) que

²⁵⁷ Manuel Atienza, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina jurídica, núm. 134 (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), 203.

enunciados de sus sentencias tienen esas características; y aunque lo hicieran, las palabras utilizadas para ello podrían entenderse de más de una forma.

6. *La solución del problema.* Ósea, el cierre de la pregunta inicial; por ejemplo: debe ratificarse la sentencia; el artículo A de la ley L debe declararse constitucional (o debe declararse constitucional, pero entendida la expresión E en el sentido S).

7. *La decisión.* Por ejemplo: se ratifica la sentencia del Tribunal T; se declara la constitucionalidad del artículo según la Ley L.²⁵⁸

En relación con estos elementos del discurso judicial—la sentencia—, es importante además identificar los casos difíciles; cuya tipología inicial fue el aporte de MacCormick, quien los clasifica como aquellos que presentan problemas: de interpretación, de relevancia, de prueba, de calificación.²⁵⁹ A criterio de Atienza esta clasificación es limitada por varios motivos entre ellos; se consideran exclusivamente problemas sustantivos dejándose de lado problemas de cuestiones procesales, no se incluye problemas normativos sobre validez de la norma aplicable, tampoco se considera los supuesto relacionados con la subsunción donde el juez debe considerar la aplicación de una regla o de un principio, en consecuencia la clasificación de los casos difíciles, Atienza los amplía a ocho posibilidades a diferencia de las cuatro propuesto por MacCormick así tenemos cuestiones controvertidas: procesales, de prueba, de calificación, de aplicabilidad, de validez, de interpretación, de discrecionalidad y de ponderación.²⁶⁰

²⁵⁸ Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2018), 430–31.

²⁵⁹ Atienza, *Las razones del derecho*, 112.

²⁶⁰ Para profundizar en la clasificación de los casos difíciles de Atienza, véase Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, 432–39.

Capítulo tercero

Análisis jurisprudencial de la aplicación de los estándares de argumentación penal en la provincia de Pastaza

Una vez que se ha determinado el marco teórico de esta tesis, es necesario responder a la pregunta central de esta investigación: ¿En qué medida el formalismo de la decisión judicial ha cambiado por los presupuestos constitucionales de la argumentación jurídica, por parte de los Jueces del Tribunal de Garantías Penales de Pastaza?

Como se ha dicho; la argumentación jurídica entendida como motivación, es la garantía constitucional que de forma obligatoria debe existir en todas las resoluciones de los poderes públicos en general, y; en las ellas se incluyen las decisiones judiciales en particular, debiendo estar presentes en ellas, tanto; los elementos de la motivación; normas o principios jurídicos en los que se funda, con la explicación razonable de su aplicación, cuanto; los cánones de la motivación que ha desarrollado nuestra Corte Constitucional: razonabilidad, lógica y comprensibilidad, y; como se analizó en el capítulo anterior, en lo referente al contenido de la motivación en materia penal, esta tiene dos niveles; el fáctico y el jurídico.

El fáctico mediante la construcción de los hechos probados, en una estrecha relación con lo procesal, principalmente en el desarrollo de la audiencia de juicio, y; en lo jurídico con la utilización de un esquema de delito adecuado y las categorías dogmáticas del delito, que contempla nuestra legislación, que deben ser verificadas con los hechos probados en el proceso.

Bajo este paraguas; constitucional, legal, dogmático y jurisprudencial sobre la motivación, se desarrollará este capítulo eminentemente práctico, en el cual se analizarán las sentencias emitidas por el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza durante el año 2018, con el propósito de verificar, si las sentencias contienen una motivación completa y rigurosa, incompleta, deficiente o simplemente no encontramos motivación, es decir una continuación del formalismo jurídico de la sola aplicación de la norma a través de la subsunción.

La justificación de haber escogido las sentencias de primer nivel, en la aplicación de esta garantía, es la posibilidad de que estarán sometidas a los recursos procesales, tales

como: apelación, casación, revisión, nulidad en sede jurisdiccional e incluso a la garantía jurisdiccional de acción extraordinaria de protección en sede constitucional, de tal suerte que; independientemente de los resultados que arroje esta investigación, la motivación de la sentencia, siempre podrá ser mejorada o corregida por el órgano jurisdiccional superior, e incluso rehecha, en los casos que se resuelva la nulidad por falta de motivación, sea esta tanto; en sede jurisdiccional, cuanto; en sede constitucional.

El método que se aplicará es el análisis del discurso aplicado a las sentencias en materia penal, que ya ha sido utilizado en otras investigaciones.²⁶¹ Además hemos tomando como guía los elementos de la motivación en la sentencia que identifica Manuel Atienza,²⁶² con ellos hemos desarrollado nuestros propios reactivos, que nos han permitido analizar la argumentación de las sentencias de primera instancia en materia penal.

1. Resultado del análisis de las sentencias:

Se ha limitado la investigación a los delitos de carácter sexual, por ser los delitos de mayor incidencia en el periodo a analizar, pues de las 56 sentencias emitidas en el año 2018 por el único Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, 22 sentencias corresponden a delitos de carácter sexual (violación y abuso sexual), una de las cuales corresponde a procedimiento abreviado, por lo que nuestra muestra se reduce a 21 sentencias. El siguiente delito de mayor incidencia en el tribunal es el incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, con un número de 6 sentencias,²⁶³ con lo cual se justifica una muestra representativa de esta investigación.

Luego de la aplicación de los reactivos, en forma de preguntas hemos encontrando los resultados que presentamos a continuación:

Partimos de un primer aspecto observado en el universo de sentencias analizadas, la condena o absolución del procesado, así en 20 de las 22 sentencias se condena al acusado, per se; hay una notable diferencia, que constituye un dato no menor a ser analizado en conjunto con las demás variables, a fin de descartar la primera impresión; de que la regla en los juicios de delitos sexuales, al menos en esta jurisdicción es condenar, mientras que; la excepción es la ratificación de inocencia.

²⁶¹ Salas, “La motivación como garantía penal”, 92–108.

²⁶² Ver nota 260

²⁶³ Cristian León Valdiviezo, “Oficio s/n., Secretario del Tribunal de Garantías Penales de Pastaza”, 5 de diciembre de 2019.

1.1. ¿De la lectura de la sentencia, quedan claros los hechos del caso?

Para verificar uno de los principales elementos de la argumentación de la sentencia, como es; la narración de los hechos del caso, que constituye el primer indicador de la motivación de un fallo corresponde realizar una primera lectura a la sentencia, y si; de ella se obtiene una idea clara de los hechos que se van juzgar, es indicio de que se ha elaborado con el fin de que los hechos materia del fallo sean entendibles, encontrando los siguientes resultados: en el 29% de las sentencias los hechos del caso quedan claros, en tanto que en el 71% de las sentencias analizadas no lo están.

De lo cual se puede apreciar que; un alto porcentaje de las sentencias no dejan claro al lector los hechos materia de la Litis, teniendo en cuenta que sobre los hechos el juez va a trabajar, es fundamental que estos no solo deban estar claros para el juez sino que deben expresarse con la mayor claridad posible a los lectores, pues de ellos nace el planteamiento de él o los problemas jurídicos.

1.2. ¿El Tribunal se plantea el o los problemas jurídicos?

Del planteamiento de él o los problemas jurídicos, arranca la motivación de la sentencia, los cuales resultan necesarios para guiar las líneas argumentativas y mantener su hilo conductor, estos por lo general se plantean en forma de preguntas por ejemplo: ¿la conducta del procesado se adecua al tipo penal que fiscalía le imputa?, ¿existe el convencimiento de la culpabilidad del procesado más allá de toda duda razonable?, etc., interrogantes que permiten un orden a los argumentos, pues encaminan a dar soluciones los problemas jurídicos planteados.

Y del análisis realizado, se constató que no se plantean los problemas jurídicos en las sentencias, es decir; la argumentación carece de problemas jurídicos, la carencia de estos es un indicador para el lector; que desde el inicio la sentencia tiene falencias en su motivación, por lo menos en organización estructural.

1.3 ¿El Tribunal da respuesta a los problemas jurídicos planteados?

La respuesta a esta pregunta es de simple lógica, pues al no existir problemas planteados mal podría existir respuesta a los mismos.

1.4. ¿El Tribunal plantea las cuestiones o subcuestiones para la solución del problema?

El siguiente parámetro a ser evaluado, y; que es efecto del anterior, es la existencia de cuestiones y subcuestiones de las que dependerán las soluciones a los problemas planteados, las cuales se plantean también a través de preguntas tales como: ¿se debe considerar probado determinado hecho?, ¿es útil, conducente o pertinente tal o cual medio probatorio?, ¿guarda relación con lo fáctico?, pues con los hechos probados el juez determinará las respuestas a estas cuestiones, lo cual nos ubica en el primer nivel de la motivación.

Analizado este aspecto, se tiene que el tribunal en ninguna sentencia se plantea las cuestiones o sub cuestiones para buscar la solución al problema, considerando que estas orientan al juez sobre cada uno de los temas o bloques argumentativos; especialmente en lo fáctico, pues al no tener aspectos concretos, sobre la construcción de la argumentación, se pierde el horizonte argumentativo, lo cual desorienta al juez en la construcción de la motivación, y puede; dar lugar a un libre albedrío en la argumentación fáctica, corriendo el riesgo de desvaírse del tema central, el efecto de esto es una deficiente construcción de los hechos probados por parte del tribunal.

1.5. ¿El Tribunal confronta y analiza las hipótesis fácticas de acusación y defensa para construir los hechos probados?

En este parámetro, se han realizado dos preguntas que determinarán si el Tribunal de Garantías Penales: a) ¿ha considerado las hipótesis de los sujetos procesales presentadas en la audiencia; a través de su teoría del caso?, b) ¿si estas fueron confrontadas?, por cuanto la construcción de los hechos probados, se lo realiza en base a la constatación de lo que ofreció probar la acusación y defensa, y lo que efectivamente probaron o no en la audiencia de juzgamiento, cuestiones que al ser analizadas se desprende que; en un 29% de las sentencias, el tribunal no confronta ni analiza, en tanto que en un 71% de las sentencias si lo realiza, datos que reflejan un índice considerable de percepción de arbitrariedad, al no explicarse por qué se aceptan los hechos presentados por un determinado sujeto procesal, lo mismo ocurre al cuando no explica no aceptación de hechos presentados por el sujeto procesal afectado.

1.6. ¿El Tribunal explicita cuales son los hechos que se considera probados en el proceso?

Una vez realizado el ejercicio de confrontación de las teorías del caso, de la acusación y defensa con las pruebas practicadas, se debe explicitar, es decir; explicar a los destinatarios de la sentencia cuales son los hechos considerados como probados, que permitan dar respuesta a las cuestiones planteadas.

Una vez analizado este parámetro, se aprecia que en un 33% de los casos el tribunal explicó los hechos que consideró probados, en tanto que en un 67% de los casos no lo hizo, con lo cual se percibe con mayor claridad una arbitrariedad cuando el tribunal no presenta a los destinatarios de su sentencia; los actos que luego de la apreciación de la prueba producida en el juicio han determinado los hechos probados, lo que ocasiona que se pueda decidir sobre un hecho no probado en juicio, lo cual permite que se generen falacias en la argumentación de un fallo.

1.7. ¿Se mencionan normas o principios, y se indica su pertinencia en la sentencia?

Como parte de los elementos de la motivación, según la nuestra Constitución está la indicación de las normas o principios en que se funda, y la explicación de su pertinencia a la aplicación los antecedentes fáctico, por lo que es necesario verificar estos parámetros en la sentencia.

Luego de verificar los mismos en cada una de las sentencia, se puede apreciar que; si bien en el 100% de las sentencias se mencionan normas jurídicas, solo en el 51% de las mismas se justifica la pertinencia de su aplicación al caso concreto. Algo similar ocurre con la utilización de los principios y su pertinencia en la sentencia, así en el 100% de las sentencias se menciona algún principio, sin embargo; solo en el 71% de los fallos se indica su pertinencia, estos datos nos proporciona otro parámetro de discrecionalidad al momento de decidir sobre la culpabilidad o inocencia del procesado.

1.8. ¿Se mencionan categorías dogmáticas del delito en las sentencia?

Conforme se ha indicado, el segundo nivel de la motivación en materia penal es el jurídico, y en este nivel es importante el uso de la herramienta dogmática penal, que se encuentra recogida en nuestra legislación penal. Una vez que se cuenta con los hechos probados, de la existencia o no de un delito, utilizando el método de la subsunción—que permite encajar los hechos fácticos propios de cada caso en el supuesto de hecho, que

proporciona la regla (tipo penal), por el cual se acusa al procesado—de lo cual saldrán tanto las razones con su respectivo encadenamiento si son varias—, que construirán las premisas que llevará a la conclusión, para ello corresponde hacer uso de la teoría del delito, a través de las categorías dogmáticas descritas en el capítulo segundo.

A fin de establecer el uso de esta herramienta, se han buscado en las sentencias las categorías dogmáticas, para luego identificar cuáles son las más usadas, y; en las sentencias que si se utilizan esta herramienta, verificar si se hace un análisis total o parcial del delito; encontrando que solo en el 29% de las sentencias analizadas se mencionan categorías dogmáticas del delito.

En la interpretación de esta información, a priori; se podrían plantear como posibles causas, por un lado; que existe un desconocimiento de la teoría del delito por parte de ciertos jueces que conforman el tribunal, y por otro lado; que conociendo de esta herramienta dogmática jurídica, los jueces no las utilizan, lo cual resultaría poco probable; pues en esta investigación se ha demostrado su utilidad, no utilizarlas resulta ilógico, cuando se tiene la obligación constitucional de motivar jurídicamente una sentencia.

Un dato no menor se obtiene del contraste entre la aplicación de esta herramienta en relación al porcentaje de sentencias condenatorias analizadas; que corresponde al 85%, de lo cual se infiere que la mayoría de estas sentencias condenatorias carecen de una adecuada motivación jurídica.

1.9. ¿El Tribunal menciona el esquema del delito con el que analizará las categorías dogmáticas del delito?

Otro elemento analizado en la motivación de las sentencias, fue averiguar si se identifica el esquema del delito que se acoge para analizar las categorías dogmáticas, constatándose que en ninguna de las sentencias, se menciona algún esquema del delito, para analizar las categorías dogmáticas, lo cual es preocupante, ya que la motivación de una sentencia en materia penal necesariamente debe contener un análisis dogmático, aunque sea mínimo; pues si no se explica el esquema del delito o marco dogmático con el que se analizan los hechos fácticos probados, para luego adecuarlos mediante la subsunción al tipo penal se incurre en arbitrariedad, puede darse el caso de confusión de esquemas, o de sus elementos, incluso mezclar esquemas incompatibles, lo cual puede generar incoherencias en la argumentación de la sentencia, teniendo en cuenta que el resultado del fallo en la mayoría de las sentencias analizadas es la privación de la libertad del procesado.

1.10. ¿Se menciona categorías dogmáticas del delito en las sentencias?

Pese a que; en las sentencias no se identifican esquemas del delito, si existen sentencias, aunque en baja proporción que mencionan categorías dogmáticas; esto es el 19% de fallos, dentro de este porcentaje en ningún caso se menciona la categoría de acto, en el 100% se menciona la tipicidad, en tanto que de manera equitativa el 50% menciona la antijuricidad y la culpabilidad, lo que nos permite inferir que en nuestro sistema judicial en el ámbito penal, en la adecuación del hecho fáctico a la normativa, se hace énfasis a la tipicidad, que no es otra cosa que darle prioridad a la norma expresa, dejando en un segundo plano a la antijurídica y a la culpabilidad.

Un dato no menor es; que no se considera la primera categoría dogmática del delito (acto), teniendo en cuenta que es el primer filtro de análisis, pudiendo existir casos, que bien no podrían superar esta categoría, en otras palabras terminar el juicio sin más análisis.

Lo que nos permite concluir que; en la praxis judicial, al menos en la provincia de Pastaza, nuestro sistema penal, es decir el poder punitivo del Estado; sigue manteniendo el formalismo jurídico, en lo que a la argumentación de las decisiones judiciales se refiere.

1.11. ¿Se hace un análisis total o parcial de las categorías dogmáticas del delito en relación con los hechos probados?

Del 19 % de las sentencias analizadas que mencionan categorías dogmáticas, todas analizan de forma incompleta las categorías dogmáticas, al momento de adecuar los hechos probados a los elementos del delito, ninguna realiza un análisis total, de cada categoría dogmática, lo cual debería correlacionarse con elementos probatorios obtenidos en el juicio, cuestión que no se verifica en todas las sentencias analizadas.

1.12. ¿Se citan autores en la sentencia y se menciona su pertinencia?

Un dato no menor en este estudio, es la utilización de citas de autores utilizadas en la motivación de las resoluciones, así como su pertinencia, que si bien no es imperativo, si da cuenta del interés que presta el juez en investigar sobre el tema que versa la sentencia, acudiendo a diferentes fuentes doctrinarias. En nuestro análisis; se detectó que en el 81% de los casos analizados se citan autores, lo cual representa un porcentaje elevado de citas doctrinarias, sin embargo; con relación a la pertinencia de las citas de autores solo en el 5% de casos en que mencionan autores, se hace mención a la pertinencia

de la cita. Es decir; se citan autores pero no se explica la relación de las citas con el caso bajo análisis.

1.13. ¿Se cita jurisprudencia en la sentencia y su pertinencia?

Otro dato no menos importante, es la mención de jurisprudencia y su pertinencia en el caso, pues como se indicó en el capítulo anterior; bajo ciertas condiciones constituyen fuentes formales del derecho a través de los precedentes vinculantes o jurisprudencia reiterativa, que facilitan la labor argumentativa del juez en la motivación de la sentencia, ya que; al tener establecida una subregla, es aplicable la misma en casos similares en atención al principio de igualdad ante la ley, es decir es una herramienta que facilita la motivación del fallo.

De la lectura de las sentencias, con relación a la mención de jurisprudencia se ha logrado inferir que en el 81% de las sentencias; el tribunal no invoca jurisprudencia alguna en la motivación de las sentencias, en tanto; que del 19 % de las sentencias que utilizan jurisprudencia, solo el 50% se justifica su pertinencia, de lo cual podemos concluir; que existe un desconocimiento del valor de la jurisprudencia en la motivación o de su existencia, lo que denota además el desinterés por parte del tribunal en investigar o estudiar la jurisprudencia atinente al caso, lo cual limita el valor argumentativo de las sentencias.

1.14. ¿Se fundamenta en base a pruebas la pena aplicada con atenuantes y agravantes?

Otro parámetro no menos importante, es la motivación en base a las atenuantes y agravantes analizadas con los hechos probados en el proceso de la pena impuesta en cada caso, encontrando que solo en el 48% de las sentencias la pena impuesta se fundamenta en pruebas con atenuantes y agravantes.

1.15. ¿Se identifican con facilidad los *obiter dictum* y la *ratio decidendi*?

Si bien es cierto, no se ha identificado que se utilicen problemas jurídicos en las sentencias bajo análisis, ni las cuestiones o subcuestiones de las que dependen la solución de estos problemas, esto no quiere decir que en la motivación no se expresen las razones que sustentan las decisiones; estas necesariamente deben estar presentes en la sentencia, siendo las principales los *obiter dictum*; que por su naturaleza no siendo directos coadyuvan a la decisión principal, teniendo en cuenta su función persuasiva, y; la *ratio*

decidendi, que es la razón principal de la decisión, es decir; el resultado de la operación de subsunción de los hechos fácticos al tipo penal por el que se acusa, ósea el núcleo de la motivación de la sentencia, pues serán estas las razones que la sustenten la conclusión a la que se arribe.

Dada la importancia de los *ibiter dictum* y la *ratio decidendi*, estos deben ser apreciados por el lector de forma clara, en ese sentido se ha considerado necesario incluir en este estudio la identificación de estos elementos en las sentencias, y; luego del análisis correspondiente se ha constatado que solo en un 14% de las sentencias los *obiter dictum* se identifican con facilidad, mientras que la *ratio decidendi* se ubica fácilmente solo en el 29 % de las sentencias.

De la lectura de estos datos se constata que; tanto las razones secundarias, cuanto; la razón principal de la decisión, no se aprecian con facilidad en la gran parte de las sentencias analizadas, lo cual era previsible, en razón de los resultados anteriores, pues al no existir una adecuada motivación fáctica y menos jurídica, resulta difícil ubicar las razones principales de la motivación, lo cual es una conclusión preocupante pues; en el 86% de las sentencias analizadas no se construyen premisas persuasivas secundarias que sustenten la razón principal de la motivación, siendo más grave aún el alto porcentaje de una inadecuada construcción de la *ratio decidendi*, que en la mayoría de casos; como es el 71% de las sentencias no se las identifica con claridad, se ha observado que esta se reduce a la mera enunciación de la normativa aplicable al caso, seguido de la transcripción textual de la producción de los medios de prueba en el juicio, y; sin que se cumpla con una adecuada subsunción con el uso de la dogmática penal se arriba a la conclusión. Lo cual deviene en una clara arbitrariedad que afecta la garantía de la motivación, siendo el resultado más lesivo especialmente en los casos en que se condena al procesado, en ausencia de esta garantía, pues no se le ha explicado el porqué de su sanción.

Otra conclusión obtenida, es; que la motivación de las sentencias analizadas no supera la esfera de la justificación interna, esto se concluye de todos los parámetros evaluados, de lo cual se ha podido advertir que el tribunal en su labor argumentativa de construcción de las razones y premisas justificativas procura únicamente la aplicación del silogismo lógico jurídico, y; con respecto a la justificación externa, no se aprecia parámetro alguno que determine un carácter retórico argumentativo, pese a que todos los casos se podrían catalogar como casos fáciles, pues ninguno ha presentado problemas de índole; procesal, de prueba, de calificación, de aplicabilidad, de validez, de interpretación,

de discrecionalidad o de ponderación, además que las reglas de justificación externa,²⁶⁴ que están a disposición del tribunal; como son las de argumentación dogmática, que incluso en nuestro país la tenemos en la ley penal, así como la doctrina y jurisprudencia, como se ha visto no han sido utilizadas de forma adecuada.

Todo lo cual nos lleva a responder a la pregunta principal de esta investigación; indicando que en ninguna medida el formalismo jurídico propio del Estado legal ha sido reemplazado por los presupuestos constitucionales de la argumentación jurídica por parte de los jueces del Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, es decir; la garantía de motivación que se encuentra en nuestra constitución, no se ha materializado en la práctica de la decisión judicial, al menos en la jurisdicción de Pastaza.

2. Aplicación del test de motivación

Para consolidar esta tesis, extendemos y complementamos nuestro estudio en el ámbito constitucional, para lo cual se han considerado los criterios que ha proporcionado la Corte Constitucional del Ecuador sobre la motivación a través de su desarrollo jurisprudencial; la Corte considera que la motivación no se agota con el cumplimiento de los parámetros establecidos en la constitución, sino que; ha ido un paso más adelante con el desarrollo de los cánones de la motivación: razonabilidad, lógica y comprensibilidad, conforme se ha indicado en el capítulo anterior.

Se ha aplicado el test de motivación a toda la muestra de las sentencias, sin embargo; dada la limitación en la extensión de este trabajo hemos escogido tres sentencias del tribunal, considerando que sin bien una sentencia requiere de al menos dos votos a favor, en cada sentencia existe un juez ponente quien propone el proyecto de sentencia, al que se sumará al menos el voto de un juez más para obtener mayoría— en la práctica el juez ponente se encarga la redacción de la sentencia —, es decir; se analizará una sentencia por cada juez ponente, para esto identificaremos a los jueces del tribunal con las letras: A, B y C; previendo que cada juez mantiene su propio estilo característico en la motivación, si a esto sumamos el factor de que las sentencias a ser analizadas corresponden el mismo tipo penal (abuso sexual), de esta manera se justifican la selección de las sentencias para el análisis que se exponen a continuación:

²⁶⁴ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza y Isabel Espejo (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 222–23.

2.1. Análisis de la decisión judicial No. 2018-00328 (Juez ponente: A)

La primera decisión judicial a ser analizada es la sentencia dictada el 9 de agosto del 2018, por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Pastaza, dentro del proceso penal No. 16281-2018-00328, en la cual el Tribunal señaló:

VISTOS: De acuerdo al auto de llamamiento a juicio de fecha jueves 9 de agosto del 2018, las 18h08, dictado por el doctor Luis Rodrigo Miranda Chávez, Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Pastaza y al acta resumen de audiencia de evaluación y preparatoria de juicio de fecha 7 de agosto de 2018, las 11h55, piezas procesales que constan a fojas 3 a 5 vueltas, del expediente que se sustancia en este Tribunal, al amparo del artículo 608 del Código Orgánico Integral Penal y por considerar que de los resultados de la investigación se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia material del delito acusado por Fiscalía y de la responsabilidad del procesado, dictó auto de llamamiento a juicio en contra del ciudadano (M.K.P.), por subsumir su conducta en el artículo 170, inciso segundo del COIP, en calidad de autor, conforme lo señala el artículo 42, numeral 1), literal a) de este mismo cuerpo legal. Ejecutoriado el auto de llamamiento a Juicio antes referido, se remite la causa a este Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Pastaza para la sustanciación de la etapa de juicio; una vez radicada la competencia previo sorteo de ley, se realizó la respectiva audiencia oral reservada de juzgamiento del procesado (M.K.P.), quien compareció a la Sala de Audiencias de este Tribunal, asistido técnica y jurídicamente por su abogada particular Carmen Cecilia Ávalos Mora, quien ejerció su defensa técnica; por lo tanto, el procesado ejerció el derecho a la defensa y a un debido proceso constitucional y legal. Se contó con las actuaciones del abogado Irar Amílcar Antun Tsamaint, Fiscal de Pastaza; el Tribunal de Garantías Penales, se integró con los Jueces: Doctora Esperanza del Pilar Araujo Escobar, doctor Héctor Patricio Jinés Obando y doctor Frowen Bolívar Alcívar Basurto (ponente). Luego de practicadas las pruebas solicitadas por los sujetos procesales y los correspondientes debates, el Tribunal procedió a deliberar llegando a la decisión unánime de declarar la culpabilidad del procesado (M.K.P.), de ser autor del delito de abuso sexual, fallo que se dio a conocer oralmente en ese momento, por lo que ahora corresponde reducir la sentencia con su motivación por escrito y para hacerlo se considera: PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.[...]SEXTO: FUNDAMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL PROCESADO (M.K.P.). La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 195 señala que la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal; el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 609 establece que el juicio es la etapa principal del proceso, y se sustancia sobre la base de la acusación Fiscal. Al efecto, Fiscalía en la audiencia oral reservada de juzgamiento, acusó al procesado (M.K.P.), de ser autor del delito de abuso sexual, cometido en contra de la menor de 14 años de edad, cuya identidad en este fallo se la ha determinado con las iniciales de FA, delito que bajo la dogmática penal debe constituirse en un acto, típico, antijurídico y culpable; tipo penal que se halla previsto en el artículo 170, inciso 2, del citado Código Orgánico Integral Penal, que en la parte pertinente dice: “La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal....; Inciso 2, Cuando la víctima sea menor de 14 años de edad.....; será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años”; manifestando Fiscalía que el ciudadano (M.K.P.), es padrastro de la víctima FA de 13 años de edad, quienes vivían en la comunidad El Paraíso, parroquia Simón Bolívar, cantón y provincia de Pastaza y que el 15 de junio del 2018, a las 20h30 [...]mientras la víctima había salido de su domicilio con su madre señora Dominga Aapik había retornado más o menos a las 19h00 hasta su

vivienda, es allí cuando el señor (M.K.P.), procede nuevamente a tocarle los senos, la vagina y los glúteos a la víctima FA, es cuando ella cansada de estos hechos avisa a su prima Mónica, su prima avisa a la madre de la víctima y a sus tías y proceden a llamar a la policía y es aprehendido el señor (M.K.P.). Bajo estas premisas, era obligación de Fiscalía justificar con sus medios de pruebas anunciados en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio los hechos que manifiesta, al efecto, en la audiencia de juzgamiento se practicaron y controvertieron las pruebas anunciadas por los sujetos procesales, a fin de justificar los dos presupuestos sine quanon que determina el artículo 453 del COIP, como son: 1) Los hechos y circunstancias materia de la infracción y, 2) La responsabilidad de la persona procesada; en el presente caso el Tribunal luego de valorada la prueba llegó al convencimiento más allá de toda duda razonable que se comprobaron los dos requisitos antes enunciados. El artículo 5, numeral 3, del COIP, expresa que “La o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad de la persona procesada, más allá de toda duda razonable”, [...]. El doctor Ricardo Vaca Andrade en su obra Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, Tomo I, según el COIP, al respecto manifiesta que para condenar a un procesado el juzgador debe haber alcanzado el grado sumo de certeza, o por lo menos el que prevalezca sobre las dudas respecto a la participación y responsabilidad de aquel que está siendo juzgado, saliendo del estado de incertidumbre que le puede impedir decidir con pleno conocimiento. [...] en correlación con lo que disponen los artículos 453, 454, 455, 457 y 615 *Ibídem*; prueba que le permitirá al juzgador motivar la resolución que adopte, conforme lo ordena el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador y que está directamente relacionada con el Estado constitucional de derechos y justicia dispuesto en el artículo 1 de la Norma Constitucional, siendo por tanto una garantía para el justiciable que conozca el motivo de la condena o absolución; en tanto que para el juez, pone de relieve los principios de imparcialidad. En el caso subjujice, los hechos y circunstancias materia de la infracción se han justificado con los siguientes actos procesales: MATERIALIDAD. 1) Con los testimonios de los señores policías Olmedo Parra Darwin Javier y Machado Abril Darwin Eduardo, quienes concordantemente manifestaron que el día 15 de junio del 2018, se encontraban laborando en el UPC de la parroquia Simón Bolívar y por una llamada del ECU911, se trasladaron a las 20h30 a la comunidad El Paraíso, kilómetro 27 de la vía Puyo Macas, que en el lugar observaron a varias personas, familiares de la víctima FA, que tomaron contacto con la madre de la menor señora Dominga Aapik, con su tío Armando y su tía Paulina Aapik, quienes le indicaron que FA había sido abusada sexualmente en su domicilio por su padrastro, indicando que se trataba de un delito flagrante por lo que procedieron a detener al señor (M.K.P) y a la menor FA le trasladaron al Hospital Puyo donde quedó ingresada. 2). Con el testimonio del doctor Gabriel Maroto Llerena, médico general del Hospital Puyo, quien señaló que le realizó una valoración médica a FA y como conclusión señaló que tenía un desgarramiento himeneal antiguo y se encontraba en ese momento con síndrome menstrual, que la menor se encontraba tímida, intranquila y que esta valoración la realizó el 15 de junio del 2018 a las 23h00 aproximadamente. 3). Con el testimonio del psicólogo clínico Galo Morales Oñate, quien manifestó que efectuó una valoración psicológica a la menor FA, y que en la entrevista él observó que la niña se encontraba triste, distraída, temerosa, con llanto fácil, se sentía mal por todo lo vivido, y que como conclusión le diagnóstico un trastorno adaptivo de tipo conductual, que se da cuando una persona se enfrenta a una situación difícil vivida, es decir que no se adapta a lo que le pasó. [...]5). Con los datos de filiación de la menor FA, donde se determina que ha nacido el 28 de abril del 2005 y que a la fecha de los hechos era menor de 14 años. Con este conjunto probatorio que fue practicado en la audiencia de juzgamiento, no existe duda alguna que el primer presupuesto que exige el orden jurídico como es la comprobación de la existencia material de la infracción se halla comprobada conforme lo exige la ley. Ahora bien, una vez que ha quedado demostrado este primer requisito, corresponde referirse a la responsabilidad y grado de participación del procesado en el cometimiento de la infracción, para lo cual se tiene los siguientes medios de prueba: RESPONSABILIDAD. 1).El testimonio de la adolescente Mónica Aapik

Kashijint, quien manifestó, que el día 15 de junio del 2018, su prima FA, le avisó lo que le estaba pasando, que el padrastro le molestaba, que le tocaba sus senos, las nalgas, la vagina que ella se sentía triste por avisar porque su padrastro (M.K.P.)le podía pegar, maltratar y que ella le avisó a su mamá y a sus tíos y llamaron a la policía, que la última vez que le había topado fue el viernes 15 de junio del 2018, indicando que su prima le dijo que desde los 8 años le sabía molestar su padrastro. 2). El testimonio del doctor Gabriel Maroto Llerena, a quien la menor en la entrevista al momento de realizarle la valoración médica con sus propias palabras le dijo que el padrastro le abusaba, le había manoseado en el cuarto de él, indicó el médico que la niña era de 13 años, estaba tímida, intranquila, asustada, dice la menor que le avisó a su mamá y salieron de la casa y que su tío Armando llamó a la policía, que en las noches dormían en una sola cama y su padrastro le manosea sus partes íntimas, que ella sentía vergüenza, que pensaba irse a vivir con sus tíos para estar bien. 3). El testimonio del Policía Darwin Olmedo Parra, quien señaló que el 15 de junio del 2018 llegó a un auxilio en la Comunidad El Paraíso y que en el lugar se encontraban varios familiares de FA, que escuchó personalmente a la víctima que les decía a sus familiares que su padrastro le tocaba la nalga, la vagina y los senos, [...]. Todo este conjunto probatorio lleva al Tribunal al convencimiento que se cumple con los dos requisitos que establece el artículo 453 del COIP, y que los actos ejecutados por el procesado (M.K.P.), en contra de la niña FA, se subsumen a lo establecido en el artículo 170, inciso 2) del Código Orgánico Integral Penal. [...] El bien jurídico protegido en este caso es la indemnidad sexual, entendiéndola como una manifestación de la dignidad de la persona y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida; bien jurídico que se encuentra protegido por nuestra norma Constitucional en el artículo 66, numeral 3 literal a) y b), [...] así como también el derecho a una vida libre de violencia, en el ámbito público y privado, siendo imperativo para el Estado, adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial en contra de mujeres, niñas, niños, adolescentes, mayores adultos, personas con capacidades especiales; en donde se incluye el desarrollo a la personalidad; que al ser la ofendida FA una menor de 14 años de edad, se encuentra dentro del grupo de personas vulnerables, a las que el Estado debe brindar una atención prioritaria, por así disponerlo el artículo 35 de la Constitución, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 46 y 78 *ibidem*, en los que se debe atender al principio superior de los niños, niñas y adolescentes, debiendo igualmente establecer su reparación integral, tomando en consideración la condición de que la víctima es una niña; aplicando igualmente lo prescrito en los artículos 11, 16, 17, 18, 68 y 73 del Código de la Niñez y la Adolescencia. En la audiencia de juzgamiento el procesado (M.K.P.), rindió su testimonio manifestando en lo principal que los hechos son por envidias de los familiares, que no es culpable y que su conviviente Dominga Aapik no fue la que denunció. Al respecto el doctor Gabriel Maroto y el psicólogo Galo Morales sostuvieron que la menor llegó al Hospital Puyo acompañada de su madre señora Dominga Aapik, luego que los policías habían aprehendido al procesado y tomado el procedimiento de ley, razón por lo que no es creíble que se trate de envidias de los familiares; lo que si se demostró con este testimonio es que el señor (M.K.P.), era el padrastro de la niña FA, que vivían y compartían el mismo domicilio ubicado en el sector del kilómetro 27 de la Vía Puyo Macas, por lo tanto, el procesado conocía a la víctima con anterioridad al cometimiento de los hechos, por ser su padrastro; por lo tanto el testimonio del procesado, en nada enerva la prueba de cargo con la que se ha justificado la existencia de la infracción, esto es que el día 15 de junio del 2018, le tocó las partes íntimas a la menor, senos, vagina y glúteos conforme se justificó en la audiencia de juzgamiento, así como la responsabilidad del procesado (M.K.P.), de ser autor del delito de abuso sexual, previsto en el artículo 170, inciso 2, del COIP; con las agravantes prescrita en los numerales 5) y 9) del artículo 48, del mismo cuerpo legal citado.

SÉPTIMO. [...] Por todo lo expuesto, de conformidad con los artículos 5, numeral 3), 621, 622, 628, 48, numerales 5 y 9, del Código Orgánico Integral Penal, artículos 78, 82

y 169 de la Constitución, este Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Pastaza, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, por unanimidad declara la culpabilidad del señor (M.K.P.), cuyas generales de ley se encuentran descritas en el considerando tercero de este fallo, consecuentemente dicta sentencia condenatoria por haber adecuado su conducta en el delito de abuso sexual, tipificado y sancionado en el artículo 170, inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor, imponiéndole la pena privativa de libertad de NUEVE AÑOS CUATRO MESES (9 años 4 meses), por las agravantes de los numerales 5) y 9) del artículo 48 del mismo cuerpo legal; [...] descontándose el tiempo que haya permanecido detenido por esta causa. [...] NOTIFÍQUESE. ²⁶⁵

Identificación y resolución del problema jurídico

La sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales del cantón Pastaza, el 9 de agosto del 2018, las 18h08 ¿vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, reconocido en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador?

A efectos de dar contestación al problema jurídico planteado, se analizará la resolución objetada a la luz de los parámetros que integran el test de motivación, a saber: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Razonabilidad

Este parámetro responde a la pregunta: *¿Que normas utilizó el Juez para la adecuación de una conducta a un tipo penal?*²⁶⁶

En tal sentido, se observa que el tribunal al exponer las fuentes en derecho que sustentan la decisión, en lo principal menciona el artículo 170 inciso 2 del COIP que tipifica el delito de *abuso sexual*, y el artículo 48 numerales 5 y 9 ibídem los cuales; se refieren a las circunstancias agravantes en delitos de contra la integridad sexual.

También cita el artículo artículo 5 numeral 3 del mismo COIP; que se refiere al principio de duda a favor del reo, y; los artículos 621 y 622 del mismo cuerpo legal, que hacen referencia a la motivación de la sentencia por escrito, y a sus requisitos.

Por lo expuesto, se ha verificado que de las fuentes en derecho utilizadas por el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, no todas guardan correspondencia con la naturaleza, objeto y alcance del proceso penal por delito sexual, dentro del cual tuvo lugar

²⁶⁵ Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Pastaza, “Sentencia”, *Juicio No 16281-2018-00328*, 9 de agosto de 2018.

²⁶⁶ Ver nota 128.

la decisión impugnada; pues se observa que mencionan otras normas que no guardan relación con el objeto de la decisión, como es el caso de la sentencia escrita y su motivación, y del principio de favorabilidad; en relación a este último, puesto que la decisión fue de condenar al procesado. De modo que; a nuestro criterio la sentencia objeto de análisis no cumple con el parámetro de razonabilidad.

Como un dato adicional, consideramos que se pudo mejorar este parámetro considerando la normativa referente al grado de participación que se le atribuye al procesado en el fallo (autor), esto es el artículo 42 del COIP.

Lógica

Este parámetro responde a la pregunta: *¿es correcto el silogismo utilizado en la sentencia?* ²⁶⁷

Por lo tanto, al analizar el parámetro de lógica compete determinar si las premisas construidas a lo largo de la resolución bajo análisis y que sustentan la decisión final de condenar al procesado como autor del delito tipificado en el artículo 170 inciso segundo del COIP, tanto en su forma y contenido; siguen el respectivo hilo conductor, si guardan la respectiva armonía y coherencia entre sus postulados, y; si están construidas sobre la base de una sólida argumentación.

De la sentencia en revisión, se desprende que el tribunal como primer punto se refiere al antecedente, es decir; el auto de llamamiento a juicio emitido por el juez de instancia; quien considero que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden graves y fundadas presunciones sobre la existencia del delito como la responsabilidad del procesado, como presunto autor del delito acusado por fiscalía.

Luego señalo que comparecieron ante el tribunal; el procesado acompañado de su defensa técnica y fiscalía. En el considerando primero determina su competencia para conocer el caso en cuestión, y; en el considerando segundo el tribunal declara la validez del proceso. En los considerandos tercero y cuarto proporciona los datos de la víctima y del procesado respectivamente, para continuar al considerando quinto donde presenta las teorías del caso; tanto de fiscalía cuanto del procesado, fiscalía acusó al procesado (M.K.P.) de ser autor del delito de abuso sexual tipificado en el artículo 170 inciso segundo del COIP, luego de lo cual se transcribe las intervenciones de cada una de los sujetos procesales, y; los medios probatorios practicados por las partes.

²⁶⁷ Ver nota 137.

A continuación, en el considerando sexto consta la fundamentación del tribunal, sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, aquí se indica que los sujetos procesales practicaron y contrvirtieron las pruebas anunciadas a fin de justificar los dos presupuestos procesales: materialidad y responsabilidad, e inmediatamente concluye que; luego de valorada la prueba llegó al convencimiento de que se comprobaron estos presupuestos, así se puede observar:

[...]en la audiencia de juzgamiento se practicaron y contrvirtieron las pruebas anunciadas por los sujetos procesales a fin de justificar los presupuesto los dos presupuestos sine quanon que determina el artículo 453 del COIP, como son: 1) Los hechos y circunstancias materia de la infracción y, 2) La responsabilidad de la persona procesada; en el presente caso el Tribunal luego de valorada la prueba llegó al convencimiento más allá de toda duda razonable que se comprobaron los dos requisitos antes enunciados.

Asimismo se observa que; luego de arribar a la conclusión, recién se empieza a analizar los requisitos de los presupuestos de materialidad y responsabilidad, señalando que:

En el caso subjuice, los hechos y circunstancias materia de la infracción se han justificado con los siguientes actos procesales: MATERIALIDAD. 1) Con los testimonios de los señores policías Olmedo Parra Darwin Javier y Machado Abril Darwin Eduardo, quienes concordantemente [...]. 2). Con el testimonio del doctor Gabriel Maroto Llerena, médico general del Hospital Puyo, quien señaló que le realizó una valoración médica a FA y como conclusión señaló que tenía un desgarramiento himeneal antiguo y se encontraba en ese momento con síndrome menstrual, que la menor se encontraba tímida, intranquila y que esta valoración la realizó el 15 de junio del 2018 a las 23h00 aproximadamente. 3). Con el testimonio del psicólogo clínico Galo Morales Oñate, quien manifestó [...] Con este conjunto probatorio que fue practicado en la audiencia de juzgamiento, no existe duda alguna que el primer presupuesto que exige el orden jurídico como es la comprobación de la existencia material de la infracción se halla comprobada conforme lo exige la ley. Ahora bien, una vez que ha quedado demostrado este primer requisito, corresponde referirse a la responsabilidad y grado de participación del procesado en el cometimiento de la infracción, para lo cual se tiene los siguientes medios de prueba: RESPONSABILIDAD. 1). El testimonio de la adolescente Mónica Aapik Kashijint, quien manifestó, [...]. 2). El testimonio del doctor Gabriel Maroto Llerena, a quien la menor en la entrevista al momento de realizarle la valoración médica con sus propias palabras le dijo [...]. 3). El testimonio del Policía Darwin Olmedo Parra, quien señaló, [...]. Todo este conjunto probatorio lleva al Tribunal al convencimiento que se cumple con los dos requisitos que establece el artículo 453 del COIP, y que los actos ejecutados por el procesado (M.K.P.), en contra de la niña FA, se subsumen a lo establecido en el artículo 170, inciso 2) del Código Orgánico Integral Penal.

Lo cual consiste en una transcripción del desarrollo de las pruebas practicadas por las partes, que constan en el acta de la audiencia. Luego de lo cual se pasa a la conclusión; que los actos realizados por el procesado se subsumen en el tipo penal imputado.

Finalmente en la parte resolutive, el tribunal concluye declarando la culpabilidad del señor (M.K.P.) en el grado de autor, y; a la vez dictando sentencia condenatoria e imponiéndole la pena privativa de libertad de nueve años y cuatro meses, considerando dos agravantes, estas últimas además se aplican sin expresar las razones que las justifican en base las pruebas practicadas.

De lo señalado, se observa que el tribunal se limita a transcribir lo manifestado por las partes procesales en la audiencia, para luego señalar las normas del Código Orgánico Integral Penal relacionadas con: el principio de duda a favor del reo, la motivación de las sentencias y sus requisitos, y; concluir condenado al procesado por considerar que ha adecuado su conducta al tipo penal de abuso sexual, imponiendo una pena privativa de libertad con agravantes.

Sin embargo; de la decisión objeto de este análisis se desprende que; la argumentación de fiscalía estaba basada en señalar que el delito por el que acusa, bajo la dogmática penal, debía constituirse en un acto, típico, antijurídico y culpable, por lo que el operador de justicia, al resolver debía determinar si los hechos atribuidos al procesado se encontraban probados (justificación de primer nivel) y luego si los mismos se subsumían al tipo penal de la acusación; mediante el análisis de las categorías dogmáticas de: acto, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad que indicó fiscalía (justificación de segundo nivel), cuestión que no ha ocurrido.

De lo señalado, se verifica que el tribunal emite su resolución basándose argumentos que no siguen las normas de validez establecidas por la lógica formal, ya que; de acuerdo con el razonamiento aplicado por el tribunal; si el procesado (M.K.P.) cometió el delito de abuso sexual, por una parte; no se justifica cuáles son los hechos probados, que se ajusten a la premisa menor del silogismo, y por otra; menos aún se evidencia que estos hechos probados hayan sido subsumidos y filtrados en las categorías dogmáticas: acto, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. En otras palabras; la judicatura construyó un silogismo conjuntivo que no está soportado por las proposiciones jurídicas que constituyen la premisa menor del razonamiento.

Conforme se puede advertir, se identifica que; el tribunal centró su análisis y conclusión en las premisas normativas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, sin explicar cuál es la relación de ellas con la solicitud de fiscalía.

Además, se observa falta de cumplimiento de la carga argumentativa, ya que la autoridad judicial no explica cuáles fueron sus motivos para concluir que el hecho atribuido al procesado era un acto, típico, antijurídico y culpable. Es decir; no se constata

la existencia de un análisis por parte del Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, tendiente a demostrar que los hechos puestos a su conocimiento se adecuan al tipo penal de abuso sexual.

En efecto, el parámetro de la lógica no se agota exclusivamente en la coherencia que debe existir entre las premisas con la decisión final, sino también; se encuentra relacionado con la carga argumentativa que se debe emplear en los razonamientos y conclusiones que realizan, por lo que; se evidencia la ausencia de una debida fundamentación en la decisión objeto del presente análisis, por cuanto el tribunal no argumentó en debida forma la pertinencia de las normas aplicadas, en relación a los hechos presentados por fiscalía—que previamente debieron justificarse como hechos probados—, y con la decisión final adoptada, en cambio; basó su resolución en un razonamiento con vicios de validez lógica, al construir un silogismo conjuntivo inadecuadamente establecido.

En virtud de lo analizado se concluye que este fallo incumple con el parámetro de la lógica.

Comprensibilidad

Este parámetro responde a la pregunta: los argumentos en la decisión del juez *¿los entiende el auditorio social o solo las partes procesales?*²⁶⁸

Es decir; el parámetro de la comprensibilidad implica que la decisión judicial debe ser expresada de manera clara y comprensible; y que, de esa manera las partes que intervienen en el proceso y el auditorio social en general, entiendan los razonamientos y conclusiones que realizaron las autoridades judiciales.

Ahora bien, regresando al análisis del caso concreto, si bien es cierto en el fallo se observa una redacción en lenguaje claro y comprensible; también no es menos cierto que en él existe una deficiente carga argumentativa, lo que provoca que las ideas expuestas no sean claras y que el fallo no sea comprensible en su totalidad. De este modo; la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza no cumple con el parámetro de la comprensibilidad.

Finalmente, una vez que por una lado; se determinó la inobservancia del requisito de razonabilidad y por otro lado; el incumplimiento de los parámetros de la lógica y comprensibilidad, en virtud de la interdependencia existente entre estos, se concluye que

²⁶⁸ Ver nota 137

la sentencia de fecha 9 de agosto del 2018, las 18h08 del Tribunal de Garantías Penales del Pastaza, vulnera el derecho al debido proceso en su garantía de la motivación previsto en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador.

2.2. Análisis de la decisión judicial No. 2017-00412 (Juez ponente: B)

La segunda decisión judicial a ser analizada es la sentencia dictada el 11 de enero del 2018, por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Pastaza, dentro del proceso penal No. 16281-2017-00412, en la cual el Tribunal señaló:

VISTOS: Concluida la Instrucción Fiscal y al término de la audiencia preparatoria del Juicio, de conformidad con el artículo 608 del Código Orgánico Integral Penal, el Ab. Mauricio Villarroel León, en calidad de Juez de la Unidad Judicial Penal y Tránsito con sede en el cantón Pastaza, en el auto resolutivo de fecha 11 de septiembre de 2017, consideró que de los resultados de la Instrucción Fiscal, se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito de abuso sexual, como de la responsabilidad penal del procesado (H.O.M.M), por lo que lo llamó a juicio como autor directo del delito de abuso sexual, de conformidad con el artículo 170 inciso segundo en relación con el artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal. Ejecutoriado el auto de llamamiento a Juicio se remite la causa a este Tribunal de Garantías Penales, radicada la competencia previo sorteo de ley, se realizó la respectiva audiencia reservada de juzgamiento del procesado (H.O.M.M), quien ejerció el derecho a la defensa y a un debido proceso; el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Pastaza, se integró con los Jueces: Dr. Patricio Jines Obando, Juez ponente, Dra. Esperanza del Pilar Araujo Escobar y Dr. Frowen Alcívar Basurto; el Ab. Cristian León, Secretario del Tribunal; las actuaciones de la Ab. Johana Padilla Luna, Fiscal de Pastaza; el procesado (H.O.M.M), quien comparece por video conferencia, acompañado de la Dra. Josefina Rodi Guamán en el Centro de Privación de Libertad de la ciudad de Latacunga y del Ab. Diego Garcés Mayorga en esta sala de audiencias, Defensores Públicos de Cotopaxi y Pastaza respectivamente, a fin de garantizar el derecho de la defensa del procesado. Luego de practicadas las pruebas solicitadas por los sujetos procesales y los correspondientes debates, el Tribunal procedió a deliberar llegando a la decisión de declarar la culpabilidad del procesado, por el delito de abuso sexual, dándole a conocer oralmente en ese momento la decisión judicial; por lo que ahora corresponde reducir a escrito la sentencia con su motivación y para hacerlo se considera: PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA[...]CUARTO: DE LA AUDIENCIA DE JUICIO. [...]4.1. ALEGATOS INICIALES DE LOS SUJETOS PROCESALES. 4.1.1 HIPÓTESIS DE LA ADECUACIÓN TÍPICA POR PARTE DE LA FISCALÍA (ALEGATO DE APERTURA TEORÍA DEL CASO). La Fiscal Ab. Johana Padilla Luna, formula su alegato de apertura [...] y en lo principal manifestó: Dentro del desarrollo de esta Audiencia Fiscalía va a aprobar [...] que el día 19 de julio del año 2017 aproximadamente a eso de las 17h00 horas, al encontrarse la víctima de estos hechos a quien me referiré en el desarrollo de la diligencia con la iniciales ZC se encontraba fuera de las instalaciones de la escuela donde cursaba sus estudios en el barrio 27 de Junio de la parroquia Veracruz, al encontrarse esperando el bus que la llevara a su casa, habría sido abordada por el procesado quien le habría abordado a efectos de que le tocara su pene de manera insistente, [...] debo indicar además que se sabrá probar que la conducta adoptada se encuentra en ajuste a lo establecido en el Art. 170 inciso segundo al tener la edad de 9 años la víctima, debo indicar que estos habrían sido verificados de manera flagrante [...]. 4.1.2 HIPÓTESIS DE LA EXCLUSIÓN DEL TIPO PENAL POR PARTE DEL

PROCESADO. En su alegato inicial el Ab. Diego Garcés, defensor del procesado, según el Art. 614 del COIP, en lo principal manifestó: [...]mi defendido a este momento es beneficiario del derecho constitucional de presunción de inocencia, derecho constitucional no va a poder ser roto, tomando en consideración los siguientes aspectos; [...], consta una valoración médica realizada por un especialista en psiquiatría, en el cual se determina que mi defendido padece un retraso mental moderado, un deterioro en el comportamiento significativo el mismo que priva en ciertos momentos el uso de la razón, no solamente en relación a esta discapacidad intelectual, [...], es una persona que no puede valerse ni si quiera por su propios medios necesitando auxilio y colaboración de otras personas para poder movilizarse de un lugar a otro, [...] razón por la cual no se va a poder establecer una responsabilidad del mismo, [...], razón por la cual él no podría haber generado ningún tipo de manipulación o peor motivar a la presunta víctima a realizar actos de naturaleza sexual en su persona, razón por la cual estos hechos relatados por Fiscalía deberán ser probados en el desarrollo de esta audiencia [...]QUINTO. DECISIÓN DEL TRIBUNAL MOTIVACIÓN. Corresponde a los juzgadores de este Tribunal de Garantías Penales, el análisis y valoración de la prueba de acuerdo con los Arts. 5 numeral 3, del Código Integral Penal, que expresa que “La o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad de la persona procesada, más allá de todo duda razonable”, en correlación con lo que disponen los Arts. 453, 454, 455, 457 y 615 ibídem, a través de los medios de prueba practicados en la audiencia de juicio, cuya finalidad es la de llevar al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada. Para ello se tiene lo siguiente: 1. Los términos más allá de la duda razonable,[...], implica que fiscalía debe probar la culpabilidad en su más alto punto, por tanto la evidencia debe ser absolutamente certera; [...]. En síntesis el Código Orgánico Integral Penal, designa que la prueba debe ser totalmente certera, que conlleve al juzgador a no tener ninguna duda en el análisis razonado del caso, única forma de emitir una sentencia condenatoria. [...]. 2 El delito que Fiscalía acusa es el tipificado en el Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal, inciso segundo cuyo texto dice: Abuso sexual. La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años. 3. El bien jurídico protegido es el libre desarrollo integral de la personalidad y la integridad sexual, que se encuentran protegidos por nuestra norma Constitucional en el Art. 66, numeral 3 literal a) y b), que reconoce y garantiza a todas las personas el derecho a integridad personal, derecho éste que incluye la integridad física, psíquica moral y sexual; así como también el derecho a una vida libre de violencia, en el ámbito público y privado, siendo imperativo para el Estado, adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial en contra de mujeres, niñas, niños, adolescentes, [...]; que al ser la ofendida una niña, se encuentra dentro del grupo de personas vulnerables, a las que el Estado debe brindar una atención prioritaria, por así disponerlo el Art. 35 de la Constitución, en concordancia con lo dispuesto en los Arts. 44, 46 y 78 de la ibídem, en los que se debe atender al principio superior de los niños, niñas y adolescentes, [...]; aplicando igualmente lo consagrado en los Arts. 11, 16, 17, 18, 68 y 73 del Código de la Niñez y la Adolescencia. [...]” 5. Con fundamento al estudio de la normativa que rige este tipo penal, sobre a doctrina referida y del nuevo estándar de valoración de prueba, y en cumplimiento de lo que disponen los Arts. 5 numeral 3, 453, 454, 455, 457 y 615 del COIP, en lo principal corresponde demostrar en derecho la existencia del delito y la responsabilidad del procesado. 5.1. En cuanto a la primera premisa, esto es los hechos y

circunstancias materia de la infracción se tiene la siguiente prueba: A). El testimonio del policía Héctor Chicaiza Tixe, quien manifestó que el 19 de julio del 2017 recibieron una llamada al UPC de Veracruz, de parte de la señora de nombres Aladia Zhunio quien les manifestó que junto a su tienda esta una niña y el señor que le dicen el Sargento, que él le hizo coger el pene por afuera de la ropa primero, luego se había sacado el pene le había hecho coger a la niña, cuando llegaron él procesado estaba junto a la niña a las afueras de la Unidad Educativa Veracruz, que se entrevistaron con el señor (H.O.M.M) quien no manifestó ninguna situación, por lo que se trasladaron donde la señora Aladia Zhunio para verificar lo que pasaba, en donde ella le reconoció al señor (H.O.M.M) como el causante de los hechos, por lo que procedieron a detenerlo en delito flagrante,[...]. B). Con el testimonio de la psicóloga Clínica Fernanda Quiñonez, quien señaló que valoró a la menor ZC, [...], que como conclusión,[...],determinó en ZC a una niña con un presunto deterioro mental cognitivo, que las tres áreas se encontraban afectadas la social, la familiar y personal, que en el test proyectivo del árbol [...], se evidenció una afectación a nivel psico sexual, además observó en la niña agresividad reprimida, miedos, dificultad para expresar emociones, que no hay fantasías al momento de relatar los hechos, [...].C). Con el testimonio de la Dra. María Sánchez, médico perito de la Fiscalía, quien señaló que valoró a la menor ZC[...],que al realizarle el examen físico ZC no presento ningún tipo de lesión, que recomendó valoración en el área de psicología clínica. D). Con el testimonio del Dr. Michael Pérez Socarras, médico psiquiatra del Hospital General Puyo, quien señaló que valoró a la menor ZC, que presentaba un presunto retardo mental leve de nivel moderado, que debía ser valorada por el área de psicología para determinar el nivel de deterioro cognitivo. E). Con la partida de nacimiento de la menor ZC, con lo que se determina que nació el 25 de marzo del 2008, por lo que se establece que al momento que se tuvo noticia de la infracción, la víctima, tenía 9 años de edad 4 meses, documento que fue controvertido y no fue objetado. F). Con el testimonio de la policía Fredy Guamán, quien manifestó que el 20 de julio del año 2017 realizó el reconocimiento del lugar de los hechos,[...]. Con estos actos probatorios el Tribunal tiene el convencimiento que los hechos y circunstancias materia de la infracción se encuentran comprobados conforme a derecho. 5.2. Para cumplir con el segundo requisito del Art. 453 del COIP, esto es la responsabilidad del procesado, se tiene: A). El testimonio de la señora Aladia Zhunio Zhunio, quien manifestó que vive y tiene una tienda en la parroquia Veracruz, frente a la Unidad Educativa Veracruz, que vio a la niña que estuvo sentada alado del señor, este señor como que le llamaba, porque la niña estaba sentada a un ladito, le llamaba y como que le hacía meter la manito al bolsillo, [...]que este señor al que le conocen como el Sargento se alza la chompa y se saca el pene, la niña se retiraba y vuelta regresaba, parecía como que le quería dar dinero, pero no era así, cuando vio eso dijo, este señor esta en algo malísimo, cuando le coge vuelta a la niña le jala y se hace coger el pene, la niña le alzó la chompa, por esta razón llamó a la policía; que los hechos ocurrieron como a las 14H00; testimonio que se corrobora con lo manifestado por el policía Héctor Chicaiza [...] B). Tenemos el testimonio de la Dra. María Sánchez García, quien valoró medicamente a la niña ZC y en la entrevista ella le dijo, que a la salida de la escuela estaba sentada en una tienda en Veracruz, y un señor le llamó y se le acercó y le dice tócame el pene, y le ha hecho tocar el pene con la mano, testimonio que es concordante con lo que ZC le manifestó a la Psicóloga Fernanda Quiñonez, [...] C). Con el testimonio de la señora Ivon Pilay Cedillo quien dijo [...], que el 19 de julio del 2017, en eso de las 16H00, llegaron a su casa dos policías en un patrullero con su hija ZC, quien estaba llorando y asustada, que los policías le manifestaron que a su hija le trajeron porque un señor le ha estado manoseando, [...], ZC le dijo el señor le jalaba y le dijo que le toque el pene; testimonio que es corroborado por el rendido por la trabajadora social Lic. Eliana Núñez, quien señaló que la abuela de ZC esto es Ivon Jacqueline Pilay Cedillo, le dijo que; [...] la niña ZC le relató a ella, que el procesado le ha estado obligándole a tocarle su pene y que con lágrimas ella le dijo que no quería; quedando evidenciado que fue el señor (H.O.M.M), cometió este delito en contra de ZC [...]. D). El testimonio anticipado de la menor ofendida ZC quien manifestó que si se llevaron a la Fiscalía para conversar, que

estas cosas (refiriéndose a lo que le sucedido con ella) le contó a su mamá Ivone (quien en realidad es su abuela), que en la Fiscalía conoció a la psicóloga Fernanda Quiñonez, a quien también le había contado lo sucedido; al momento de rendir su testimonio la menor hablar no pudo hablar más, en razón de que se puso a llorar al ser preguntado sobre los hechos sucedidos, quedándose en ese momento totalmente retraída; sin embargo se ha evidenciado que la menor si estuvo en la Fiscalía de Pastaza, conversó con la psicóloga clínica Fernanda Quiñonez, a quien le conversó sobre los hechos sucedidos con ella, hechos que igualmente le contó a su abuela señora Ivone Pilay Cedillo. Si bien la menor ZC al rendir su testimonio por su tierna edad, se puso a llorar dentro de la audiencia al ser preguntado sobre los hechos, sin poder contestar, el Tribunal considera que es irrelevante en razón de que no se ha aportado prueba alguna que sustente lo manifestado por el procesado en el sentido de que no pasó nada con la niña, frente a las pruebas aportadas por Fiscalía, [...] que son concordantes, relacionados, unívocos, a quienes la niña ZC en su primera versión les relató los hechos de que fue víctima, [...]; al respecto la Corte Nacional de Justicia en su Jurisprudencia, Ciencia y Derecho, en el juicio No. 1025-2011 en la pag. 195 en su sentencia ha recogido lo siguiente: h). La doctrina, en temas de carácter sexual, es reiterativa en sostener que los delitos sexuales se cometen en la clandestinidad, en reserva y sin testigos, por ello, el primer testimonio rendido por la víctima es suficiente para arribar a una sentencia condenatoria, como lo expresa el tratadista Manuel Miranda Estrampes, en su obra *La Mínima Actividad Probatoria en el Derecho Penal*, pág. 184 expresando además que “La convicción judicial como fin de la prueba, no depende del mayor o menor número de pruebas, en este caso de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia de su número...”; más aun que en el presente caso existió un testigo presencial como es la señora Aladia Zhunio. E). Con lo practicado en esta audiencia de juicio se cumple con lo que dispone el Art. 455 del Código Orgánico Integral Penal, que señala que la prueba y los elementos de prueba deben tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, que es lo que ocurre en el presente enjuiciamiento; [...] más en este caso no existe la más mínima duda; quedando demostrado que el procesado (H.O.M.M), le pidió que le toque el pene y le hizo tocar su miembro viril a la menor ZC, hechos que sucedieron en frente de la Unidad Educativa Veracruz, de la parroquia Veracruz cantón Pastaza, ya que la víctima así les contó a su abuela Ivone Pilay, a la médico legista Dra. María Sánchez y la psicóloga clínica Fernanda Quiñonez, funcionarias de la Fiscalía De Pastaza, que el señor que ha sido identificado como el Sargento por la señora Aladia Zhunio Zhunio, [...]. Con esta prueba el Tribunal igualmente tiene el convencimiento de que se encuentra justificada la responsabilidad del procesado (H.O.M.M) en el cometimiento del delito de abuso sexual en contra de la menor ZC. SEXTO. Alegaciones de la defensa del procesado. La defensa del acusado alegó que en referencia a lo manifestado por la señora Zhunio, [...], ella estaba al otro costado de la vía, ella observó de que mi defendido el señor (H.O.M.M), [...], que se sacaba el miembro viril, es más ella indica que observó el miembro viril, cuando se sacaba para hacerle tocar a la niña, lo cual resulta inverosímil; al respecto es necesario señalar que la señora Aladia Zhunio, manifestó que vive en la parroquia Veracruz, que tiene un tienda frente al lugar de los hechos, que fue desde ese lugar que primero reconoció al señor (H.O.M.M) [...], hasta que observó que el procesado se sacó el pene y le hizo coger a una niña ZC; con relación a la distancia no es ningún impedimento para poder observar a esa distancia lo que sucedía al frente de la calle, pues había la suficiente visibilidad en donde efectivamente se encontraba el procesado con la menor ZC, pues ha sido el mismo procesado quien no ha negado haber estado en ese lugar con la menor ZC, [...]. Alego la defensa del procesado que no existe una experticia de una valoración física, una valoración médica, de la incapacidad, la imposibilidad física del procesado lo cual ha sido corroborado en esta sala de audiencia de que no puede valerse si quiera por sus propios medios para movilizarse, a tal punto que el médico psiquiatra indicó que el tubo que recibir apoyo de las dos personas que lo acompañaron para salir del consultorio médico; en este sentido era responsabilidad de la defensa del procesado solicitar la práctica de cualquier medio probatorio para justificar la incapacidad

o imposibilidad física del procesado de valerse por sí mismo, sin embargo dentro de la presente audiencia no se ha dicho que el procesado necesitó de dos personas para poder movilizarse cuando llegó a la cita médica con el psiquiatra, por el contrario señaló el médico Michael Pérez que el procesado llegó con dos policías esposado y caminaba con dificultad y así lo aceptó el procesado que camina con un bastón; resultando por demás inconsistente esta alegación, la cual no se encuentra probada de ninguna forma. Alegó que si estamos hablando que el señor (H.O.M.M) con sus brazos, tomó a la menor, le jaló eso pudo haber causado algún tipo de hematoma, alguna tipo de lesión visible en la parte cutánea, en la piel de la menor, la doctora Sánchez García ha sido clara en manifestar que la menor no tenía hematoma, en su área genital ni tampoco en la parte externa es decir en sus brazos, producto de una manipulación de un jalón por parte del señor (H.O.M.M); al respecto es necesario señalar que para que se cumpla con los elementos del tipo penal de abuso sexual, no se requiere que exista en la víctima hematomas o lesiones, ya que el haber sufrido lesiones la víctima constituye otra de las posibilidades que enmarcan la conducta de abuso sexual en su inciso segundo del Art. 170 del Código Orgánico integral penal, [...]. Alegó también la defensa que tomando en consideración lo manifestado por el médico psiquiatra es relevante determinar de que incluso su defendido pudo haber estado actuando con su capacidad reducida, situación que se encuentra inmersa en la parte final del Art. 36 del COIP; en este sentido es necesario puntualizar los que manifestó el médico Psiquiatra Michael Pérez, que él preguntó al procesado si él sabe porque él estaba detenido, contestándole el procesado que él estaba detenido por una situación de una niña, pero que él era inocente, [...], además indicó el médico que si entendía las consecuencias de lo que le acusaban, es decir el señor (H.O.M.M) era totalmente consciente de su actos cuando los estaba cometiendo; por el contrario ratifica el hecho que el procesado tuvo contacto directo con la víctima ZC el día de los hechos, por lo que esta alegación carece de todo fundamento legal. SÉPTIMO. Dentro de la audiencia de juico no se ha justificado circunstancias agravantes, ni atenuantes que permitan modificar la pena. Por lo expuesto, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, de conformidad con los Arts. 453, 454, 621, 622 y 628 del Código Orgánico Integral Penal, Arts. 82 y 169, de la Constitución, se declara la culpabilidad de (H.O.M.M) de ser autor del delito de abuso sexual tipificado y sancionado en el Art. 170 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena de CINCO AÑOS de privación de la libertad que la cumplirá en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de la ciudad de Latacunga o donde las autoridades penitenciarias lo dispongan, descontándose el tiempo que ha permanecido detenido por esta causa [...]. Ejecutoriada la sentencia gírese la respectiva boleta de encarcelamiento y ofíciase al Director del Centro de Privación de Libertad. [...]. Notifíquese.²⁶⁹

Identificación y resolución del problema jurídico

La sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales del cantón Pastaza, el 11 de enero del 2018, las 17h24 ¿vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, reconocido en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador?

²⁶⁹ Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Pastaza, “Sentencia”, *Juicio No 16281-2017-00412*, 11 de enero de 2018.

Para dar contestación al problema jurídico planteado, se analizará la resolución objetada a la luz de los parámetros que integran el test de motivación, a saber: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Razonabilidad

En el análisis de este parámetro, se observa que el tribunal al exponer las fuentes en derecho que sustentan la decisión, en lo principal menciona el artículo 170 inciso 2 del COIP que tipifica el delito de *abuso sexual*, así también el artículo 453 ibídem que se refiere a la finalidad de la prueba, y el artículo 454 del mismo cuerpo legal, que se refiere a los principios de la prueba, cabe mencionar que este artículo contiene siete principios disímiles, en siete numerales diferentes; oportunidad, intermediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, exclusión, igualdad de oportunidades para la prueba, sin embargo; no se especifica a que numeral o a que principio se hace referencia. Además se mencionan los artículos 621 y 622 del mismo cuerpo legal, que hacen referencia a la motivación de la sentencia por escrito y sobre los requisitos de la sentencia, así como el artículo 628 del mismo COIP que se refiere a las reglas sobre la reparación integral.

Así también; se mencionan normas de carácter constitucional como son los artículos 82 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, el primero se refiere al derecho a la seguridad jurídica,²⁷⁰ y el segundo indica que el sistema procesal es un medio para la administración de justicia, y enuncia los principios que consagran las normas procesales; simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, y economía procesal, así como el mandato que proscribe sacrificar la justicia por la omisión de solemnidades.²⁷¹

Por lo expuesto, se ha verificado que de las fuentes en derecho utilizadas por el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, no todas guardan correspondencia con la naturaleza, objeto y alcance del proceso penal por delito sexual, dentro del cual tuvo lugar la decisión impugnada, pues se observa que se mencionan otras normas que no guardan relación con el objeto de la decisión, como es el caso de normas que se refieren a; la finalidad de la prueba y sus principios—con referencia a este último no se especifica

²⁷⁰ Ecuador, *Constitución*, art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se funda en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades pertinentes.

²⁷¹ *Ibíd.*, art.169.-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

el principio que se invoca—, la sentencia escrita, su motivación y sus requisitos, lo mismo ocurre con la norma constitucional invocada; que contiene los principios que deben consagrar las normas procesales.

De modo que a nuestro criterio, la sentencia objeto de análisis, no cumple con el parámetro de razonabilidad.

Consideramos que se pudo mejorar este parámetro, invocando la normativa referente al grado de participación que se le atribuye al procesado en el fallo (autor), esto es el artículo 42 del COIP, así como la concepción de flagrancia constante en el artículo 527 *ibídem*.²⁷²

Lógica

Al analizar el parámetro de lógica, compete determinar si las premisas construidas a lo largo de la resolución bajo análisis, y que sustentan la decisión final de condenar al procesado como autor del delito tipificado en el artículo 170 inciso segundo del COIP, tanto en su forma y contenido, siguen el respectivo hilo conductor; si guardan la respectiva armonía y coherencia entre sus postulados; y, si están construidas sobre la base de una sólida argumentación.

De la sentencia en revisión, se desprende que el tribunal, como primer punto luego de explicar el antecedente del auto de llamamiento a juicio señaló que comparecieron ante el tribunal; el procesado auspiciado por la defensoría pública y fiscalía. En el considerando primero determina su competencia para conocer el caso en cuestión y en el considerando segundo el tribunal declara la validez del proceso. En el considerando tercero proporciona los datos personales del procesado, para continuar en el considerando cuarto con las teorías del caso; fiscalía ofreció probar que la conducta adoptada por el procesado (H.O.M.M.) se adecuaba a lo establecido en el Art. 170 inciso segundo del COIP, por su parte la defensa técnica argumentó; que su defendido es beneficiario del derecho constitucional de presunción de inocencia, puesto que; su defendido padece un retraso mental moderado, que le priva en ciertos momentos el uso de la razón, además

²⁷² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 527.-Flagrancia.- Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión. .

que se trata de una persona que no puede valerse por sus propios medios, lo cual le impediría haber perpetrado la infracción.

A continuación, se refiere a la normativa legal referente a la exigencia para emitir una sentencia condenatoria del convencimiento de la culpabilidad del procesado más allá de toda duda razonable,²⁷³ en correlación con la normativa que se refiere a la prueba y su nexo causal entre la infracción y la persona procesada.²⁷⁴ Seguidamente enuncia el tipo penal acusado, así como el bien jurídico protegido—libre desarrollo de la personalidad, integridad sexual—,²⁷⁵ además enuncia el principio de interés superior del niño, entre otras normas constitucionales.

Así mismo, en la sentencia objeto del presente análisis, se analiza los requisitos de los presupuestos de materialidad y responsabilidad, señalando que:

[...]en lo principal corresponde demostrar en derecho la existencia del delito y la responsabilidad del procesado. 5.1. En cuanto a la primera premisa, esto es los hechos y circunstancias materia de la infracción se tiene la siguiente prueba: A). El testimonio del policía Héctor Chicaiza Tixe, quien manifestó [...]. B). Con el testimonio de la psicóloga Clínica Fernanda Quiñonez, quien señaló que valoró a la menor ZC, [...], que como conclusión,[...]determinó[...]C). Con el testimonio de la Dra. María Sánchez, médico perito de la Fiscalía, quien señaló que valoró a la menor ZC[...],D). Con el testimonio del Dr. Michael Pérez Socarras, médico psiquiatra del Hospital General Puyo, quien señaló. [...] E). Con la partida de nacimiento de la menor ZC, [...]. F). Con el testimonio de la policía Fredy Guamán, quien manifestó [...]. Con estos actos probatorios el Tribunal tiene el convencimiento que los hechos y circunstancias materia de la infracción se encuentran comprobados conforme a derecho. 5.2. Para cumplir con el segundo requisito del Art. 453 del COIP, esto es la responsabilidad del procesado, se tiene: A). El testimonio de la señora Aladia Zhunio Zhunio, quien manifestó[...] B). Tenemos el testimonio de la Dra. María Sánchez García, quien valoró medicamente a la niña ZC y en la entrevista ella le dijo, [...] C). Con el testimonio de la señora Ivon Pilay Cedillo quien dijo [...],D). El testimonio anticipado de la menor ofendida ZC quien manifestó. [...] E). Con lo practicado en esta audiencia de juicio se cumple con lo que dispone el Art. 455 del Código Orgánico Integral Penal, que señala que la prueba y los elementos de prueba deben tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, que es lo que ocurre en el presente enjuiciamiento;[...]Con esta prueba el Tribunal igualmente tiene el convencimiento de que se encuentra justificada la responsabilidad del procesado (H.O.M.M) en el cometimiento del delito de abuso sexual en contra de la menor ZC.

Lo cual consiste en una transcripción del desarrollo de las pruebas practicadas por las partes, que constan en el acta de la audiencia, con lo cual se llega a la conclusión de que; se han justificado tanto los hechos como las circunstancias de la infracción, cuanto la responsabilidad de la persona procesada, se encuentran probados, así como el nexo

²⁷³ *Ibíd.*, art. 5.3.

²⁷⁴ *Ibíd.*, art. 455.

²⁷⁵ Ecuador, *Constitución*, 66 num.3, lit. a, b.

causal entre estos dos aspectos, sin embargo; no se observa un análisis ni una conclusión que establezca cuales son los hechos probados, en relación a los medios de prueba producidos en el juicio.

Luego de lo cual, pasa a realizar un análisis de las alegaciones realizadas por la defensa, desvirtuándolas una a una, así podemos ver:

Alegaciones de la defensa del procesado. La defensa del acusado alegó que en referencia a lo manifestado por la señora Zhunio, [...], ella estaba al otro costado de la vía, ella observó de que mi defendido el señor (H.O.M.M), [...], que se sacaba el miembro viril, es más ella indica que observó el miembro viril, cuando se sacaba para hacerle tocar a la niña, lo cual resulta inverosímil; al respecto es necesario señalar que la señora Aladia Zhunio, manifestó que vive en la parroquia Veracruz, que tiene un atiende frente al lugar de los hechos, que fue desde ese lugar que primero reconoció al señor (H.O.M.M) [...], hasta que observó que el procesado se sacó el pene y le hizo coger a una niña ZC; con relación a la distancia no es ningún impedimento para poder observar a esa distancia lo que sucedía al frente de la calle, pues había la suficiente visibilidad en donde efectivamente se encontraba el procesado con la menor ZC, pues ha sido el mismo procesado quien no ha negado haber estado en ese lugar con la menor ZC.

Con referencia a esta primera alegación de la defensa, cuyo objetivo al parecer es; desacreditar a la testigo principal de fiscalía; en relación a su capacidad para observar el hecho, debido a la distancia entre su ubicación y el lugar de los hechos (el otro costado de la vía), lo cual afectaría su apreciación de los hechos con la claridad que la testigo relata. A esta alegación, en la sentencia en análisis se responde con dos argumentos; *había la suficiente visibilidad y ha sido el mismo procesado quien no ha negado haber estado en ese lugar*, los cuales no guardan coherencia ni correspondencia entre sí, siendo que; el primer argumento carece de fundamento fáctico, es decir no se sustenta en un hecho probado, pues de los medios probatorios enunciados ninguno se refiere al parámetro de *suficiente visibilidad*, en tanto que el segundo argumento; invierte la carga de la prueba al procesado, lo cual en materia penal contraría a la titularidad de la carga de la prueba por parte de fiscalía, según lo que establece la Constitución.²⁷⁶

²⁷⁶ *Ibíd.*, art. 195.-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.

Con referencia a la segunda alegación de la defensa, que en el fallo se observa es:

Alego la defensa del procesado que no existe una experticia de una valoración física, una valoración médica, de la incapacidad, la imposibilidad física del procesado lo cual ha sido corroborado en esta sala de audiencia de que no puede valerse si quiera por sus propios medios para movilizarse, a tal punto que el médico psiquiatra indicó que el tubo que recibir apoyo de las dos personas que lo acompañaron para salir del consultorio médico; en este sentido era responsabilidad de la defensa del procesado solicitar la práctica de cualquier medio probatorio para justificar la incapacidad o imposibilidad física del procesado de valerse por sí mismo, en este sentido era responsabilidad de la defensa del procesado solicitar la práctica de cualquier medio probatorio para justificar la incapacidad o imposibilidad física del procesado de valerse por sí mismo, sin embargo dentro de la presente audiencia no se ha dicho que el procesado necesitó de dos personas para poder movilizarse cuando llegó a la cita médica con el psiquiatra, por el contrario señaló el medico Michael Pérez que el procesado llegó con dos policías esposado y caminaba con dificultad y así lo aceptó el procesado que camina con un bastón; resultando por demás inconsistente esta alegación, la cual no se encuentra probada de ninguna forma.

Se puede observar que; se trata de una alegación tendiente a justificar una incapacidad física del procesado que le impediría cometer la infracción, alegación que es desvanecida por parte del tribunal, acudiendo nuevamente al argumento de la inversión de la carga de la prueba, al indicar que; era responsabilidad de la defensa solicitar la práctica de cualquier medio probatorio, lo cual; como ya indicamos es contrario a la constitución y en este caso, además contrario al principio de objetividad, principio rector para las actuaciones de fiscalía, que establece la obligación de investigar los elementos tanto de cargo, cuanto de descargo,²⁷⁷ por lo que este argumento no solo que carece de normativa legal sino que además es contrario a la ley.

Otra de las alegaciones de la defensa, que se observa en la sentencia:

[...]Alego también la defensa que tomando en consideración lo manifestado por el médico psiquiatra es relevante determinar de que incluso su defendido pudo haber estado actuando con su capacidad reducida, situación que se encuentra inmersa en la parte final del Art. 36 del COIP; en este sentido es necesario puntualizar los que manifestó el médico Psiquiatra Michael Pérez, que él preguntó al procesado si él sabe porque él estaba detenido, contestándole el procesado que él estaba detenido por una situación de una niña, pero que él era inocente,[...]además indicó el médico que si entendía las consecuencias de lo que le acusaban, es decir el señor (H.O.M.M) era totalmente consciente de su actos cuando los estaba cometiendo; por el contrario ratifica el hecho que el procesado tuvo contacto directo con la víctima ZC el día de los hechos, por lo que esta alegación carece de todo fundamento legal.

²⁷⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 5 núm. 21. Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.

Esta alegación, en particular tiene una relevancia jurídica importante, por cuanto se refiere a una causa de exclusión de la categoría dogmática de la culpabilidad, como es *la imputabilidad*—la facultad de comprender la ilicitud del comportamiento y la de determinarse de acuerdo a tal comprensión de la capacidad— que nuestra legislación la considera tanto; como una causa de exclusión de la culpabilidad, cuanto; como una atenuante,²⁷⁸ frente a esta alegación en la sentencia bajo análisis se plantea un argumento que se sustenta en un medio probatorio—la declaración del médico psiquiatra Michael Perez—, que no fue valorada para establecer la responsabilidad del procesado, es decir primero se llegó a la conclusión de que existió tanto la materialidad de la infracción, cuanto la responsabilidad del procesado, para posterior hacer un análisis de la imputabilidad del procesado; cuando lo coherente es que dentro del análisis de la responsabilidad se analice la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta por parte del procesado, previo a establecer su responsabilidad, de lo cual sin mayor esfuerzo se verifica; la construcción de argumentos sin armonía ni coherencia, puesto que; primero se llega a la conclusión y luego se pretende generar las razones que derivan a la conclusión. De ahí la importancia de hacer uso de las categorías dogmáticas del delito, pues estas ayudan a generar coherencia y armonía en la motivación.

Finalmente, en la parte resolutive el tribunal concluye declarando la culpabilidad del señor (H.O.M.M.) en el grado de autor y a la vez; dictando sentencia condenatoria e imponiéndole la pena privativa de libertad de cinco años, indicando que no existen agravantes ni atenuantes, sin embargo no existe un análisis o argumento alguno que justifique esta conclusión.

De lo señalado, se observa que el tribunal se limita a transcribir lo manifestado por las partes procesales en sus alegatos de apertura en la audiencia, para luego señalar las normas del Código Orgánico Integral Penal relacionadas con; el tipo penal de abuso sexual, el convencimiento de la culpabilidad del procesado más allá de toda duda razonable, la prueba y su nexo causal entre la infracción y la persona procesado, así como enunciar normas constitucionales referentes al bien jurídico protegido, principio de interés superior del niño, la motivación de las sentencias y sus requisitos, y; concluir

²⁷⁸ *Ibíd.*, art. 36.- Trastorno mental.- La persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental, no será penalmente responsable. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad. La persona que, al momento de cometer la infracción, se encuentra disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, tendrá responsabilidad penal atenuada en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal.

estableciendo, tanto; la materialidad de la infracción, cuanto; la responsabilidad del procesado, así como desvirtuar las alegaciones de la defensa ex post a la conclusión, utilizando argumentos que contradicen disposiciones legales y constitucionales sobre la titularidad de carga de la prueba en fiscalía; y declarando la culpabilidad del procesado por considerarlo autor del delito, imponiéndole una pena privativa de libertad, sin un análisis de atenuantes ni agravantes.

Además, del análisis de la decisión en cuestión, se desprende que la argumentación de fiscalía, se basada en señalar que; la conducta adoptada por el procesado se ajustaba a lo establecido en el artículo 170 inciso segundo del COIP, lo cual habría sido verificado de manera flagrante, por lo que el operador de justicia al resolver debía determinar si los hechos atribuidos al procesado se encontraban probados (justificación de primer nivel) y luego; si los mismos se subsumían tanto; al tipo penal de la acusación cuanto; a la condición de flagrancia, mediante el análisis de las categorías dogmáticas de: acto, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad que indicó fiscalía (justificación de segundo nivel), cuestión que no se ha verificado haya ocurrido.

De lo señalado, se constata que el tribunal emite su resolución basándose argumentos que no sigue las normas de validez establecidas por la lógica formal, ya que, de acuerdo con el razonamiento aplicado por la el tribunal, si el procesado (H.O.M.M.) es culpable del delito de abuso sexual, por una parte; no se justifica cuáles son los hechos probados, que expliquen las premisas menores del silogismo tanto del tipo penal de la acusación, cuanto de la condición de flagrancia, y por otra; menos aún se evidencia que en la subsunción de los hechos probados se haya considerado el tamizaje con el uso de las categorías dogmáticas: acto, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

En otras palabras; la judicatura construyó un silogismo conjuntivo que no está soportado por las proposiciones jurídicas que constituyen las premisas menores del razonamiento.

Conforme se puede advertir, se identifica que; el tribunal centró su análisis y conclusión en las premisas normativas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, sin explicar cuál es la relación de ellas con la solicitud de fiscalía.

Además, se observa falta de cumplimiento de la carga argumentativa, porque el tribunal emite su resolución basándose en argumentos que no guardan coherencia ni armonía entre si, puesto que; en primer lugar, llega a establecer la conclusión de la existencia de la materialidad de la infracción y responsabilidad del procesado, y

posteriormente analiza la imputabilidad de este, lo cual contraría la coherencia entre las premisas y la conclusión.

Así también se observa el uso de falacias como son; la inversión de la carga de la prueba en materia penal y la inobservancia del principio de objetividad que rige para las actuaciones de fiscalía, lo cual debilita la carga argumentativa y la persuasión.

En definitiva, la autoridad judicial no explica cuáles fueron sus motivos para concluir que el hecho atribuido al procesado era un acto, típico, antijurídico y culpable.

Es decir; no se constata la existencia de un análisis por parte del Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, tendiente a demostrar que los hechos puestos a su conocimiento se adecuan al tipo penal de abuso sexual, en condición de flagrancia.

De lo señalado, se verifica que el tribunal emite su resolución basándose argumentos que no guardan coherencia ni armonía entre si, en virtud de lo cual se concluye que este fallo incumple con el parámetro de la lógica.

Comprensibilidad

Al realizar el análisis de la sentencia en cuestión, si bien en el fallo se observa una redacción en lenguaje claro y comprensible, también se observa que; no existe coherencia ni armonía entre las razones que construyen las premisas y la conclusión, es decir; existe una deficiente carga argumentativa, lo que provoca que las ideas expuestas no sean claras y que el fallo no sea comprensible en su totalidad. De este modo, la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza no cumple con el parámetro de la comprensibilidad.

En conclusión, una vez que determinó la inobservancia del requisito de razonabilidad y por otro lado el incumplimiento de los parámetros de la lógica y comprensibilidad, en virtud de la interdependencia existente entre estos, se concluye que la sentencia de fecha 11 de enero del 2018, las 17h24 del Tribunal de Garantías Penales del Pastaza, vulnera el derecho al debido proceso en su garantía de la motivación previsto en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador.

2.3. Análisis de la decisión judicial No. 2014-1389 (Juez ponente: C)

La tercera decisión judicial a ser analizada es la sentencia dictada el 16 de noviembre del 2018, por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Pastaza, dentro del proceso penal No. 16281-2018-00143, en la cual el Tribunal señaló:

VISTOS: Concluida la Instrucción Fiscal y al término de la audiencia preparatoria de Juicio, realizada el 30 de Julio del 2018, a las 10H25, de conformidad con el artículo 608 del Código Orgánico Integral Penal el doctor Luis Rodrigo Miranda Chávez, Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Pastaza, consideró que de los resultados de la Instrucción Fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito de acción pública como de la responsabilidad penal del procesado (J.C.A.G), y lo llamó a juicio considerándole presunto autor del delito de Abuso Sexual, tipificado y sancionado en el artículo 170 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal. Ejecutoriado el auto de llamamiento a Juicio se remite la causa a este Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Pastaza, mismo que se integró con los Jueces: Dr. Héctor Patricio Jines Obando, Dr. Frowen Alcívar Basurto y Dra. Esperanza del Pilar Araujo Escobar (ponente); una vez radicada la competencia previo sorteo de ley, se realizó la respectiva audiencia oral, reservada de juzgamiento del procesado (J.C.A.G), quien ejerció el derecho a la defensa y a un debido proceso; luego de practicadas las pruebas solicitadas por los sujetos procesales y los correspondientes debates, el Tribunal procedió a deliberar llegando a la decisión de ratificar el estado de inocencia del procesado, fallo que se dio a conocer oralmente en ese momento, por lo que ahora corresponde reducir a escrito la sentencia con su motivación, y para hacerlo se considera: PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-[...]QUINTO: DEL JUICIO PROPIAMENTE DICHO.- [...] 5.1 ALEGATOS INICIALES DE LOS SUJETOS PROCESALES.5.1.1 HIPÓTESIS DE LA ADECUACIÓN TÍPICA POR PARTE DE LA FISCALÍA (TEORÍA DEL CASO).- El abogado Amilcar Antun Tsamaraint, Fiscal de Pastaza, en su teoría del caso sostuvo, la señora Lida Ruth Sanchin Shuir procede a denunciar indicando que su hija iniciales OJ le había manifestado que el día 4 de marzo del 2017 en horas de la tarde, en la casa de su abuelo el señor (J.C.A.G) mientras este les había llamado a ella y a otros primos a chupar guabas en un lugar aledaño a su vivienda, ella se había quedado sola en el lugar chupando guabas, al lugar se había acercado el procesado y había procedido a sacar el pantalón, le había hecho acostar y le había lamido su vagina con la lengua y también le había besado en la boca con su lengua, [...], los hechos habían ocurrido en una sola ocasión en el domicilio del acusado que está ubicado en la comunidad Kunkuk, ubicada en el kilómetro 57 de la vía Puyo-Macas, perteneciente a la parroquia Simón Bolívar, cantón y provincia de Pastaza; [...]y vamos a acusar al Señor (J.C.A.G)en calidad de autor, por haber adecuado su conducta en lo que determina el artículo 170 inciso segundo por cuanto la víctima tiene 7 años de edad y es nieta con relación al acusado. 5.1.2 TEORIA DEL CASO DE LA DEFENSA DEL PROCESADO.- El abogado Edison Patricio Matehu Gonzalez, defensor del procesado en lo principal sostuvo: comienzo negando rotundamente la situación establecida por el fiscal, por cuanto no ha establecido prueba alguna que vincule el nexo causal y la responsabilidad de mi defendido, basándose en una denuncia y en un testimonio de una víctima, víctima que nunca más se acercaron a la Fiscalía no se acercaron a rendir el testimonio anticipado, dentro de los exámenes médicos realizados por los señores peritos se establece que no hay ningún daño, acoso sexual o alguna situación, el examen médico legal recomienda el examen de un psicólogo clínico y que el señor fiscal en ningún momento lo ha realizado, dadas las incoherencias dentro de la denuncia y de la versión de la víctima, [...] como ustedes podrán ver la denunciante y la víctima no se encuentran presentes, entonces negando todo lo manifestado por el señor fiscal solicitaré que se declare el estado de inocencia de mi defendido. 5.2 ACTIVIDAD PROBATORIA [...]SEXTO: FUNDAMENTACIÓN DEL TRIBUNAL.-

[...] La motivación de la sentencia está directamente relacionada con el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, dispuesto en el artículo 1 de la Constitución de la Republica, siendo por tanto una garantía para el justiciable que conoce a cabalidad el motivo de la condena o absolución, en tanto que para el Juez pone de relieve los principios de imparcialidad (art. 8 de la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos, Pacto de San Jose, 1969; art. 75 de la Constitución de la Republica; art. 9 del Código Orgánico de la Función Judicial) y sujeción a la Constitución y la ley (arts. 172, 424-427 de la Constitución de la Republica, art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial); despejando cualquier sospecha sobre arbitrariedad o parcialidad, en tanto que para la sociedad resulta de importancia conocer la forma de aplicación de la ley en los casos justiciables. [...]. Bajo estas disposiciones corresponde a los juzgadores de este Tribunal de Garantías Penales, el análisis y valoración de la prueba de acuerdo con el art. 5 numeral 3, del Código Integral Penal, que expresa que "La o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad de la persona procesada, más allá de toda duda razonable", más allá de la duda razonable implica que los jueces deben estar absolutamente convencidos de que la persona a la que se le va a imponer una sentencia es realmente culpable de los hechos que se le imputan, su certeza debe estar basada en la razón y no en un mero capricho, no significa certeza absoluta ni certeza matemática, es suficiente tener la convicción o certeza moral sin estar prejuiciado. En este contexto cabe precisar que cuando se trata del juzgamiento de delitos de acción pública, como en el presente caso, el único sujeto encargado de realizar la facultad persecutoria y acusatoria es la Fiscalía, quien ostenta el ejercicio exclusivo de la acción pública, por ende, encargada de investigar los presuntos hechos que con contenido delictivo se han puesto en su conocimiento, y acusar, o abstenerse de acusar según sea el caso, a los presuntos responsables, al amparo de lo que ordena el artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador que dice: "La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal", de ahí que, el órgano juzgador en materia penal, atendiendo el sistema acusatorio adversarial vigente, y en función de los principios procesales que rigen la administración de justicia, a saber, de imparcialidad, artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, y dispositivo, artículo 168 numeral 6) de la Constitución de la República, está obligado a resolver, atendiendo únicamente la acusación formulada por el órgano acusador como lo ordena el Art. 609 del Código Orgánico Integral Penal, y en función de la prueba pedida, ordenada, practicada e incorporada en el juicio, misma que en base a lo que dispone el artículo 453 ibídem tiene como finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, prueba que se regirá por los principios de oportunidad, inmediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, conforme lo manda el artículo 454 ibídem, misma que al ser valorados en su conjunto, debe tener concordancia entre sí sobre la existencia de la infracción que se juzga y de la responsabilidad del o los acusados, para que el Tribunal Juzgador con certeza pueda determinar la culpabilidad o ratificar la inocencia del procesado de conformidad a lo que establece el artículo 5 numeral 3 ya enunciado. En el presente caso Fiscalía acusó al señor (J.C.A.G) de haber cometido el delito de abuso sexual, tipificado en el artículo 170 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal que dice: "La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena

privativa de libertad de cinco a siete años...” Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la violencia sexual debe entenderse como las acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, las cuales comprenden la invasión física del cuerpo humano y pueden incluir actos que no involucren penetración o contacto físico; la dimensión del impacto en la vida de una niña, niño o adolescente, que por su condición de minoría de edad no cuenta con la capacidad de autodeterminación sexual, que no comprende plenamente el alcance de un acto sexual, afecta la evolución y desarrollo integral de su personalidad. Un niño, niña y adolescente es indomne sexualmente, por carecer de completa autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. El abuso sexual infantil (ASI) incluye cualquier actividad de tipo sexual con un niño donde no hay consentimiento o éste no puede ser dado (Berliner, 2000), Incluye los contactos sexuales que se producen a través del uso de la fuerza o la amenaza de su uso, independientemente de la edad de los participantes, así como todos los contactos sexuales entre un adulto y un niño, independientemente de si hay un engaño o no, o si el niño entiende la naturaleza sexual de la actividad. Tratadistas como Sánchez (2002) y Echavarría (2000), concuerdan que los niños o niñas quienes han sido objeto de abusos sexuales presentan manifestaciones de afectación psicológica, física y cambios en su comportamiento; por ejemplo, cambios en su estado de ánimo, sentimientos ambivalentes, pesadillas, retraimiento, agresividad, problemas en su alimentación, dificultades en sus relaciones tanto familiares como sociales, problemas, sobre todo, en su sexualidad el sentirse inadecuados o con un cuerpo que les desagrada o sienten diferente [...]. Se considera que los infantes cuando son expuestos a situaciones de este tipo, en las que se experimentan crisis permeadas por la desorganización emocional, a confusión personal, pueden desarrollar una perturbación en su estructura de carácter, que le impida madurar adecuadamente, y por ende limite el adecuado crecimiento, a este tipo de crisis se le llama crisis circunstanciales, según Slaikeiu (1998) deben ser tendidas con oportunidad para evitar los problemas mencionados. La fase del diagnóstico incluye el descubrimiento y la validación del hecho a través de la entrevista que debe estar dirigida en dos vertientes a) En el ¿cómo se descubrió el hecho? y b) ¿cómo se le hizo sentir al niño(a)? Esto es muy importante dadas las características de victimización, las cuales involucran el descubrimiento de lo que significa la experiencia vivida, con lo que el infante puede empezar a tener creencias erróneas de sí mismo; por ejemplo, culpa, sentimientos de inadecuación y responsabilizarse de ésta. Para lograrlo es importante tener una entrevista con la persona encargada del niño(a) e identificar las circunstancias del evento, quién fue el agresor y cómo percibe actualmente al menor[...].Una vez establecido este nivel de confianza con el niño, el cual se logró a través de elecciones de juego propias del niño(a) y el terapeuta solo participa distinguiendo con ello sus gustos e intereses. [...], el terapeuta puede iniciar con el juego evaluativo que se da con la aplicación de pruebas psicológicas: test de la figura humana (DFH), de la casa, árbol y persona (H.T.P), Ilumina tu vida; dependiendo de la edad del niño se pueden aplicar cuestionarios en los cuales se indagan las conductas abusivas hacia el niño, [...]. Con estas breves anotaciones podemos determinar que para dar por probado un acto de naturaleza sexual es imprescindible la valoración psicológica a la víctima, lo que en el presente caso Fiscalía no lo ha realizado, aduciendo que al ser miembros de la misma comunidad han recibido amenazas tanto la madre cuanto la víctima, más no existe prueba para demostrar ni siquiera las supuestas amenazas. Por otro lado si bien la trabajadora Social Eliana Chalá dijo que se entrevistó con la señora Lida Sanchin (madre de OJ) y a más de manifestarle les supuestos hechos ocurridos en la humanidad de su hija, también ha indicado que está siendo amenazada y que estaba sin saber si continuar o no con la denuncia, más cuando la trabajadora social acude a la comunidad el 8 de enero del 2018 (a los 10 meses aproximadamente después del hecho) para continuar con la pericia de entorno social dispuesta por el Fiscal, no consigue contactarse con la señora Lida Sanchin, el domicilio está completamente cerrado, por lo que acude a la Unidad Educativa Chuwitayu en donde observa a OJ en el aula, (es decir la niña continuaba habitando en la comunidad), y entrevista a la licenciada María Huachi, quien le manifiesta que OJ es su

alumna desde el inicio del año lectivo 2017-2018, que le dijo que OJ faltó dos días y la abuela paterna fue a justificar las faltas, que posteriormente fue la mamá Lida Sanchin a la escuela y al preguntarle por qué la abuela paterna fue a justificar la inasistencia de OJ, Lida Sanchin le dijo que por cuestiones de trabajo tuvo que dejar a OJ ahí (casa del supuesto agresor); este testimonio rendido por la perito Eliana Chalá nos lleva a preguntarnos ¿Cómo es que está siendo amenazada la madre por la denuncia realizada sobre los hechos materia de esta sentencia y a pesar del tiempo que ha transcurrido (5 de marzo del 2017 a 8 de enero del 2018) la niña habitaba en el domicilio del señor (J.C.A.G). La profesora María Guachi también dijo en su testimonio que OJ era un poco tímida cuando recién vino a clases pero se acopló pronto porque ya le conocían los otros niños y porque ha sido alumna de ese establecimiento, que en una semana ella observó que hubo un cambio notable porque no quiso integrarse a trabajar en grupo, pero que no ha habido cambios mayores de comportamiento, que como es docente tiene confianza con los niños y un día OJ le dijo que estaba triste porque sus papás se fueron a trabajar y se quedó con sus abuelitos; en este punto hay que tener en cuenta que el cambio de comportamiento que ha logrado identificar la profesora María Guachi es dentro del año lectivo 2017-2018, mismo que es de conocimiento público empezó en el mes de septiembre 2017 aproximadamente, es decir no puede aludirse este cambio de comportamiento a los hechos expuestos como teoría del caso por el Fiscal, porque el hecho supuestamente ocurrieron el 5 de marzo del 2017. El fiscal en su teoría del caso hizo mención a que el delito de abuso sexual fue cometido en la parte posterior de la vivienda del agresor, lugar en el que también se encontraban otros niños conjuntamente con OJ comiendo guabas, dijo que OJ se quedó comiendo guabas y los otros niños entraron a la basa a seguir viendo los dibujos, que en ese momento es cuando el señor (J.C.A.G) a pretexto de verle un diente podrido a OJ le besa en la boca con la lengua, le dice que apesta, le saca el pantalón y le lame la vagina, que posteriormente la niña OJ le dice al abuelo que quiere ir a seguir viendo los dibujos y él deja que se vaya, ella se alza el pantalón y se retira; esta aseveración del señor Fiscal con respecto al lugar donde sucedieron los hechos también pone en duda con respecto a la existencia del delito, ya que la perito Miriam Huilcapi Ocaña, agente del departamento de criminalística dijo que el 22 de diciembre del 2017 se trasladó hasta la parroquia Simón Bolívar, comunidad Kunkuk, kilómetro 57 de la vía Puyo-Macas, que al costado derecho se puede apreciar una carretera de tercer orden la misma que conduce a unos 500 metros aproximadamente a un inmueble de construcción de madera, techo de zinc, que en la parte posterior de esta vivienda se aprecia un patio, que no existe mucha distancia porque está cerca la parte posterior; de esta prueba se puede determinar que el patio donde supuestamente fue agredida sexualmente OJ está ubicado a escasos metros la vivienda, hay que tomar en cuenta que el lugar fue indicado por la señora Lida Sanchin, en las imágenes que constan dentro del informe se verifica la poca distancia entre la casa y el lugar indicado por Lidia Sanchin, además hay que indicar que no estaban solos en la casa OJ y el procesado, minutos antes OJ y otros niños estaban comiendo a plena luz del día las guabas con el abuelo (acusado), y los otros niños se retiraron a seguir viendo los dibujos; cabe preguntarse cómo es posible que el procesado haya tenido podido ejecutar el hecho delictivo sin ser visto, ya que a decir del señor fiscal tuvo tiempo suficiente para quitarle el pantalón a la niña OJ, hacerle acostar, y lamido sus partes íntimas (vagina), a pocos metros de distancia se encontraban otros niños y podía ser descubierto; generalmente esta clase de delitos se cometen en la clandestinidad, en lugares apartados, sin testigos, por ello el testimonio de la víctima es de trascendencia para demostrar la responsabilidad del procesado. Al estrado compareció a doctora María Sánchez, médico perito de la Fiscalía, quien manifestó que el 17 de marzo del 2017 a las 09H30 aproximadamente valoró ginecológicamente a OJ de 7 años de edad, que luego de la valoración concluyó que OJ presentaba los genitales íntegros, que la niña en la entrevista le dijo que su abuelo (J.C.A.G) le había tocado la vagina con la lengua, y que le había bes la boca con la lengua, que habían más niños afuera comiendo guabas, que estos niños se van a ver la televisión, que ella se queda y el abuelo le había hecho acostar, le había bajado la ropa y le había

tocado la vagina, que después de esto le dice que quiere ir a ver los dibujos y él le manda a que vea, que ella valoró a OJ luego de 9 días y que no encontró lesiones que podrían corresponder a un abuso sexual, que recomendó valoración por psicología clínica; pero como ya se dijo anteriormente no existe ninguna valoración psicológica, lo que hace imposible para este Tribunal de Garantías Penales tener la convicción de que los hechos y circunstancias materia de la infracción hayan sucedido, tampoco se cuenta con el testimonio anticipado de la víctima, ni siquiera una versión tomada en la cámara de Gessel como lo dispone el artículo 504 del Código Orgánico Integral Penal, pruebas indispensables para sustentar una acusación y por ende para demostrar la existencia material de la infracción. Antonio MANZANERO en su anuario de Psicología Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, 1996, págs. 13-34, señala que en caso de los delitos sexuales en contra de menores, sobre todo en aquellos que tratan sobre atentados al pudor, abuso deshonesto, exhibicionismo y provocación sexual, es difícil encontrar evidencias que puedan mostrar, de forma inequívoca, que un adulto ha abusado sexualmente de un menor, por lo tanto: "Lo habitual en este tipo de casos, en que existe la sospecha de que un menor ha sido víctima de un abuso sexual, es solicitar una serie de peritajes psicológicos, tanto de uno como de otros... Estas pruebas pueden determinar si el menor podría ser capaz de inventar un suceso de este tipo, o si por el contrario, presenta algún tipo de patología o conducta que pueda indicar que ha sufrido una agresión sexual" correspondiendo por lo tanto al Tribunal valorar el grado de credibilidad de los testimonios rendidos con juramento y sometidos a contradicción, pero esta prueba (psicológica) como ya quedó anotado no se realizó, por lo que se llama la atención al Fiscal a cargo de la causa. El artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal señala que: "La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada", más allá de toda duda razonable, la prueba debe demostrar al juzgador la verdad histórica de los hechos y estos deben configurar el tipo penal acusado, convencimiento al que no ha llegado el Tribunal con las pruebas practicadas e incorporadas en la audiencia de juicio, por lo que al no haberse probado la existencia de la infracción, resulta inoficioso continuar analizando sobre la responsabilidad del procesado. El Art. 175 de la Constitución de la República establece que toda persona tiene derecho a una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, es decir la Constitución ha determinado que la valoración de la prueba se la realice de manera directa y bajo la percepción de los sentidos por parte del juzgador, respetando las normas del debido proceso, garantista de los derechos constitucionales. Por lo expuesto, al no haberse demostrado la existencia material del delito, con observancia a las garantías consagradas en el literal h) numeral 7 del artículo 76, numeral 6 del Art. 168 de la Constitución de la República del Ecuador; y, lo dispuesto en los Art. 5, numerales 3 y 4, 622 y 625 del Código Orgánico Integral Penal, este Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón de Pastaza, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, ratifica el estado de inocencia del señor (J.C.A.G), cuyas generales de ley se encuentran detalladas en el considerando tercero de esta sentencia. Se levantan todas las medidas cautelares de carácter real y personal dictadas en su contra en esta causa; CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-279

Identificación y resolución del problema jurídico

La sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales del cantón Pastaza, el 16 de noviembre del 2018, las 15h50 ¿vulnera el derecho al debido proceso en la garantía

²⁷⁹ Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Pastaza, "Sentencia", *Juicio No 16281-2018-00143*, 16 de noviembre de 2018.

de la motivación, reconocido en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador?

Para dar contestación al problema jurídico planteado, se analizará la resolución objetada a la luz de los parámetros que integran el test de motivación, a saber: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Razonabilidad

En el caso en análisis, del texto de la sentencia se observa que la normativa a la que recurre el Tribunal de Garantías Penales como fundamento en derecho para resolver, en lo principal, menciona el artículo 170 inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal que tipifica el delito de *abuso sexual*, por el cual acusa fiscalía, así también los artículos 453 y 454 *ibídem* que se refieren; el primero a la finalidad de la prueba, y en el segundo refiriéndose a los principios de: oportunidad, inmediación, contradicción, libertad probatoria, los cuales rigen al anuncio y práctica de la prueba, se mencionan además el artículo 5 numeral 3 del mismo cuerpo legal que hace alusión al mandato legal; de que los jueces para condenar la procesado, deben alcanzar el estándar del convencimiento de su culpabilidad, mas allá de toda duda razonable.

De otro lado, también se mencionan normas de carácter constitucional como son los artículos 195, 82, 175, 76 numeral 7, literal h, 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, el primero se refiere a la titularidad de fiscalía en el ejercicio de la acción penal pública,²⁸⁰ el segundo el derecho a la seguridad jurídica,²⁸¹ el tercero a la administración de justicia especializada sobre niñas, niños y adolescentes,²⁸² el cuarto se refiere al derecho a la contradicción de las pruebas presentadas en juicio, como garantía del debido proceso.²⁸³

²⁸⁰ Ecuador, *Constitución*, art. 195.- 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.

²⁸¹ *Ibíd.*, art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se funda en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades pertinentes.

²⁸² *Ibíd.*, art. 175.- Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.

²⁸³ *Ibíd.*, art 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:[...]7.El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:[...]Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

Por lo señalado en líneas precedentes, se puede colegir que la autoridad judicial, citó la normativa legal con la que sustentó su análisis para resolver la ratificación del estado de inocencia del procesado, y que; además guarda relación con la naturaleza del proceso puesto en su conocimiento y de la decisión que adopto en dicho momento procesal, por lo que se verifica que el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, cumplió con el parámetro de la razonabilidad.

Lógica

Al analizar el parámetro de lógica, compete determinar si las premisas construidas a lo largo de la resolución bajo análisis, y que sustentan la decisión final de ratificar el estado de inocencia del procesado, tanto en su forma y contenido, siguen el respectivo hilo conductor; si guardan la respectiva armonía y coherencia entre sus postulados; y, si están construidas sobre la base de una sólida argumentación.

De la sentencia en revisión, se desprende que el tribunal, como primer punto se refiere al antecedente; que es el auto de llamamiento a juicio que emitió el juez de instancia, quien considero que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden graves y fundadas presunciones sobre la existencia del delito como la responsabilidad del procesado, como presunto autor del delito acusado por fiscalía.

Luego el tribunal señala que; comparecieron el procesado acompañado de su defensor privado, y fiscalía. En el considerando primero determina su competencia para conocer el caso en cuestión y en el considerando segundo el tribunal declara la validez del proceso. En el considerando tercero y cuarto proporciona los datos de la víctima y del procesado respectivamente, para continuar en el considerando quinto con las teorías del caso, tanto de fiscalía cuanto del procesado. Fiscalía ofreció probar que el procesado la conducta adoptada por el procesado (J.C.A.G), se adecua a lo establecido en el Art. 170 inciso segundo del COIP, en tanto que la defensa técnica niega la acusación en razón de que fiscalía no ha establecido elemento probatorio alguno que vincule el nexo causal y la responsabilidad de su defendido.

A continuación, se describe el desarrollo de la prueba tanto de fiscalía, cuanto del procesado, y los alegatos de cierre.

En el acápite sexto consta la fundamentación de la resolución, en este escenario, el tribunal empieza refiriéndose a la garantía de motivación de las decisiones judiciales como parte del debido proceso, y; como obligación del juez dentro de lo cual en lo principal señala que la motivación constituye una garantía tanto para los justiciables

cuando conocen a cabalidad el motivo de la condena o absolución, cuanto para la sociedad, cuando conoce la forma de aplicación de la ley en los casos, justiciables, para respaldar este argumento, cita el artículo 18 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial,²⁸⁴ los artículos 1285 y 75²⁸⁶ de la Constitución de la República del Ecuador. A continuación el tribunal cita el artículo 5 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal,²⁸⁷ y manifiesta: “más allá de la duda razonable implica que los jueces deben estar absolutamente convencidos de que la persona a la que se le va a imponer una sentencia es realmente culpable de los hechos que se le imputan, su certeza debe estar basada en la razón y no en un mero capricho”, y prosigue indicando que el sujeto encargado de la facultad persecutoria y acusatoria es Fiscalía, a través de su labor de investigar los presuntos hechos con contenido delictivo, llegan a su conocimiento, y de ser el caso acusar a los presuntos responsables o abstenerse, para lo cual se respalda en el artículo 195 de la Constitución,²⁸⁸ así también menciona los principios que rigen la administración de justicia; en especial el de imparcialidad,²⁸⁹ y dispositivo,²⁹⁰ menciona el artículo 609

²⁸⁴ XII Cumbre Judicial Iberoamericana, *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial*, 2006, http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/DocumentosAdjuntosCorreos/FSC_20190711185605690.pdf, art. 18: La obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales.

²⁸⁵ Ecuador, *Constitución*, art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, [...].

²⁸⁶ *Ibíd.*, art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

²⁸⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art.5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:[...] 3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.[...].

²⁸⁸ Ecuador, *Constitución*, art. 195.- 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.

²⁸⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art.9.- La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.

²⁹⁰ Ecuador, *Constitución*, art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:[...] 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

del COIP,²⁹¹ que se refiere a la necesidad de acusación en el juicio, así como el artículo 453²⁹² del mismo cuerpo legal, que se refiere a la finalidad de la prueba en el proceso penal—llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada—, se cita el artículo 454 *ibídem*, normativa legal que rige a los principios de: oportunidad, intermediación, contradicción, libertad probatoria y pertinencia, en el anuncio y la práctica de la prueba,²⁹³ y el artículo 170 inciso segundo del mismo COIP, que tipifica el delito de abuso sexual, por el cual acusa fiscalía.²⁹⁴

Citadas estas disposiciones, el Tribunal señala el criterio desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), respecto de los delitos de naturaleza sexual sin acceso carnal—dentro de este tipo de delitos se cataloga el abuso sexual, por el cual acusa fiscalía—, al manifestar que:

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la violencia sexual debe entenderse como las acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, las cuales comprenden la invasión física del cuerpo humano y pueden incluir actos que no involucren penetración o contacto físico; la dimensión del impacto en la vida de una niña, niño o adolescente, que por su condición de minoría de edad no

²⁹¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 609.- Necesidad de la acusación.- El juicio es la etapa principal del proceso. Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal.

²⁹² *Ibíd.*, art. 453.- Finalidad.- La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.

²⁹³ *Ibíd.*, art. 454.- Principios.- El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios: 1. Oportunidad.- Es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio. Los elementos de convicción deben ser presentados en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio. Sin embargo, en los casos excepcionales previstos en este Código, podrá ser prueba el testimonio producido de forma anticipada. 2. Intermediación.- Las o los juzgadores y las partes procesales deberán estar presentes en la práctica de la prueba. 3. Contradicción.- Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada. 4. Libertad probatoria.- Todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas. 5. Pertinencia.- Las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada. 6. Exclusión.- Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal. [...]

²⁹⁴ *Ibíd.*, art. 170.- Abuso sexual.- La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.[...].

cuenta con la capacidad de autodeterminación sexual, que no comprende plenamente el alcance de un acto sexual, afecta la evolución y desarrollo integral de su personalidad. Un niño, niña y adolescente es indemne sexualmente, por carecer de completa autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual.[...]295

Es decir; una vez que el tribunal se refiere a las normas que regulan la titularidad del poder punitivo, la etapa del juicio en el proceso penal, el estándar del convencimiento más allá de toda duda razonable para establecer la culpabilidad del procesado, así como los principios que rigen; tanto el anuncio cuanto la práctica de la prueba en el juicio en la legislación ecuatoriana, analiza el tipo penal por el cual fiscalía acusa, y que es temática del caso concreto, reforzando lo señalado con el criterio jurisprudencial de la CIDH, sobre el delito acusado.

Seguidamente, el Tribunal se refiere al sujeto pasivo—víctima menor de 14 años—, del tipo penal de abuso sexual, en relación a su carencia de autodeterminación, al señalar que:

Un niño, niña y adolescente es indemne sexualmente, por carecer de completa autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual. El abuso sexual infantil (ASI) incluye cualquier actividad de tipo sexual con un niño donde no hay consentimiento o éste no puede ser dado (Berliner, 2000), Incluye los contactos sexuales que se producen a través del uso de la fuerza o la amenaza de su uso, independientemente de la edad de los participantes, así como todos los contactos sexuales entre un adulto y un niño, independientemente de si hay un engaño o no, o si el niño entiende la naturaleza sexual de la actividad.

El tribunal, vincula la idea anterior con la necesidad de un medio de probatorio conducente y pertinente en este tipo de delitos de carácter sexual, donde la víctimas es un niño o niña, dada las características—delito oculto, cometido en la clandestinidad que no necesariamente deja huellas de violencia física—, como es la evaluación psicológica de la víctima, como elemento necesario del acervo probatorio para establecer; la existencia de la materialidad de la infracción, es decir los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, y la antijuricidad material de carácter subjetivo al indicar que:

Se considera que los infantes cuando son expuestos a situaciones de este tipo, en las que se experimentan crisis permeadas por la desorganización emocional, a confusión personal, pueden desarrollar una perturbación en su estructura de carácter, que le impida madurar adecuadamente, y por ende limite el adecuado crecimiento, a este tipo de crisis se le llama crisis circunstanciales, según Slaikeiu (1998) deben ser tendidas con oportunidad para evitar los problemas mencionados. La fase del diagnóstico incluye el

295 Corte IDH, “Sentencia de 31 de agosto del 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, 31 de agosto de 2010, párr.109, <https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>.

descubrimiento y la validación del hecho a través de la entrevista que debe estar dirigida en dos vertientes a) En el ¿cómo se descubrió el hecho? y b) ¿cómo se le hizo sentir al niño(a)? Esto es muy importante dadas las características de victimización, las cuales involucran el descubrimiento de lo que significa la experiencia vivida, con lo que el infante puede empezar a tener creencias erróneas de sí mismo; por ejemplo, culpa, sentimientos de inadecuación y responsabilizarse de ésta. Para lograrlo es importante tener una entrevista con la persona encargada del niño(a) e identificar las circunstancias del evento, quién fue el agresor y cómo percibe actualmente al menor[...]. Una vez establecido este nivel de confianza con el niño, el cual se logró a través de elecciones de juego propias del niño(a) y el terapeuta solo participa distinguiendo con ello sus gustos e intereses. [...], el terapeuta puede iniciar con el juego evaluativo que se da con la aplicación de pruebas psicológicas: test de la figura humana (DFH), de la casa, árbol y persona (H.T.P), Ilumina tu vida; dependiendo de la edad del niño se pueden aplicar cuestionarios en los cuales se indagan las conductas abusivas hacia el niño, [...]. Con estas breves anotaciones podemos determinar que para dar por probado un acto de naturaleza sexual es imprescindible la valoración psicológica a la víctima.

En ese sentido el tribunal, verifica que dentro de los medios probatorios presentados por fiscalía, no existe la valoración psicológica a la víctima, invalidando además la justificación que fiscalía presentó por la falta de esta prueba : “ [...] lo que en el presente caso Fiscalía no lo ha realizado, aduciendo que al ser miembros de la misma comunidad han recibido amenazas tanto la madre cuanto la víctima, más no existe prueba para demostrar ni siquiera las supuestas amenazas.” El tribunal continúa el análisis de los medios probatorios presentados por fiscalía, como son testimonios de terceras personas, que si bien son referenciales aportan en el esclarecimiento del hecho, y permiten establecen contradicciones con la teoría de fiscalía, conforme se puede observar:

La profesora María Guachi también dijo en su testimonio que OJ era un poco tímida cuando recién vino a clases pero se acopló pronto porque ya le conocían los otros niños y porque ha sido alumna de ese establecimiento, que en una semana ella observó que hubo un cambio notable porque no quiso integrarse a trabajar en grupo, pero que no ha habido cambios mayores de comportamiento, que como es docente tiene confianza con los niños y un día OJ le dijo que estaba triste porque sus papás se fueron a trabajar y se quedó con sus abuelitos; [...]. El fiscal en su teoría del caso hizo mención a que el delito de abuso sexual fue cometido en la parte posterior de la vivienda del agresor, lugar en el que también se encontraban otros niños conjuntamente con OJ comiendo guabas, dijo que OJ se quedó comiendo guabas y los otros niños entraron a la casa a seguir viendo los dibujos, [...]; esta aseveración del señor Fiscal con respecto al lugar donde sucedieron los hechos también pone en duda con respecto a la existencia del delito, ya que la perito Miriam Huilcapi Ocaña, agente del departamento de criminalística dijo que [...] en la parte posterior de esta vivienda se aprecia un patio, que no existe mucha distancia porque está cerca la parte posterior; de esta prueba se puede determinar que el patio donde supuestamente fue agredida sexualmente OJ está ubicado a escasos metros la vivienda, [...], además hay que indicar que no estaban solos en la casa OJ y el procesado, minutos antes OJ y otros niños estaban comiendo a plena luz del día las guabas con el abuelo (acusado), y los otros niños se retiraron a seguir viendo los dibujos; cabe preguntarse cómo es posible que el procesado haya tenido podido ejecutar el hecho delictivo sin ser visto, ya que a decir del señor fiscal tuvo tiempo suficiente para quitarle el pantalón a la niña OJ, hacerle acostar, y lamido sus partes íntimas (vagina), a pocos metros de distancia

se encontraban otros niños y podía ser descubierto; generalmente esta clase de delitos se cometen en la clandestinidad, en lugares apartados, sin testigos, por ello el testimonio de la víctima es de trascendencia para demostrar la responsabilidad del procesado.

Luego de lo cual analiza el testimonio de la perito médico legal de fiscalía quien valoró a la presunta víctima y estableció que; no existen huellas física en la víctima, que podrían corresponder al delito acusado, así se puede observar:

Al estrado compareció a doctora María Sánchez, médico perito de la Fiscalía, quien manifestó que el 17 de marzo del 2017 a las 09H30 aproximadamente valoró ginecológicamente a OJ de 7 años de edad, que luego de la valoración concluyó que OJ presentaba los genitales íntegros, [...] que ella valoró a OJ luego de 9 días y que no encontró lesiones que podrían corresponder a un abuso sexual, que recomendó valoración por psicología clínica; pero como ya se dijo anteriormente no existe ninguna valoración psicológica.

Finalmente, el tribunal concluye que; le resulta imposible determinar la existencia de infracción en razón de la falta de prueba, en especial del testimonio de la víctima; sustentando su conclusión en la norma legal pertinente,²⁹⁶ del siguiente modo:

[...] lo que hace imposible para este Tribunal de Garantías Penales tener la convicción de que los hechos y circunstancias materia de la infracción hayan sucedido, tampoco se cuenta con el testimonio anticipado de la víctima, ni siquiera una versión tomada en la cámara de Gessel como lo dispone el artículo 504 del Código Orgánico Integral Penal, pruebas indispensables para sustentar una acusación y por ende para demostrar la existencia material de la infracción.

Seguidamente el tribunal, con respaldo en la conclusión, sumado un criterio doctrinario sobre la valoración psicológica a la víctima como elemento probatorio necesario en los delitos de naturaleza sexual, hace un llamado de atención a fiscalía por no practicar la valoración psicológica de la víctima, del siguiente modo:

[...]Antonio MANZANERO en su anuario de Psicología Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, 1996, págs. 13-34, señala que en caso de los delitos sexuales en contra de menores, sobre todo en aquellos que tratan sobre atentados al pudor, abuso deshonesto, exhibicionismo y provocación sexual, es difícil encontrar evidencias que puedan mostrar, de forma inequívoca, que un adulto ha abusado sexualmente de un menor, por lo tanto: "Lo habitual en este tipo de casos, en que existe la sospecha de que un menor ha sido víctima de un abuso sexual, es solicitar una serie de peritajes psicológicos, tanto de uno como de otros... Estas pruebas pueden determinar si el menor

²⁹⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 504.- Versión o testimonio de niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores.- Las niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores, tendrán derecho a que su comparencia ante la o el juzgador o fiscal, sea de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Para el cumplimiento de este derecho se utilizarán elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares, por una sola vez. Se incorporará como prueba la grabación de la declaración en la audiencia de juicio.

podría ser capaz de inventar un suceso de este tipo, o si por el contrario, presenta algún tipo de patología o conducta que pueda indicar que ha sufrido una agresión sexual" correspondiendo por lo tanto al Tribunal valorar el grado de credibilidad de los testimonios rendidos con juramento y sometidos a contradicción, pero esta prueba (psicológica) como ya quedó anotado no se realizó, por lo que se llama la atención al Fiscal a cargo de la causa.

Por lo expuesto, el tribunal resolvió ratificar el estado de inocencia del procesado (J.C.A.G), disponiendo que se levanten todas las medidas cautelares de carácter personal y real dictadas en su contra.

Del análisis de la sentencia referida, se evidencia que el tribunal, sustentó su decisión en las premisas que correspondían dada la naturaleza del juicio penal de carácter sexual, puesto que; inició refiriéndose a los argumentos tanto de fiscalía, como de la defensa, así como como a las reglas que regulan el juicio penal, y al tipo penal de abuso sexual, por el cual se llamó a juicio al procesado, y que fiscalía sostuvo en su acusación, juntamente con sus elementos objetivos y subjetivos que debían ajustarse a los medios probatorios, y que; correspondía garantizar a fiscalía como titular de la acción penal en los delitos de acción pública, en base al principio de imparcialidad y dispositivo, en anuencia con los principios que regulan la práctica de la prueba, a partir de los cuales se verificó una deficiencia en la carga de la prueba por parte de fiscalía, sumado a las contradicciones de los limitados medios probatorios producidos en el juicio, lo que imposibilitó al tribunal establecer la materialidad de la infracción, menos aún el convencimiento de la culpabilidad del procesado, más allá de toda duda razonable, concluyendo con la ratificación de su estado de inocencia.

Es decir; las premisas que conformaron la sentencia analizada, se encontraron debidamente establecidas y guardaron relación plena con la decisión final a la cual se arribó. Por consiguiente, se cumplió con el requisito de lógica.

Comprensibilidad

Finalmente, del análisis del requisito de comprensibilidad, se desprende que la sentencia fue elaborada con un lenguaje legible y comprensible de fácil entendimiento por parte de la ciudadanía en general. Asimismo, las ideas expuestas fueron completas y adecuadas en relación con la naturaleza de la acción de protección, por lo que se cumplió con este requisito de la motivación.

En virtud de lo manifestado, se concluye que la sentencia del 6 de noviembre del 2018, dictada por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Pastaza, al cumplir los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, no vulneró el derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la motivación.

2.4. ¿El Tribunal ha observado los parámetros de: razonabilidad, lógica y comprensibilidad en las sentencias?

Una vez sometidas al test de motivación las sentencias; en su mayoría no superan el mismo, así; el 67% de ellas no cumplen con el parámetro de razonabilidad, conforme ya se ha corroborado en el estudio de la motivación jurídica realizado; si bien se mencionan normas y principios en todas las sentencias en su mayoría no se indica cual es la pertinencia de cada uno de ellos.

Por otra parte, se corrobora que la inadecuada construcción del silogismo judicial a través de la subsunción de los hechos probados a la regla fáctica del tipo penal, que impide la construcción correcta de la ratio decidendi, es sinónimo de falta de razonabilidad de la sentencia.

Un dato no menor, en lo referente a este criterio, es la no utilización de criterios jurisprudenciales atinentes al caso, pues además de las normas y principios, como fuentes del Derecho, los criterios de las altas cortes en casos similares, ayudan a mejorar la razonabilidad del fallo.

Cuestión similar ocurre con el parámetro de la lógica, pues es el mismo porcentaje de sentencias, no presentan una coherencia e interrelación entre las premisas fácticas y las normas aplicadas al caso concreto y con la decisión, lo cual reafirma el estudio realizado sobre las motivación en el nivel jurídico, puesto que al no realizar una aplicación adecuada de las categorías dogmáticas del delito, no se obtiene un correcto silogismo, es así que tenemos un 67% de sentencias que no guardan un orden lógico.

En referencia al último parámetro de la comprensibilidad, como no puede ser de otra manera, al existir una afectación en la razonabilidad y lógica del fallo, es previsible que la comprensibilidad del mismo se vea afectado, pues no solamente se trata de que; el lenguaje que se utilice en la sentencia sea entendido por el común de los ciudadanos, sino que además; sea entendiendo el razonamiento que ha realizado el tribunal, para arribar a la conclusión de absolver o condenar al procesado, además de la comprensión que debe tener sobre las razones que sustentan el fallo, es así que en el estudio realizado el 71% de las sentencias no son comprensibles.

Del análisis de estos datos se concluye que; una media del 68% de las sentencias estudiadas, no superan el test de motivación, porcentaje que equivale a más del 75% de las sentencias condenatorias analizadas, verificándose una vez más la grave afectación a esta garantía del debido proceso, y corroborando nuestra tesis: que la motivación de las sentencias en materia penal, en la práctica judicial; no ha variado en relación a los criterios del sistema formalista-positivista.

Es decir, a más de una década de la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia, los parámetros de la motivación en las decisiones judiciales mantienen vigente al Estado legal, lo cual es un signo latente de arbitrariedad en la decisión judicial, por falta de motivación.

3. Hallazgos adicionales relevantes

En el desarrollo de este trabajo investigativo, se han podido observar otros aspectos de las sentencias analizadas, que si bien no forman parte de la metodología aplicada se han considerado no pasarlas por alto:

a) El uso de formatos o plantillas en la elaboración de las sentencias, lo cual denota una pre-estructura de las sentencias y su contenido; existen párrafos de la sentencia que guardan identidad en el texto tales como: jurisdicción, competencia, alegatos iniciales de los sujetos procesales, actividad probatoria, alegatos de clausura, cuya única distinción es en los datos de identificación de las partes, y del procesado así como en el relato de los hechos, incluso las citas de autores y jurisprudencia son idénticas, un dato no menor ya que en la apreciación del lector, otorga percepción una labora mecánica pro parte del tribunal .

b) Es reiterado el uso de la transcripción textual del acta de la audiencia, en la fundamentación fáctica de la sentencia, así como en la apreciación de las pruebas, esta se reduce a enunciar cada una de ellas y a darlos por probados los hechos sin análisis argumentativo alguno, o descartarlos de la misma forma, para proseguir con siguiente nivel de argumentación que es el jurídico, pues de la apreciación del lector, no se aprecia con claridad cuáles han sido los hechos probados en el juicio.

Conclusiones

La argumentación jurídica es una actividad mental de procesos lógicos, que busca justificar o dar argumentos en apoyo o detrimento a cierta hipótesis o problema jurídico que se ha planteado y que, mediante el uso lingüístico de razones, sin recurrir a la fuerza, se pretende resolver, cuidando de que el resultado de este proceso, convenza al auditorio (sociedad).

En la esfera de la decisión judicial, la importancia de la argumentación jurídica radica, en que una resolución o sentencia que convenza al auditorio (sociedad), permite la legitimación del juez, es decir; que la sociedad se sienta satisfecha con la aplicación del Derecho que se ha efectuado, por lo tanto; es importante contemplar en una argumentación, no solo el respeto a la autoridad, en este caso la ley promulgada, sino también a un adecuado proceso argumentativo.

En un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro (al menos teóricamente), es imperativo establecer que; el contenido de un fallo acoja los principios establecidos en la Constitución, lo que constituye además el soporte de la seguridad jurídica, que no es otra cosa que la eliminación de todo tipo de arbitrariedades que pudieran llegar a cometerse por parte del poder punitivo del Estado.

Los jueces son los garantes de la seguridad jurídica de un Estado, ya que son los encargados de aplicar los derechos, no por su contenido declaratorio o literario, sino a través de la aplicación de los principios, que son las garantías que posibilitan la existencia, eficacia, tutela y aplicación, de un derecho, mediante la legitimación de sus resoluciones o fallos, a través del uso de la argumentación jurídica, que otorga razones valorativas, a los argumentos a favor y en contra, planteados en las hipótesis del problema jurídico.

En el constitucionalismo se complejiza la labor del juez en la interpretación y aplicación del derecho, el juez adquiere un rol más activo y trascendente que en el Estado positivista, la diferenciación entre casos fáciles y casos difíciles, no resulta tan fácil. Los casos fáciles se resuelven con la aplicación de una regla al caso en cuestión mediante el silogismo que se lo realiza sin mayor inconveniente, por el contrario, los casos difíciles no se resuelven o entienden de una manera tan sencilla, se requiere de una justificación a través de buenas razones, que permita construir premisas normativas y fácticas para arribar a una decisión que satisfaga los requisitos del discurso práctico.

En un Estado constitucional, como el nuestro (insisto al menos teóricamente), es inadmitido que una decisión carezca de su respectiva justificación, la argumentación de las decisiones judiciales constituye uno de los parámetros más importantes para limitar el ejercicio del poder y sobre todo dotar de legitimación el ejercicio del mismo.

Explicar una decisión significa mostrar cuales son las causas que la motivaron o los fines que se pretende alcanzar al tomar determinada decisión, en tanto que justificarla, implica ofrecer razones encaminadas a mostrar el carácter aceptable o correcto de la decisión.

La obligación por mandato constitucional del juez de motivar una decisión o sentencia consiste, en justificar a través de argumentos razonables, por qué la decisión adoptada es la mejor de todas las posibles. La motivación a través de su justificación es el elemento esencial para discriminar si una decisión es racional o arbitraria arbitrario.

La motivación es de carácter universal y obligatorio y garantiza un control jurídico-político; tanto de forma particular —institucional—, a través de los medios de impugnación, cuanto de forma general; ejercida por cualquier ciudadano a través de la publicidad de la motivación, que se complementa con uso de un lenguaje de fácil comprensión.

La falta de motivación en las resoluciones, acarrea efectos procesales y administrativos, en el ámbito procesal el efecto es la nulidad del fallo o resolución, y administrativos en contra de lo funcionarios responsables, que en el ámbito judicial está regulado por el régimen disciplinario de la Función Judicial.

La motivación de las resoluciones o los fallos es obligatoria, en cualquier ámbito del Derecho de manera general y en particular en el ámbito penal, no puede justificarse bajo el argumento de la autoridad o simple legalidad, todo acto procesal es un acto consiente, por lo tanto; su emisión debe basarse en la aplicación cuidadosa del conocimiento pertinente.

Para que una decisión judicial, se encuentra debidamente motivada, a más de los presupuestos que establece la Constitución de la Republica en su artículo 76 numeral 7 literal 1, debe cumplir con los criterios desarrollados en la jurisprudencia dela Corte Constitucional de: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

La estructura justificativa de la sentencia contempla niveles; uno de orden interno, conocido como justificación interna, compuesto por proposiciones fundadas en razones operativas consistente en reglas, que se componen por un supuesto fáctico, y una calificación jurídica, en otras palabras; la aplicación de la subsunción, de lo cual se

obtiene una calificación jurídica, que vendría a ser la conclusión. Y otro de orden externo, lo que se conoce como justificación externa; de carácter retórico argumentativo, que se halla entremezclado con la parte lógica de la sentencia y tiende, por una parte, a integrar, modificar o delimitar el significado de sus proposiciones, y por otra ejerce una autonomía retórica argumentativa en el significado global del discurso de la sentencia como en el de sus componentes.

En el ámbito penal la justificación interna y externa se debe realizar en dos niveles; el fáctico a través de la verificación y construcción de la actividad probatoria desarrollada en la audiencia de juicio, para que el Tribunal de Garantías Penales concluya, en un primer momento, con los hechos probados; y un segundo nivel, el jurídico; cuyo contenido está relacionado con escoger un esquema del delito adecuado y utilizar las categorías dogmáticas del delito, establecidas por la teoría del delito y recogidas en el Código Orgánico General de Procesos, actividad argumentativa que se realiza utilizando un método de gradiente o tamizaje, y; que requiere un conocimiento exhaustivo de la materia y aplicación adecuado por parte del juez.

Dentro de las sentencias analizadas como muestra, se ha verificado la falta de motivación completa por parte del Tribunal de Garantías Penales de Pastaza, correspondiendo el 19 % de sentencia analizadas a una incompleta motivación y el 81% a una ausencia total de motivación, lo que quiere decir es que el 85% refleja la total discrecionalidad con la que se resuelve la decisión con respecto a la libertad de la persona.

La motivación de las sentencias analizadas, en su totalidad; no supera la esfera de la justificación interna, la labor argumentativa del Tribunal de Garantías Penales de Pastaza de construcción de las razones y premisas justificativas procura únicamente la aplicación del silogismo lógico jurídico, y; con respecto a la justificación externa, no se aprecia parámetro alguno que determine un carácter retórico argumentativo, pese a que todos los casos se podrían catalogar como casos fáciles, pues ningún ha presentado los problemas de índoles: procesal, de prueba, de calificación, de aplicabilidad, de validez, de interpretación, de discrecionalidad o de ponderación, además que las reglas de justificación externa, han estado a disposición del tribunal; como son las de argumentación dogmática, vigentes en la ley penal, así como la doctrina y jurisprudencia, como no han sido utilizadas de forma adecuada.

Una media del 68% de las sentencias estudiadas, no superan el test de motivación con los parámetros de: razonabilidad, lógica y comprensibilidad; desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, porcentaje que equivale a más del 75% de las

sentencias condenatorias analizadas, verificándose un índice elevado de arbitrariedad en los fallos analizados, lo que deviene en una grave afectación a la garantía del debido proceso en lo que a motivación se refiere.

La motivación en la práctica judicial, mantiene criterios del sistema formalista-positivista, a más de una década de la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia, los parámetros de la motivación en las decisiones judiciales mantienen vigente al Estado legal, y con ello un elevado número de decisiones judiciales sobre la libertad de las personas resultan arbitrarias.

La motivación de las sentencias, siempre podrá ser mejorada o corregida por el órgano jurisdiccional superior, e incluso rehecha, en los casos que se resuelva la nulidad por falta de motivación, sea esta tanto en sede jurisdiccional como las analizadas, cuanto en sede constitucional.

Bibliografía

Fuentes doctrinarias:

- Agudelo Betancur, Nódier. *Curso de derecho penal esquemas del delito*. Bogotá: Nuevo Foro Ediciones, 2013.
- . “Elementos de la culpabilidad”. En *Lecciones de derecho penal: parte general*, 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2011.
- Aguiló Regla, Josep, Manuel Atienza, y Juan Ruiz Manero. *Fragments para una teoría de la constitución*. Madrid: Portal Derecho (IUSTEL), 2007.
- Aguirre Castro, Pamela Juliana. “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional”. Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5296>.
- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducido por Manuel Atienza y Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Colección El derecho y la justicia 34. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Atienza, Manuel. “Argumentación jurídica y estado constitucional”. En *Derechos, justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet*, de María José Añón Roig y Pablo Miravet Bergón, 25–34. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- . *Bioética, derecho y argumentación*. Bogotá: Temis, 2004.
- . *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2018.
- . “El Derecho como argumentación”. *Isegoría* 0, no 21 (30 de noviembre de 1999): 37–47. doi:10.3989/isegoria.1999.i21.76.
- . *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel, 2010.
- . *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2005.
- . *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina jurídica, núm. 134. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el*

- derecho en la Constitución de 2008*. Editado por Alberto Acosta y Esperanza Martínez. Quito: Abya-Yala, Universidad Politécnica Salesiana, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- Beccaria, Cesare, Guillermo Cabanellas, y Jacinto Dragonetti. *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta, 1993.
- Beling, Ersnt. *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: Verlag von J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1906.
- Benavides Ordoñez, Jorge. “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina”. *Ius Humani: Revista de Derecho*, no 5 (2016): 173–88.
- Bonilla Maldonado, Daniel. *Teoría del derecho y Trasplantes Jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores S.A., Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- Bonorino, Pablo Raúl, y Jairo Iván Peña Ayazo. *Argumentación Judicial: Construcción, Reconstrucción y Evaluación de Argumentaciones Orales y Escritas*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura /Universidad Nacional de Colombia/ Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.
- Cancio Melia, Manuel. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Castillo Córdova, Luis. “La jurisprudencia vinculante del tribunal constitucional”. En *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Universidad de Piura, 2008. <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/1920>.
- Córdoba Angulo, Miguel. “Culpabilidad”. En *Lecciones de derecho penal: parte general*, 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2011.
- Corte Nacional de Justicia. *Ratio decidendi: obiter dicta*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2014.
- Cruceta, José Alberto, Juan Manuel Guerrero, Yokaurys Morales, Martha Cristina Díaz Villafaña, Alberto Antonio Moronta, y Esthel Díaz. *La Argumentación Jurídica*. Santo Domingo: Escuela de la Judicatura, 2011.
- Echandia, Hernando Davis. *Compendio de la prueba judicial*. Santafé de Bogotá: Rubinzal/Culzoni Editores, 1984.
- Encalada Hidalgo, Pablo. *Teoría constitucional del delito: análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y

- Publicaciones, 2015.
- Escobar García, Claudia. “El rol de las reglas en la era de los principios”. En *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, editado por Claudia Escobar García. Serie justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, no. 13. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Ferrajoli, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, 2011. doi:10.14198/DOXA2011.34.02.
- . “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, no 34 (2011): 15–54. doi:https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02.
- . *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- . *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2016.
- . “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho”. En *Epistemología Jurídica y Garantismo*, 299. Ciudad de México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2004.
- García Falconi, Ramiro J., y Eliana Alba Zurita. *Código Orgánico Integral Penal comentado. T. 1: Arts 1 al 78*. 1. ed. Lima: Ara Editores, 2014.
- García, Hernán Alejandro Olano. “Del precedente constitucional al precedente contencioso administrativo”. *Estudios Constitucionales* 9, no 2 (2011). <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/147>.
- García, Juan Antonio. “La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial de los hechos”. En *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, editado por Claudia Escobar García. Serie justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, no. 13. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Gómez, María Isabel Garrido. “La predecibilidad de las decisiones judiciales”. *Revista Ius et Praxis* 15, no 1 (2009). <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/197>.
- Gómez Pavejau, Carlos Arturo. *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*. Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibañez, 2000.
- Guastini, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell. Colección estructuras y procesos. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- Habermas, Jürgen. “La lucha por el reconocimiento en el Estado Democrático de

- Derecho”. *Daimon: Revista Internacional de Filosofía* 15 (1997): 25–50.
- Hernández Muñoz, Verónica. “El test de motivación de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Cómo conocer si una sentencia está correctamente fundamentada?” *Yachana Revista Científica* 7, no 1 (6 de noviembre de 2018). <http://revistas.ulvr.edu.ec/index.php/yachana/article/view/518>.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. En *Los “hechos” en la sentencia penal*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política 99. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2005.
- Igartua Salaverría, Juan. “Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Judicial”, *Revista Vasca de Administración Publica*, 1996, 25.
- . *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998.
- . *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Bogotá: Temis, 2009.
- Jakobs, Gunther. “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza”. En *Estudios de derecho penal*, de Enrique Peñaranda Ramos, traducido por Manuel Cancio Melia y Carlos Suarez González. Madrid: Civitas, 1997.
- Jauchen, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal/Culzoni Editores, 200d. C.
- Kelsen, Hans. *Derecho Penal Alemán*,. Santiago: Jurídica de Chile, 1993.
- . *Teoría pura del derecho*. Traducido por Roberto José Vernengo. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.
- Leguísamo Bohórquez, Pablo. “Problemas jurídicos generados por la inclusión del precedente jurisprudencial dentro de las fuentes primarias en el Ecuador”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018. <http://hdl.handle.net/10644/6059>.
- Lim Acosta, Carlos Ariel. “Similitudes entre la norma fundante básica de Kelsen y la regla de reconocimiento de H.L.A. Hart”. *Grado Cero Prensa*, 28 de julio de 2015. <https://gradoceroprensa.wordpress.com/2015/07/28/similitudes-entre-la-norma-fundante-basica-de-kelsen-y-la-regla-de-reconocimiento-de-h-l-a-hart/>.
- López Barja de Quiroga, Jacobo. *Derecho penal. Parte general*. Vol. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

- López Hidalgo, Sebastián. “El control de constitucionalidad como garantía frente al Legislativo: una visión crítica y necesaria que se funda en la argumentación”. En *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, editado por Dunia Martínez. Memorias de encuentros académicos 1. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. 2. ed. Bogotá: Legis, 2006.
- Lorenzo, Leticia. *Manual de litigación*. Litigación y enjuiciamiento penal adversarial. Buenos Aires: Didot, 2012.
- Lozada Prado, Alí. “Sobre la dimensión argumentativa del derecho”. En *Apuntes de derecho procesal constitucional*, editado por Angélica Juan Montaña Pinto. Quito: Corte Constitucional de Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.
- Mauet, Thomas. *Estudios de técnicas de litigación*. Lima: Jurista editores, 2007.
- Mixán Mass. “La motivación de las resoluciones judiciales”. *Debate Penal No2*, agosto de 1987. <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/?menu=articulos>.
- Moreno Holman, Leonardo. *Teoría del caso*. Litigación y enjuiciamiento penal adversarial. Buenos Aires: Didot, 2012.
- Murcia Riaño, Diana Milena. *Entre la hiperjuridización, el marginamiento y la ruptura: movilización legal en Colombia y Ecuador*. Quito, Ecuador: FLACSO, 2012.
- Natalia Stamile. “Razonabilidad (Principio de)”. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad* 8 (2015): 303.
- Negri, Nicolás Jorge. “La argumentación jurídica en las sentencias judiciales”. Tesis doctoral, Universidad Nacional de La Plata, 2018. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/71530>.
- Nieto Vélez, Armando. “Apuntes sobre el positivismo Jurídico”, *Ius Et Veritas*, no 19 (1999). <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15877/16309>.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2a. Buenos Aires: Astrea, 2010.
- Parra Quijano, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2006.
- Patiño Ledesma, Rodrigo. “Estado de derechos: seguridad jurídica y principios constitucionales en el régimen tributario ecuatoriano”. En *Jornadas por los 50 años del sistema especializado de justicia tributaria en el Ecuador: Quito, Marzo*

- 2010, editado por Troya José Vicente y Fausto Murillo Fierro. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011.
- Paulson, Stanley L, Gustav Radbruch, y Alejandro Nava Tovar. *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch: y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Perelman, Chaim. *El imperio retórico retórica y argumentación*. Traducido por Adolfo León Gómez Giraldo. Bogotá: Norma, 1998.
- . *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1979.
- Polaino-Orts, Miguel. *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*. Vol. I. Ciudad de México: Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas., 2014.
- Pulido, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado, 2005.
- Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Repr. Oxford: Oxford Univ. Press, 2002.
- Rodríguez Moreno, Felipe. *Curso de derecho penal, parte general. Introducción al Derecho Penal*. Vol. I. Quito: Cevallos, 2019.
- . *Curso de derecho penal parte general. Teoría del delito*. Vol. II. Quito: Cevallos, 2019.
- Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1997.
- Salas, Nicolás. “La motivación como garantía penal: estudio doctrinario y situacional”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3853>.
- Salazar Marín, Mario. *Teoría del delito. Con fundamento en la escuela dialéctica del Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014.
- Shoschana Zusman, Tinman. “TIPS : 100 consejos útiles de redacción legal | IUS ET VERITAS”. Accedido 9 de octubre de 2019. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12070>.
- Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Traducido por Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.
- Vázquez, Omar. “De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica”. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia* 1, no 14 (1 de enero de 2009). doi:10.22201/ijj.24487929e.2009.14.8759.
- Viciano Pastor, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En *Política, justicia y constitución*, editado por Luis Fernando Ávila Linzán. Serie Crítica y derecho 2. Quito: Corte

Constitucional para el Período de Transición, 2011.

Villamil Portilla, Edgardo. *Teoría constitucional del proceso*. Santafé de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1999.

Villanueva Garrido, Gustavo Adolfo. *La imputación objetiva en la jurisprudencia nacional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010.

Von Liszt, Franz. *Tratado de derecho penal*. Vol. 2. Madrid: Edit. Reus, 1927.

XII Cumbre Judicial Iberoamericana. *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial*, 2006.

http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/DocumentosAdjuntosCorreos/FSC_20190711185605690.pdf.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

Fuentes Jurídicas:

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, 20 de octubre de 2008. Registro Oficial 449.

———. *Código Orgánico Integral Penal*, 10 de febrero de 2014. Registro Oficial 180, Suplemento.

———. *Código Orgánico General de Procesos*, 22 de mayo de 2015. Registro Oficial Suplemento 506.

———. *Código Penal*, 22 de enero de 1971. Registro Oficial 147, Suplemento.

———. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, 22 de octubre de 2009. Registro Oficial 52, Suplemento.

———. *Código Orgánico de la Función Judicial*, 9 de marzo de 2009. Registro Oficial 554, Suplemento.

Fuentes Jurisprudenciales:

Corte IDH. “Sentencia de 21 de noviembre del 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).” *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, 23 de junio de 2005.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pd.

- . “Sentencia de 23 de junio del 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).” *Caso Yatama vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf.
- . “Sentencia de 31 de agosto del 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).” *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, 31 de agosto de 2010.
<https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia N.º232-14-SEP-CC”. *Caso N.º1388-12-EP*, 17 de diciembre de 2014.
- . “Sentencia No. 009-14-SEP-CC”. *Caso No. 0526-11-EP*, 15 de enero de 2014.
- . “Sentencia, No. 016-16-SEP-CC”. *Caso No. 2014-12-EP*, 13 de enero de 2016.
- . “Sentencia No. 080-13-SEP-CC”. *Caso No. 0445-11-EP*, 9 de octubre de 2013.
- . “Sentencia”, No. 092-13- SEP-CC”. *Caso No. 0538-11-EP*, 30 de octubre de 2013.
- . “Sentencia No. 227-12-SEP-CC”. *Caso No. 1212-11-EP*, 21 de junio de 2012.
- Ecuador Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Pastaza. “Sentencia”. *Juicio No 16281-2017-00412*, 11 de enero de 2018.
- . “Sentencia”. *Juicio No 16281-2018-00328*, 9 de agosto de 2018.
- . “Sentencia”. *Juicio No 16281-2018-00143*, 16 de noviembre de 2018.

Otras Fuentes:

- León Valdiviezo, Cristian. “Oficio s/n., Secretario del Tribunal de Garantías Penales de Pastaza”, 5 de diciembre de 2019.
- Ramos Tapia Inmaculada, “Estricta Sujeción del Juez a la Ley”, video de You Tube, a partir de una ponencia presentada en Congreso Internacional “Reforma Constitucional y Derecho Penal”, Academia de la Magistratura de Perú, Lima, 2002, min. 06:42,
https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=M-67OeyEmDU

21 Sentencias, emitidas por el único Tribunal de Garantías Penales de Pastaza

Anexos

Anexo 1: Detalle de sentencias emitidas por el Único Tribunal de Garantías Penales de Pastaza en el año 2018

Sentencias emitidas por el único Tribunal de Garantías Penales de Pastaza en el Año 2018		
No.	Delito	número de sentencias
1	Asesinato	3
2	Incumplimiento De Decisiones Legitimas De Autoridad Competente	6
3	Tráfico Ilícito De Sustancias Estupefacientes	2
4	Secuestro	1
5	Robo	3
6	Abuso de Confianza	2
7	Ataque o Resistencia	3
8	Estafa	3
9	Contrabando	1
10	Homicidio Culposo	3
11	Evasión	1
12	Hurto	3
13	Peculado	1
14	Lesiones	1
15	Violencia Física	1
16	Violencia Sexual (Violación y Abuso Sexual) Sexuales	P. Ord (21)+ P. Abrev. (1)=22.
Total de sentencias		56

Anexo 2: Detalle de Sentencias emitidas por el Único Tribunal de Garantías Penales de Pastaza en delitos de carácter sexual

Sentencias emitidas por el Único Tribunal de Garantías Penales de Pastaza en delitos de carácter sexual en el año 2018				
No	Numero de Proceso	Delito	CONDENATORIA	ABSOLUTORIA
1	16281-2017-00412	Abuso Sexual	x	
2	16281-2016-00583	Violación	x	
3	16281-2014-00612	Violación	x	
4	16281-2015-00418	Violación	x	
5	16281-2017-00639	Violación	x	
6	16281-201-0100	Abuso Sexual	x	
7	16281-2015-00716	Violación	x	
8	16281-2017-00459	Violación	x	
9	16281-2017-00505	Violación	x	
10	16281-2017-00504	Violación	x	
11	16281-2017-00658	Violación	x	
12	16281-2014-0159	Abuso Sexual	x	
13	16281-2014-1389	Violación	x	
14	16281-2018-00036	Abuso Sexual	x	
15	16281-2018-00328	Abuso Sexual	x	
16	16281-2018-00073	Violación	x	
17	16281-2018-00080	Abuso Sexual	x	
18	16281-2015-00461	Abuso Sexual	x	
19	16281-2017-00597	Violación		x
20	16281-2018-00143	Abuso Sexual		x
21	16281-2017-00603	Abuso Sexual	x	
Total			19	2

Anexo 3: Modelo de ficha de observación aplicada a cada una de las sentencias

FICHA DE OBSERVACIÓN			
numero de sentencia:	delito:		Observaciones
Preguntas:		Si	No
1	De la lectura de la sentencia quedan claros los hechos del caso		
2	El Tribunal se plantea el o los problemas jurídicos		
3	El Tribunal plantea las cuestiones o subcuestiones de las que dependa la solución del problema jurídico		
4	El Tribunal confronta y analiza las hipótesis fácticas de acusación y defensa para construir los hechos		
5	El Tribunal explicita cuales son los hechos que considera se han probado		
6	Se mencionan normas en el caso.		
7	Se indica la pertinencia de aplicación de estas normas al caso		
8	Se mencionan principios		
9	Se indica la pertinencia de aplicación de estos principios al caso		
10	Se mencionan categorías dogmáticas del delito		
11	Cuales se mencionan		
12	Se hace un análisis total, parcial, ninguno de las categorías dogmáticas del delito		
13	El Tribunal da respuestas a las cuestiones que procuran la solución del problema jurídico.		
14	El tribunal indica las razones en las que se basan las respuestas a las cuestiones planteadas		
15	Se identifican con facilidad los obiter dicta		
16	Se identifica con facilidad la ratio decidendi		
17	Se indica la solución al problema		
18	Se citan autores		
19	Se menciona la pertinencia de la cita		
20	Se cita jurisprudencia atinente al caso		
21	Se menciona la pertinencia de la jurisprudencia		
22	Se ha cumplido con el parámetro de razonabilidad		
23	Existe lógica en la redacción del fallo		
24	Existen comprensibilidad en la redacción del fallo		
25	Existe justificación interna		
26	Existe justificación externa		
27	Se fundamenta en base a pruebas la pena aplicada con atenuantes y agravantes		