

REVISTA ENSAYOS
PENALES
SALA PENAL

Edición #6 octubre 2013



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta*

“El nuevo isotipo Institucional”

II ENCUENTRO DE JUEZAS Y JUECES DE LA CORTE NACIONAL, PRESIDENTES DE CORTES PROVINCIALES Y TRIBUNALES DISTRITALES:

“PRINCIPIO DE ORALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”

Lugar: Salón Auditorio de la Corte Nacional de Justicia.
Av. Amazonas N37-101 y Unión Nacional de Periodistas

Fecha: jueves 17 y viernes 18 de octubre del 2013

Expositores:

Dr. Sabino Hernández Martínez
Dr. Paulina Aguirre Suárez
Dr. Jorge Ramírez Álvarez
Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo
Dra. Tatiana Pérez Valencia
Dr. Jorge Blum Carcelén
Dr. Marco Maldonado Castro



Dra. Lucy Blacio Pereira, Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Dra. Marianita Yumbay Yallico, Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, Dra. Ximena Vintimilla Orozco y Dr. Merck Benavides Benalcázar en el II encuentro de Juezas y Jueces.



La Corte Nacional de Justicia, pone en conocimiento de la judicatura y estudiantes de Derecho del país, la publicación denominada “Estudios de Derecho en la Justicia Ordinaria” que recopila las exposiciones magistrales de juristas nacionales e internacionales en el Seminario de Casación.



La Presidencia de la Sala Penal, Militar, Penal Policial, y Tránsito ha publicado los Principios que contiene el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, los principios del Juez Iberoamericano y los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial.

CONSEJO EDITORIAL

Dra. Lucy Blacio Pereira
Dr. Paúl Iníiguez Ríos
Dr. Johnny Ayluardo Salcedo
Dr. Merck Benavides Benalcázar
Dr. Jorge M. Blum Carcelén
Jueza y Jueces de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador

Director Publicación: Dr. Jorge Blum Carcelén
Diagramación e impresión:
Imprenta de la Gaceta Judicial
Editor: Dr. Santiago Aráuz Ríos
Impreso en Quito, en octubre del 2013
ISSN N° 1390-7972
gacetajudicial@cortenacional.gob.ec
www.cortenacional.gob.ec
Av. del Maestro Oe1-90 y Av. Galo Plaza
Telf.: (02) 2808663 ext. 101
Quito-Ecuador

Nuestra revista también la puedes encontrar en: www.cortenacional.gob.ec

Presentación



Los días 17 y 18 de octubre de 2013, se realizó el II Encuentro de Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, Presidentes de Cortes Provinciales y Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario, tratando “El Principio de Oralidad en la Administración de Justicia”, contando con la presencia del señor Dr. Gustavo Jalkh Röben, Presidente del Consejo de la Judicatura y los Vocales Dres. Karina Peralta Velásquez, Néstor Arbito Chica y Tania Arias Manzano, quienes compartieron las mesas de trabajo, analizando la implementación de la oralidad.

El Dr. Gustavo Jalkh Röben, Presidente del Consejo de la Judicatura, manifestó que la oralidad en todas las materias será una ventaja para la administración de justicia, permitiendo la reducción de los tiempos en el despacho de las causas; constituyendo un desafío para las facultades de derecho del país, pues, las universidades deberán formar a los futuros abogados con habilidades en litigación oral.

El Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, se refirió a los beneficios del sistema oral, para alcanzar una justicia oportuna, con celeridad y certeza; que el Consejo de la Judicatura y la Corte Nacional se encuentran elaborando el Código General del Proceso, para implementar la oralidad en materias no penales.

Las ponencias, estuvieron a cargo de los catedráticos Dr. Sabino Hernández Martínez y Dr. Jorge Ramírez Álvarez, quienes expusieron sobre el Principio y Procedimiento de la oralidad en materia laboral; y la Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza Nacional y Presidenta de la Sala Laboral, sobre las Experiencias y Perspectivas de la oralidad en el proceso laboral.

Respecto a la Viabilidad y Perspectivas de la oralidad en los procesos Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario, expusieron los Jueces Nacionales Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo y la Dra. Tatiana Pérez Valencia.

CONTENIDO

1

Presentación

Dr. Jorge M. Blum Carcelén

3

LA USURA: el modelo constitucional de economía, algunas ventajas civiles y penales pro delito, propuesta de reforma legal y de política judicial

Dr. Vicente Robalino Villafuerte

25

Los Jueces y la Administración de Justicia en Materia Penal

Dr. Merck Benavides Benalcázar

35

Justicia Indígena en Materia Penal

Dra. Mariana Yumbay Yallico

44

El Sistema Penal Integral y la Función de los Principios en la Arquitectura de un Nuevo Sistema del Derecho Penal

Dr. Johnny Ayluardo Salcedo

50

El Sistema Oral en Materia Penal

Dr. Jorge M. Blum Carcelén

59

El Procedimiento Oral en Materia Penal.

Dr. Marco Maldonado Castro.

73

Los Principios de Objetividad e Investigación Integral en la investigación Fiscal.

Dr. Alejandro Arteaga García

81

Teoría del Delito y Proyecto de Código Orgánico Integral Penal

Prof. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel

100

Audiencia de Formulación de Cargos en Delito de Lesa Humanidad

Dra. Lucy Blacio Pereira



Dr. Vicente Robalino Villafuerte Jenny J. Parrales Posligua
Juez de la Corte Nacional de Justicia

LA USURA

El modelo constitucional de economía, algunas ventajas civiles y penales pro delito, propuesta de reforma legal y de política judicial.

“OCTAVO. Que el acreedor, al haber pactado y recibido intereses superiores al máximo permitido por la ley, ha incurrido en la sanción establecida en el Art. 2142 del Código Civil y, por tanto, pierde el 20% de su crédito que será entregado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para el Seguro Social del Campesinado, deducción que se realizará en el Juzgado Quinto de lo Civil de Ambato al momento de pagar al ejecutante el crédito materia de la litis. Y, como se ha consumado el delito de usura por parte del ciudadano, se ordena su enjuiciamiento penal; debiendo el Juez a-quo pasar, con este fin, las copias de los documentos pertinentes al señor Ministro Fiscal del Distrito de Ambato para el sorteo legal correspondiente. Por lo expuesto, ADMINISTRADO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se manda que los ejecutados paguen al actor el capital adeudado, los intereses sobre éste al 12% anual. Sin costas de las tres instancias por cuanto los demandados no han litigado con temeridad ni procedido de mala fe. Notifíquese.” (GACETA JUDICIAL. AÑO LXXXI. Serie XIII. N.11. Pág. 2454).

Quienes piensan que las y los delincuentes procuran mantenerse alejadas y alejados del modelo de justicia, están muy lejos de la realidad.

Así como las pecadoras y los pecadores deben entrar a la Iglesia para lavar sus concupiscencias, quienes delinquen, ven, en ocasiones, la necesidad de acceder al modelo de justicia para blanquear sus actos a

través de decisiones judiciales ilegítimas, a veces resultantes del fraude de una de las partes, o de ambas, que lleva a la jueza o al juez al error, otras veces producto de corrupción, son casos en los cuales la fachada de legalidad (administrativa, económica, corporativa, tributaria) de una operación delictiva no alcanza para disfrutar libremente de los efectos del delito, por lo que sus autores ven necesario respaldarse en decisiones judiciales y sentencias.

El lavado de activos, la usura, son ejemplos de que “para ocultar un árbol no hay mejor sitio que un bosque”.

No nos referiremos al lavado de activos pero sí a la usura, con tres advertencias:

- i. La intención de este trabajo no es desnaturalizar el rol de las y los jueces de materias civiles.
- ii. No se busca la apología del delito de usura y sus responsables.
- iii. Tampoco pretendemos desprestigiar al modelo de justicia civil ni al penal.

Se trata de aportar a la comprensión de la usura en el nuevo modelo económico, de alertar a las juezas y jueces civiles y penales sobre la peligrosidad de las

usureras y usureros y sus prácticas; y, prevenir la impunidad.

Considerar a la usura como un problema de naturaleza civil o penal, es ignorar su real dimensión: constitucional y de derechos humanos

No es la primera vez que la usura es tratada a nivel constitucional, la Constitución de la República del Ecuador de 1929, en su artículo 151.17, establecía: “La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos:... 17. La libertad de contratar. Se prohíbe la usura y son nulos los contratos que en cualquier forma la contengan. El Estado favorecerá el establecimiento y desarrollo de montes de piedad y cajas de ahorro;...”. Los yerros judiciales sobre la naturaleza y efectos de esta disposición son evidentes en sentencias como la publicada en la Gaceta Judicial Año XXXII, Serie V, N.100, pág. 2452:

“VISTOS: Para resolver la ejecución propuesta por A. M. de A. contra C. R., por dinero, se considera: 1o. La nulidad de que trata el No. 17 del Art. 151 de la Constitución de la República, no se refiere al contrato que con independencia del pacto usurario, tiene existencia propia sino a la estipulación que en cualquiera forma contenga usura; lo cual se desprende, sin lugar a duda del Art. 2o. de la Ley promulgada el 26 de Noviembre de 1922; 2o. La estipulación constante en el documento con el cual se dedujo la presente acción ejecutiva, de que, para el caso de mora los depositarios pagarán, en concepto de multa, la suma, de diez sucres mensuales, implica una pena, establecida por el retardo en el cumplimiento de la obligación principal; y si bien dicha cláusula es nula, en lo que excede del rédito legal, por contener un pacto usurario, ya que, en forma de pena, se ha estipulado simuladamente, un interés superior al permitido por la Ley, esa nulidad no acarrea la del contrato principal, por lo prescrito expresamente en el Art. 1526 del Código Civil; 3o. El título con que se aparejó la demanda, es ejecutivo; y la obligación demandada reúne todos los requisitos previstos en el Art. 507 del Código de Enjuiciamiento en Materia Civil.- Por lo expuesto,

y por cuanto el deudor no ha comprobado sus excepciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se revoca la sentencia recurrida, y se ordena que el ejecutado pague inmediatamente los quinientos sucres demandados y la multa computada a razón del doce por ciento anual, multa que se liquidará en juicio verbal sumario. De no hacerlo, se embargarán bienes equivalentes, y previas las formalidades legales, se procederá a rematarlos. Sin costas de ninguna de las instancias.- Legalizado el papel, devuélvase...”.

Esta decisión y otras de similar contenido como esta propugnaban la libertad para contratar, así como la protección del patrimonio sin atender su origen, su utilización y sus efectos.

Hoy la libertad de contratación está reconocida constitucionalmente en el artículo 66.16, la usura sigue reprobada, y ya no se habla de la nulidad de los contratos que la contienen pues el modelo económico que actualmente rige en el Ecuador dejó de sustentarse en la seguridad y garantía a todo patrimonio, sin atender su origen ni su destino, ahora, el Estado solo garantiza al patrimonio que cumple una función social y no afecta los derechos de la naturaleza.

Esto guarda relación con el derecho, constitucionalmente reconocido, a la libertad de contratación y con la prohibición de explotación a las personas (Art. 66.29, b).

Las personas somos libres para contratar, pero los pactos no deben afectar nuestros derechos fundamentales y su fuente: la dignidad, quien contrata no ha de quedar en situación de esclavo, o de perder su vida, integridad, u otro derecho, de tal manera que se coloque en riesgo de no poder sobrevivir dignamente.

El patrimonio cumple su función social cuando es el medio para alcanzar los

objetivos de la sociedad, el buen vivir, la vigencia de la dignidad.

El régimen de desarrollo diseñado por la Constitución de la República del Ecuador, CRE¹, en el Título VI, reconoce diversas formas de organización de la producción, entre otras, las comunitarias, cooperativas, empresariales, públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas (Art. 319) advirtiendo que cualquier forma de producción se sujetará a principios y normas de calidad, sostenibilidad, productividad sistémica, valoración del trabajo y eficiencia económica y social (Art. 320); el Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad, sea pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta y, que deberá cumplir su función social y ambiental (Art. 321).

El régimen de desarrollo constitucionalmente (Art. 275) se define como “el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*”, tiene entre sus principios “2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable.” (Art. 276.2).

Que el sistema económico sea justo implica la democratización de las oportunidades de desarrollo, en cuanto al acceso de medios productivos, y a la adquisición de capacidades para el manejo de tales medios.

Para que tal sistema sea productivo se necesita la construcción colectiva de

condiciones sociales, como la solidaridad y la sostenibilidad, y que involucren, desde la seguridad que estas se respeten, hasta la no impunidad cuando se provoquen alteraciones a esas condiciones.

La solidaridad, como condición social para una sociedad productiva, conlleva el respeto hacia los acuerdos y pactos sociales, reflejados en normas de convivencia despojadas de intereses personales y sectarios, en este caso, son actos solidarios sin interés egoísta a título comercial o patrimonial, con nuevos fundamentos y principios económicos, de todos los actores sociales que, en igualdad, han decidido caminar sosteniblemente hacia un sistema económico democrático.

La sostenibilidad significa mantenerse productivo en el tiempo, y radica en la voluntad política de todos los estamentos de la sociedad, en llegar a un sistema económico democrático. En que se garantiza la participación de todas y todos en igualdad y en condiciones seguras, en tanto el respeto mutuo y permanente, entre ciudadanos y ciudadanas, como actores económicos.

En este modelo, que se sustenta en la dignidad humana, la explotación a las personas por medio de procedimientos injustos, anti-democráticos, improductivos, no solidarios, no sostenibles, no está garantizada constitucionalmente, además, tales procedimientos están constitucionalmente proscritos, puesto que “Las actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Las actividades financieras intermediarán de forma eficiente

¹ Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

los recursos captados para fortalecer la inversión productiva nacional, y el consumo social y ambientalmente responsable.

El Estado fomentará el acceso a los servicios financieros y a la democratización del crédito. Se prohíben las prácticas colusorias, el anatocismo y la usura....” (Art. 308).

El sector financiero nacional se compone “...de los sectores público, privado, y del popular y solidario, que intermedian recursos del público. Cada uno de estos sectores contará con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez. Estas entidades serán autónomas. Los directivos de las entidades de control serán responsables administrativa, civil y penalmente por sus decisiones.” (CRE Art. 309)

El sector financiero público “tendrá como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros. El crédito que otorgue se orientará de manera preferente a incrementar la productividad y competitividad de los sectores productivos que permitan alcanzar los objetivos del Plan de Desarrollo y de los grupos menos favorecidos, a fin de impulsar su inclusión activa en la economía.” (CRE Art. 310)

El sector financiero popular y solidario “se compondrá de cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales, cajas de ahorro. Las iniciativas de servicios del sector financiero popular y solidario, y de las micro,

pequeñas y medianas unidades productivas, recibirán un tratamiento diferenciado y preferencial del Estado, en la medida en que impulsen el desarrollo de la economía popular y solidaria.” (CRE Art. 311).

La Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria del Sistema Financiero² establece:

“Art. 1.- Definición.- Para efectos de la presente Ley, se entiende por economía popular y solidaria a la forma de organización económica, donde sus integrantes, individual o colectivamente, organizan y desarrollan procesos de producción, intercambio, comercialización, financiamiento y consumo de bienes y servicios, para satisfacer necesidades y generar ingresos, basadas en relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, privilegiando al trabajo y al ser humano como sujeto y fin de su actividad, orientada al buen vivir, en armonía con la naturaleza, por sobre la apropiación, el lucro y la acumulación de capital.”

La finalidad del sector financiero privado es canalizar el ahorro de las personas. Esta canalización de recursos permite el desarrollo de la actividad económica (producir y consumir) haciendo que los fondos lleguen desde las personas que tienen recursos monetarios excedentes hacia las personas que necesitan estos recursos. Los intermediarios financieros crediticios, por una parte, captan depósitos del público y, por otra, los prestan a los demandantes de tales recursos.

Con esto, el Estado, resultado de pactos sociales, y garantizador de derechos, se compromete a establecer reglas claras y eficaces para punir conductas que atentan al modelo económico planteado en la Constitución de la República, por ello, dispone:

² “**Art. 5.-** Acto Económico Solidario.- Los actos que efectúen con sus miembros las organizaciones a las que se refiere esta Ley, dentro del ejercicio de las actividades propias de su objeto social, no constituyen actos de comercio o civiles sino actos solidarios y se sujetarán a la presente Ley.” Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria del Sistema Financiero.

“Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos...”

Las actividades financieras, de acuerdo a la Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero³, son aquellas realizadas en función de sus objetos sociales, por las instituciones regidas en el sistema financiero, en razón del giro de sus negocios.

Las actividades financieras constituyen un servicio de orden público y pueden ejercerse previa autorización del Estado, y con las limitaciones que se les impone, entre otros, el límite de interés a cobrar por el dinero prestado.

Tanto las personas naturales como las jurídicas que prestan servicios públicos o que comercializan bienes de consumo “serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio.” (CRE: Art. 54).

Con lo que la responsabilidad por los servicios financieros, como por los créditos, es de las personas jurídicas que intermedian recursos del público (CRE Art. 309), como vemos tal responsabilidad puede ser administrativa, civil, penal. Sin embargo ninguna regulación penal existe sobre responsabilidad de personas jurídicas por usura.

Por el momento, podemos decir que en el actual diseño constitucional la usura no puede ser considerada un delito contra la propiedad privada como la ubica el Código Penal, y por tanto, de interés para los particulares, pues se convirtió en un delito contra el régimen de desarrollo, régimen

que tiene por objetivo mejorar la calidad y la esperanza de vida (CRE Art. 276.1).

El sistema legal ha heredado y mantiene figuras civiles y penales que al ser mal utilizadas, mal entendidas o mal aplicadas ayudan al fraude, y con ello ocasionan impunidad

La usura, suele vincularse a otros delitos como el lavado de activos, cuyo delito precedente puede ser cualquiera otro que rinda fondos: narcotráfico, contrabando, trata de personas; el peculado, el enriquecimiento sin causa, la asociación ilícita, la falsificación, así como recurrir a delitos que le aseguren efectividad, como la intimidación, las lesiones, el homicidio, el asesinato; y, a delitos que le permitan fachada de legalidad como el engaño a la justicia.

Precisamente, sobre el engaño a la justicia y cómo la justicia se engaña, trata este trabajo, y es su relevancia la utilización del modelo de justicia civil por parte de usureras y usureros, para:

- Legalizar su actividad.
- Cobrar sus “créditos”.
- Incrementar su poder.

Las y los usureros pueden encontrar en la ley una aliada que les permita operar.

El Código Civil, el Código de Procedimiento Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, por ser leyes preconstitucionales no guardan armonía con los preceptos constitucionales antes indicados, los contradicen, y llegan a servir de escudos legales en favor de las usureras y los usureros, como lo han venido haciendo desde el

³ Publicada en el Registro Oficial 250 de 23 de enero de 2001

siglo pasado, y según consta en sentencias que registra la historia judicial ecuatoriana.

El Código Civil mantiene figuras como el pacto de retroventa, la prenda, la disminución de intereses excesivos, que utilizadas fraudulentamente permiten esconder, diluir, proteger, justificar y legalizar a las actividades usureras.

La figura de retroventa está prevista en el Código Civil y se define, así:

“Art. 1821.- Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, entregando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación, lo que le haya costado la compra.”

La facultad de recobrar la cosa vendida pagando al comprador la suma estipulada ha permitido a las y los usureros disfrazar en estas operaciones a las actividades usuarias, sea mediante pagos periódicos, sea mediante uno solo.

En Colombia el fraude a la ley que puede conllevar la utilización del pacto de retroventa hizo que, dentro de estado de emergencia social, se dicte el Decreto 4450 de 2008, que modificó el tipo penal de la usura⁴, y que sometido a control de constitucionalidad, la Corte Constitucional declaró inexecutable.

El texto del decreto y la decisión, en sus partes pertinentes a nuestro, son los siguientes:

**“DECRETO 4450 DE 2008
(Noviembre 25)**

Por el cual se adiciona el artículo 305 del Código Penal

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política en concordancia con la ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 4333 de 2008

CONSIDERANDO

Que es necesario proferir disposiciones para conjurar la Emergencia declarada mediante el Decreto No. 4333 de 2008.

Que la proliferación del uso de figuras, como los Cobro Diarios o Periódico y la Venta con Pacto de Retroventa, con el cobro excesivo de intereses, promueve que, muchas veces, las personas que los cancelan tengan que acudir a captadores o recaudadores no autorizados, para compensar los pagos que deben realizar por estos intereses...”

La decisión de la Corte Constitucional, en lo que nos atañe, razonó así:

“3.1.2. En nuestro ordenamiento jurídico el pacto de retroventa consiste en una venta sometida a condición resolutoria, mediante el ejercicio del derecho de retracto que se reserva el vendedor. En muchas legislaciones esta modalidad contractual ha sido proscrita, precisamente, porque se presta para eludir los límites legales a las tasas de interés o camuflar la usura.

En efecto, algunos doctrinantes han puesto de presente que para cuestionar el pacto de retroventa se han empleado dos tipos de argumentos, el primero, destinado a proteger a los personas de más bajos ingresos contra los usureros, consiste en señalar que el pacto

⁴ El Código Penal colombiano, tipifica a la usura, así: “Usura. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este artículo, incurrirá en prisión de tres (3) a siete (7) años y multa de cien (100) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

de retroventa se ha utilizado principalmente para encubrir prestamos usurarios o para eludir las formalidades de la ejecución hipotecaria; el segundo, que atiende a la protección del interés general, pone de presente que este tipo de contratos dificulta el tráfico jurídico al permitir operaciones que quedan pendientes de condiciones resolutorias muchas veces clandestinas.

En Colombia la figura está expresamente prevista en el Código Civil, que regula el pacto de retroventa en los artículos 1939 a 1943. Así, el artículo 1939 lo define como un pacto por el que el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida reembolsando al comprador la cantidad determinada que se haya estipulado, o, en su defecto, la que haya costado la compra. Se ha hecho notar que esta definición, que permite a los contratantes estipular un precio para retraer, a diferencia de la prevista en otras legislaciones, como, por ejemplo, la española, en la cual el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida mediante la devolución del precio percibido, más el pago de los gastos que la ley señala y el cumplimiento de las prestaciones que hubiesen pactado los contratantes, hace fácil que la figura se utilice con fines crediticios eludiendo los límites legales sobre tasas de interés.

Este empleo del pacto de retroventa como mecanismo de financiación conduce a dos órdenes de problemas. Por una parte, el pacto de intereses usurarios, si el precio acordado para retraer es muy superior al de la venta; por otra, que el valor de la cosa con que se queda el comprador si el vendedor no retrae válidamente, sea muy superior que el precio pactado para la venta o para retraer..."

En los registros judiciales ecuatorianos consta que la retroventa es apta para ocultar a la usura, la sentencia de casación 388-2006 emitida por la Tercera Sala Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 132, de 19 de febrero de 2010, dice:

"En este sentido, la Sala puede advertir los siguientes hechos: a) Que en efecto, este proceso penal, tiene como antecedente el parte de aprehensión suscrito por el Capitán de Policía Henry Paredes, así como el listado de evidencias obtenidas como consecuencia del allanamiento realizado el 1ro. de agosto del 2003, en el domicilio del imputado, lo que dio origen al juicio; el Dr. Manuel Sánchez

Guillén, Fiscal del Distrito de Pichincha, en fecha 6 de agosto del 2003, dio inicio a la instrucción fiscal por "ocultamiento de cosas robadas" y en el que, el Juez Décimo de lo Penal de Pichincha, en fecha 26 de febrero del 2004, dictó auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado; b) En este caso, el mismo Fiscal, en fecha 28 de noviembre del 2003 y tomado como fundamento los mismos antecedentes, da inicio a otra instrucción fiscal en contra de M. R. S., por el delito de usura y en el que, conforme ha determinado la señora Ministra Fiscal en su dictamen, se ha demostrado no solamente la materialidad de la infracción, sino también la responsabilidad del imputado; **c) Si bien es cierto que el contrato de compraventa, con pacto de retroventa, es de naturaleza civil, de la amplia prueba testimonial se puede colegir, sin duda alguna, que aquel instrumento jurídico servía para ocultar prestamos de dinero con intereses superiores al 10% mensual, y por lo tanto, por sobre la tasa fijada por el Banco Central del Ecuador, lo que constituye usura.** La disposición transitoria novena de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 34 del 13 de marzo del 2000, dice: "A partir de la vigencia de la presente Ley, la tasa legal a que se refiere el artículo 583 del Código Penal, será fijada periódica y obligatoriamente por el Directorio del Banco Central del Ecuador, para tal efecto se tomará en cuenta la tasa LIBOR más el riesgo país técnicamente calificado por organismos técnicos especializados y oficialmente reconocidos por el Banco Central del Ecuador, más un margen adicional que no podrá exceder de cuatro puntos...". La tasa máxima legal para el año 2003, que consta en el boletín 1823 entregada por el Banco Central del Ecuador, en fecha 27 de enero del 2004, establece una tasa activa del 14%, 12% legal y 18% convencional, todas aplicables en un año. 3.- De lo expresado, se puede establecer que el primer juicio es por el supuesto delito de "ocultamiento de cosas robadas"; y, este caso, por el presunto delito de "usura", ambos juicios iniciados mediante instrucción fiscal dictada por el Dr. Manuel Sánchez Guillén, Fiscal del Distrito de Pichincha en evidente error del referido funcionario, al considerarlos delitos autónomos, pues los objetos incautados, no eran otra cosa que el objeto material del supuesto delito de usura y en este caso, no cabía iniciar el primer proceso penal, tanto es así que, en aquel proceso se dictó el sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado, tomando como base el dictamen abstentivo dictado por el referido Fiscal, en el que se hace constar que los bienes incautados, no son producto de ningún

robo, sino los que constan en el contrato de compraventa y que, por lo tanto, deben ser devueltos al imputado, para que pueda cumplir con el pacto de retroventa. Aquel error judicial, sin lugar a dudas, además de causar un evidente daño moral al imputado, es uno más de los tantos procesos judiciales, iniciados sin fundamento alguno y que están caotizando la administración de justicia." (el texto original no consta resaltado)

Respecto de la prenda, figura descrita en el artículo 2286 del Código Civil, en ocasiones permite a las usureras y a los usureños garantizar su "capital":

"**Art. 2286.-** Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario."

"**Art. 2287.-** La prenda podrá otorgarse bajo cualquiera condición y desde o hasta cierto día. Podrá asimismo otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda. Podrá, en consecuencia, asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor prendario."

La Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de diciembre de 2002, a las 10h00, publicada en el Registro Oficial 71 de 29 de abril de 2003, dentro del juicio No. 03-02, por delito de usura, indicó:

"**TERCERO.-** La Sala encuentra en el análisis de la sentencia recurrida que, el Tribunal Penal, como lo afirma el recurrente y lo manifiesta en forma expresa y detallada el dictamen fiscal, ha violado la ley en todas las normas citadas en el considerando segundo de este fallo, **porque de la propia relación de los hechos procesales y de las pruebas a las que se alude en la sentencia recurrida, aparece claramente que el procesado configuró su conducta a lo dispuesto en el Art. 585 del Código Penal, negándose a devolver el televisor marca Sony de 21 pulgadas que le entregó el recurrente, acusador particular, en garantía de un préstamo, simulando una forma contractual para disfrazar la realidad del préstamo usurario**, ya que el Tribunal juzgador, sin ningún fundamento ni motivación en la sentencia, deliberadamente no examina las diferentes pruebas

aportadas para demostrar tanto la existencia de la infracción como de la responsabilidad del procesado y, paradójicamente da plena validez a un inexistente contrato de compraventa que es precisamente el disfraz que configure el tipo penal de encubrimiento de un préstamo usurario en el cual inequívocamente ha tenido participación intencionalmente dolosa el procesado Víctor Hugo Vaca Montalvo, coma bien lo señala el informe del Ministerio Público dando plena validez a los argumentos de la fundamentación del escrito del acusador particular respecto a la casación por él planteada.- Por todas estas consideraciones la Segunda Sala - de lo Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, estimando procedente el recurso de casación planteado y enmendando la violación que de las normas constitucionales y legales ha hecho el Tribunal Segundo de lo Penal de Los Ríos, casa la sentencia recurrida y declara a V. H. V. M., culpable del delito tipificado en el Art. 585 del Código Penal, imponiéndole la pena de dos años de prisión declarando con lugar la acusación particular planteada por Lucas Pablo Meza Palacios y ordena devolver el proceso para la ejecución de la sentencia.- Se dispone enviar copia certificada de esta sentencia al Consejo Nacional de la Judicatura para que examine la actuación de los integrantes del Segundo Tribunal Penal de Los Ríos y proceda de acuerdo a lo que corresponda.- Notifíquese." (el texto original no consta resaltado).

El tema de los intereses excesivos que son rebajados y la multa al usurero, es recurrente en la práctica judicial, el fundamento es el artículo 2115 del Código Civil, que sanciona:

"El acreedor que pactare o percibiere intereses superiores al máximo permitido con arreglo a la ley, aún cuando fuere en concepto de cláusula penal, perderá el veinte por ciento de su crédito que será entregado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para el Seguro Social Campesino, aparte de las demás sanciones a que hubiere lugar, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 2111. Se presumirá existir usura, cuando el acreedor otorga recibos o cartas de pago de intereses, o hace anotaciones en el documento, relativas a la obligación, sin determinar concretamente el monto del valor recibido."

Sanción económica que ha permitido no se procese penalmente al usurero.

Las y los jueces civiles suelen considerar que aun tratándose de un acto usurario, el “contrato” debe cumplirse por parte de la víctima, con tales rebaja y multa. Ejemplo es la sentencia de fecha 03 de julio de 1986; emitida por la Quinta Sala de lo Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicada en la Gaceta Judicial 12, Serie 14, página 2811, que dice:

“SEGUNDO.- Las letras de cambio acompañadas a la demanda reúnen los requisitos establecidos en el artículo 410 del Código de Comercio, son títulos ejecutivos al tenor de lo dispuesto en el artículo 450 del Código de Procedimiento Civil y contienen obligaciones claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido como lo estatuye el artículo 452 del mismo cuerpo de leyes. TERCERO.- De las formuladas por el demandado, la excepción... tercera, que describe un caso de usura, pues a la letra dice: “Inicialmente al cinco mil sucres. Pero esos cuarenta y cinco mil sucres, cobrando intereses usurarios a partir de la aceptación del préstamo, o sea desde hace dos años y medio, le he pagado CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL SUCRES, porque cada vez me recargaba los intereses ilegales a su gusto, como por haberle dado, además, por tal concepto (intereses), un toro valor de TRECE MIL SUCRES, en dinero efectivo CINCUENTA MIL SUCRES y con unas jabas de kolas y de cerveza la suma de DIEZ MIL SUCRES. A más de los agregados y pagado, ahora me demanda el pago de la suma de OCHENTA MIL SUCRES, siendo así, que le tengo cancelado el capital y los intereses legales, debiendo reintegrarme la suma cobrada demás”. Además el ejecutado solicita que de acuerdo con la Ley 17, promulgada en Registro Oficial 108 de 18 de abril de 1967, se reciban testimonios para probar su honradez y buena fama y luego se le admita su juramento para justificar que el préstamo ha sido usurario. Tres testigos idóneos y sin tacha a fojas 20 y 21 declaran que el demandado es persona conocida como honorable, de conducta ejemplar, por todos los del pueblo y de fuera, o sea del campo, pues trabaja en comercio de productos del medio y en agricultura. Establecida procesalmente la honradez y buena fama del prestatario, el Tribunal de Alzada admitió su juramento a fojas 10 del cuaderno pertinente, en el que el deudor narra detalladamente cómo el préstamo inicial recibido el 10 de enero de 1980 por S/. 45.000,00 llegó, con los intereses que se acumulaban y también producían intereses, a un monto de S/. 113.000,00, para parar parte del cual entregó un toro que

valía S/. 13.000,00, pese a lo cual después de un tiempo el monto ascendió a S/. 124.000,00 valor por el cual aceptó una letra de cambio a la que hizo un abono de S/. 50.000,00 ocasión en la cual se devolvió tal letra y aceptó, por el saldo, las dos que se acompañan a la demanda por S/. 40.000,00 cada una; que, posteriormente el creador se llevó jabas de kola y cerveza vacías por un valor de S/. 10.000,00 imputables a la deuda según recibo del hermano del actor; de dicho juramento consta que el deudor no sabía qué tipo de interés le cobraba por el préstamo inicial, pero que, después, rogó al acreedor que no le cobre interés sobre una letra de S/. 40.000,00, “sino sobre la otra al dos por ciento mensual”. Después de su juramento, el demandado agrega al proceso el recibo firmado por el hermano del acreedor y la letra por S/. 124.000,00, que es fechada el 1o. de enero de 1982 y que, si bien no tiene firma del girador, su caligrafía es la misma de las que se aparejan a la demanda; estos dos documentos no han sido impugnados por el actor, quien inclusive se conformó con que el Tribunal de Alzada tome en cuenta el referido recibo como abono al crédito. CUARTO.- La Ley 17 invocada por el demandado autoriza expresamente al Juez apreciar la prueba conforme a la sana crítica, precisamente porque en la usura la prueba es difícil para quien la denuncia. **En el caso, la Sala estima que se ha justificado, no solo con el juramento deferido del actor, sino también con los documentos agregados por él, que el préstamo del cual resultan las dos letras de cambio cuyo pago se persigue es usurario, pues del capital inicial de S/. 45.000,00, que se entregó a mutuo el 10 de enero de 1980, pese al abono de S/.13.000,00 subió al monto de S/. 124.000,00 al 1o. de enero de 1982, lo que hace conjeturar que el tipo de interés era superior al legal y además se operó anatocismo.** Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se acepta la tercera excepción transcrita en el considerando tercero, inclusive la petición de devolución de lo pagado en demasía, y se ordena que pericialmente se liquide el crédito inicial de S/. 45.000,00 al 12% de interés anual, desde el 10 de enero de 1980, tomándose en cuenta los abonos de S/. 13.000,00 al 1o. de enero de 1982, de S/. 50.000,00 al 19 de junio de 1982 y de S/. 10.000,00 al 20 de julio de 1982, fecha de presentación de la demanda; el saldo a favor del ejecutado lo pagará el actor, más los intereses al mismo tipo indicado desde la fecha en que quedó pagado el crédito inicial hasta la solución del saldo. Por no haber prueba de que el actor sea usurero habitual, no se ordena su enjuiciamiento penal, pero se le condena en costas de las tres instancias, regulándose en diez mil sucres el honorario del defensor

del demandado. Notifíquese y devuélvase." (el texto original no consta resaltado).

Tal sanción civil ha permitido a las juezas y jueces entender que con la pérdida del interés se impide la usura, lo que es incorrecto; ya que, una operación delictiva como la usura no se legaliza con la referida multa.

El modelo procesal civil en ocasiones contribuye a la consumación del fraude con procedimientos formales que no permiten discutir más allá de la alegación, es lo que ocurre en la sentencia que se transcribe:

"La disposición del artículo 167 (actual 163) del Código de Procedimiento Civil esgrimida por el actor consagra o estatuye el juramento deferido del deudor para justificar que el préstamo ha sido usurario y para establecer la tasa de intereses cobrada por el prestamista, pero todo ello 'a falta de otras pruebas', dentro de las controversias judiciales. En este juicio, en realidad, no se ha probado que el señor F. tenga por ocupación habitual la de prestamista ni que, en el caso, haya cobrado o pactado la tasa de intereses del 4 ½ por ciento mensual"⁵

La práctica judicial civil enseña que el razonamiento judicial civil exige al demandado que se opone al pago de un "préstamo" usurario, la prueba de los elementos penales de la usura.

En el Código de Procedimiento Civil la carga de la prueba corresponde a las partes, los jueces tienen facultad oficiosa para el esclarecimiento de los hechos:

"Art. 113.- Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene

afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Impugnados en juicio una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad, la prueba de ésta corresponderá a quien la hubiere alegado."

"Art. 114.- Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley. Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario."

"Art. 118.- Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptuase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero si podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa."

Mientras que en el Código Orgánico de la Función Judicial por los principios dispositivo y de la verdad procesal, recogidos en los artículos 19 primer inciso; y 27, los jueces no tienen tal facultad:

"Art. 19.- PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE INMEDIACION Y CONCENTRACION.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley."

"Art. 27.- PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL.- Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución."

La ex Corte Constitucional para el Período de Transición en la sentencia 034-09-SEP-CC, dictada en el caso 0422-09-EP, dijo que las juezas y los jueces no deben

restringirse a observar la existencia de la obligación ejecutiva y el cumplimiento de las obligaciones fundadas en el título ejecutivo, pues este comportamiento vulnera por inacción el derecho al debido proceso.⁶

Cuando las usureras y los usureros sustentan demandas fraudulentas en “títulos ejecutivos” el sistema judicial los podría respaldar con medidas cautelares que ponen a la víctima demandada, en situación de desventaja. El Código de Procedimiento Civil, en los artículos 421, 422, 423, dispone:

“Art. 421.- Si el juez considerare ejecutivo el título así como la obligación correspondiente, ordenará que el deudor la cumpla o proponga excepciones en el término de tres días.

Si el ejecutante acompaña a la demanda certificado del registrador de la propiedad en el que conste que el ejecutado tiene bienes raíces que no están embargados, el juez, al tiempo de dictar la providencia de que habla el inciso anterior, prohibirá que el ejecutado venda, hipoteque o constituya otro gravamen o celebre contrato que limiten el dominio o goce de los bienes que, determinados por el juez, alcancen para responder por el valor de la obligación demandada. La prohibición se

notificará a los respectivos registradores de la propiedad, para los efectos legales.

La citación al demandado se hará después de cumplirse lo ordenado en el inciso anterior.”

“Art. 422.- Podrá, asimismo, el ejecutante, en vez de la prohibición de enajenar, cuando no se trate de crédito hipotecario, solicitar la retención o el secuestro de bienes muebles, que aseguren la deuda, debiendo decretarse la una o el otro, al mismo tiempo que se dicte el auto de pago, siempre que se acompañe prueba de que tales bienes son de propiedad del deudor. Esta prueba, en caso de ser testimonial, puede practicarse sin citación de la parte contraria.”

“Art. 423.- Si la ejecución por cantidad de dinero, se funda en título hipotecario o en sentencia ejecutoriada, el embargo se ordenará en el auto de pago, a solicitud del ejecutante. En el primer caso, el embargo se hará en el inmueble hipotecado; y, en el segundo, en los bienes que designe el acreedor.”

La usura dejó de ser el delito cometido por la o el jubilado, el retirado laboral, la viuda, quienes para sobrevivir concedían préstamos respaldados en “prendas” sobre objetos usados, hoy es el delito de redes delictivas que alcanzan niveles internacionales, con

⁶ En la parte pertinente el razonamiento fue el siguiente:

“Muchas veces, a pesar de que los principios, derechos y reglas de procedimiento se encuentran constitucional y legalmente establecidos, éstos resultan inobservados por parte del juez encargado de conducir el proceso, toda vez que al haberse solicitado la práctica de determinada prueba (declaración de testigos) indispensable para lograr desvirtuar las aseveraciones de la parte demandante, esta diligencia se omite, lo cual conduce al final a una valoración probatoria que no garantiza a las partes procesales la protección de sus intereses legítimos; es decir, en la práctica no se ejecuta, por múltiples circunstancias imputables en este caso a la autoridad de juez, encargado de velar por el estricto cumplimiento de los derechos, quien tiene la posibilidad incluso de ordenar la ejecución de aquellas actividades que considere necesarias para eliminar los obstáculos que impidan volver viable la ejecución de determinada prueba o regla procesal, a fin de que ésta cumpla con su función.

Ahora bien, con las deformaciones advertidas en la prueba solicitada y practicada dentro del proceso, la sentencia impugnada expedida por el Juez Décimo de lo Civil de Pichincha de fecha 30 de marzo del 2006, revela de manera evidente falta de motivación. puesto que es obligación del juez enunciar las normas o principios jurídicos en los que se funda y explicar a su vez la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. De su texto se evidencia que el juez no valoró adecuadamente la prueba, puesto que si bien la jurisprudencia admite que ésta debe ser valorada en su conjunto, también señala que debe realizarse una valoración de los resultados de cada uno de los medios probatorios utilizados, lo cual derivará en una resolución razonada y única, y no en una valoración libre y arbitraria del juzgador, como ocurre en el presente caso, en el cual, el juez se restringe únicamente a observar la existencia de la obligación y el cumplimiento de las obligaciones fundadas en el título ejecutivo, vulnerando el derecho al debido proceso a partir de ese momento procesal.

“La valoración probatoria es la apreciación que, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia, realiza el Juez sobre

condiciones a sus víctimas que llegan a exigir la compra de una póliza de vida en favor de la usurera o del usurero, quien no paga sufre un “accidente” y el usurero no pierde, cobra sus fondos, impone su código de temor, que le da “respeto”.

La usura puede ser cometida por personas jurídicas que integran el sistema financiero nacional o por aquellas instituciones que no lo integran, sea porque tienen otro fin social, y han desnaturalizado el objeto social para el que se constituyeron.

Quienes toman las decisiones usurarias son responsables por las mismas (CRE Art. 309).

También son responsables las personas naturales que se dedican a la usura, a ellas y ellos se dirige el Código Penal en el artículo 583.

Encontrándose protegidas penalmente, por omisión legislativa, las personas jurí-

dicas usureras, aunque la descripción penal puede aplicarse a los directivos de las empresas usureras y a las personas naturales asociadas que no ostentan tales cargos, que actúan bajo fachadas de legalidad, o abiertamente como prestamistas.

El delito de usura no está definido en la legislación penal ecuatoriana, la descripción que tenemos se refiere a los préstamos considerados usurarios:

“**Art. 583.**- Es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por la ley, u otras ventajas usurarias.”

“**Art. 584.**- Será reprimido con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a trescientos once dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que se dedicare a préstamos usurarios.”

“**Art.585.**- Será reprimido con prisión de dos a cuatro años y multa de mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que encubriere, con otra forma contractual cualquiera, la realidad de un préstamo usurario.”

los elementos de juicio aportados a un proceso y en el fallo se materializa la operación mental efectuada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, garantizándose a los distintos sujetos procesales la utilización de los instrumentos o medios conducentes a la protección de sus intereses, que siempre tuvo a su alcance el ahora accionante, dentro del proceso civil que en su contra se adelantó”(Ver sentencia N. Sentencia N. 419-08 CCC).

Para mayor ilustración, se transcribe la parte pertinente de la sentencia que tiene relación a la etapa probatoria, en la cual se detalla la prueba solicitada por la parte demandada, y en cuya lista no consta la prueba testimonial, requerida en reiteradas oportunidades y considerada fundamental para probar las excepciones propuestas por el accionante, entre ellas, la existencia de vicio de consentimiento:

‘**CUARTO.**- En la etapa probatoria la parte demandada solicita: Se reproduzca todo cuanto de autos me fuere favorable, en especial el contenido de mi contestación a la demanda y lo que manifesté en la Junta de Conciliación. Agrega al proceso una comunicación de junio 25 de 1996, dirigida al señor Clemente Vallejo Arcos Gerente General de la Mutualista Pichincha, por el señor Dr. Armando Serrano Puig Presidente Ejecutivo de SORTITUS S.A. Se agrega al proceso un oficio de agosto 7 de 1996 en respuesta al oficio anteriormente señalado, dirigido a SORTITUS SA, en la persona del señor Dr. Armando Serrano Puig Presidente Ejecutivo, por Macarena Carrión Méndez Gerente Nacional de Crédito de la Mutualista Pichincha. A fojas noventa y dos adjunta el requerimiento, hecho por la Dirección General de Rentas de 21 de mayo de 1996, para que se realice las declaraciones del IVA y retención en la fuente del Ejercicio Fiscal 1995.-Comunicación de 6 de mayo de 1996, dirigida al señor Dr. Armando Serrano Puig Presidente de SORTITUS S.S.A, por la señorita Silvana Guerra Oficial de Crédito Corporativo de la Mutualista Pichincha;...’

Por lo expuesto, la Corte considera que las actuaciones del Juzgado Décimo de lo Civil de Pichincha son arbitrarias, puesto que siendo los encargados de velar por el estricto cumplimiento de la Constitución y de los derechos en ella consagrados, han omitido la aplicación de normas constitucionales y legales sustanciales, incurriendo en una interpretación irrazonable por falta de motivación, contraria a la Constitución de la República y a los instrumentos internacionales, además de considerar que su inacción llevó a la no ejecución de prueba,

El delito de usura es de autor, atiende a la forma de vida de la persona usurera, no al acto. Se trata de un delito “que causa grave alarma social”, así lo calificó la ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en sentencia 216-12-SEP-CC, dictada en el caso 1855-11-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 756 de 30 de julio de 2012.

Los elementos del delito de usura, en lo sustancial, son:

- Dedicarse a conceder préstamos.
- Que tales préstamos sean usurarios, o representar ventajas usurarias.

“Dedicarse” implica la ejecución de varios actos cometidos de manera continua, constituye una conducta habitual de obtener ingresos, en consecuencia, en la ley penal ecuatoriana, no es usurera ni es usurero quien sólo hizo un préstamo usurario

aunque la operación sea por un alto monto y le genere grandes sumas en concepto de intereses, ni comete usura quien de manera esporádica otorga préstamos cobrando intereses más altos de los legales: un escudo legal que debe suprimirse.

Un préstamo es usurario si por el valor del dinero se cobran intereses superiores a los que permite la ley, específicamente el Banco Central del Ecuador.⁷

Acerca de las ventajas usurarias, podemos decir que son aquellas operaciones que sin tratarse de “préstamos” en efectivo conllevan la figura del cobro de intereses más altos a los permitidos legalmente, como cuando se entrega a los constructores materiales a crédito, con recargo de intereses superiores a los legales, o a los consumidores se “venden a crédito” artefactos con recargas de intereses que superan a los de ley.

dejando al demandado en indefensión, violando el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la defensa, conforme queda indicado en la presente sentencia, razones por las cuales emite la siguiente:

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando Justicia Constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el período de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA:

1. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por el doctor Armando José Serrano Puig, por existir vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la defensa, consagrados en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República.
2. Dejar sin efecto las siguientes decisiones judiciales: a) Sentencia de fecha 30 de marzo del 2006, expedida por el Juez Décimo de lo Civil de Pichincha, dentro del juicio ejecutivo N.º 1816-98-JP; y, b) Sentencia de fecha 17 de julio del 2008, dictada por la Segunda Sala Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Quito, en el juicio ejecutivo N.º 024-07 cp.
3. Ordenar que el proceso ejecutivo N.º 1816-98-JP se retrotraiga hasta el momento en que se verifica la violación de los derechos constitucionales mencionados, es decir, al momento de la falta de evacuación de las diligencias solicitadas en la etapa probatoria. En tal virtud, se ordenará la práctica de las diligencias que solicitaron las partes y que no fueron atendidas, conforme manda la ley, y continuará el proceso, observando las garantías básicas del debido proceso.
4. Notifíquese, publíquese y cúmplase.”

⁷ El precio por el cual se captan recursos se llama tasa pasiva y el precio en el cual se colocan, tasa activa. La diferencia entre las dos tasas corresponde al costo del servicio de intermediación. Las tasas referenciales, activa y pasiva, son calculadas semanalmente por el Banco Central del Ecuador, basadas en los promedios ponderados de las tasas en las cuales se han captado y colocado recursos, cada semana, en los bancos privados de nuestro país. Así, la tasa activa referencial es el promedio ponderado de la tasa cobrada al sector corporativo en préstamos con plazo entre 84 y 91 días. La tasa pasiva referencial es el promedio ponderado de la tasa (nominal) de las captaciones en los bancos privados, con plazos de entre 84 y 91 días.

Las actividades usurarias pueden presentarse de diversas maneras:

- Como delitos financieros.
- Como delitos de “cuello blanco”, a través de organizaciones delictivas establecidas, de fachada legal como si fueran financieras.
- Como delito de organizaciones transnacionales.
- Como delito común, a cargo de una persona o de una red que no alcanza las categorías criminales anteriores.

Los delitos financieros se caracterizan por perjudicar el patrimonio y no ser violentos. De acuerdo a la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas, el término delito económico y financiero “se refiere, en términos generales, a cualquier delito no violento que da lugar a una pérdida financiera.”⁸

Al tratar de entender los delitos, se atiende no solo al momento de su consumación sino también a sus antecedentes y a su agotamiento. Cuando se averigua sobre el origen de los fondos que se destinan a la usura, unas veces son lícitos, adquiridos de manera pacífica, otras veces la fuente de tales dineros son actividades violentas como el narcotráfico, el secuestro, la trata de personas.

La usura ha acudido a la violencia a través de asesinatos, lesiones, incendios,

amenazas, para recobrar “sus” fondos, entonces no es un delito financiero.

Si bien un delito de cuello blanco tiene que ver con personas que son profesionales y que tienen poder e influencia y que personas en tal situación pueden dedicarse a la usura, para cometerla basta con tener dinero en efectivo suficiente para colocarlo de acuerdo a los requerimientos de las personas que lo solicitan.

La usura puede cometerse mediante “créditos” por grandes cantidades, o mediante el “pitufeo”. Empresarios pueden necesitar fuertes sumas de dinero para llevar a cabo un negocio, pequeños comerciantes del mercado, taxistas que necesitan reparar sus vehículos, empleados que adquieren un bien a crédito y pierden su empleo de manera intempestiva, y cualquier persona como el padre o madre de familia que debe adquirir un computador para las tareas escolares de su hija o hijo, pueden caer en las garras de las y los usureros.

En ocasiones las y los usureros son identificables, pues se presentan directamente, en otras no se los conoce, bien sea porque se sirven de intermediarios, o porque realizan procesos que los invisibilizan como cuando “compran cartera” que tiene plazo de vencimiento descontando los intereses por adelantado, que la “pagan” con documentos

⁸ http://www.unis.invienna.org/pfd/05-82110_S_5_pr_SFS.pdf - El Undécimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado del 18 a 25 de abril de 2005 en Bangkok (Tailandia) indicó que: “El término ‘delitos económico y financiero se refiere, en términos generales, a cualquier delito no violento que da lugar a una pérdida financiera. Estos delitos, por lo tanto, comprenden una amplia gama de actividades ilegales, incluidos el fraude, la evasión tributaria y el blanqueo de dinero. La categoría de ‘delincuencia económica’ es difícil de definir y su conceptualización exacta sigue siendo un reto. La tarea se ha ido complicando a raíz de los adelantos rápidos en las tecnologías, que ofrecen nuevas oportunidades para la comisión de tales delitos. La extensión general del fenómeno es difícil de determinar, en parte debido a la falta de un concepto claro y aceptado, al hecho de que los sistemas para registrar la delincuencia económica y financiera difieren enormemente de un país a otro, y a que algunos casos no se notifican porque las compañías y las instituciones financieras optan por resolver los incidentes internamente. No obstante, hay una percepción cada vez mayor de que los delitos económicos y financieros, particularmente el fraude, se cuentan entre los delitos de crecimiento más rápido.”

vencidos que representan valores que deben pagar otras víctimas.

Hay ocasiones en que una o un usurero se presenta como persona respetada, que forma “pirámides” o “cadenas”, que son redes de personas que conocen de la actividad usurera y se unen mediante aportes en dinero y así con su ingreso como el de terceros integran el fondo con el que cuenta la red; reciben intereses, inclusive por adelantado, que por mediano raciocinio se concluye que tal rendimiento no puede provenir sino de la usura. La mayoría de las veces el ideólogo de la red termina estafando a sus socias y socios, así como a terceros inocentes, que pueden llegar a sumar hasta miles de personas, y representan millones de dólares.

El delito de usura no afecta al patrimonio de la víctima, atenta contra los derechos de libertad de la víctima, la somete y la explota, quien debe a las y los usureros queda bajo su control, trabaja para entregar el producto de su trabajo al “acreedor” no solo quien contrae la “deuda” sino su familia, la que por efecto de los pagos excesivos debe privarse de bienes materiales necesarios para subsistir, para cumplir con las condiciones impuestas por la o el usurero, la vivienda, la alimentación, la medicina, pasan a segundo plano, llegando a someterse a prácticas indignas como abusos sexuales; la presión y el acoso de las y los delincuentes entregados al delito llegan a la violencia (lesiones, incendios, asesinatos), llevan al suicidio a la víctima acosada.

El acceso a la justicia no siempre es expedito para las víctimas, la tutela y la protección que impide la revictimización no se han mostrado eficaces.

La legislación de origen internacional de derechos humanos reprocha a la usura.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 17 señala que:

- “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”

El Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 21 establece:

- “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

El registro de los antecedentes judiciales ecuatorianos contiene pocos casos de procesamiento por delito de usura⁹, de éstos son mínimos los sancionados, uno de los motivos para la impunidad es la falta de acreditación de la “dedicación” de la o del usurero a la actividad. La sentencia publicada en la Gaceta Judicial, año LXXXVI, Serie XIV, N.12, página 2811, releva de enjuiciamiento penal al prestamista “por no haber prueba de que el actor sea usurero habitual.”

Algunas decisiones judiciales también disuelven la usura cuando en los “préstamos” usureros no consta expresamente estipulado el cobro de intereses mayores a los legales, ejemplo de esto es la sentencia publicada en la Gaceta Judicial, año C, Serie XV II, N.2, página 437, de la Primera Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia:

⁹ Entre los años 2007 - 2009 se registraron 8 casos con personas privadas de libertad, a todos quienes se sustituyó la prisión preventiva inicialmente dictada.

“SEXTO: Al examen de la sentencia recurrida por casación, este Tribunal observa en primer lugar la desvinculación del inferior al regorismo de la prueba que es ineficaz e inepta en el presente caso para tipificar usura y en consecuencia, ilegal para sancionarla por inexistencia de delito. Además, en el fallo, luego del relato extenso de los antecedentes del proceso, el Tribunal a quo se consagra a la mera enumeración y reproducción descriptiva, sin valorizar ni formular juicio crítico sobre las actuaciones procesales, incluyendo lo dicho por las partes en la audiencia pública de juzgamiento; y, al final, para resolver la causa, en reducido insustancial espacio, carente de motivación razonada como exigen los artículos 454 y parte del final 333 del Código de Procedimiento Penal, solo enunciar que “de todo lo considerado y de análisis prolijo (?) del proceso y su estado, llega a la conclusión de que la sindicada se dedicaba habitualmente a prestar dinero lo cual es verdad) cobrando intereses superiores a los permitidos por la Ley (de lo que no hay prueba legal eficiente) pruebas que establecen indicios ciertos de haberse cometido del delito de usura” agregando de seguido de forma escueta, “sin que los fundamentos esgrimidos por la defensa tengan aceptación y asidero legal (sin decir porqué) ya que de autos consta, dice, (sin precisar cuáles y de qué valor) la prueba que demuestra la autoría y responsabilidad de la procesada”. Como se aprecia, sin la existencia de prueba legal, relativa a la infracción comprobada conforme a derecho, los meros indicios a los que alude el fallo, no pueden ser base para una condena tanto que esos indicios no son premisa para la presunción, ni tiene en este proceso el carácter de múltiples (varios) relacionados, concordantes, unívocos y directos, porque lo cierto e indubitable en la causa examinada son los contratos de mutuo (pacta sunt servanda) con carácter oneroso al libre arbitrio de los contratantes, esto es, con carga de interés, pero cuya cuantía o tasa no ha sido probada, excepto la tasa a la que aluden los deponentes que concurren a folios 345, 346 y 346 vuelta, expresando haber pagado a la acusada intereses del rango del 36 por ciento y 42 por ciento anual en préstamos a ellos concedidos.

SÉPTIMO: Si el Art. 583 del Código Penal califica como usurario al préstamo en el que directa o indirectamente se ESTIPULA a un interés mayor que permitido por la Ley u otras ventajas usurarias, no existiendo en el proceso esa prueba, pierde sustento legal el pronunciamiento del Tribunal A quo, porque para que se deban intereses usurarios, es necesario expresarle en el contrato. Además, el artículo 2138 del Código Civil, dispone que “si se han pagado intereses no estipulados, podrán repetirse o imputarse al capital”, (Gaceta Judicial Serie 11 N. 142 página 1134). Así mismo se presumirá usura, según el inciso segundo del artículo 2142 del mismo Código, cuando el acreedor otorga recibos o cartas de pago de intereses o hace anotaciones en el documento relativas a la obligación, sin determinar concretamente el monto del valor recibido, lo que no ocurre en esta causa. Se descubre entonces la carga subjetiva del Tribunal Penal con deducciones al margen de la verdad procesal, sin que además se aprecie en la sentencia demostraciones de sana crítica como ejercicio de la razón, para con lógica y congruencia, sin malicia, arribar a la certeza de que en el presente enjuiciamiento, no se ha justificado dolo en los préstamos comerciales de dinero libremente contratados por las partes, consecuencia de los cuales la inexistencia de la infracción punible e imposibilidad legal de imponer sanción por una denuncia y acusación carente de respaldo probatorio.” (el texto original no consta resaltado).

La exigencia que el delito conste por escrito y debidamente redactado, rebasa los requerimientos de la sana crítica.

La preocupación por los perjuicios que causan las y los usureros es antigua, y los esfuerzos por combatirla se han mostrado ineficaces¹⁰, la Ley contra la

¹⁰ María Salazar Revuelta, en “La represión penal de la usura en la república romana y su evolución.” -http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-5455200400260004&script=sci_arttext, escribe:

“Es obvio que la evolución histórica de la fijación de límites legales al interés varía según las circunstancias económico-sociales de cada época. Así, en una primitiva economía premonetaria la limitación no se siente tan necesaria como cuando los préstamos devienen pecuniarios, en los que la determinación de los tipos de interés depende de la disponibilidad de moneda acuñada en cada momento y de la necesidad de impulsar el comercio y, por ende, las relaciones crediticias.

Resulta, así, particularmente interesante el estudio de las diversas vías de represión penal de la usura que, en el desenvolvimiento histórico de la lucha contra los préstamos usurarios, se vienen observando especialmente vinculadas a los repetidos episodios de violación de las tasas legales. Lo que confirma la dificultad de contener y, menos aún, de prohibir esta fundamental y libre práctica económica del préstamo a interés.”

usura, publicada en el Registro Oficial 108, 18 de abril de 1967, aún vigente, considera:

“Que la usura ha crecido en el Ecuador en forma alarmante, haciendo su víctima a un elevado número de personas, sometidas a la explotación de prestamistas, violadores no solamente de las normas legales, sino aún de los más elementales principios de moral, equidad y justicia;

Que, dada la naturaleza de los préstamos usurarios, disfrazados en varias formas fraudulentas, no es posible que los jueces manden restituir a los prestatarios los intereses ilegalmente cobrados, por ser casi imposible rendir prueba instrumental, testimonial, etc. para justificar el abuso, no siendo, en muchos casos, procedente acudir a la confesión porque en lo principal del interrogatorio se incluirían preguntas que acarrearían responsabilidad penal al confesante;

Que la verdadera igualdad ante la Ley, no consiste solamente en enunciarla en preceptos legales que no se cumplen, sino en procurarla razonablemente, ayudando al débil, frente a la explotación del fuerte, que es el principio rector de todas las leyes que conforman el Derecho Social.”

Vemos tres elementos que se mantienen:

- i. El número de víctimas ha ido en aumento.
- ii. La actividad usurera es explotadora a la víctima, más allá de los ámbitos de la ley pasando a los de la injusticia.
- iii. Las y los jueces no comprenden la dimensión de la actividad usuraria y sentencian contra la víctima.

La alarma por el crecimiento de la usura, la preocupación de los agentes gubernamentales ante este hecho, se mantiene cincuenta años después de haberse dictado la ley antes anotada. Diario “El Universo” en publicación de 5 de julio de 2013, cita al Presidente del Consejo de la Judicatura, Gustavo Jalkh, y al Ministro del Interior, José Serrano, sobre esto:

“Jalkh, en cambio, informó que, según denuncias receptadas en el CNJ, unas 10.000 personas estarían siendo perjudicadas por

préstamos de usureros e incluso por cobros ejercidos a través del sistema de justicia, incluyendo el remate de bienes en busca aparente de cubrir créditos.

Calculó que la usura mueve alrededor de \$ 1.000 millones a nivel nacional, aunque aclaró que “no se trata de poner en duda el principio de honrar los créditos”, sino al contrario. “Una persona que adquiere una obligación debe cumplir, pero siempre dentro de la ley, no por fuera de ella”, puntualizó el funcionario, quien agregó que la usura está relacionada con otros tipos de delitos.

Al respecto, Serrano identificó al sicariato, asesinato, narcotráfico y lavado (de dinero) como algunos de los delitos que estarían conectados directamente con esta actividad.

Reconoció, además, que la usura “es uno de los delitos más invisibilizados e incluso protegidos (entre comillas) por las diferentes instancias públicas”. La razón, explicó Serrano, es que “a nivel judicial, se resolvía única y exclusivamente en el ámbito civil y se hablaba de deudas, pero muy pocas veces se hablaba de usura”.

La legislación penal desarrolla “métodos alternativos a la solución de conflictos” que aplicados maliciosamente o con negligencia pueden servir a las y los usureros como métodos para evadir la acción de la justicia y quedar en impunidad.

Si bien tales métodos son figuras procesales que expresan al principio de mínima intervención penal, diseñadas para evitar la congestión judicial mediante fórmulas que permiten concluir los procedimientos ordinarios tomando en cuenta al criterio del ofendido y al ofensor, dándole a éste una segunda oportunidad, debemos tomar en cuenta que la aplicación de estos trámites, al tratarse de usura, las partes particulares no están en igualdad de condiciones pues la o el usurero tiene poder de hecho que le permite abusar del trámite, presionar a las víctimas para que los soliciten, los acepten o insistan por su aplicación ante fiscales, juezas y jueces.

La figura de la conversión, ingresó al ordenamiento jurídico con el Código de Procedimiento Penal de 2000, vigente desde el 14 de julio de 2001, fue reformada a partir de la publicación en el Suplemento del Registro Oficial 555, de 24 de marzo de 2009, de la Ley Reformativa al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, permite:

“Art. 37.- Las acciones por delitos de acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o su representante, siempre que el juez de garantías penales lo autorice. El fiscal podrá allanarse a este pedido; de no hacerlo, argumentará al juez de garantías penales las razones de su negativa.

No cabe la conversión:

- a) Cuando se trate de delitos que comprometan de manera seria el interés social;
- b) Cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afectan los intereses del Estado;
- c) Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio;
- d) Cuando se trate de crímenes de lesa humanidad; o,
- e) Cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión.

Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque solo uno haya presentado la acusación particular.

Transformada la acción cesarán todas las medidas cautelares que se hayan dictado.

Si el ofendido decide presentarse como querellante para iniciar la acción privada, será competente el mismo juez de garantías penales que conocía del proceso en la acción pública. El plazo para la prescripción de la acción privada correrá a partir de la resolución de la conversión.

La conversión procederá hasta el término de cinco días después de que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa.”

Con lo cual, si las y los fiscales no consideran a la usura uno de los “delitos que comprometan de manera seria el interés

social” cabe su conversión¹¹, pues no es un delito contra la administración pública, ni es de violencia sexual, de violencia intrafamiliar ni de odio, tampoco es crimen de lesa humanidad; y, su pena privativa de libertad no supera los cinco años.

La capacitación a fiscales, juezas y jueces juega un papel importante para evitar el fraude a la ley.

Con la declaración judicial de conversión, la acción que pasa del ejercicio público al privado, queda a la manifestación de voluntad de la víctima, ésta decidirá si propone o no querrela, la misma que da inicio a un procesamiento susceptible de concluir por abandono, transacción u otra forma no prohibida por la ley.

De aplicarse la conversión, y si la víctima no asume la carga personal y económica del ejercicio de la acción penal, el delito quedará impune.

La educación cívica para denunciar y para participar en el proceso penal, así como la protección estatal a víctimas y testigos, son importantes para investigar, procesar, punir a las y los usureros.

En su efecto, similar al proceso de conversión es la situación de los acuerdos de reparación, el artículo añadido a continuación del 37 del Código de Procedimiento Penal, por la Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555 de 24 de marzo de 2009, faculta:

“Art. ...- Acuerdos de Reparación.- Excepto en los delitos en los que no cabe conversión según el artículo anterior, el procesado

¹¹ Entre 2007 y 2009 se registra un caso de conversión en el Juzgado Segundo de lo Penal de Morona Santiago, con cuya aplicación el procesado recuperó su libertad.

y el ofendido, podrán convenir acuerdos de reparación, para lo cual presentarán conjuntamente ante el fiscal la petición escrita que contenga el acuerdo y, sin más trámite, se remitirá al juez de garantías penales quien lo aprobará en audiencia pública, oral y contradictoria, si verificare que el delito en cuestión es de aquellos a los que se refiere este inciso y que los suscriptores del acuerdo lo han hecho en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. A esta audiencia deberán ser convocados el fiscal y el defensor, cuya comparecencia será obligatoria.

El acuerdo de reparación procederá hasta el plazo de cinco días después que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa.

En la resolución en que se apruebe el acuerdo reparatorio se ordenará el archivo temporal de la causa. El archivo definitivo solo procederá cuando el juez de garantías penales conozca del cumplimiento íntegro del mismo.

La resolución que aprueba el acuerdo reparatorio tendrá fuerza ejecutoria; y, si no se cumpliera, el afectado podrá escoger entre las opciones de hacer cumplir el acuerdo o que se continúe la acción penal.

Los jueces de garantías penales llevarán un registro de los acuerdos de reparación aprobados, y se ingresarán en el sistema informático para conocimiento de todos los operadores de justicia."

Pensar que la víctima de usura está en situación de libremente "convenir acuerdos" con una o un usurero que tiene a su servicio personas dispuestas a matar, o con una organización criminal con vínculos a nivel transnacional que difícilmente podrán ser identificados sus miembros, es ignorar la realidad y dejar a la víctima en indefensión. Por eso es importante que las y los fiscales consideren que la usura compromete seriamente al interés social, así no se producirán ni la conversión ni los acuerdos de reparación.

También la suspensión condicional del procedimiento puede conllevar a que las y los usureros evadan la sanción, el segundo artículo innumerado agregado a continuación de 37 del Código procesal penal, mediante la Ley de 24 de marzo de 2009, dispone:

"Art. ...- Suspensión condicional del procedimiento.- En todos los delitos sancionados con prisión y en los delitos sancionados con reclusión de hasta cinco años, excepto en los delitos sexuales, crímenes de odio, violencia intrafamiliar y delitos de lesa humanidad; el fiscal, con el acuerdo del procesado, podrá solicitar al juez de garantías penales la suspensión condicional del procedimiento, siempre que el procesado admita su participación.

La suspensión se pedirá y resolverá en audiencia pública a la cual asistirán el fiscal, el defensor y el procesado. El ofendido podrá asistir a la audiencia y si quisiera manifestarse será escuchado por el juez de garantías penales.

Al disponer la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantías penales establecerá como condición una o más de las medidas contempladas en el artículo siguiente. Las condiciones impuestas no podrán exceder de dos años.

Durante el plazo fijado por el juez de garantías penales se suspende el tiempo imputable a la prescripción de la acción penal y a los plazos de duración de la etapa procesal correspondiente.

Cumplidas las condiciones impuestas, el juez de garantías penales declarará la extinción de la acción penal."

No excepcionar del procedimiento trascrito a los delitos que comprometen al interés social, coadyuva a que las y los usureros queden al margen de la sanción.

La aplicación literal, a veces ciega por juezas y jueces, de estas figuras procesales civiles y penales como las expuestas ha beneficiado a la usura y a sus responsables, **sobre el rol de la y el juzgador en el nuevo modelo de justicia, resulta importante el pensamiento de la ex Corte Constitucional para el Período de Transición**, que en la sentencia 020-10-SEP-CC dictada en el caso 583-09-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 228, de 5 de julio de 2010, consideró:

"La nueva corriente del constitucionalismo cuestiona la posición del juez como un simple "director del proceso" o espectador; mira al juez imbuido en el activismo judicial, que hace

suya la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva; cumple un papel mucho más proactivo e investigativo, más comprometido en lograr la verdad procesal, tomando como puntos referenciales y obligados el ordenamiento jurídico y la realidad social; es decir, siendo el custodio responsable del derecho sustancial disputado por las partes, y perceptivo de las condiciones materiales o sociales que rodean al hecho; dando énfasis a la necesidad de la defensa en juicio o comparecencia de las partes en equidad, con poder suficiente para disponer medidas de tutela urgente, o preventivas, también llamadas medidas de satisfacción inmediata o precautorias, y reafirmando su voluntad de dar a cada uno su derecho en el momento oportuno."

Con lo que si una jueza o juez observa razonadamente que mediante la aplicación de procedimientos alternativos al ordinario se pretende perjudicar a la víctima del delito, o evadir la acción de la justicia, puede negar su aplicación.

El origen de los fondos destinados a la usura debe ser preocupación de las juezas y jueces, debe abandonarse la posición formalista y asumirse una en pro de la verdad

Los problemas son distintos según los casos que pueden ocurrir, intentemos diseñar algunos:

- i. Una persona vende sus bienes obtenidos lícitamente, durante años de trabajo, los dineros provenientes de la venta los destina a "préstamos", que los entrega directamente a personas naturales y jurídicas, cobrando intereses más altos que los permitidos legalmente.
- ii. Una persona obtiene fondos lícitos, como en el caso anterior, y los entrega a otro, quien por tales dineros le paga intereses menores o iguales a los legalmente fijados por el Banco Central del Ecuador.
- iii. Una persona obtiene fondos lícitos,

como en el primer caso, y los entrega a otro, quien por tales dineros le paga intereses mayores a los legalmente fijados, el capital- a su vez- coloca tal capital en "préstamos" por los que cobra intereses mayores a los legalmente permitidos, esta actividad es conocida por el prestamista inicial.

- iv. Una persona obtiene fondos de manera ilegal, los que destina a "préstamos" por los que cobra intereses más bajos o iguales a los legalmente permitidos.
- v. Una persona obtiene fondos de manera ilegal, los que destina a "préstamos" por los que cobra intereses superiores a los legalmente permitidos.

Estos supuestos nos plantean preguntas, como las siguientes:

1. ¿Cuál es la situación jurídica de los fondos utilizados en las operaciones descritas?
2. ¿Cuál de tales operaciones ha de considerarse un préstamo y cuál no?
3. ¿Cómo considerar jurídicamente a los fondos que se producen en cada una de las operaciones anteriores?
4. ¿Alguna de tales operaciones está jurídicamente respaldada?

Para contestar estas interrogantes nos sirven las siguientes definiciones:

- a) De acuerdo al Código Civil, codificado:

"Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia."

En consecuencia el delito no genera obligaciones en favor de la o del delincuente.

b) Se entiende por contrato:

“**Art. 1454.-** Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”

Y, por contrato de préstamo de mutuo se considera:

“**Art. 2099.-** Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.”

Siendo necesario para obligarse legalmente, que:

“**Art. 1461.-** Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”

En consecuencia: **sin un objeto lícito, sin causa lícita, no hay obligación legal y lícita**, sin estos requisitos no puede llamarse contrato a la entrega de fondos aunque sean lícitos si su destino es el comencimiento de un delito, menos aún a la entrega de fondos ilícitos, aunque a su destino se pretenda darle la fachada de lícito.

Las respuestas son estas:

1. Los fondos utilizados en las operaciones i, iii, iv, v, son el medio para el comencimiento de un delito, por lo tanto no están jurídicamente protegidos.
2. El caso i. no es un préstamo de mutuo

sino de usura; el caso iii es una asociación para cometer usura; el caso iv es lavado de activos; y, el v es usura.

La única operación que constituye un préstamo (mutuo) es la del caso ii.

3. Los fondos obtenidos en las operaciones i, iii, iv, v, son el resultado de un delito, en consecuencia están sin protección legal.
4. La única operación que jurídicamente está respaldada en su origen, y que da lugar a una acción legal de obro es la ii.

Para que las juezas y jueces se abstengan de ordenar el pago de “obligaciones” no justificadas o de aquellas que constituyen delito, la legislación civil es suficiente. Pero **para combatir efectivamente al delito de usura es necesario expedir una ley que permita declarar extinguido el dominio de tales fondos o bienes**, tarea pendiente de la y del asambleísta ecuatoriano desde que se publicó la Constitución de 2008, en que -como se dijo- solo se protege al patrimonio lícito y con función social.

El Consejo de la Judicatura del Ecuador debe diseñar e implementar una política pública judicial que se sustente en la capacitación permanente de las juezas y los jueces, a efecto que apliquen de manera efectiva los instrumentos de origen internacional y las regulaciones constitucionales, civiles, procesales civiles, penales, procesales penales, de tal manera que la víctima de usura reciba tutela efectiva, y se suprima toda actuación y decisión judicial que beneficie a las usureras y usureros.

La Fiscalía debe diseñar estrategias para investigar, acusar y comprobar casos de usura, y abstenerse de auspiciar formas alternativas de terminación de procesos penales por usura, y replicar en capacitaciones, tales estrategias.

ENTONCES:

- El anacronismo de la figura penal de la usura conlleva su inconstitucionalidad al considerarla una infracción contra la propiedad cuando es contra el sistema financiero. Por lo que es necesario reformarla, como un delito contra la economía nacional y el derecho a la libertad de contratación y sus relacionados, con penas proporcionales al daño causado a la víctima.
- La usura es un delito que genera un sistema de anti-economía bajo la falsa figura de ejercicio de la libertad de contratación, que abusa de la necesidad de la víctima, la somete por vía de cobros ilegales, coercitivos, a un proceso de explotación, afectando su derecho a la libertad y limitando el proyecto de vida de la víctima y de quienes dependen de él o de ella.
- La anomia respecto de la real naturaleza del delito de usura, está permitiendo la impunidad.
- Debe actualizarse el tipo penal de la usura para que escudos legales, como la habitualidad, desaparezcan.
- Es necesario legislar para que la descripción típica de la usura alcance a sancionar a las personas jurídicas que la cometen.
- Hace falta una reforma legal que establezca como requisito de las demandas civiles por cobro de dinero explicar el origen de las obligaciones demandadas; y, durante el trámite, la prueba de su licitud para así no perjudicar a las personas decentes que buscan en el sistema judicial cobrar créditos legales y lícitos.
- Debe eliminarse las figuras jurídicas que pueden ser utilizadas como mecanismo para evitar el procesamiento penal y la sanción a las y los usureros.
- Se requiere una ley de extinción del dominio para los patrimonios que tienen origen ilícito, en particular los que se destinaron a actividades ilícitas como la usura.
- Debe diseñarse e implantarse una política judicial que impida sentencias pro usureras y usureros aun cuando se declare la ilicitud de las “obligaciones”.
- La capacitación a las y los fiscales, juezas y jueces civiles y penales sobre el tema de este trabajo, es urgente. ❖

Los Jueces y la Administración de Justicia en Materia Penal



Dr. Merck Benavides Benalcázar
Juez de la Corte Nacional de Justicia

1.1 Definiciones de juez y administración de justicia

Es preciso determinar que juez es: *“El que posee autoridad para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar el fallo en un pleito o causa. Es quien decide interpretando la ley o ejerciendo su arbitrio, la contienda suscitada o el proceso promovido”.* (Cabanelas, Tomo II).

“La persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar. Miembro de un jurado o tribunal”. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española).

“El juez es la persona física que encarna la titularidad de un órgano unipersonal encargado de administrar justicia y tiene potestad y autoridad para juzgar y sentenciar en el caso que corresponda”. (Encarta 2004).

El tratadista Beccaria al referirse al juez dice: “...un código fijo de leyes, que se deben observar a la letra, no deja más facultad al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos si son o no conformes a la ley escrita” (Beccaria, 1764, “De los Delitos y las Penas”, pág. 57).

Es de trascendental importancia, hacer un análisis de lo que es el juez natural, pues al respecto el tratadista Osvaldo Alfredo Gozáini, manifiesta: *“La garantía del juez natural exige que el tribunal se halle establecido por la ley, y que, en virtud de esa prelación normativa, el juez tenga competencia porque está nominado con anterioridad a los hechos que originan su jurisdicción para entender en una causa determinada... también es cierto que el juez natural ofrece una cobertura inicial que tranquiliza al sujeto que debe tramitar ante él. Prima facie supone que no está comisionado para condenarlo u ofrecer sus oficios al más fuerte o poderoso, porque preexiste su competencia antes del hecho que origina su intervención”* (Gozáini, 2004, págs. 240 y 245). Por lo expuesto, se concluye que el juez es el que tiene jurisdicción y competencia, que nace de la ley y por ende tiene la obligación de actuar en cada caso concreto dando confianza a los sujetos procesales, porque su decisión que debe estar debidamente motivada, dará la razón al que la tenga y es por esto que se puede asegurar que es el protector de los derechos de los ciudadanos y el que garantiza la paz social.

De las definiciones anotadas se entiende que el juez, es el funcionario que presta

sus servicios personales en un juzgado o tribunales de justicia y que se encuentra investido de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y se caracteriza como la persona que resuelve una controversia, tomando en cuenta las evidencias o pruebas presentadas en un juicio, es decir, que es un funcionario público remunerado por el Estado y encargado de administrar justicia, de manera autónoma e independiente.

Se puede añadir también, que es una autoridad inamovible en su cargo mientras mantenga un buen desempeño de sus funciones, asimismo, es responsable de sus actos ministeriales, por cuanto tiene responsabilidad administrativa, civil y penal, si por la ilegitimidad de una decisión, se causa un perjuicio al usuario, como manifiesta el tratadista Carlos Alberto Chersi al decir: *“Toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada, para el desenvolvimiento de los fines de las entidades que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”*. (Chersi, pág. 81).

Para que una persona pueda desempeñar la función de juez debe reunir algunos requisitos legales, y no se toman en consideración otros valores, para perfilar más la figura del juez como ser humano y jurista, de manera que las personas encargadas de juzgar, deberían reunir por lo menos las siguientes condiciones:

- **Dignidad.-** Obligación fundamental en su profesión, mediante una conducta responsable guiada por la conciencia recta y responsable, es decir: *“Debe tener condiciones éticas, y que sus valores individuales coincidan con los de la comunidad”* (Chersi, pág. 19).

- **Amante de la verdad.-** Por su formación intelectual, ya que pone su estudio e investigación al servicio de esa verdad. El juez es un servidor, se debe a los demás, a personas que han cometido errores o aquellos que someten a su decisión cuestiones de honor, de familia, de economía, etc. por lo que el juez es el servidor nato del reino de la paz y de la justicia, pensando en los demás, y olvidándose de su persona, porque la verdadera justicia se hace hacia el exterior y no contemplándose a sí mismo.

- **Secreto profesional.-** Debe mantener siempre el secreto de lo que actúa, con las excepciones que están especificadas en la Ley, esta reserva no en cuanto a la falta de publicidad del proceso, sino al no dar a conocer, con interpretaciones desviadas, aquello que sabe por el ejercicio de su profesión, es decir, actuar con discreción, prudencia y humildad.

- **Compañerismo.-** Estar cerca unos compañeros de otros, no ha de olvidar la voz de la experiencia, el consejo útil del amigo.

- **Orden personal:** Por último, debe mantener un orden en su vida particular, que refleje ese mismo orden en el despacho y en todas sus actuaciones judiciales.

De todas estas cualidades debería estar dotado un juzgador, por cuanto lo importante ha de ser hacer el bien supremo de administrar justicia, y que su persona, o la de su compañero judicial, aparezca como lo menos importante, pues todos, cualquier juez, ha de pretender siempre lo mismo, el reinado de la justicia y la tranquilidad de la sociedad, ideal éste que se alcanzará con jueces probos, honestos y con mística de trabajo, para bien de toda la sociedad.

En conclusión podemos manifestar que el juez titular de una judicatura y el personal auxiliar de la misma, son los servidores del Derecho para la realización de la justicia, por lo tanto, moral y jurídicamente deben aplicar con legitimidad, certeza, conciencia jurídica y moral, los principios jurídicos pertinentes al caso que tramitan, a fin de no incurrir en una aplicación sólo mecánica de los mismos.

Es importante considerar que los jueces y tribunales en materia penal deben actuar con competencia, misma que nace de la ley. Al respecto el tratadista Jurgën Bauman manifiesta: *“En los asuntos penales no puede actuar “cualquier” tribunal y tampoco cualquier tribunal penal, sino siempre y exclusivamente el tribunal competente. No existe una representación de especie general respecto de los actos procesales que deban realizarse por el tribunal competente...”* (Derecho Procesal Penal, Bauman, Jurgën, pág. 147).

El tratadista Muñoz Conde de manera expresa al referirse a la administración de justicia manifiesta que: *“...El ámbito propio de la Administración de Justicia penal no es, por tanto, sólo la norma, aunque ésta sea la base para constatar la infracción, sino también la sanción y el proceso. El contenido de estos elementos se desarrolla a través del Derecho penal material (por la vía de la imputación), del Derecho sancionatorio (a través de las penas y medidas) y del Derecho Procesal Penal (contenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Orgánica del Poder Judicial). Estos tres elementos, norma, sanción y proceso constituyen los principios básicos, no sólo de la Administración de Justicia, sino del concepto más amplio de control social que, con provecho, se utiliza por algunos autores para caracterizar la Administración de Justicia penal y sus misiones, aunque todavía no se han*

agotado todas las posibilidades que ofrece tanto para explicar de un modo más completo y preciso la misión del Derecho penal, como sus relaciones con la Criminología.” (Introducción a la Criminología y el Derecho Penal. Hassemer, Muñoz Conde pág. 115).

La administración de justicia en materia penal, es realizada por los jueces y tribunales que tienen jurisdicción y competencia, siendo su finalidad la de garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales y para ello se requiere que los juzgadores reúnan ciertos requisitos que son imprescindibles para el desempeño de esta función, entre los cuales se puede citar la probidad, la independencia, la imparcialidad, la experiencia, aspectos que le permiten actuar de manera transparente en el conocimiento y resolución de cada una de las causas asignadas previo el sorteo de ley, ya que la administración de justicia tiene como finalidad fundamental otorgar a cada quien lo que le corresponde.

Para explicar lo que constituye la administración de justicia en materia penal, es necesario hacer referencia a ciertos aspectos que tienen relación directa en esta función que tienen los juzgadores y que por ende es preciso hacer el correspondiente análisis jurídico de cada uno de ellos:

1.2 La función de los jueces según la Constitución de la República y la ley

Desde el punto de vista constitucional, es necesario hacer referencia a lo que disponen los Arts. 167 y 168 de la Constitución de la República donde se determina que la administración de justicia es una potestad que emana del pueblo y es ejercida por los órganos de la Función Judicial, es

decir al hablar de materia penal por los jueces y tribunales de garantías penales, por las salas especializadas de lo penal de las cortes provinciales y por la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. Estos juzgadores deben administrar justicia de manera independiente, imparcial, aplicando los principios de publicidad, gratuidad, contradicción, intermediación, eficacia, eficiencia, buena fe, lealtad procesal, unidad jurisdiccional y los demás principios que establecen la ley y la Constitución.

Claus Roxin al referirse a los jueces expresa: *“Los problemas fundamentales de la situación jurídica de los jueces, el desarrollo histórico de la judicatura profesional y leiga en el proceso penal alemán, la independencia objetiva y personales del juez y los requisitos personales de su designación, son tratados por el Derecho de la organización de los tribunales y por el Derecho judicial y no requieren aquí tratamiento especial alguno”*. (Roxin, 2008, pág. 44) En la legislación ecuatoriana la independencia de los magistrados y jueces es analizada y tratada por algunas normas jurídicas y constitucionales que tienen relación con la función específica del juzgador, haciendo hincapié en su independencia en sus actuaciones judiciales en cada uno de los casos puestos a su conocimiento y resolución, cuyo fin es garantizar una administración de justicia que garantice la seguridad jurídica de los sujetos procesales, sin que exista la posibilidad de interferir en la toma de decisiones en cada caso concreto, mismas que deben ser apegadas a Derecho y a la verdad procesal.

En la actualidad en materia penal se encuentra vigente el sistema acusatorio oral, por lo que los juzgadores tienen la obligación de conocer en su conjunto lo que

constituye este sistema y cuál es su rol en la administración de justicia. Es preciso hacer referencia a lo que dispone el Art. 45 del Estatuto de Roma que en forma expresa dispone: “Antes de asumir las obligaciones del cargo de conformidad con el presente Estatuto, los magistrados (...) declararán solemnemente y en sesión pública que ejercerán sus atribuciones con toda imparcialidad y conciencia”. Entonces, que importante es que un juez o magistrado guie sus actuaciones cumpliendo el principio de imparcialidad y de manera especial resolverán actuando con conciencia o conocimiento, porque hoy por hoy se han convertido en los garantes de los derechos de los justiciables; por lo expuesto es preciso citar lo que manifiesta el tratadista Alberto Prieto Vera, que dice: “El juez de control de garantías, denominado en otros ordenamientos juez de investigación, juez de indagaciones preliminares, o juez de garantías como se llama en Chile, es un juez de tutela o juez de constitucionalidad en el sentido que es el funcionario judicial encargado de confrontar las actividades de la Policía Judicial y de la Fiscalía, con las garantías constitucionales”. (Prieto, 2007, págs. 143 y 144).

El Art.172 de la Constitución de la República, establece que: “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.” Por lo tanto a los jueces se les ha confiado la sagrada misión de administrar justicia, esto es, la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, garantizando de esta manera la solución de los

conflictos jurídicos en materia penal puestos a su conocimiento y prestando todas las garantías para que su sentencia se cumpla de manera efectiva, garantizando por ende la convivencia social.

En este cuerpo legal se establecen las funciones, derechos, deberes y atribuciones de cada uno de los funcionarios judiciales, se determina cada una de las atribuciones de los jueces y tribunales de garantías penales y de los demás jueces en materias no penales, estableciendo para cada uno de ellos los requisitos, y estipulando la facultad para conocer y resolver las causas ya sea en primera instancia, segunda instancia y los recursos extraordinarios de casación y revisión, cuya finalidad es dictar la resolución o sentencia que corresponda en cada caso *sub judice*.

De igual manera se establecen las prohibiciones que tienen los funcionarios judiciales, dentro de las cuales podemos citar la establecida en el Art. 103 del Código Orgánico de la Función Judicial que dice lo siguiente: “Es prohibido a las servidoras y servidores de la Función Judicial: 1. Desempeñar más de un cargo o puesto en el sector público simultáneamente, a excepción de la docencia universitaria que se la realizará siempre fuera del horario de trabajo; 2. Discriminar a sus compañeros, inferiores jerárquicos, o a los usuarios del servicio; 3. Retardar o denegar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que esté obligado; 4. Abandonar injustificadamente el trabajo; 5. Incurrir en faltas de puntualidad o asistencia al trabajo; 6. Realizar durante las horas de la jornada ordinaria de trabajo actividades ajenas al ejercicio de las funciones correspondientes a su puesto o cargo; 7. Ausentarse del lugar de trabajo sin autorización previa; 8. Parti-

cipar en actividades que lleven a la interrupción o mengua de la prestación del servicio; 9. Tomar interés, directamente o a través de terceros en remates o ventas en pública subasta de bienes que se hagan e cualquier unidad judicial; 10. Celebrar contratos de cualquier clase con las personas que ante ellos litiguen; 11. Expresar su opinión, aun privadamente, o anticiparla en la causa que estuviere en su conocimiento; 12. Ejercer la libre profesión de abogado directamente o por interpuesta persona; 13. Facilitar o coadyuvar para que personas no autorizadas por la ley ejerzan la abogacía; 14. Recibir o reunirse; en las causas que esté conociendo, a una de las partes o a sus abogados, sin que se haya sido notificado previamente la otra por medio de la secretaria de la judicatura, con una antelación no menor a cuarenta y ocho horas; 15. En el caso de jueces, fiscales y defensores, ordenar a las servidoras y servidores que pertenecen a la carrera administrativa, ejecutar funciones que les correspondan de forma exclusiva; 16. Actuar cuando sus intereses entren en conflicto con los de los organismos de la Función Judicial; y, 17. Las demás prohibiciones que establezcan la ley, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial y los reglamentos.”. De igual manera tenemos la prohibición contemplada en el Art. 78: “No podrá ser nombrado ni desempeñar cargo en la Función Judicial: 1. Quien sea cónyuge, tenga unión de hecho o sea familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la autoridad nominadora o un miembro de ella si esta fuere colegiada; y, 2. Quien sea cónyuge, tenga unión de hecho o mantenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con otra servidora o servidor de la Función Judicial que preste sus servicios en la misma dependencia.”

Por lo expuesto tenemos que los jueces tienen la obligación de cumplir la jornada diaria de trabajo, y por su calidad de funcionarios públicos no pueden desempeñar otro cargo ni público ni privado, a excepción de la docencia universitaria siempre y cuando el tiempo lo permita y cuente con la autorización respectiva, y con la finalidad de evitar que existan favoritismos también se prohíbe que dentro de una misma provincia, de designen a parientes de los jueces comprendidos hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

En conclusión podemos decir que los jueces en el desempeño de sus funciones se someten a lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial, este cuerpo legal es el que regula su accionar como funcionario judicial en el cargo que desempeña, determinando sus derechos, deberes y atribuciones, debiendo recalcar que no se establecen en forma clara y precisa las garantías legales que tienen los jueces para la defensa de su seguridad personal o integridad física y moral.

1.2.1 Derechos de los jueces.

En la Constitución de la República, al revisar el capítulo de los derechos, específicamente en el Art.33 dice: “...El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.” En observancia de este principio constitucional, los jueces al ser funcionarios públicos y prestar sus servicios lícitos y personales como parte integrante de la Función Judicial, podemos decir, que el principal derecho que la ley les concede es, recibir una remuneración justa por la función que desempeñan.

Este sueldo conforme lo establece la ley es irreductible, así lo manifiesta el tratadista Carlos Alberto Chersi quien dice: “La intangibilidad no constituye un privilegio sino una garantía para asegurar la independencia del poder judicial, y por aplicación de este principio, las compensaciones de los jueces no son susceptibles de ser disminuidas en forma alguna”. (Chersi, pág. 125).

Como otro de los derechos que la ley reconoce a los jueces, podemos decir que es la estabilidad en sus cargos, esto como una retribución a la aptitud o capacidad demostrada para ejercer el cargo, por cuanto la remoción debe aplicarse únicamente cuando: “Haya demostrado un mal desempeño y se acrediten graves actos de inconducta que afecten seriamente al ejercicio de la función”. (Chersi, pág. 125). Por lo tanto, podemos decir que mientras el juez demuestre buena conducta, idoneidad, capacidad y eficiencia en su función, sin ocasionar perjuicio a la confiabilidad del Poder Judicial, su buen desempeño será una garantía suficiente para su estabilidad laboral.

La Constitución de la República reconoce y garantiza a los jueces y demás funcionarios judiciales, la carrera judicial. Así lo determina el Art. 170: “Para el ingreso a la Función Judicial se observarán los criterios de igualdad, equidad, probidad, oposición, méritos, publicidad, impugnación y participación ciudadana. Se reconoce y garantiza la carrera judicial en la justicia ordinaria. Se garantizará la profesionalización mediante la formación continua y la evaluación periódica de las servidoras y servidores judiciales, como condiciones indispensables para la promoción y permanencia en la carrera judicial.”

Sobre la carrera judicial, es necesario indicar que según lo que dispone el Art. 35

del Código Orgánico de la Función Judicial, constituye un sistema mediante el cual se regula el ingreso, la formación, capacitación, promoción, estabilidad, evaluación, régimen disciplinario y de manera fundamental la permanencia en la Función Judicial, para lo cual se debe tomar en cuenta sus principios rectores y su perfil profesional, entre otros aspectos relacionados con la carrera judicial. Es preciso manifestar lo que dispone el Art. 42 del Código Orgánico de la Función Judicial, que expresamente dispone: “*Las servidoras y servidores de la Función Judicial pertenecen a la carrera judicial, de acuerdo a la siguiente clasificación: 1. Quienes presten sus servicios como jueces y juezas pertenecientes a la carrera judicial jurisdiccional; 2. Las demás servidoras y servidores judiciales pertenecen a la carrera judicial administrativa; 3. Quienes presten sus servicios como fiscales pertenecientes a la carrera fiscal; 4. Las demás servidores y servidoras de la fiscalía pertenecen a la carrera fiscal administrativa; 5. Quienes prestan sus servicios como defensores públicos pertenecen a la carrera de la defensoría; y, 6. Las demás servidoras y servidores de la Defensoría Pública pertenecen a la carrera defensorial administrativa*”. Por lo expuesto, la carrera judicial no es únicamente para los jueces de la Función Judicial, sino también para todos los servidores de las tres instituciones que forman parte de la misma, éstas son: La Función Judicial propiamente dicha, la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública, pero cabe indicar que la norma jurídica antes citada hace una clasificación de la carrera judicial, la primera que hace referencia a la jurisdiccional y a la administrativa que corresponde a la Función Judicial, la carrera fiscal y la carrera fiscal administrativa que corresponde a los servidores de la Fiscalía, y la de defensoría y defensorial administrativa, que hace relación a la Defensoría Pública. En tal virtud, para acceder a un cargo en la Función Ju-

dicial es preciso que el candidato o candidata reúna una serie de requisitos legales, como: Tener una reconocida competencia y un mínimo de años de ejercicio profesional; no estar impedido física ni tampoco psíquicamente para ejercer el cargo; no haber sido condenado por un delito, encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles; además de ello debe superar una oposición libre de méritos y pruebas, que ha sido establecido por el Consejo de la Judicatura y otros requisitos que se encuentran establecidos en la ley, los reglamentos internos, las resoluciones del Consejo de la Judicatura y la Constitución de la República.

Como otro derecho concedido a los jueces, podemos decir que es el actuar con independencia, esto es: “*No estar sujeto a ningún mandato imperativo ni recibir instrucciones de ninguna autoridad*” (Encarta 2004). En tal virtud, los jueces deben estar libres de todo tipo de condicionamientos, ya sean políticos, económicos o sociales, que incidan potencialmente en los pronunciamientos, esto garantizará la sustanciación de los procesos en forma eficaz, ágil, oportuna y con transparencia.

Finalmente podemos decir, que los jueces antes de ser funcionarios judiciales son seres humanos, y en consecuencia gozan de todos los derechos y garantías establecidas en la Constitución de la República, en los convenios y tratados internacionales de los cuales el Ecuador los ha ratificado y en todas las leyes que forman parte del ordenamiento jurídico, todo lo cual da el correspondiente aval en el cumplimiento de sus funciones.

1.2.1.1 Obligaciones de los jueces.

En la Constitución de la República, al tratar de los servidores públicos, en el Art. 233, inciso primero dispone que: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento

de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”. De lo expuesto se tiene que los jueces de garantías penales, ya sea de primer nivel, segunda instancia o de casación o revisión, tienen como obligación principal prestar el servicio público de manera eficiente y fundamentalmente cumpliendo los principios de independencia, imparcialidad, especialidad, responsabilidad, dedicación exclusiva, dispositivo, celeridad, probidad, interculturalidad, seguridad jurídica, buena fe, lealtad procesal y verdad procesal.

Como una de las principales obligaciones de los jueces se puede mencionar : *“El cumplimiento de la obligación jurídica constitucional de respetar los Derechos Humanos reconocidos por la Constitución y los convenios internacionales, y entre ellos los derechos humanos tutelados por las garantías del debido proceso...”* (Abarca. Pág. 42). De manera que, al ser nuestro país un Estado Social de Derecho, la misión del juez es cumplir en forma inexorable, progresiva, y urgente las declaraciones que constan en los textos constitucionales, internacionales y legales, transformando dichas situaciones en una realidad tangible, es decir, donde impere el respeto a los derechos humanos de los sujetos procesales que se encuentran litigando en una causa penal.

Otra de sus obligaciones es suplir las omisiones sobre puntos de derecho en las cuales incurren los sujetos procesales, cumpliendo de esta manera el mandato constitucional establecido en el Art. 169 de la Constitución de la República que dice: *“El sistema procesal es un medio para la realiza-*

ción de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. De lo expuesto se desprende que los jueces tienen la obligación de llenar las falencias legales, cuando por desconocimiento u omisión de las partes procesales, no las invoquen expresamente, garantizando de esta manera el derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela judicial efectiva e imparcial de sus derechos e intereses.

En el primer inciso del Art. 425 de la Constitución de la República, expresamente se dispone: *“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.* Es decir, que por mandato constitucional, los jueces están en la obligación de respetar y aplicar la normativa jurídica vigente en nuestro país en el orden jerárquico anteriormente indicado y en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía el juzgador aplicará la norma jerárquicamente superior en la forma que dispone la Constitución.

Como otro deber concedido a los jueces se tiene que es el de garantizar los derechos de los sujetos procesales que intervienen en un proceso penal, de manera que debe precautelar la aplicación de los principios del debido proceso para la perfecta validez del trámite, observando el principio de oficiosidad para el ejercicio de la función de garante, principio que según el Dr. Luis

Humberto Abarca Galeas significa que: “Los órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas necesariamente deben rechazar toda actuación preprocesal o procesal que vulnere garantías del debido proceso, así como también debe rechazar los resultados obtenidos con la vulneración de tales garantías, sin necesidad de que la persona o sujeto procesal interesado lo pida”. (Abarca. Pág. 41).

Los jueces al ser parte integrante de la Función Judicial y por ende funcionarios públicos, tienen responsabilidades frente a los particulares por la deficiente prestación de sus servicios, o por actuar en contra de la ley, así lo manifiesta el tratadista argentino Roberto Berizonce quien dice: “Todos los jueces son responsables ante la ley de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas así como por separarse del orden de proceder que en ellas se establece”. (Berizonce, pág. 514). Por lo tanto, estos funcionarios están sujetos a lo que dispone el Art. 11.9 de la Constitución de la República, esto es que deben respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, y fundamentalmente los jueces que tienen jurisdicción y competencia en materia penal, serán responsables por detenciones arbitrarias, error judicial, inadecuada administración de justicia y en el caso de ser condenado el Estado, habrá repetición en contra de ellos.

De manera que: “La actuación del juez como funcionario está sometida a una triple responsabilidad: civil, cuando causa daño en el desempeño de su función, siendo de aplicación el régimen general de los funcionarios públicos, responsabilidad disciplinaria o administrativa; y por último, responsabilidad penal”. (Berizonce, pág. 514). Como manifiesta este tratadista, en el ordenamiento jurídico vigente en el país, los jueces tienen responsabilidad de

carácter civil, o la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al titular del derecho conculcado; de carácter penal, por el cometimiento de algún delito; y, de carácter administrativo, esto es, la sanción disciplinaria hasta con la destitución del cargo según la falta y después de la tramitación del respectivo sumario donde debe cumplirse el debido proceso y respetarse de manera especial el derecho de defensa.

El criterio vertido por el tratadista Osvaldo Alfredo Gozaíni, al referirse al debido proceso manifiesta: “Lo que el debido proceso no quiere, es que las formas se conviertan en rituales que constituyan una finalidad en sí mismos. Las solemnidades están al servicio de los derechos sustanciales y se han de adaptar con flexibilidades razonables al espíritu de usar el proceso para lograr justicia en el caso concreto”. (Gozaíni, 2004, págs. 314 y 315). Por lo expresado, es necesario indicar que el juez o magistrado tiene la obligación de garantizar el cumplimiento del debido proceso en cada caso sub iudice y fundamentalmente analizará que los derechos sustanciales de los sujetos procesales son de carácter incondicional, razón por la cual las solemnidades que establece la ley deben estar al servicio de los mismos.

En cuanto a las facultades de los jueces se encuentran determinadas en los Arts. 131 y 132 del Código Orgánico de la Función Judicial, entre las cuales se indican las siguientes: Devolver los escritos ofensivos o injuriosos que vayan en contra de los operadores de justicia; expulsar de las actuaciones judiciales a los que alteren o atenten contra su legal desenvolvimiento; declarar en las sentencias, autos o providencias el error inexcusable de servidores judiciales cuando sea procedente y oficiar al Consejo de la Judicatura para los fines legales per-

tinentes; solicitar a la delegación del Consejo de la Judicatura correspondiente para que sancionen a los abogados que actúan al margen de la ley; imponer multas a los que incumplen con sus mandatos en la forma que establece la ley; y, remitir un oficio haciendo conocer los antecedentes a la Fiscalía General del Estado cuando se estimare que la resistencia a la orden judicial puede encuadrar en una infracción penal.

En definitiva se puede decir que los jueces y funcionarios judiciales deben observar el principio de legalidad, mediante el cual: *“Los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones deben hacer lo que la ley les faculta y en la forma que ésta señala, lo cual significa que no existen actos irresponsables en el ejercicio del poder o de las funciones públicas”* (Abarca. Pág. 41). Por lo tanto se tiene que, los jueces deben respetar y hacer respetar las garantías del debido proceso, rechazando los actos preprocesales o procesales que sean inconstitucionales, garantizando por ende el valor jurídico de las pruebas, mismas que le servirán para decidir la causa con justicia e imparcialidad.

El tratadista Juan Carlos Arias, al hablar del juez en el sistema acusatorio, expresa: “Pero de todos, lo que se denomina como característico de lo acusatorio lo más importante resulta ser la separación de funciones entre el juez y el acusador, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás. Un juez imparcial, que de manera pasiva observa una contienda entre iguales, que carece de iniciativa probatoria y de facultades oficiosas, se concibe como el eje de lo acusatorio, porque representa por una parte la condición esencial de la imparcialidad, y por otro lado, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba que pesan sobre la acusación, y a la vez es ga-

rante de las garantías procesales del juicio... por lo que podemos afirmar que mientras los jueces, motivados sólo por la justicia del caso de dos sujetos portadores de intereses en conflicto, solo tienen la vinculación con el imperio de la ley...”. (Arias, 2007, pág. 185). Es preciso afirmar que el cumplimiento del principio de imparcialidad por parte del juez, significa respetar la igualdad procesal de los que intervienen en un litigio de carácter penal, para lo cual tiene que ser totalmente ajeno a lo que es la acusación y la práctica incorporación de la prueba, aclarando que esta última en ningún caso debe hacerla de oficio, ya que caso contrario se convertiría en un juzgador parcializado, por lo que es necesario considerar que el juez o magistrado en una audiencia de juzgamiento no tiene facultad para examinar o contra examinar a testigos o peritos, ni para pedir aclaraciones o ampliaciones, siendo lo único de excepción el hecho de pedir explicaciones, cuando los peritos o testigos se refieren en una terminología muy común o muy técnica, por lo que es razonable se pidan explicaciones para tener una comprensión total de lo que informan en sus declaraciones. Por lo expuesto, es preciso decir: “Un juez imparcial es aquel que no está comprometido con ninguna de las partes, que juzga sólo en aras de la justicia, sin interés en que gane uno u otro de los contendientes; para el cual la prueba no es del proceso ni del juez, como se creía en la vieja concepción inquisitiva, sino que, como lo afirma DAMASKA, son las pruebas llevadas por las partes, por la Fiscalía y por la defensa”. (Arias, 2007, pág. 198).

“El juez que actúa con transparencia, con conocimiento de causa, siempre llevará en su espíritu la antorcha encendida de la justicia que iluminará a toda la humanidad” ❖

Justicia Indígena en Materia Penal



Dra. Mariana Yumbay Yallico
Jueza de la Corte Nacional de Justicia

El Estado Ecuatoriano ha dejado de ser excluyente y homogenizante, características que ostentaba antes de la vigencia de la Constitución de 1998.

La Constitución de la República del Ecuador adoptada mediante referéndum en octubre de 2008, reconoce que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural¹, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.” Plurinacionalidad que implica el reconocimiento de la existencia de la diversidad de pueblos y nacionalidades² con sus sabidurías, costumbres, sistemas de organización, sistemas jurídicos, económicos, etc. y como dice Agustín Grijalva, “el constitucionalismo plurinacional es o debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias

que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado Nacional”. Estamos ante un nuevo Estado, dejamos atrás lo uninacional aquella concepción de la existencia de una sola Nación, en donde todos los habitantes pertenecían a una sola cultura, tenían una sola forma de vida, hablaban un solo idioma, creían en un solo Dios, una sola autoridad, un solo sistema de justicia, y como dice Boaventura de Souza Santos, significa dejar los pensamientos caducos, esa herencia colonial y hasta racista.

Así el Art. 57, en sus numerales 1, 9 y 10 de la Carta Magna reconoce a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades el derecho a: “Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social; Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia

¹ La interculturalidad no es una propuesta simple y pacífica. Implica profundas transformaciones en todo orden, tanto individual privado como político estatal. La gestión de la interculturalidad requiere transformar todos esos espacios, discursos, e instituciones que actualmente promueven una cultura hegemónica, una realidad, un modelo de vida. (Ramiro Ávila).

² Nacionalidades Indígenas.- Son colectividades que guardan una identidad histórica, idioma, cultura; que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y bajo el ejercicio de su propia autoridad. (CONAIE, 2001, pag.7)

y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral; Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”

De la misma forma el Art. 171 de la Constitución de la República, reconoce las funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades, quienes deberán resolver los conflictos internos, de conformidad a sus normas, procedimientos, así como de acuerdo a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario.

Este reconocimiento implica dejar en el pasado ese monismo jurídico dando paso a un verdadero pluralismo jurídico, que significa principalmente la coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo territorio.

Como bien prevé la disposición constitucional antes referida, las autoridades indígenas resolverán los conflictos internos, el mismo que son todos aquellos actos que de cualquier forma atenten o violen los derechos de la comunidad indígena y sus miembros, generando desequilibrio, desarmonía familiar, ambiental, comunal u organizativa.

Existen diversos principios que rigen la vida de los pueblos indígenas, entre los cuales están AMA LLULLA- NO MENTIR, AMA KILLA-NO SER OCIOSO, AMA SHWA-NO ROBAR, y que actualmente ya no son únicamente para los pueblos indígenas sino que se ha reconocido en la Constitución de la República, en su Art. 83, como deberes y responsabilidades de todos

los ecuatorianos y ecuatorianas, de manera que, un integrante de un pueblo o nacionalidad que infrinja uno de estos principios, también será sancionado de conformidad con el derecho propio, de manera que el hecho de ser ocioso y no trabajar constituye un problema para la familia y la comunidad.

Los pueblos indígenas tienen diferentes cosmovisiones las mismas que difieren de la sociedad mestiza u occidental, de ahí que, conflicto interno o problema, son todos los actos que irrumpen a la armonía que en dicha comunidad existe; para los pueblos y nacionalidades indígenas no existe la clasificación en delitos o contravenciones, de la misma forma no existe clasificación por materias tal como existe en la jurisdicción ordinaria donde encontramos las diversas materias, así, penal, civil, agraria, tránsito, tributario, ambiental, contencioso administrativo, etc., dichos colectivos, lo único que tienen en cuenta es que exista un rompimiento de la *armonía o desequilibrio*, esta acción requiere de la intervención de la autoridad y su resolución a fin de lograr el restablecimiento de la armonía en la comunidad o las familias.

Pese a la falta de reconocimiento por parte del Estado Ecuatoriano, históricamente han venido ejerciendo este derecho milenario, lo que les ha permitido conservar y mantener el orden y la armonía en los pueblos y nacionalidades, y por este ejercicio, varias autoridades indígenas han sido encarcelados al ser acusados dentro de la jurisdicción ordinaria de cometer delitos como plagio y secuestro, tal como dice André Hoekema, antes, en los años 50 y 60, las políticas de desarrollo de muchos países se orientaban a un concepto de modernidad que implicaba la abolición y represión total de otros sistemas de derecho y autoridad

diferentes de los estatales. Se atacaba por todos los medios una visceral lealtad a comunidades y a un liderazgo no estatal que pudiera oponerse a las leyes y directivas nacionales.

El reconocimiento realizado en la Constitución de la República del 2008, ha contribuido enormemente a cambiar esta realidad, permitiendo que las autoridades indígenas fortalezcan su potestad de administrar justicia.

El derecho indígena es un derecho milenario, es el conjunto de normas creadas por las comunidades indígenas en asambleas, cabildos, o por personas especialmente encargadas de resolver sus “problemas”, de acuerdo con los juicios de valor con los que las nacionalidades, pueblos o comunidades aprecian lo que es correcto, socialmente malo o inconveniente, etc. (Trujillo, Julio Cesar, 2001, pág. 10). El derecho indígena, es dinámico y no es homogéneo.

El derecho indígena tiene características muy particulares como es la oralidad, no podemos encontrar las normas, los procedimientos escritos, sino que, se encuentran en la memoria colectiva de los pueblos y que han sido transmitidos de generación en generación lo que ha garantizado su pervivencia en el tiempo, eso no significa que el derecho indígena sea estático.

El sistema de derecho indígena, también se caracteriza por la *rapidez* con que se resuelve, de manera que, el caso más complicado, puede resolverse en un tiempo máximo de una semana, y los demás generalmente toma un día, dos días y tres días; es *participativo*, dado que, para resolver un determinado caso, se convoca a grandes *asambleas generales* donde hay una

amplia participación de hombres, mujeres, niños, niñas, adolescentes, ancianos, por lo tanto, existe una activa participación, lo que permite que la resolución sea realmente transparente.

Es *gratuito*, las partes no tienen que sufragar costo alguno para que el conflicto se resuelva, más bien, al finalizar la resolución del caso, normalmente se ofrece una comida comunitaria, para el efecto todos los asistentes llevan cualquier alimento que deseen compartir, lo que permite la práctica de los principios como la solidaridad, la reciprocidad y la *minka*.

No existen profesionales del derecho (abogados) que actúen en defensa de los involucrados en el caso, esta tiene su lógica, al existir la amplia participación, son los asistentes quienes se convierten en defensores y acusadores de las partes, esto hace que, unos se pronuncien defendiendo a la víctima, otros al acusado, de manera que jamás quedan en la indefensión.

Cabe señalar que, así como existen procedimientos claros a seguirse en un trámite legal dentro de la jurisdicción ordinaria, en la jurisdicción indígena existen procedimientos que las autoridades aplican en la resolución de un conflicto o caso, siempre con algunas variaciones por la diversidad, siendo el siguiente:

WILLANA, es cuando el afectado o afectada pone en conocimiento de la autoridad indígena sobre el hecho ocurrido o el desequilibrio existente;

TAPUNA, momento en el cual se procede con la investigación del caso, para el efecto, normalmente se conforma una comisión encargada de la investigación.

ÑAWINCHINA, en esta las partes exponen todo el caso, así como presentan todas las pruebas con que cuentan para demostrar el hecho cometido.

KUNANA, este es un espacio en el cual, las personas representativas de la asamblea de la administración de justicia brindan consejos, recomendaciones o advertencias al causante del conflicto, son los ancianos, ancianas y las mujeres quienes en esta etapa tienen una mayor participación.

WANACHINA está constituida por la etapa de arrepentimiento y compromiso de la reparación del daño causado, la resolución de la sanción, reparación y sanación es determinada por la Asamblea y la ejecución de la sanción es encargada a personas de reconocida trayectoria.

PACTACHINA, consiste en establecer los mecanismos para monitorear el cumplimiento de las resoluciones emitidas por la autoridad indígena.

Las autoridades indígenas, en uso de las

competencias jurisdiccionales³ reconocidas constitucionalmente, resuelven un sin número de casos, que de acuerdo a la jurisdicción ordinaria y la visión occidental podrían encasillarse dentro de la materia penal, es decir, casos de robo de toda índole, injurias (chismes), violación, asesinato, homicidio, lesiones, violencia intrafamiliar, daños a la propiedad privada, daños a la propiedad comunitaria, daños al medio ambiente, entre otros.

La competencia para conocer y resolver los conflictos nace de la Constitución de la República del Ecuador, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, instrumento que fue ratificado por el Estado Ecuatoriano, en el año de 1998, en este instrumento se reconoce dicha competencia y jurisdicción en los Arts. 8.2⁴ y 9.1⁵; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptado en el seno de la ONU, en su Art. 5⁶.

Si bien es cierto, la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 171, establece que se adoptara una Ley de Coordinación y Cooperación entre los dos sistemas

³ Art. 1.- La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.

Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados.

Art. 5.- La jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución Política de la República y sus leyes propias: los jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas. Código Orgánico de la Función Judicial.

⁴ Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e institucionales propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

⁵ En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

⁶ Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

de justicia, sin embargo, aún no se cuenta con dicha norma secundaria, no obstante la falta de esta ley no impide el ejercicio de este derecho colectivo, y como diría la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia T552 del 10 de julio de 2003, la ausencia de Ley de Coordinación no es óbice para la procedencia de la jurisdicción indígena, lo que comporta que en cada caso particular en que se presenten conflictos de competencia corresponderá al juez avanzar en la superación de las dificultades que se derivan de la ausencia de criterios normativos de articulación.

El Código Orgánico de la Función Judicial desarrolla algunos elementos encaminados a alcanzar la coordinación y cooperación tal es así, que en su Art. 345 prescribe sobre la *Declinación de competencia*, que textualmente dice: Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenarán el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.

Esta dispone que, previo a la declinación de competencia se iniciara el trámite que se puede denominar *sumarísimo*, por su rapidez, de manera que, cuando la autoridad indígena reclame la competencia, la misma será demostrada a través de los mecanismos que considere pertinente, así mismo comparecerá ante el juez/a, a

declarar bajo juramento que efectivamente es la autoridad indígena, hecho lo cual, el juez de la jurisdicción ordinaria declinará la competencia en favor de las autoridades indígenas.

Considero que la petición puede ser presentada por escrito o a su vez comparecer a la judicatura y hacerlo verbalmente, y la secretaria /o de dicha judicatura será el responsable de reducir a escrito.

La declinación de competencia es parte de la coordinación entre las dos jurisdicciones, hecho que ya se ha venido dando sin dificultades, tal es así que, las autoridades de la jurisdicción indígena han reclamado la competencia para resolver casos relacionados a la materia penal, y habiéndose justificado conforme dispone el Art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces de la jurisdicción ordinaria han cedido la competencia y han remitido a las autoridades indígenas a fin de que conozcan y resuelvan de conformidad con lo previsto en el Art. 171 de la norma suprema.

Este proceso constituye parte de la construcción de una justicia intercultural así como un paso más en este proceso de construcción de un verdadero Estado Plurinacional.

La declinación de competencia en favor de la autoridad indígena, no implica que ese caso no será resuelto y que por tanto quedará en la impunidad, pues, *“impunidad que es una circunstancia que pone de relieve la ineficacia del sistema estatal, ya que no garantiza un acceso efectivo a la justicia, no protege los derechos, más bien permite que se vulneren derechos constitucionales de las personas. La falta de sanción a los responsables de violaciones de los*

*derechos constitucionales y la escasez de procesos serios de investigación, producen impunidad*⁷, siendo tanto los administradores de la justicia ordinaria como de la jurisdicción indígena los llamados a cumplir con el mandato constitucional que es tutelar los derechos de la ciudadanía.

De manera que, al declinar la competencia, lo único que ocurre es que, en el marco del respeto a las competencias que cada jurisdicción posee, así como, que tanto la jurisdicción ordinaria como la indígena tienen la misma jerarquía y por esa igualdad de condiciones sede la competencia a la autoridad indígena, lo que también puede ocurrir en forma viceversa, si esta lo requiere, permitiendo que las autoridades indígenas resuelvan de acuerdo a su cosmovisión, aplicando las normas y procedimientos propios, de conformidad al derecho consuetudinario, aplicando las sanciones que consideren pertinentes de acuerdo a su cosmovisión, sin que se atente a los derechos humanos que tiene la persona tales como el derecho a la vida.

En el caso Colombiano, ha sido la Corte Constitucional, que en forma reiterada en varias resoluciones ha establecido ciertos mínimos jurídicos que deben ser respetados por las autoridades en la administración de la justicia indígena, pues han afirmado que cualquier decisión que desconozca el *derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre* está constitucionalmente prohibida, por tanto, ha sido dentro de estos parámetros bajo los cuales han venido ejerciendo ese derecho colectivo.

La autoridad indígena reclamará la competencia en las siguientes circunstancias: Cuando las partes esto es tanto el afectado /a, como el responsable son pertenecientes a dicha comunidad o pueblo indígena; que el caso sujeto a conocimiento de la jurisdicción ordinaria constituye un conflicto interno de dichos pueblos, determinación que lo harán los propios pueblos; cuando el hecho hubiese ocurrido dentro de su territorio, esta circunstancia es relativa, por cuanto, de acuerdo a lo prescrito en el Reglamento de Sustanciación de la Corte Constitucional, en su Art. 44.2, dice: “Ámbito territorial.- Se verificará que el asunto materia del litigio haya ocurrido en las tierras o territorios de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas. Se entiende por territorio indígena a aquellos espacios territoriales donde se encuentran asentados y desarrollando su vida social, cultural, económica y política, así como en los territorios que habitualmente han sido utilizados por los pueblos”.

De la misma forma, debe existir una autoridad indígena comunitaria con competencia para resolver dicho conflicto, al respecto cabe señalar que, existen comunidades, pueblos y nacionalidades donde son las propias autoridades indígenas las que deciden no conocer un determinado caso y prefieren que sea la justicia ordinaria la que resuelva, sin embargo, esto es por decisión exclusiva de dichas autoridades hecho que debe ser respetado.

Uno de los principios de la justicia intercultural prevista en el Art. 344, literal d) del Código Orgánico de la Función

⁷ Sentencia No. 0001-09-SCN-CC, Caso No. 0002-08-CN, de la Corte Constitucional para el periodo de transición, pág. 35.

Judicial dice: *Pro jurisdicción indígena*.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible.

Principio que será observado por todas las autoridades de la jurisdicción ordinaria, lo que permitirá que las autoridades indígenas resuelvan los casos de acuerdo a su cosmovisión, así mismo, se garantizara su autonomía⁸, derecho reconocido tanto en la Carta Magna como en los instrumentos internacionales. Eugenio Raúl Zaffaroni, dice que ...la primera medida será detener la destrucción de las culturas originarias, lo que no significa condenarlas al estancamiento, sino proporcionarles los elementos para su propia dinámica. Para ello es elemental reconocerles su capacidad de resolución de conflictos y no entrometer el sistema penal legal en las soluciones comunitarias tradicionales que sean eficaces⁹, esto constituye fortalecer la autonomía que los pueblos indígenas poseen.

La antropóloga Esther Sánchez Botero, al referirse a la autonomía dice que: El concepto de autonomía, en el marco de un Estado-Nación, no significa “Independencia”, “soberanía”, “ni entidad aislada”. Es el

reconocimiento a la diferencia respecto a la ocupación de un territorio regido por principios especiales. ...El concepto de autonomías extiende a la posibilidad de realizar la diferencia en valores, en visiones de mundo, en formas propias para definir y alcanzar horizontes de bienestar para regularse y autogobernarse con igualdad de reconocimiento y estatus que otras sociedades.¹⁰

Así mismo, al respecto la Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado diciendo que ...como la autonomía y la diversidad étnica y cultural tienen carácter de principios constitucionales, para que una limitación de estos principios esté constitucionalmente justificada es necesario que se cumplan dos condiciones: la primera, que la medida sea necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía o, lo que es lo mismo, que se fundamente en un principio constitucional de una valor superior al de la autonomía y la diversidad étnica y cultural; la segunda es que, del catálogo de restricciones posibles, se elija la menos gravosa para la autonomía de las comunidades indígenas. De no cumplirse estas condiciones - puntualiza la Corte, el pluralismo que inspira la Carta Política devendría en ineficaz.¹¹

La declinación de competencia, garantiza que no se vulnere uno de los

⁸ Art. 44.3⁸ de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales; además, **Autonomía**.- Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, gozarán **de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones** jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio.

⁹ Zaffaroni, Eugenio, “Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal”, en *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pág. 109

¹⁰ Ariza Santamaría, Rosembert, *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Editorama S.A. pág. 103.

¹¹ Ariza Santamaría, Rosembert, *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Editorama S.A. pág. 74

principios constitucionales como es el *Non bis in idem*, que significa que, nadie podrá ser juzgado más de dos veces por la misma causa¹², ratificando que este principio es parte de aquellos derechos reconocidos en los diversos instrumentos internacionales y que por tanto deben ser respetados, porque así manda nuestra norma constitucional en su Art. 11.3¹³, a esto se agrega que dichas normas son parte de nuestra legislación por así prescribir la Constitución en el Art. 425.¹⁴

Por lo tanto, si un determinado caso está siendo conocido y juzgado dentro de la jurisdicción indígena, no podrá ser conocido y juzgado por la jurisdicción ordinaria, a fin de evitar que se produzca el doble juzgamiento, el Código Orgánico de la Función Judicial ya reconoce la declinación de competencia, de la misma forma, si un determinado caso, ya ha sido resuelto por las autoridades de la jurisdicción indígena, en el marco de la coordinación, estas autoridades deben poner en conocimiento de las autoridades de la jurisdicción ordinaria que dicho acto ha sido resuelto con anterioridad, por lo que, pedirán que la denuncia o demanda presentada ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, sea archivada, esto permitirá que no se vulnere el principio an-

tes referido. A esto se agrega que el inciso II del Art. 171 de la norma constitucional prescribe que: El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas.

De manera que, aquellos casos resueltos por las autoridades de la jurisdicción indígena, no pueden ser revisadas por ninguna autoridad de la jurisdicción ordinaria, lo cual también contempla el literal c) del Art. 344¹⁵ del Código Orgánico de la Función Judicial; excepto como bien dispone en la misma Constitución las decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad, de manera que, la Corte Constitucional, es el único órgano con competencia para realizar el control constitucional cuando “La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido”.¹⁶

Como bien en líneas anteriores se afirma, el objetivo del sistema de administración de justicia indígena en la resolución de

¹² Art. 76.7. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

¹³ Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

¹⁴ **Art. 425.-** El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

¹⁵ *Non bis in idem.* - Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional.

¹⁶ Art. 65 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.

un caso, es buscar el restablecimiento de la armonía social o el equilibrio, en ocasiones el resarcimiento de los daños causados, así como, la rehabilitación del individuo que generó el conflicto, por ello se habla de la sanación del sujeto, de sacarle la mala energía que se encuentra en dicho individuo, para que éste pueda reinsertarse en la sociedad, de acuerdo a la cosmovisión de los pueblos indígenas, quien comete una infracción, significa que ha caído en desgracia o lo que se dice en el idioma Kichwa “llakipi urmashka”, por lo que, el objetivo fundamental es sacar a dicha familia de la desgracia en la que han caído. Al concebirse que efectivamente se ha producido una desgracia, esta no es solo para aquel individuo que ocasionó el acto y para el afectado o afectada, sino para todo su entorno familiar y comunal.

Bajo esta concepción y lógica, es que, los pueblos y nacionalidades indígenas, imponen diversas sanciones para lograr su sanación, por ejemplo, en la sierra andina en la mayoría de los casos utilizan elementos como es agua, que es el símbolo de la pureza, el baño con agua fría significa purificar su alma y el espíritu del ser humano, de manera que la sanación es entendida en forma integral; otro de los elementos que son utilizados son la Ortiga-Chini, planta medicinal y curativa; el baño se realiza en la unión de los ríos o en las cascadas, el practicarse en la unión de los ríos - Tinku, significa que la persona que está siendo sometida va a encontrar el bien dejando atrás la mala energía que se encuentra en su cuerpo; la imposición de los fuetes con acial y el nú-

mero de fuetes es determinado considerando la magnitud del daño causado, el acial es un instrumento elaborado con madera y con cuero de res, entendiéndose que el res se trata de un animal fuerte, pues el objetivo es dotarle de mucha fuerza y energía con el uso de este instrumento para que el ciudadano salga de la desgracia en que ha caído.

Finalmente, a manera de resarcir los daños causados, normalmente imponen el trabajo comunitario que debe cumplirse por determinado tiempo, dependiendo el caso; imposición de una multa pecuniaria; no obstante, si se trata de un caso realmente grave se concluye con la expulsión de la comunidad.

Como se puede evidenciar, en las sanciones que se imponen al aplicar la justicia indígena, se usan diversos elementos de la naturaleza relacionadas con la allpamama-madre tierra.

De este modo, se deja en claro que las autoridades indígenas reconocidas constitucionalmente, vienen resolviendo los problemas que se producen dentro de su jurisdicción, tal como prescribe la norma Constitucional, este ejercicio es parte del derecho a la autodeterminación de dichos pueblos, por tanto, las instituciones que componen este Estado Ecuatoriano Plurinacional, deben contribuir a su fortalecimiento a fin de asegurar la convivencia armónica y lograr el sumak kausay, que no es más que, el vivir en completa armonía, entre los seres humanos y la naturaleza que es la máxima aspiración de todos y todas. ❖



Dr. Johnny Ayluardo Salcedo
Juez de la Corte Nacional de Justicia

El Sistema Penal Integral y la Función de los Principios en la Arquitectura de un Nuevo Sistema del Derecho Penal

“Gran parte del trabajo crítico acerca del derecho ha sido de orden histórico: rastrear cómo las élites utilizaron conscientemente la ley en provecho propio y, al mismo tiempo, ver cómo el pensamiento jurídico menos consciente opera como una visión del mundo que reconcilia a la gente con el statu quo haciéndolo parecer natural y justo, y sobre todo poderoso.”

DUNCAN KENNEDY “La Enseñanza del Derecho”

A propósito del II Encuentro Nacional de Jueces de Corte Nacional de Justicia, Presidentes de Cortes Provinciales y Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario, cuyo tema central a discutir, en esta ocasión, fue “El Principio de Oralidad en la Administración de Justicia”; tal evento coincidió, justamente, con el segundo debate del Código Orgánico Integral Penal en la Asamblea Nacional. Dentro de este ambiente es propicio aportar algunos comentarios y constataciones que coadyuven a la importante y necesaria tarea del análisis jurídico.

A manera de puntapié inicial empiezo por citar al famoso ius penalista alemán Wolfgang Naucke, quien señala con razón que la dogmática jurídica penal tradicional, orientada a la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, ha quedado obsoleta.

También vale la pena resaltar el papel del principio de oralidad en la aplicación del sistema integral del derecho penal. Igualmente, resulta pertinente desentrañar el contenido del referido sistema penal.

Metodológicamente, entonces, es menester hacer algunas puntualizaciones respecto a los principios -de forma general- con la intención de situar algunas aproximaciones de lo que debe entenderse por principios, para concluir con el análisis del principio de oralidad, por esta razón el presente trabajo lo he dividido en tres bloques:

El primero, versa sobre las distinciones principales del sistema integral penal que orientan al Código Orgánico Integral Penal.

El segundo, desentraña, brevemente, el carácter y valor que poseen los principios tanto para el desarrollo de la dogmática penal, así como para su parte sustantiva y adjetiva.

Y, por último, una explicación de las múltiples posibilidades procesales que permite la aplicación del principio de oralidad.

I) Distinciones principales del Sistema Integral Penal que orientan al Código Orgánico Integral Penal.

Dentro de la ciencia penal, históricamente, por efectos de las influencias políticas y filosóficas se han desarrollado los siguientes sistemas procesales¹:

- i) Acusatorio Tradicional
- ii) Inquisitivo
- iii) Mixto, y
- iv) Acusatorio Garantista

Cada uno de ellos tuvo su momento de auge y esplendor que los justificaron, pero, también, su etapa de decadencia, con distintas modalidades de aplicación, dependiendo de los niveles de desarrollo social de los distintos lugares donde se implantaron.

Las principales características de ellos fueron las siguientes:

i) Sistema Procesal Acusatorio Tradicional: es conocido como primitivo o tradicional cuyo origen se encuentra en la Grecia antigua. Sus características consistían en lo siguiente: a) juicio oral; b) la acusación era formulada por un particular (el juez no podía proceder de oficio); c) El juez (magistrado) dirigía la instrucción; d) el juicio se celebraba ante un jurado con facultad para decidir; e) la resolución era de una sola instancia, en consecuencia inexistencia de apelación; f) igualdad procesal del acusador y el procesado; g) el procesado gozaba de libertad hasta que se dictara la sentencia.

ii) Sistema Procesal Inquisitivo: tuvo pleno desarrollo en la Edad Media, adoptado por el Derecho Canónico. Sus principales características son: a) el juez pertenecía a un órgano jurisdiccional, con facultad concentrada para investigar, acusar y juzgar; b) el procedimiento era escrito, secreto y no contradictorio; c) la prueba era tasada; c) la prueba confesional servía de base para una sentencia condenatoria; d) el juez podía solicitar prueba de oficio, a su buen entender; e) el juicio era bi-instancial (doble instancia); f) el procesado era un objeto y no un sujeto procesal; g) la confesión era obtenida mediante tortura y tormento; h) admisibilidad y tolerancia de la prisión preventiva del procesado.

iii) Sistema Procesal Mixto: Se desarrolló con la revolución francesa, en pleno auge de la filosofía liberal. Se implementa división de la etapa del proceso: 1.- la instrucción de carácter secreto (herencia del sistema inquisitivo), 2.- la etapa del juicio era oral y pública (pertenecía al sistema acusatorio). Las principales características: a) juicio oral, público y contradictorio; b) la investigación, la acusación y la tarea de juzgar son ejercidos por distintos órganos y personas; c) libre valoración de la prueba; d) sólo las pruebas actuadas en la etapa del juicio sirven de base para dictar una sentencia; e) el procesado goza de todas las garantías procesales.

iv) Sistema Procesal Acusatorio Garantista: Tiene parecido al sistema acusatorio tradicional pero con una serie de garantías procesales y penales para proteger tanto a la víctima como al imputado. Luigi

¹ Esta división se la realiza sólo con fines metodológicos y didácticos

Ferrajoli es uno de los máximos exponentes de esta corriente filosófica-judicial denominada *Garantismo* (de derechos subjetivos) y *Derecho Penal mínimo* (de la violencia de la intervención punitiva). Las principales características: a) existencia de órganos titulares de la investigación, acusación y enjuiciamiento; b) el ejercicio de la acción penal puede realizarla un particular; c) el imputado es un sujeto procesal y no un objeto; d) prima la garantía de presunción de inocencia; e) la Fiscalía tiene facultad para archivar la denuncia; f) la víctima tiene estatus jurídico; g) juez puede usar medios alternativos de solución de conflictos; h) el juicio es oral, público y contradictorio; i) juez puede valorar libremente la prueba introducida oportunamente en la etapa de juicio para que sirva en la sentencia; h) los derechos humanos y la dignidad de la persona constituye el fundamento del juicio.

v) El sistema Integral del Derecho Penal: Es una nueva concepción del Derecho Penal que integra en su contenido no solo consideraciones del Derecho Penal material, sino también de determinación de la pena y los aspectos procesales y constitucionales vinculados a la imposición institucional de la pena.

Los temas recurrentes de discusión giran alrededor de cuestiones trascendentales del sistema del delito, del concepto del delito, imputación del delito, fin del Derecho Penal, exclusión de la pena, renuncia a la pena o renuncia a la acción penal.

Los más conocidos exponentes de este sistema los encontramos en las corrientes

alemanas: Frisch, Wolter, Freund, Kuhlen, Burkhardt y otros.

Hago mía la preocupación de Jürgen Wolter, quien expresa, con relación a la estructura moderna de un sistema integral del Derecho Penal y las actuales rupturas del sistema, señalando que semejante proyecto integrador no puede acometerse sin antes esbozar cual ha de ser la estructura y la función de un sistema unitario que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. Solo así aparecerán con claridad los peligros que se derivan de los principios que se extienden o de las clasificaciones sistemáticas que casi no dejan margen a la elección.

II) El carácter y valor que poseen los principios para el desarrollo de la Dogmática Penal, así como para su parte Sustantiva y Adjetiva.

¿Qué son los principios? Para Couture el principio es un enunciado lógico extraído de la ordenación sistemática y coherente de diversas normas de procedimiento, en forma de dar a la solución constante de éstas el carácter de una regla de validez general².

En la misma línea Real considera que en todo sistema jurídico hay cantidad de reglas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales, en el sentido de que a ellas pueden vincularse, de un modo directo o indirecto, una serie de soluciones expresas del derecho positivo, a la vez que pueden resolverse, mediante su aplicación, casos no previstos, que dichas normas regulan implícitamente. (...) son inherentes a la

² COUTURE, Eduardo J, *Vocabulario Jurídico*, Montevideo, 1960, pág. 489

personalidad humana y a la forma republicana de gobierno.³

Ferro le da un carácter funcional a los principios, pues asegura que no solo sirven para integrar el derecho, para interpretar las normas, sino también para inspirarlas (...) y su rol es el de vertebrar el ordenamiento jurídico a través de las convicciones de una comunidad social dándole así coherencia y sentido a sus normas.⁴

La formulación constitucional de los principios, dice Mengoni, se puede caracterizar por tres puntos:

- a) *Son enunciaciones que mas que interpretadas por medio del análisis del lenguaje, se deben desprender de su ethos: a la regla se obedece, a los principios se adhiere.*
- b) *Son criterios para tomar posición frente a situaciones a priori indeterminadas cuando se determinen concretamente.*
- c) *No se refieren a casos concretos. Son caracterizaciones que reciclan la originaria naturaleza moral de los principios, su derivación del llamado derecho natural. Los principios morales cumplen una función orientada del modo de vida y de comportamiento, no indicando en abstracto el contenido del deber que varía según la situación concreta pero suministran los criterios a la medida de los cuales se los puede reconocer.*⁵

III) Múltiples posibilidades procesales de la aplicación del Principio de Oralidad como Piedra Angular en el Juicio Penal

La oralidad ha sido, a través de la historia de la humanidad, un medio o instrumento

en la búsqueda de la justicia; en determinadas circunstancias, y en distintas etapas, con mayor preponderancia que en otras. Existiría una suerte de *corsi ricorsi* para establecer la necesidad de implementársela.

Algunos autores consideran la oralidad como un principio, pero no pocos atribuyen a la oralidad un carácter instrumental o herramienta puramente mecánica que logra garantizar ciertos principios básicos del juicio penal. Está ubicada como la esencia misma del juzgamiento, que permite que los juicios se realicen con inmediación y publicidad. La oralidad representa, fundamentalmente, un medio de comunicación: la utilización de la palabra hablada, no escrita, como medio de comunicación entre las partes y el juez y como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba.⁶

Desde la óptica de la Constitución de 2008 la oralidad es una de las garantías del debido proceso que permiten al procesado ser escuchado y presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistido y replicar los argumentos de las otras partes.

El principio de oralidad surge de un derecho positivo en el cual los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia, y reduciendo las piezas escritas a lo estrictamente indispensable.⁷

³ REAL, Alberto Ramón, *Los principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya*, Revista de Derecho Público y Privado. No. 238, abril de 1958, pág. 197

⁴ FERRO DELGADO, Víctor, *Los Principios Generales del Derecho y los Principios Particulares del Derecho Laboral*, Revista de la Universidad Católica del Perú, No. 42, diciembre de 1988, pág. 51

⁵ MENGONI, Luigi, *Hermenéutica e Dogmática Giurídica*, Giufré, Milano, 1996, pág. 127

⁶ Cfr. BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires 200, pág.100-101

⁷ Véase Couture

Se afirma que es impensable que el legislador al establecer la oralidad como pilar del sistema procesal laboral lo haya hecho con la finalidad de atribuirle un carácter de rigidez formal, de allí que es necesaria una interpretación que permita entender a la ley adjetiva bajo una óptica sistemática, en el que coexisten el principio de la oralidad con otros tales como la inmediación, la concentración, la publicidad y por supuesto, la escritura.⁸

Es la lentitud de los procesos judiciales la que lleva a asegurar al maestro Couture que la justicia lenta no es justicia (...) la excesiva demora contradice la esencia de la función jurisdiccional que se ha erigido en principio constitucional- obtener la decisión de la causa en un plazo razonable- pues se considera que la demora excesiva de la justicia implica la violación de derechos humanos de los justiciables.

Tal comentario nos conduciría, más exactamente, a darle preeminencia al principio de celeridad, pues se sobrepondría éste principio al de oralidad, puesto que se estaría instrumentalizando la oralidad para la consecución del fin último que es la obtención de la celeridad procesal.

La oralidad está dirigida a formar el libre convencimiento del juez, sobre la base de la observación inmediata de los elementos de conocimiento. (...) no se entiende ni la simple discusión oral, ni mucho menos, la exclusión de la escritura del proceso, como el nombre podría hacer creer a los inexpertos (...) todo proceso moderno es mixto (...) pero un proceso mixto se dirá oral o

escrito según el puesto que el mismo conceda a la oralidad y a la escritura, y, sobre todo, según el modo en que en el mismo actúe la oralidad.⁹

Este criterio es corroborado y desarrollado por Enrique Véscovi al asegurar que no existe un régimen puro y que todos son mixtos con diferente combinación de elementos escritos y orales.

Pero la oralidad *per se* no es el objetivo que se plantea este principio, sino, mas bien, este hace posible la presencia física de las partes en los distintos momentos procesales y con ello el contacto directo e inmediato con los juzgadores y estos, a su vez, con los hechos.

La estructura oral de un proceso, depende también de la vigencia de la concentración y la inmediación procesales, como principios fundamentales, los cuales forman los “tres términos de un trinomio único”¹⁰

Efectivamente, la oralidad confiere su mayor potencialidad en la medida que se interrelaciona con otros principios que configuran, en realidad, el procedimiento oral penal. Estos principios son los siguientes:

Inmediación: Impone al tribunal la obligación de decidir de acuerdo con las impresiones personales que obtenga del acusado y de los medios de pruebas rendidos en el juicio.

Contradicción: La fuerza motriz del proceso, su garantía suprema. Este principio

⁸ Op. Cit.

⁹ Cfr., CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. III, Madrid, 1940, pp. 154-155

¹⁰ RENGEL-ROMBERG, Arístides, citado en la *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, # 17 Enero-Junio 2006

es el que verdaderamente forja y exhibe el auténtico abogado, pues le permite poner en práctica durante la audiencia, la preparación que ha obtenido para intervenir en el juicio, tanto en el manejo de sus conocimientos jurídicos, como en la utilización adecuada de sus recursos de oratoria jurídica.¹¹

Igualdad: Quiere decir que las partes deben recibir exactamente el mismo trato por parte del juez al momento de hacer valer sus derechos y ejercer sus defensas.¹²

Imparcialidad: Es la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo; es juzgar o proceder de manera equitativa y con rectitud. Presupuesto indiscutible de justicia.

Concentración: Significa que todos los actos procesales para concluir el juicio se realicen en la misma audiencia. Permite al juez resolver casi de inmediato el juicio planteado.¹³

Continuidad: Consiste en la exigencia que el debate no sea interrumpido, (...) que la audiencia se desarrolle en forma

continua (...) hasta su conclusión (...) que no se pierda la necesaria inmediación que requiere el juicio oral.¹⁴

Publicidad: Hace más transparente la actividad procesal penal. Es un derecho de la sociedad, ejerce el control de las acciones y de los fallos, de la actividad del juez y de la administración de la justicia.

A Manera de Reflexiones:

Si la intención es insertar al país en las nuevas corrientes jurídicas penales que tengan como fin un sistema penal (sustantivo y adjetivo) que garantice los derechos humanos y la dignidad de los sujetos procesales que contienen, no obstante es importante conocer las condiciones objetivas y subjetivas, así como las de desarrollo jurídico que permita instaurar un sistema novísimo en cuanto a su concepción.

La academia cumple un papel fundamental para que los procesos de formación universitaria estén a la par con los nuevos derroteros que demanda el cambio de sistema. ❖

¹¹ CALAMANDREI, Piero

¹² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Manual del Justiciable, *Elementos de Teoría General del Proceso*, México, Poder Judicial de la Federación, 2003, pág. 39

¹³ CERDA SAN MARTIN, Rodrigo, *El Juicio Oral*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2003, pág. 60

¹⁴ LLANCAMÁN NIETO, Patricio, *El Juicio Oral Penal*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas, 2003, pág. 102



Dr. Jorge M. Blum Carcelén

Juez Nacional, Presidente Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito

El Sistema Oral en Materia Penal

• **Art. 168 Const.: La Administración de Justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:**

• **No.- 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.**

La actual Constitución de 2008, con la disposición antes citada, contempla la oralidad para toda la administración de justicia ordinaria, señalando que debe celebrársela mediante audiencias orales, públicas, contradictorias de naturaleza adversarial, en todas las materias, incluyendo la penal, la que precisamente lleva la pauta en la implementación del actual sistema oral y lo viene haciendo paulatinamente, en diferentes provincias desde el 2007, realizando la infraestructura física y técnica, para cumplir con dicho objetivo, que es el mismo que se persigue en toda Latinoamérica, desde la iniciación del proceso penal,

hasta su culminación con la sentencia y la sustanciación de todos los recursos ordinarios y extraordinarios, a cargo de los distintos órganos jurisdiccionales.

En forma parcial, lo ha hecho la justicia laboral, a través de los jueces de primera y segunda instancia del país; no así la Corte de Casación, donde se despachan las causas laborales, por el mérito de los autos, o escuchando solo a quien solicita audiencia de estrados, por lo que consideramos oportuno el “Segundo Encuentro de Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, Presidentes de Cortes Provinciales y Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario del país”, realizado en octubre de 2013, para lograr la implementación de la oralidad, en todas las materias.

La experiencia que hemos adquirido todos los jueces, fiscales y defensores públicos, en los distintos niveles de la administración de justicia penal del país, debe servir como antecedente para la implementación del sistema oral, ya que éste no es nuevo, se inició con la Constitución de 1998, en cuyo artículo 194 decía: “**La sustanciación de**

los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral”; normativa constitucional que no se pudo poner en práctica hasta la expedición de la actual Constitución de Montecristi de 2008; y, con la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial, del 9 de marzo de 2009, disponiendo en el artículo 18 que: **“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, ORALIDAD, dispositivo, celeridad y economía procesal.”**

Para tener presente otras experiencias en el sector justicia, recordemos que la justicia constitucional, también tienen la misma exigencia respecto de la oralidad, a través de la aplicación de las garantías jurisdiccionales, como lo señala el literal A del numeral 2 del artículo 86 de la Constitución, cuyos trámites se regirán mediante procedimientos sencillos, rápidos, eficaces y ORALES, en todas sus fases e instancias; pudiendo inclusive proponérselo en forma oral y sin formalidades; con lo que establecemos que el espíritu del Asambleísta era permitir en toda la administración de justicia, ordinaria o constitucional, la aplicación del sistema oral; dejando en el pasado lo engorroso del sistema escrito, para poner en vigencia la oralidad, como un sistema nuevo, moderno, que a través de la palabra y la utilización de adelantos tecnológicos, como la informática y la videoconferencia, se puedan atender en forma pronta y oportuna la demanda de justicia, que requiere el pueblo ecuatoriano.

El principio de la oralidad, no es un de-

recho, es una garantía instrumental, indispensable para la vigencia del carácter público del proceso, donde prima la intermediación entre los juzgadores y las partes, produciéndose la contradicción entre los sujetos procesales, donde la sentencia proviene de la apreciación directa que hacen los jueces, respecto de la prueba, la que debe ser pedida, ordenada y actuada en juicio, es decir, en la audiencia de juzgamiento; con lo que podemos afirmar que esta garantía se cumple, con la sola utilización del lenguaje oral, haciendo posible que todas las partes intervengan simultáneamente en las distintas audiencias y que el Juez o Tribunal, los sujetos procesales y el público, puedan tener contacto directo, con todos los elementos de la prueba, conociendo de primera mano el sustento de la sentencia.

Ya estamos pasando del frío papel, que imperaba en el sistema escrito e inquisitivo, donde los jueces se limitaban a transcribir textos, que previamente estaban redactados, sin tener contacto personal, en materia penal, con la víctima, ni con el victimario; a un nuevo rol donde se pretende humanizar la administración de justicia, ya que en la actualidad, con el cambio de sistema, se permite el acceso del público a las salas de audiencias, para que puedan presenciar la actuación de los jueces, quienes realizan la intermediación con los sujetos procesales y éstos, la contradicción entre sí, conociendo como se han probado los hechos, el derecho y el desarrollo del debate, pudiendo establecer cómo llegaron los jueces aplicar la sana crítica, para emitir en forma motivada la sentencia y si la pena impuesta, ha sido proporcional al acto ejecutado, logrando que el sistema sea transparente y la ciudadanía pueda recobrar la confianza hacia la administración de justicia.

La oralidad debe ser entendida, como el intercambio verbal de ideas, convirtiéndose en una herramienta esencial en la tarea jurisdiccional, como instrumento para facilitar el debido respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos, en un Estado constitucional de derechos y justicia moderno, permitiendo que el juzgador se acomode a criterios de inmediación y contradicción, realmente efectivos, donde la sociedad ejerce legítimas facultades de conocimiento y control acerca del verdadero trabajo de los jueces y tribunales, con lo que simultáneamente crece el prestigio de éstos y la transparencia se convierte en arma eficaz contra la corrupción; con lo que la oralidad y la publicidad, cumplidas en forma plena y rigurosa, facilitan la socialización del mensaje, la que expresada en forma motivada constituye la respuesta firme del Estado ante hechos considerados como inaceptables.

Como podemos apreciar, el principio de oralidad, está consagrado en la Constitución de la República, surgiendo del análisis de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que han sido reconocidos por el Ecuador, como una garantía básica del debido proceso, contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, en cuyo artículo 8.1, establece que: **“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral,**

fiscal, o de cualquier otro carácter”; con lo que la oralidad busca precautelar el pleno ejercicio de otras garantías y derechos, que forman parte del debido proceso.

Para entender el real alcance del sistema oral, citamos al jurista Dr. Guillermo Augusto Arciniega Martínez, Fiscal de Colombia, quien en su obra “Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio”, al referirse a la oralidad expresa ...“que es uno de los pilares sobre los cuales está erigido el nuevo sistema, ya que la parte oral es la esencia humana, porque puede contener en los fenómenos la gama multiforme del pensamiento, ya que por medio de la oralidad el Juez penetra en el alma humana y descubre la pasión o el altruismo, la lealtad o la falacia, descubre la naturaleza de los seres y de las cosas; sencillamente la escritura, como decía Sócrates ante Platón, está muerta; en la viva voz, hablan también los rostros, los ojos, el movimiento, el tono de voz, el modo de decir y tantas otras distintas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido general de las palabras y suministran tantos indicios, a favor o en contra, de lo afirmado en éstas, con lo que ha quedado atrás el culto a la escritura, el sistema de actas y constancias procesales, para abrir paso a la oralidad desarrollada en audiencias, que nos permite con la utilización de los medios tecnológicos, encaminarnos al proceso informático, al número único del proceso, a la notificación por internet, a la realización de los audiencias mediante el sistema de video conferencia y tantas otras modalidades que la ciencia nos otorga, precisamente para darle dinamismo al despacho de las causas y evitar así el represamiento, del que hemos sufrido por muchas décadas.

Pero no debemos creer, que la oralidad, trae implícita la aceptación del discurso por parte de los jueces, a pesar de que se lo haga en forma elocuente, ya que para ello debe primar los vastos conocimientos del juzgador, quien debe someter la palabra del sujeto procesal a la técnica y a la argumentación jurídica, porque como sostiene Manuel Atienza, en su obra “Curso de Argumentación Jurídica”, Editorial Trotta, pág. 20 y 107: “el derecho no es únicamente argumentación, hay que destacar este aspecto, que tiene particular importancia, para dar cuenta de los fenómenos jurídicos en las sociedades democráticas y para suministrar a quienes operan dentro del Derecho, a los juristas prácticos, instrumentos que permitan guiar y dar sentido a su actividad (...) por ello, el enfoque argumentativo del Derecho, puede contribuir de manera decisiva a una mejor teoría y a una mejor práctica jurídica”; que es precisamente lo que se requiere el juez, en el presente sistema.

Con lo expresado por el jurista Arciniega, comprendemos que la administración de justicia, entre la que se incluye la penal, debe desenvolverse mediante el sistema oral, específicamente, mediante el sistema acusatorio oral, con la celebración de audiencias públicas, orales, contradictorias y de corte adversarial, donde la carga de la investigación corresponde al Fiscal, mediante el ejercicio de la acción penal y el Juez Penal como garantista del debido proceso, es el que debe cuidar que se respeten todas las normas y derechos para los sujetos procesales, garantizando una justicia ágil, eficiente, oportuna, estableciendo con la prueba pertinente, la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, para la imposición de la pena individualizada y proporcionada a la infracción.

El sistema acusatorio oral, en un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro, da prevalencia al impulso de la parte en la iniciación y desenvolvimiento del proceso penal, protege la libertad individual, el juez es el árbitro que debe solucionar el litigio penal, proveniente de los conflictos sociales, ya que si no existe acusación Fiscal, no hay juicio, lo que significa que de no haber dictamen Fiscal acusatorio, no se puede pasar de la etapa intermedia a la etapa del juicio, para el desarrollo de la audiencia de juzgamiento, donde debe enunciarse y practicarse la “prueba”, para establecer con certeza la existencia material de la infracción y la responsabilidad del procesado, donde ya no interviene una sola persona, como ocurría en el sistema inquisitivo, con facultades omnímodas para proceder de oficio en la iniciación y sustanciación del proceso penal, ya que el Juez, en aquella época, era el único que investigaba, recogía las pruebas, emitía el auto cabeza de proceso, dictaminaba, llamaba a juicio, tramitaba el plenario y culminaba con la sentencia, donde se limitaba la defensa del sindicado, se admitía el secreto, la tortura, donde todo era escrito; para dar paso al actual sistema, donde interviene activamente el Fiscal, en dos momentos de investigación y luego de acusación, todo lo cual es examinado por el garantista de las normas de derecho, que es el juez penal y posteriormente el Tribunal de Garantías Penales, quienes al concluir la audiencia de juicio, imponen la pena en la sentencia, desarrollándose de esta forma una verdadera estructura por roles, donde interviene el tripartito penal, la Fiscalía, Defensoría Pública y los Jueces.

El sistema acusatorio, se realiza en forma oral, el procedimiento es público y contradictorio, a diferencia del sistema inquisitivo,

donde todo era escrito. Actualmente mediante la oralidad se desarrollan todas las etapas del proceso penal; se inicia con la instrucción fiscal, mediante audiencias de “flagrancia” o “formulación de cargos”, donde el fiscal ejerce la acción penal y solicita las medidas cautelares y es el juez de garantías penales quien las dicta, ya sea éstas de carácter personal o reales, desarrollándose esta primera etapa del proceso penal, como las restantes, a través de audiencias orales, públicas y contradictorias, donde se fija, sustituye o revoca la prisión preventiva, se acepta caución, se suspende el procedimiento, se aplica el procedimiento abreviado o simplificado, entre otras; donde el juez escuchando a las partes procesales, puede tomar la decisión que corresponda.

Posteriormente, en la etapa intermedia, se celebra la audiencia preparatoria de juicio y formulación del dictamen fiscal, donde el juez desarrolla un rol importantísimo, cuidando que en el proceso no se produzcan nulidades, vicios de procedimiento, procedibilidad, cuestiones previas o de competencia; interviniendo en esta ocasión en primer lugar los procesados, quienes deben referirse a la existencia o no de dichos vicios de procedimiento, para continuar con la exposición oral del fiscal, mediante el dictamen, el mismo que debe contener todos los elementos de convicción de cargo y descargo, recopilados en forma objetiva en la instrucción fiscal, los que serán analizados por los procesados, pudiendo contradecirlos; y, finalmente el juez de garantías penales, emite la resolución, que podrá ser mediante auto de llamamiento a juicio o de sobreseimiento provisional o definitivo, del proceso y/o del procesado.

se convocará audiencia para la “enunciación de la prueba”, la que va a practicarse en la audiencia de juzgamiento, porque este sistema, exige igualdad de armas, es decir, que los sujetos procesales deben conocer previamente el tipo de prueba que van a introducir en el juicio, no pudiendo hacerlo con las excluidas, porque adolecen de eficacia jurídica y se impide el derecho a la defensa.

La tercera etapa, se celebra ante el tribunal de garantías penales, donde se realiza, a mi modo de ver, la audiencia más importante del proceso penal, (aunque todas tienen importancia), conocida como audiencia de juicio o de juzgamiento, la que también es oral, en presencia de todos los sujetos procesales -excluyendo las que se pueden juzgar en ausencia- en la que la Fiscalía General del Estado, abandona el rol de investigador y asume el de acusador, a nombre de la sociedad, para ejercer la pretensión punitiva, señalando en un primer momento los hechos, mediante la teoría del caso, como lo llama la doctrina.

Después de la intervención del fiscal, lo hace el acusador particular y culmina esta primera parte de la audiencia, con la exposición del procesado, quien a través de su defensa técnica, ya sea particular o representado por la Defensoría Pública, expondrá los hechos, desde su perspectiva, para contradecir los cargos, constituyéndose en un ejercicio profundamente estratégico, porque el relato debe ser coherente, claro, completo y creíble acerca de los hechos.

Luego, en la misma audiencia, se inicia la presentación de las pruebas, en el orden anotado, la que debe ser presentada y puesta al servicio de los juzgadores, a través de un relato, donde se expone, oralmente, lo

que realmente ocurrió y es precisamente en el que se presentan, en la práctica, la mayor cantidad de errores, porque nuestra cultura jurídica, siempre ha estado influenciada por una idea simplista de la verdad, asociada al procedimiento inquisitivo, como si la prueba “hablara por sí misma”, cuando en realidad es expresada de manera oral, por quien rinde el testimonio, debiendo con juramento, responder a las preguntas o examen que le haga la Fiscalía y/o acusador particular y al contraexamen, que en forma técnica, debe realizar la defensa del procesado; precisamente para que de estas preguntas y repreguntas se pueda extraer la verdad histórica de los hechos.

La prueba es fundamental en el proceso penal, no habla por sí sola, reitero, debe ser presentada al interior de un relato, ya que debe ser incorporada al proceso a través del testigo, no estamos sosteniendo que haya que inventarla, fabricarla o tergiversarla, por lo contrario debe ser real, donde prima la contradictoriedad y el enfrentamiento verbal de las partes, con lo que se brinda no solo celeridad, sino que los jueces tienen contacto con ella, desarrollándose el principio de inmediación con los testigos y los sujetos procesales, todo lo cual contribuye a mejorar el desarrollo del proceso y por ende la administración de justicia penal.

Concluida la prueba, se inicia el debate, que es el punto culminante de la audiencia de juzgamiento en el sistema oral, donde los sujetos procesales, con elocuencia jurídica, deben hacer conocer al tribunal, de qué forma se ha establecido la existencia del delito y la responsabilidad del procesado; o lo contrario, por parte de los procesados; para que los miembros del Tribunal de Garantías Penales, luego de la deliberación

correspondiente, en la misma audiencia, en forma oral, ante los sujetos procesales y el público presente en la sala de audiencia, puedan emitir la sentencia, que debe ser motivada y proporcionada, brindando con ello la tan ansiada seguridad jurídica que demandan, no solo los intervinientes de la Litis penal, sino la sociedad en general.

Para la implementación de los recursos de apelación y nulidad, luego de la sentencia, se debe celebrar otra audiencia, ante los jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial, en segunda instancia, quienes también conducirán el debate, que debe realizarse entre los sujetos procesales y en la misma audiencia emitirán, en forma oral, la sentencia de instancia, que también debe ser fundamentada y cumplir con las exigencias que contiene el artículo 304 del adjetivo penal.

Posterior a ello, se plantea el recurso extraordinario de Casación, para que un Tribunal de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, conozca en audiencia dicho recurso, en el que el recurrente debe fundamentarlo, justificando en forma técnica los “errores de derecho”, que pudiera contener la sentencia emitida por los tribunales de instancia, fundamentándolo en las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; recurso que no constituye una tercera instancia y sirve para realizar el control de la legalidad de la sentencia atacada, con la finalidad de evitar arbitrariedades; y, en la audiencia oral de casación, no se puede analizar el acervo probatorio, ya que ello es competencia de las Cortes Provinciales; existiendo la “casación de oficio”, cuando el tribunal establece, que aunque la fundamentación fuere equívoca, efectivamente existe

un error de derecho, que debe ser subsanado, corrigiendo el error y emitiendo la sentencia que corresponda.

El último recurso extraordinario que se puede intentar, en la etapa de impugnación, es el Recurso de Revisión, que lo plantea el sentenciado, en cualquier momento, luego de que se encuentre ejecutoriada la sentencia de condena, debiendo sujetarse a las causales establecidas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, constituyéndose este recurso extraordinario, en un verdadero juicio al juicio, porque lo que se trata es de que con prueba nueva, se destruya la cosa juzgada, es decir la prueba que sirvió al tribunal a quo para emitir la condena, estableciéndose el “error de hecho”.

Hemos tratado de hacer en el presente ensayo, un resumen de varias audiencias orales, que deben realizarse en el desarrollo del proceso penal, para destacar la excelencia de la oralidad y el beneficio que aporta para la administración de justicia, tornándola ágil y eficiente; es lo adecuado para el sistema penal y para las distintas materias que operan en el sistema de la administración de justicia; indicando que la palabra no solo debe ser expresada con elocuencia o sin sentido, debe estar sometida a la técnica y a la argumentación, respecto del caso concreto, con argumentos jurídicos creíbles y sustentados en las pruebas, no debe constituir un juego de palabras, que en nada aportan a la discusión jurídica, ya que con la oralidad estamos dejando atrás el sistema que abultaban innecesariamente los cuerpos del proceso, para abrir paso a la oralidad desarrollada en audiencias, donde lo fundamental es percibido por los sentidos de los jueces que integran el tribunal, por las partes procesales y por el público; en la

que el juez, aplicando las normas constitucionales, legales, procesales, la doctrina, como la jurisprudencia, podrá establecer fácilmente cuando se está faltando a la verdad, o cuando se lo pretende engañar, con argumentos que no tienen relación, con lo que es materia de la discusión procesal, por ello debemos recordar que el juez está preparado y en condiciones de darle la razón a quien la tenga.

El actual sistema, como lo hemos expresado, se fundamenta en el respeto a las normas y garantías constitucionales, a través del derecho a ser oído, para acceder a la justicia, en igual de condiciones y recibir la tutela judicial efectiva e imparcial, a través del debido proceso, para que la administración de justicia penal, se la aplique en forma uniforme, eficiente, con celeridad y economía procesal, haciendo que prime el principio de legalidad, del juez natural, la presunción de inocencia, la existencia de un solo proceso, la inviolabilidad de la defensa, mediante la aplicación de los principios de publicidad, inmediación, concentración, oralidad, contradicción y oportunidad.

Con todo ello, es evidente, que el juicio oral garantiza una mayor eficiencia y le da celeridad al proceso penal, en la medida que permite un desarrollo más ágil; le da más fortaleza y equilibrio al proceso, ya que lo conduce a que termine en un plazo razonable y le da credibilidad a la administración de justicia frente a la sociedad, evitando además que sectores inconformes acudan a mecanismos extralegales para hacerse justicia por su propia mano.

Consideramos que es con la oralidad donde podemos demostrar y hasta convencer sobre la teoría que estamos esgrimiendo

en un conflicto penal, porque no solo se utiliza el conocimiento que sobre el derecho debe poseer el abogado particular, el defensor público o el fiscal, sino que todos ellos, deben manejar en forma adecuada la doctrina, jurisprudencia y el procedimiento para que exista la contundencia debida en sus exposiciones, recordando que los jueces que los escuchan, también conocen las normas constitucionales y procesales, pero nada de ello les va a servir para convencer al Tribunal, si no lo expresa en forma adecuada, convincentemente y para ello deben perder el miedo escénico, debe tener dotes de orador jurídico, con inflexión y entonación de la voz en forma adecuada, deben poseer el lenguaje de las manos, es decir un cúmulo de conocimientos que antes, en el sistema escrito no eran necesarios, pero actualmente, cada día serán más y más obligatorios, lo que lamentablemente no se aprehende en las aulas universitarias, sino en la práctica diaria, por ello, el cúmulo de falencias que presentan los profesionales del derecho, salvo honrosas excepciones, cuando acuden a las audiencias, sin conocer sobre que deben tratar, perjudicando a su patrocinado.

Referente a las falencias, que en la práctica diaria de las audiencias, hemos detectado, reitero salvo honrosas excepciones, es que el profesional del derecho no se preparan, por ejemplo: en la audiencia de flagrancia o de formulación de cargos, se oponen al inicio de la instrucción fiscal y hasta al tipo penal escogido por la Fiscalía, cuando ello, es de competencia exclusiva del Fiscal quien posee el ejercicio de la acción penal; y, no se refieren a lo medular de la audiencia, que es la contradicción al pedido de la medida cautelar de la prisión preventiva, solicitando al juez, que no la otorgue, pero sin sustento jurídico-procesal, cuando en

realidad deben referirse, a los presupuestos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal.

Otro de los errores incurridos por la defensa técnica del procesado, es que en la audiencia preparatoria de juicio y formulación del dictamen fiscal, no logran establecer la existencia de vicios de procedimiento, los impedimentos superables e insuperables al ejercicio de la acción pública, la prejudicialidad, competencia, o las causas de nulidad, desperdiciando una valiosa oportunidad procesal; y luego de escuchar el dictamen fiscal, alegan incorrectamente alguna nulidad, cuando ya ha precluido.

Los errores más frecuentes, se presentan al momento de realizar el examen o el contraexamen a los testigos que se presentan en la audiencia de juzgamiento, sencillamente no saben realizar las preguntas, continúan con las taras del sistema anterior, indicando si es verdad y le consta tal hecho, cuando la forma de examinar ha cambiado con el sistema.

Al celebrarse la audiencia, en segunda instancia, por la interposición del recurso de apelación o nulidad, no lo hacen en forma técnica, ni amparados en lo que dispone la norma procesal, en los artículos 330 y 343 del Código de Procedimiento Penal; sencillamente se limitan a seguir sosteniendo, en forma errónea, que la Fiscalía no debía iniciar el proceso penal.

Pero también se presentan fallas en la conformación del tribunal de instancia, ya que se han presentado casos, en los que tres jueces presencian el desarrollo de la audiencia, pero otros jueces distintos son los que emiten la sentencia escrita, violándose

el principio de inmediación, por lo que se ha declarado la nulidad procesal. Peor aún, es cuando luego de realizar la audiencia, no se realiza la lectura oral de la sentencia, sino que directamente la notifican por escrito, rompiéndose el principio de oralidad y publicidad de la audiencia, evitando con ello la censura pública, lo cual constituye un error.

Más grave, es la falta de preparación para la audiencia de casación, ya que en materia penal, reiteradamente se refieren a la Ley de Casación, cuando deben sujetarse a las causales establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, y no llegan en la fundamentación del recurso extraordinario y técnico de casación, a establecer los “errores de derecho”, que puede contener la sentencia atacada, que es la emitida por el tribunal de instancia, refiriéndose por lo general a la sentencia del tribunal a quo, sin establecer cómo y de qué forma se produjo el error de derecho, por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación; ya que muchos de los defensores técnicos, se refieren a errores incurridos en la audiencia de flagrancia o de formulación de cargos, aduciendo sin sentido la falta de motivación, o la violación del debido proceso, sin explicarlo.

En la audiencia del recurso de revisión, no indican cuál de las seis causales que contiene el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, es la que invocan para sustentar el recurso, ya que con excepción de la sexta, las restantes requieren de prueba nueva, para poder destruir la cosa juzgada, por lo que la mayoría de los recursos

de revisión son desechados, por la falta de aplicación de los medios técnicos que se requieren. También equivocadamente, se refieren a la prueba actuada y examinada por los tribunales de instancia, para tratar de fundamentar el error de hecho, cuando ello técnicamente no corresponde.

Para concluir, me permito citar la obra de la colombiana Gloria Lucía Bernal Acevedo, en el Manual de Iniciación al Sistema Acusatorio, en cuya parte pertinente expresa: ...“Sin lugar a dudas Colombia está frente a su “Iniciación al Sistema Acusatorio”. Se emprende aquí un largo proceso que tendrá diversas circunstancias, por momentos avanzará con vigor hacia un pleno sistema acusatorio y otras veces sentirán que se retrocede hacia las formas más duras del sistema inquisitivo. Ello porque, esencialmente, el cambio de un sistema a otro requiere también un cambio en el pensamiento jurídico de los protagonistas del proceso judicial, (abogados, jueces, fiscales, investigadores, académicos, agencias de seguridad, peritos, etc.). Y es quizás ese cambio, el cambio mental, el más difícil de lograr. De allí que resulte importante conocer, no sólo la nueva legislación, sino también como se ha desarrollado el pensamiento jurídico a lo largo de la historia de la humanidad, para llegar hasta donde hoy estamos...”; porque precisamente ese cambio mental y de actitud en los operadores de justicia y de los abogados, es lo que necesitamos y demanda la sociedad y para ello, la preparación constante sobre las técnicas de la litigación oral, es importantísima para mejorar el funcionamiento del sistema de justicia, que a no dudarlo mejorará día a día. ❖

El Procedimiento Oral en Materia Penal



Dr. Marco Maldonado Castro

Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha

Sumario: 1. La oralidad como principio constitucional facilitador, integrador y optimizador de los principios procesales. **2. La oralidad como conjugación de los principios del sistema acusatorio penal.** 3. La oralidad en la redefinición y tendencia actual del proceso penal. **4. La oralidad como eje del nuevo modelo de gestión judicial.** 5. La oralidad como medio para la publicidad y transparencia. **6. Conclusiones y recomendaciones.**

1. La oralidad como principio constitucional facilitador, integrador y optimizador de los principios procesales.

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) promulgada el 20 de octubre de 2008 en el Art. 75 determina: “*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*”; en el Art. 76, numeral 7, literal h consagra al debido proceso como un derecho fundamental de las personas, integrado por una serie de garantías, entre ellas la defensa, la misma que faculta a las partes procesales a: “*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*”; en el Art.

168, numeral 6 dispone: “*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*”; y en el Art. 169 establece: “*El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades*”.

De ello se desprende que constitucionalmente, acorde al Art. 75 toda persona tiene el derecho a hacer valer sus legítimos intereses a través de la tutela judicial efectiva sujeta a los principios de inmediación, celeridad y

proscripción de la indefensión, lo que significa que el sistema judicial debe conducirse por canales o cauces que permitan la fluidez procesal; por ello el Art. 76, numeral 7, literal h determina que las partes para el ejercicio de su derecho a la defensa, se encuentran facultados a presentar y replicar argumentos, razones y pruebas no sólo de forma escrita, sino también verbalmente, con lo cual se incorpora a la oralidad como una primordial herramienta o mecanismo procesal; y en este sentido el Art. 168, numeral 6 establece a la oralidad como un principio de todo el sistema procesal para actuar diligencias mediante la exposición ágil y directa de las razones de los sujetos procesales; puesto que de este modo conforme el Art. 169, el sistema procesal se constituye en un verdadero sistema-medio para la administración de justicia, para la protección de los derechos y garantías de las partes litigantes, a las que no se les puede sacrificar la justicia por meras formalidades.

El Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) promulgado el 09 de marzo de 2009 por su parte en el Art. 18 dispone: “*El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades*”.

Como se puede apreciar esta disposición legal optimiza el contenido del Art. 168, numeral 6 y del Art. 169 de la CRE, ratificando

expresamente a la oralidad como un principio del sistema procesal, de tal forma que la oralidad además de constituirse en un canal o cauce, herramienta o mecanismo para la fluidez procesal, se erige también como un principio del sistema-medio de la administración de justicia para la conjugación y el cumplimiento de otros principios procesales.

La oralidad se consagra como un principio constitucional, puesto que a través de ella se procura alcanzar el máximo valor del Derecho, la justicia, que debe ser impartida de manera oportuna y plena, garantizada a través de las audiencias orales contradictorias en las que las partes ejercen a plenitud el derecho de acción y contradicción y el juzgador se forma criterio a través de la inmediación y resuelve con celeridad, es decir es un principio dado su valor jurídico y no una mera regla que regula un trámite.

La doctrina autorizada concibe que un principio constitucional tiene un valor superior y supedita a una regla normativa legal, así Luigi Ferrajoli expone: “*...los principios constitucionales ...limitan el abanico de las posibles opciones interpretativas, obligando a los jueces a asociar a las leyes únicamente los significados normativos compatibles con aquellos...*”¹; Gustavo Zagrebelsky indica que: “*...las reglas jurídicas que caen el ámbito de disponibilidad del legislador comenzarán a concebirse como una de las caras del derecho. Se establecerá como normal exigencia la de hacerla concordar con la otra cara, la de los principios contenidos en la Constitución...*”²; y Robert Alexy sostiene que: “*...los principios son mandatos de optimización ...las reglas son normas*”³.

¹ Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Debate sobre el Derecho y la Democracia*, traducción de Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 67

² Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 113.

³ Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p.95.

La oralidad es un principio mandatorio que debe cumplirse, pues no puede conceptualizarse como una simple regla o trámite que podría ser cambiado, ya que la finalidad constitucional es que los procesos en todas las materias se sustancien oralmente a fin de alcanzar el valor de una justicia oportuna y plena.

En definitiva la oralidad, se estatuye en un principio con un triple carácter, facilitador de las actuaciones procesales, integrador de los otros principios procesales, y optimizador de los postulados del sistema procesal garantista, que se correlacionan y reflejan en las audiencias públicas orales y contradictorias.

2. La oralidad como conjugación de los principios del sistema acusatorio penal.

El sistema acusatorio es el baluarte del proceso penal, que permite separar las funciones del fiscal como titular de la acción penal encargado de dirigir la investigación pre procesal y procesal criminal y su formal acusación; y el juzgador, facultado por imperio de la Constitución y la ley con su decisión a impartir justicia en todos aquellos asuntos sometidos a su competencia.

Siendo así, nuestro ordenamiento jurídico plantea que la manera idónea de obtener la información de calidad que nos conduce a la verdad procesal es desarrollando la prueba aportada por los litigantes bajo los principios del debido proceso (inmediación, publicidad, contradicción, celeridad, igualdad procesal, etc.), para que el órgano jurisdiccional, humanizando la justicia, mediante una interrelación directa entre el juzgador y el procesado o acusado (oralidad), tenga la menor carga posible

de error al momento de emitir sentencia; oralidad que como principio constitucional contemplado en el Art. 168, numeral 6, de la Constitución de la República: *“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”*, constituye el principio que desarrollado como una herramienta o mecanismo procesal conjugua a los demás principios procesales.

Por mandato constitucional, la propia legislación penal ecuatoriana y los convenios y tratados internacionales, de los cuales el Ecuador es suscriptor, se considera a la oralidad como un principio, sin embargo éste es el núcleo alrededor del cual giran los demás; sin oralidad no se aplicaría la inmediación (sin el diálogo directo de los intervinientes y del propio juez en la audiencia, no es posible percibir una tendencia); sin oralidad no se puede aplicar la contradicción (imposible rebatir la prueba de la contraparte, sino es mediante la argumentación verbal que fortalezca su teoría del caso); sin oralidad no puede existir publicidad (las tesis que esgrime la defensa en la audiencia de juicio a favor de su defendido, al ser pública solo es posible transmitirla a los asistentes por la expresión verbal de sus asertos).

Por ello es necesario establecer una conjugación y vinculación entre la oralidad con los principales del sistema penal acusatorio, más aun cuando la reforma al Código de Procedimiento Penal (CPP) promulgada el 24 de marzo de 2009, en el tercer artículo innumerado agregado luego del Art. 5 determina que se debe aplicar la oralidad en todas las actuaciones y etapas del procedimiento penal al disponer: *“Oralidad.- En todas*

las etapas, las actuaciones y resoluciones judiciales que afecten los derechos de los intervinientes se adoptarán en audiencias donde la información se produzca por las partes de manera oral”, así como en el Libro IV, Título Normas generales para las audiencias en el primer artículo innumerado agregado luego del Art. 205 establece que: “*Toda resolución que afecte a los derechos de las partes será adoptada en audiencia con sujeción los principios del debido proceso y al sistema acusatorio oral*”.

La oralidad con la inmediación.- La posibilidad de que en una audiencia oral de juzgamiento sea el juez quien se forme su propio criterio de la realidad procesal, por el vínculo de relación directa con el acusado y las partes procesales, al percibir con sus sentidos el comportamiento de cada uno de ellos, le permite en su fallo resolutivo abstraerse de comentarios de terceros y sólo evidenciar el resultado de la prueba que ha sido puesta a su conocimiento o disposición y en la mayoría de las infracciones que no son reservadas del público en general.

Al respecto el jurista alemán Claus Roxin, en su obra Derecho Procesal Penal manifiesta: “(...) I.- *El principio de oralidad indica que sólo el material procesal presentado y discutido oralmente ... puede constituir la base de la sentencia (...)* II.- *El principio de inmediación implica dos cosas distintas: 1. El Tribunal que dicta la sentencia debe observar por sí mismo (inmediación formal); en principio no puede dejar la recepción de la prueba a cargo de otras personas... 2.- El Tribunal debe extraer los hechos de la fuente, por sí mismo, es decir no puede utilizar equivalente probatorio alguno (inmediación material)...*”.⁴

Siendo la inmediación un principio que sustenta su éxito en la percepción de los sentidos del juzgador, su limitación se ve evidenciada precisamente en la limitación o falta de alguno de ellos; no es posible que el juez tenga una lesión permanente del oído, tenga problemas mentales u otros que restrinja su apreciación, ya que los resultados serían el reflejo de estas limitaciones; sin embargo para algunos tratadistas la ceguera no es impedimento de su labor y no rompe el principio de inmediación, sobre el tema Claus Roxin expone: “(...) 1. *Esto es indiscutible en el caso de un juez sordo; la falta de sentido del oído lo hace absolutamente inidóneo para el juicio oral. También es inadmisibles la participación de un juez enfermo mentalmente, ya que en su caso, no es posible una formación de la convicción en debida forma (...)* 2. *Se discute si la actuación del juez ciego lesiona el principio de inmediación. Por lo pronto la jurisprudencia más reciente lo ha permitido, en principio en tribunales colegiados, debido a que generalmente la facultad visual faltante está compensada por un estímulo de los demás sentidos; pero no debería regir, únicamente, cuando el Tribunal realiza, por sí mismo, observaciones ópticas (inspección ocular, boceto del lugar de los hechos). Sin embargo no se puede negar que de este modo, prescindiendo de los inconvenientes prácticos, se limita objetivamente las exigencias de la inmediación...*”.⁵

La oralidad con la contradicción.- El principio de contradicción garantiza a las partes poder debatir en la audiencia y refutar la prueba que perjudica a su teoría del caso, confrontando cada una de las actuaciones ya sea del Fiscal, del acusador particular de existir, o del acusado, y viceversa.

⁴ Claus Roxin, “Derecho Procesal Penal”, Tomo II, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p. 92.

⁵ Claus Roxin, “Derecho Procesal Penal”, Tomo II, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p. 106.

Este es otro de los principios del cual el juez puede sacar sus propias deducciones, pues el debate en su gran mayoría trasluce la intención de los litigantes y es a través de la contradicción donde se obtiene en forma transparente información de calidad.

Constitucionalmente el principio de contradicción es reconocido al disponerse en el Art. 76, numeral 4: *“Las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o la Ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”*; y en el Art. 76, numeral 7, literal h: *“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”*. Estos principios permiten oralmente a las partes contradecir la prueba actuada y demostrar al juez que las mismas han sido introducidas al proceso violando claros preceptos del debido proceso, lo que implicaría la nulidad de lo actuado.

Al respecto la jurista Celia Blanco indica: *“...El proceso penal contemporáneo implica una tensión permanente entre la eficacia del mismo y el respeto a las garantías individuales, especialmente con respecto al derecho a la defensa... pues uno de los elementos esenciales es la aportación de pruebas que sirvan al objetivo sostener una defensa activa en juicio, así como a controlar las pruebas de responsabilidad, el derecho de contra examinar los testigos...”*⁶

El derecho de defensa permite examinar la prueba, contradiciendo lo que se estima in-

justo, y asegurando desde el punto de vista de cada una de las partes, que la verdad procesal es la que ha sido legítimamente probada.

La oralidad con la concentración.— Permite que todas las actuaciones judiciales se realicen de manera ininterrumpida en un solo acto (audiencia única), optimizando así las actuaciones judiciales y afianzando sobre todo el principio de celeridad procesal para que la decisión no sólo sea el reflejo de las actuaciones probatorias, sino que éstas sean ágiles, oportunas y eficientes.

Fernando Martín Diz, profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Salamanca afirma: *“...La concentración, como principio procesal derivado de la exigencia de la oralidad, repercute en la eficiencia del proceso como exigencia de continuidad, como garantía de constancia y persistencia en el desarrollo de las audiencias en las cuales se ventilan las alegaciones de las partes y las pruebas que verifiquen los hechos que sustentan las pretensiones y resistencias esgrimidas...”*⁷

La oralidad con la igualdad procesal.— No es otra cosa que el trato equitativo que debe amparar a las partes dentro de la relación procesal, impidiendo que el juez actúe por afecto o desafecto de los litigantes, no se admite discriminación de ninguna naturaleza, pues la administración de justicia lejos de ser objetiva y que tenga como única premisa que las pruebas sean constitucional y debidamente incorporadas en el transcurso de la audiencia oral

⁶ Celia Blanco, “El Nuevo Proceso Penal en América Latina”, Ponencia al Congreso Internacional de Cultura y Sistema Jurídicos Comparados, p. 24, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa4/101s.pdf>.

⁷ Fernando Martín Diz, “Oralidad y eficiencia del proceso civil: ayer, hoy y mañana”, p. 5, disponible en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/pi2mar.pdf>

de juzgamiento, se transforma en el antijurídico reflejo condicionado del juzgador, siendo claro que viola derechos constitucionales y del debido proceso de los intervinientes al no permitir que actúen en igualdad de armas, y bajo las mismas reglas de comportamiento que asegure el respecto a los derechos constitucionales. La CRE determina en el Art. 76, numeral 7, literal c) el derecho del sujeto procesal a “*Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones*”.

La oralidad con la publicidad.- El CPP con excepción de la fase pre-procesal penal de la indagación previa que es reversada (Art. 215 inciso quinto) así como de las audiencias de juicio reservadas para los delitos comprendidos en los Títulos I y VIII del Libro Segundo del Código (Art. 255), a través de la incorporación al Libro IV del Título Normas generales para la audiencias, por medio de la reforma promulgada el 24 de marzo de 2009, consolida la publicidad pues toda resolución judicial en el proceso penal se debe adoptar en una audiencia oral y pública.

La publicidad como se refirió en líneas anteriores permite que la justicia socialice sus actuaciones con los mandantes, vinculando el ejercicio de la actuación jurisdiccional con los ciudadanos, en especial durante la realización de la audiencia de juzgamiento oral en la cual la presencia de las personas ya sean ajenas a la litis o que tengan interés en ella, en una sala de audiencias, son los vigilantes directos o indirectos del comportamiento de los juzgadores.

La publicidad tiene sus limitaciones, en el caso práctico, el Tribunal Penal no puede por temor a que se produzcan incidentes limitar la presencia del público, o eliminar las

sillas para que tomen asiento, sino que se debe esperar que los incidentes sean palmarios para que por orden del Juez Presidente conmine que de continuar con aquel comportamiento mandará a desalojar la sala, lo que en ocasiones es necesario a fin de resguardar el normal desarrollo de la audiencia, precautelando de esta manera la celeridad procesal, pues puede darse el caso que los inconvenientes sean planificados para retardar la administración de justicia.

La oralidad con la celeridad.- Este principio consagra el derecho de las personas al acceso a una justicia pronta, diligente y oportuna, siendo consecuente con este acertado criterio, el aforismo de que “*La justicia que tarda no es justicia*”, lo que implica que la solución de los conflictos generados en la convivencia social deben ser atendidos en un tiempo prudencial, a fin de evitar la tardanza en la sustanciación de las causas, y una injustificada privación de libertad que deviene en excesiva cuando se encuentra fuera del plazo constitucional.

La oralidad afianza en gran medida esta justa intención, prevaleciendo por ejemplo para las personas privadas de la libertad la garantía de que su situación jurídica se resuelva en un plazo razonable, esto es en un año en los delitos sancionados con reclusión, y de seis meses, en aquellos reprimidos con penas de prisión, a través de la figura constitucional de la caducidad de la prisión preventiva.

La celeridad procesal conjugada con los demás principios no sólo que tutela los derechos de las partes, sino que permite asegurar la confianza de la ciudadanía en los operadores de justicia, sin caer en el error de homologar celeridad con apresuramiento, que por

el contrario implicaría que los procesos concluyan en sentencias inmotivadas y por ende viciadas de nulidad.

3. La oralidad en la redefinición y tendencia actual del proceso penal.

En la actualidad se debate sobre la redefinición del proceso penal, lo que implica superar la concepción tradicional de considerarlo meramente como una sucesión de actos y etapas procesales tendientes a la aplicación de una sanción penal, para situarlo como un medio para la canalización de los problemas sociales que ameriten realmente la intervención penal.

El mantenimiento de la conceptualización de que todo problema social debe encontrar solución en el proceso penal, ha contribuido lamentablemente a generar en la ciudadanía muchas veces insatisfacción, por cuanto no ha recibido del sistema judicial la respuesta que esperaba, sin considerar si es que realmente ameritaba la intervención penal, que es rechazada precisamente por cuanto no contaba con procedibilidad, de lo cual están conscientes profesionales incorrectos que desde el ámbito de sus funciones han obtenido beneficios de la distorsión de los hechos que ha llevado a su indebida judicialización en el ámbito penal.

Por lo tanto cabe la redefinición del proceso penal para conceptualizarlo como una opción legítima y válida cuando es necesaria y procedente, en cuyo caso el sistema judicial constituye la canalización jurídica y racional para la solución de esta problemática, lo cual coadyuva al mejoramiento de las relaciones sociales y

de la percepción ciudadana sobre el sistema judicial, pues éste ha garantizado un proceso justo y oportuno que se ha instaurado cuando fue lo procedente.

En este contexto cabe mencionar la existencia de dos marcadas tendencias sobre la finalidad y naturaleza del proceso penal, por una parte la del *Derecho Penal Garantista* que pretende garantizar tanto al procesado como a la víctima un debido proceso que asegure sus derechos y garantías que ha sido instaurado como “última ratio” y expresión del “derecho penal mínimo”; y por otra parte el *Derecho Penal del Enemigo* que se ha encaminado a aumentar el poder punitivo, al considerar que la sociedad vive en constante “peligro” que debe combatirse mediante la represión a los “enemigos” sociales.

En este sentido, la doctrina garantista señala que el juez debe proteger, resguardar y velar el cumplimiento de los derechos y garantías, puesto que como sostiene el constitucionista italiano Luigi Ferrajoli: “...las garantías en efecto -todas las garantías, desde las penales de la taxatividad, materialidad, lesividad y culpabilidad hasta las procesales de presunción de inocencia y del contradictorio- no son más que las técnicas encaminadas a minimizar la violencia y la potestad punitiva; es decir, a reducir lo más posible la esfera de los delitos, los espacios de arbitrio judicial y la afflictividad de las penas...”⁸

Además el penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni hace referencia a la existencia de una agencia criminalizante secundaria que no respeta la verdad de los hechos, lo cual debe ser limitado mediante los principios de legalidad, respeto histórico de lo prohibido y de lesividad, al exponer: “(...)

⁸ Luigi Ferrajoli, “Garantías y Derecho Penal”, Punto 1. Garantismo y Derecho Penal Mínimo, en Juan Oberto Sotomayor Acosta (coord.), “Garantismo y Derecho Penal”, Bogotá, Editorial Temis, 2006, p. 6.

El saber jurídico-penal (derecho penal), partiendo de datos falsos sobre hechos sociales, pero rechazando cualquier corrección de éstos por parte de las ciencias sociales acepta la naturalidad de la criminalización secundaria... Como resultado de esta construcción no respeta la realidad del poder, el discurso que la enuncia se erige en legitimante de un poder que no es jurídico sino... paralelo y también subterráneo (ilícito)... (...) Principio de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido... La legalidad es un principio que sirve para garantizar la limitación del ámbito de programación criminalizante, y no puede revertir su sentido convirtiéndolo en un argumento de extensión inusitada... (...) Principio de lesividad. Esta opción constitucional se traduce en el derecho penal en el principio de lesividad según el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico...⁹

En contraste el autor alemán Gunther Jakobs, a quien se le atribuye la reafirmación del Derecho Penal del Enemigo, plantea una especie de maximización de penalización de las conductas al exponer la posibilidad de que la punición se exprese en decretos, reglamentos y leyes penales en blanco: *“...La ley en el sentido del principio de legalidad es toda norma jurídica escrita (Starck) bien se trate de una ley formal, de un reglamento o de un decreto (BVerfG). En los reglamentos y decreto, la ley de delegación tiene que estar concretada “en su contenido, objetivo y medidas” de modo que para el ciudadano sean previsibles los presupuestos de punibilidad y la clase de pena ya a partir de la delegación y no sólo a partir*

del reglamento que en ella se apoya (BVerfG) (o decreto). En las leyes en blanco, pues la propia ley en blanco (u otra ley formal) debe perfilar los presupuestos de la punibilidad, así como determinar la clase de pena (BVerfG), siempre que las normas de complementación a su vez no sean leyes formales...”¹⁰

El sistema acusatorio penal ecuatoriano es de corte garantista, pues así se encuentra consagrado constitucional y legalmente, la CRE por una parte en el Art. 77 determina: *“En todo proceso penal en que se haya privado de libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas”,* habiéndose agregado como resultado del último referéndum popular cuyos resultados fueron promulgados el 13 de julio de 2011, una enmienda constitucional a su numeral 1, por la cual se debe velar también por *“el derecho de la víctima del delito a una justicia, pronta, oportuna y sin dilaciones”;* por otra parte en el Art. 195 dispone que: *“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”;* y finalmente en el Art. 132 numeral 2 prescribe la denominada reserva de ley en materia penal al señalar: *“Se requerirá de ley en los siguientes casos: 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes”,* por lo que sólo por medio

⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, 2005, pp. 24-25, 104.

¹⁰ Gunther Jakobs, “Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación”, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1997, p. 89.

de ley, se puede establecer infracciones y sus sanciones penales, mas no mediante remisión a decretos, reglamentos o “leyes penales en blanco”.

El CPP por su parte establece también en los artículos innumerados incorporados luego del Art. 5 mediante reforma promulgada el 24 de marzo de 2009, a los principios del debido proceso, el contradictorio, la oralidad, y el de mínima intervención, al siguiente tenor: “Art. ...- Debido proceso.- Se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos. Art. ...- Contradictorio.- Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. El juez resolverá con base a los argumentos y elementos de convicción aportados. El juez carecerá de iniciativa procesal. Art. ...- Oralidad.- En todas las etapas, las actuaciones y resoluciones judiciales que afecten los derechos de los intervinientes se adoptarán en audiencias donde la información se produzca por las partes de manera oral. No se excluye el uso de documentos, siempre que estos no reemplacen a los peritos y testigos, ni afecten a las reglas del debido proceso y del principio contradictorio. Queda prohibida la utilización por parte de los juzgadores de elementos de convicción producidos fuera de la audiencia o contenidos en documentos distintos a los anotados en el inciso anterior, salvo las excepciones establecidas en este Código. Art. ...- Mínima intervención.- En la investigación penal, el Estado se sujetará al principio de mínima intervención. En el ejercicio de la acción penal se prestará especial atención a los derechos de los procesados y ofendidos.”

Estos principios garantistas orientan la etapa pre-procesal de la indagación previa, y las etapas procesales de la instrucción fiscal, la audiencia preparatoria de juicio en la que se emite el dictamen fiscal que puede ser acusatorio o abstentivo, y la audiencia de juzgamiento que opera sólo ante acusación fiscal, en cada una de las cuales se debe garantizar al procesado y a la víctima sus derechos y garantías constitucionales a través de la confrontación de cargos y descargos.

El proceso penal ecuatoriano es acusatorio y en él que se distingue los roles del juez y del fiscal, así se configura y explicita el aforismo de que “sin acusación no hay juicio”, por el cual doctrinariamente según Manuel Jaén Vallejo: “...nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él, evidentemente por persona distinta a quien tenga la función de juzgar, una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria...”.¹¹

Es así que a través de la oralidad del sistema penal acusatorio se produce la conjugación de los derechos, garantías y principios, puesto que el juzgador penal forma su criterio y convicción razonada, sobre la base de las exposiciones orales en las audiencias públicas y contradictorias, en especial durante la realización de la audiencia de juzgamiento penal, orientándolo a resolver apegado a la juridicidad y a la estricta legalidad, esto es a una fuente ampliada del Derecho integrada por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley que establecen límites formales y vínculos sustanciales para el ejercicio jurisdiccional.

¹¹ Manuel Jaén Vallejo, “Acusación e investigación en el sistema procesal penal español”, en “Derecho Procesal Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 101-102.

En este punto se debe considerar que siguiendo a la doctrina garantista, acorde a Luigi Ferrajoli existe: “(...) *la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos... que podemos llamar principio de estricta legalidad o de legalidad sustancial o sea el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales contenidos en las Constituciones (...)* Esta ya no es sólo mera legalidad condicionante sino asimismo estricta legalidad condicionada por vínculos que también son sustanciales relativos a sus contenidos y significados...”¹²

En definitiva en el sistema penal acusatorio de corte garantista, el juez a través de las audiencias públicas, orales y contradictorias, más que un mero operador procesal, se erige en garante de las normas y los derechos de las partes, tanto del procesado cuanto de la víctima, puesto que sobre la base de la argumentación que efectúa cada sujeto procesal en las audiencias se asegura la igualdad de armas y el juzgador se inteligencia de modo directo de las fundamentaciones y la teoría del caso.

De ello se desprende que las audiencias orales, públicas y contradictorias del sistema penal acusatorio permiten concretar los postulados del garantismo penal que consagran los principios de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido, lesividad y mínima intervención, en garantía de los derechos del procesado a un juicio justo y de la víctima a una justicia oportuna y plena, con apego a la estricta legalidad y la juridicidad que proscriben la extensión punitiva por medio de la remisión a decretos, reglamentos y “leyes penales en blanco”.

4. La oralidad como eje del nuevo modelo de gestión judicial.

El tratadista mexicano Miguel Carbonell realiza la interconexión entre la oralidad y los principios de contradicción, concentración e intermediación, exponiendo que es necesario que el juez tenga un conocimiento más cercano del caso más allá del “frío expediente” formado sobre el asunto, y planteando en perspectiva la conformación de judicaturas con infraestructura adecuada “tipo modelo”, y la extensión de la oralidad a todas las materias, así: “(...) *El principio de contradicción significa, entre otras cuestiones que todo lo que se aporte al juicio puede ser objeto de refutación y que las partes tendrán a su disposición los mismos elementos para demostrar que les asiste la razón... (...)* El principio de concentración supone que la mayor parte de los actos procesales se van a realizar en una sola audiencia (idealmente) o en un número muy reducido de actuaciones procesales, lo que va a permitir que el proceso se abrevie lo más posible... (...) El principio de intermediación indica que el juez debe estar presente en la audiencia y dicha presencia debe ser obviamente física y no remota y además debe ser continua... De esta manera tendrán un conocimiento más cercano del caso y no podrán emitir sus fallos con la única guía de un frío expediente... la realización del principio de intermediación requiere, para empezar que se cuente con la infraestructura que permita, con la comodidad y dignidad debidas para el desarrollo de los correspondientes actos rituales, la presencia física de las partes y del público que quiera observarlos ... (...) Se trata sin duda de una inversión considerable, pero sin la cual las audiencias seguirán siendo los ejercicios de simulación... Tanto las salas de audiencia de juicio oral, como las salas para la justicia alternativa, son espacios físicos

-entre otros- que forman parte de los “edificios tipo modelo”... Es probable que, en un futuro no muy lejano, los juicios orales se apliquen a materias distintas de lo penal...”¹³

En el Programa de Reestructuración del Sistema Judicial se señala que: “El propósito fundamental es que las juezas y los jueces se dediquen únicamente al ejercicio de sus competencias y no a tareas administrativas. La implementación de la Oralidad y el Nuevo Modelo de Gestión permitirán reducir los tiempos de tramitación y digitalizar las causas (cero papeles)”.¹⁴

Enfatizándose en este sentido que el Modelo de Gestión para los Órganos Judiciales: “Se basa en tecnología de punta con implementación del Sistema de Justicia 2.0 que ofrece los siguientes beneficios: Código único de identificación jurídica; Digitalización de escritos; Registro automático de citaciones y notificaciones; Expediente digital; Consultas electrónicas. El modelo de gestión establece: tipos de juzgados según el número de jueces, con unidades administrativas para mayor eficiencia, separando así las funciones jurisdiccionales de las administrativas. Cada juzgado contará con un administrador y las unidades judiciales de tamaño mediano y mayor tendrán un juez coordinador”.¹⁵

Es así que la Estructura Básica de la Unidad Judicial contempla: “Procesos Gobernantes: Gestión de juzgamiento; Gestión administrativa: Procesos Agregadores de Valor. Audiencias. Procesos Habilitantes: Asesoría: Gestión jurídica,

Gestión técnica, Gestión de custodia y ejecución de órdenes judiciales; Apoyo: Gestión de organización y control de la unidad judicial, Gestión de información e ingresos, Gestión de control de la documentación, Gestión de seguridad integral, Gestión de administración de valores, Gestión tecnológica, Gestión de citaciones y notificaciones, Gestión de audiencias y salas, Gestión de testigos y peritos”.¹⁶

El Plan Estratégico de la Función Judicial del Ecuador 2013-2019 para el desarrollo permanente del sistema de justicia al servicio de la ciudadanía, establece que como parte de las estrategias para cumplir el Objetivo Estratégico 1 de asegurar la transparencia y calidad en la prestación de los servicios de justicia: “...Establecer mecanismos que permitan generar mayor eficiencia, eficacia y efectividad en la administración de justicia que aporten a mejorar la calidad del sistema: 1.1. Implementar el nuevo sistema procesal en el país; 1.2. Diseñar y ejecutar el plan de implementación de la oralidad procesal; 1.3. Promover la adecuada aplicación de la prisión preventiva, sus medidas sustitutivas y la calificación de flagrancias... 1.9. Fortalecer y mejorar la gestión de audiencias y el despacho de causas”.¹⁷

Es decir el Nuevo Modelo de Gestión estructurado sobre la base de Unidades Judiciales, tiene como propósito consolidar la dedicación exclusiva de los juzgadores a las tareas jurisdiccionales, implementar la oralidad procesal y reducir los tiempos de

¹³ Miguel Carbonell, “Los juicios orales en México”, México, Editorial Porrúa, 2010, pp. 135, 138, 139, 140, 177.

¹⁴ Disponible en: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/programa-reestructuracion/modelo-de-gestion.html>

¹⁵ Disponible en: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/193>

¹⁶ Disponible en: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/38-institucion/233-estructura-basica-de-la-unidad-judicial-o-juzgado-unico>

¹⁷ Disponible en: http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/saladeprensa/multimedia/index.php?option=com_flippingbook&view=book&id=10:plan-estrategico-de-la-funcion-judicial&catid=1:default-category&tmpl=component, p. 21.

tramitación, dotándoles de la infraestructura adecuada, siendo la oralidad debido a su triple carácter facilitador, integrador y optimizador el eje del nuevo diseño procesal, como se evidencia en las Unidades con Competencia en Delitos Flagrantes que despachan con celeridad y apego al debido proceso.

La oralidad encuentra también en la tecnología un soporte fundamental para el despacho y registro de actuaciones procesales en la tendencia de pasar del expediente escrito al expediente electrónico como expresión de la justicia cero papeles.

En esta línea nuestro sistema judicial en el Art. 147 del COFJ promulgado el 09 de marzo de 2009 autoriza la práctica de diligencias procesales por medios electrónicos, informáticos, telemáticos o virtuales; así como específicamente en materia penal en el artículo innumerado incorporado luego del Art. 254 del CPP mediante la reforma promulgada el 24 de marzo de 2009 faculta la realización de la audiencia de juicio penal vía videoconferencia¹⁸; y técnicamente en el *Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano SATJE* se ha habilitado la herramienta de registro y seguimiento de medidas sustitutivas a la prisión preventiva y procedimientos alternativos.¹⁹

5. La oralidad como medio de la publicidad y transparencia.

La CRE en el Art. 76, numeral 7, literal d) consagra el principio de publicidad de las actuaciones procesales por el cual: “*Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento*”, postulado del sistema judicial que se inserta en la prestación con calidad, eficiencia y transparencia de un servicio público que según el Art. 227 “*constituye un servicio a la colectividad*”.

El COFJ en el Art. 13 establece el principio de publicidad al siguiente tenor: “*Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente. No podrán realizarse grabaciones en video de las actuaciones judiciales. Se prohíbe a las juezas y a los jueces dar trámite a informaciones sumarias o diligencias previas que atenten a la honra y dignidad de las personas o a su intimidad*”.

Según la doctrina autorizada la publicidad es un principio primordial de la administración de justicia, así el constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli, precursor del

¹⁸ COFJ.- Art. 147.- Validez y eficacia de los documentos electrónicos.- Tendrán la validez y eficacia de un documento físico original los archivos de documentos, mensajes, imágenes, bancos de datos y toda aplicación almacenada o transmitida por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, ópticos, telemáticos, satelitales o producidos por nuevas tecnologías, destinadas a la tramitación judicial, ya sea que contengan actos o resoluciones judiciales...

CPP.- Artículo innumerado incorporado luego del Art. 254. Art...-Por razones de seguridad o utilidad procesal, y en aquellos casos en que sea imposible o gravosa la comparecencia de quien deba intervenir en la audiencia del juicio como acusado, testigo o perito, el tribunal de garantías penales podrá disponer, de oficio o a petición de parte, que la intervención de tales personas se realice a través de videoconferencia u otros medios técnicos semejantes...

¹⁹ Manual de Usuario, Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano SATJE, Justicia Electrónica, Versión 2013.01.03.1, pp. 25-27.

garantismo judicial, expone que la publicidad asegura el control interno y externo, así como la opinión pública sobre la actividad judicial al exponer que la publicidad: “...asegura el control tanto externo como interno de la actividad judicial. Conforme a ella, los procedimientos...tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública...”²⁰

En tanto que el autor mexicano Miguel Carbonell señala que la publicidad genera confianza ciudadana, inhibe la corrupción, propicia el escrutinio y rendición de cuentas y “visibiliza” la administración de justicia al señalar: “(...) La publicidad actúa en beneficio de la recta impartición de justicia, inhibe la corrupción, mantiene a las partes en un estado de mayor igualdad y convoca a una mejor rendición de cuentas... (...) La publicidad de las actuaciones judiciales da confianza a los usuarios...pues de esa manera los ciudadanos pueden ver como se está administrando justicia...(...) La publicidad procesal permite por otra parte que la opinión pública pueda desarrollar un escrutinio permanente sobre las tareas judiciales... (...) el incremento de la publicidad...con todo lo que implica en términos de rendición de cuentas, de supervisión ciudadana y de mejoramiento a partir del seguimiento puntual... son elementos que nos van a permitir contar con un sistema...que sea más público y menos privado u oculto... ya que creemos que una de las causas de la gran corrupción...se debe a la opacidad...(...) La mayor visibilidad del sistema puede generar una mayor confianza de los usuarios y de la ciudadanía en general, ya que se suele desconfiar de lo que no conoce ni puede verse cotidianamente...”²¹

En este sentido en el Plan Estratégico de la Función Judicial del Ecuador 2013-2019 para cumplir el Objetivo Estratégico 1 se establecen como estrategias: “...1.4. Implementar mecanismos de publicidad de los fallos judiciales y de los procesos de la carrera judicial...1.7. Diseñar e implementar un sistema de evaluación de la calidad de los servicios judiciales y erradicar la corrupción en el sistema de justicia...”²²

6. Conclusiones y recomendaciones.

6.1. La oralidad como un cauce o canal para la fluidez procesal desarrollada a través de audiencias públicas contradictorias, es una herramienta o mecanismo efectivo para reflejar si la administración de justicia se está prestando como un servicio a la colectividad con calidad, eficiencia y transparencia, a través de un nuevo modelo de gestión judicial implementado para simplificar los trámites judiciales, reducir los tiempos procesales, y priorizar la tarea jurisdiccional a cargo de los juzgadores descongestionando las tareas administrativas que pasan a estar a cargo de un administrador que organiza las gestiones de ingreso, coordinación, audiencias y notificaciones.

6.2. La oralidad es un principio constitucional y no una mera regla normativa de trámite, dado su triple carácter de facilitador, integrador y optimizador de los otros principios procesales, en especial de la contradicción, concentración e inmediatez, que permite al juzgador formarse criterio directo de las exposiciones verbales y

²⁰ Luigi Ferrajoli, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, p. 616; citado por Miguel Carbonell, “Los juicios orales en México”, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 128.

²¹ Miguel Carbonell, “Los juicios orales en México”, México, Editorial Porrúa, 2010, pp. 128, 129, 188.

²² Disponible en: http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/saladeprensa/multimedia/index.php?option=com_flippingbook&view=book&id=10:plan-estrategico-de-la-funcion-judicial&catid=1:default-category&tmpl=component, p. 21.

aporte probatorio de los sujetos procesales, que actúan con igualdad procesal en el ejercicio de sus derechos.

6.3. La oralidad dentro del proceso penal acusatorio, tiene como sustento el respeto a las garantías del debido proceso y a la tutela judicial efectiva; lo que es posible únicamente cuando de forma indefectible se conjugan y fusionan cada uno de los principios procesales a favor de quienes constituyen los protagonistas en la audiencia pública de juzgamiento oral, en la que se debe plasmar además los postulados del garantismo penal, en garantía de los derechos del procesado a un juicio justo y de la víctima a una justicia oportuna y plena, con apego a la estricta legalidad y a la juridicidad que proscriben la extensión punitiva por medio de la remisión a decretos, reglamentos y “leyes penales en blanco”.

6.4. La oralidad proporciona a través de la publicidad, la confianza ciudadana en la administración de justicia, que no está ocul-

ta sino que se muestra “visible”; coadyuvando al control interno y externo del sistema judicial, activado por parte de los usuarios y de los órganos de control de la administración pública; fortaleciendo la erradicación de la corrupción; permitiendo el escrutinio público de las actuaciones judiciales, la opinión pública y la rendición de cuentas del sistema de justicia.

6.5. La oralidad debe ser consolidada a través de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, garantizando que la parte procedimental constante en el Libro II Procedimiento, concrete la celeridad, reduciendo la tasa de congestión, los tiempos procesales y la carga procesal.

6.6. La oralidad debe ser fortalecida dotándola de un adecuado soporte tecnológico para el despacho de diligencias virtuales y el registro de actuaciones procesales que permitan pasar de una justicia escritural a una justicia cero papeles. ❖

Los Principios de Objetividad e Investigación Integral en la Investigación Fiscal.



Dr. Alejandro Arteaga García
Conjuez de la Corte Nacional de Justicia

En el sistema acusatorio oral, la fase de investigación se encuentra bajo la dirección exclusiva del Fiscal. Por ser su responsabilidad, debe promover todos los actos o diligencias tendientes a descubrir el delito, es decir recogiendo los llamados elementos de convicción, que serán luego convertidos en elementos probatorios; para que sean analizados durante la audiencia de juicio y que servirán además para crear, como bien dice la norma procesal, la convicción en el juez para sustentar el fallo.

Esta posición nos lleva al efecto de aplicación del principio de contradicción; claro, si durante el juicio, aplicamos la oralidad, la concentración, la inmediación, en lo que se refiere a los elementos probatorios, aplicaremos la contradicción.

Virtud de lo anterior, durante la fase de indagación previa, y también durante la de instrucción fiscal; el Fiscal como titular de la investigación, debe emprender una estrategia investigativa, tendiente a recabar los elementos que servirán de prueba para sustentar su teoría del caso, y en efecto, sostener motivadamente la acusación.

Cuán importante es la investigación de la fiscalía, que solo a partir de ella, pueden

producirse y establecerse la evidencia o elementos probatorios, con la práctica de las diligencias o actos; pues conforme el sistema acusatorio oral, durante la audiencia de juicio no se podrá introducir ningún otro elemento (prueba) que no haya sido recogido durante la fase de indagación e Instrucción fiscal; ya que carecerán de eficacia probatoria.

Conforme lo anterior, y de acuerdo con lo que señala el Art. 26 del Código de procedimiento penal, el Fiscal que, como resultado de la indagación pre procesal o por cualquier otro medio, hallare fundamento para imputar a persona determinada la participación en un delito de acción penal pública, iniciará la instrucción. Con esto sabemos la importancia de la investigación y como ya manifestamos, la misma debe ser estratégica y tender a encontrar la prueba que de manera congruente justifique la materialidad y de igual o mejor manera que justifique la responsabilidad del sospechoso - procesado.

Es importante resaltar que este acopio de indicios, siempre se hará respetando las garantías del debido proceso previstas en la Constitución; tal como la obtención de pruebas, que debe ser lícita, so pena de ser

excluida del juicio o que acarree nulidad, es por esta razón que las limitaciones a los derechos fundamentales estarán controladas por el Juez de Garantías.

El Art. 65 del Código procesal penal establece que el Fiscal, entre sus funciones, cuando ejercita la acción penal en los delitos de acción pública, tiene que intervenir como parte en todas las etapas del proceso; y dentro de estas debe actuar con objetividad, lo que significa que no solo debe preocuparse por aceptar elementos de cargo, sino que debe atender la correcta comprobación de los mismos y por ende debe prever las circunstancias de descargo del procesado, basados en el principio de presunción de inocencia. Quiere decir que termina siendo obligatorio investigar lo desfavorable y lo favorable a los intereses del imputado y demás intervinientes en el proceso, siempre garantizando el respeto a los derechos fundamentales del investigado.

Sobre este punto, debe quedar claro que el principio de objetividad que rige las actuaciones de la Fiscalía General del Estado, se encuentra ligado a los de verdad y lealtad procesal que contiene nuestro Código Orgánico de la Función Judicial.

Las actuaciones de las partes dentro de la fase investigativa o etapas procesales, hasta la impugnatoria, deben ser realizadas atendiendo a la verdad y lealtad procesal, no solo en cuanto convengan para sí mismas; pues no sería objetivo decir que la Fiscalía se relaciona exclusivamente con el ofendido o acusador particular; o que, la defensa base su estrategia, únicamente, en la relación con el imputado. No es este, el mecanismo de la objetividad.

tra en la correcta actuación de Fiscalía con todos los intervinientes; porque, la Fiscalía no trabaja para un individuo en concreto, sino para la sociedad toda y para su tranquilidad, otorgando con sus actuaciones, seguridad jurídica y velando por democratizar su actividad hasta el punto de lograr el equilibrio y el perfecto resultado que coadyuve a la Tutela Judicial Efectiva.

Esto significa que la Fiscalía no debe guardarse ningún elemento proveniente de la investigación, aun cuando considere, que tal sigilo, por sí mismo, favorecerá su estrategia de acusación; deberá poner siempre a disposición, de las partes intervinientes, todo cuanto haya recabado; esta actividad, permitida por los principios de publicidad y contradicción, logra resultados en esencia objetivos, pues sirven para sanear las imperfecciones que podrían surgir de una investigación sesgada; que finalmente puede llevar al fracaso del proceso y juicio.

Ejercicio de la objetividad e investigación integral en el Sistema Procesal.- La transición del sistema inquisitivo al acusatorio oral, provoca un cambio de paradigmas, en cuanto a la objetividad en la investigación de la Fiscalía; puesto que este principio se lo vinculó con la idea de la imparcialidad, propia de los jueces.

Actualmente, con el nuevo paradigma, este principio se vincula, mucho más, a estándares de profesionalismo, buena fe, lealtad y al derecho que la defensa tiene de aprovechar la actividad investigativa del Estado, para el ejercicio de una buena defensa.

Es decir, no se trata que el fiscal no pueda adoptar posiciones estratégicas, sino que en la ejecución de ellas se compromete de acuerdo con estándares mínimos que

permitan que el imputado pueda utilizar la información que el propio Estado produce en su favor o evitar que en ese posicionamiento estratégico el fiscal afecte reglas básicas de juego justo en contra del imputado.

Ahora bien, el Fiscal siempre tendrá como norte la preparación de un caso con miras a un juicio oral, y sobre esa base fijará las estrategias de investigación, sin que ello signifique que pueda ocultar información a la defensa, en tanto que, el defensor también podrá realizar una investigación paralela que, eventualmente, le permita desvirtuar la acusación que pesa sobre su representado, teniendo la posibilidad de utilizar los elementos acopiados por la Fiscalía General del Estado.

Para la administración de justicia Colombiana, un elemento esencial que debe analizarse en las sentencias, es si durante la tramitación del juicio se ha justificado la aplicación del principio de investigación integral; encontramos que en muchas sentencias de casación se verifica o se acusa que la misma se dictó en un juicio viciado de nulidad por desconocimiento del principio de investigación integral.

En el Ecuador, el Art. 282 del Código Orgánico de la Función Judicial establece como función del Fiscal, dirigir y promover, la investigación pre procesal y procesal penal. Esta facultad, conlleva a que el Fiscal ejercite la actividad en garantía no solo de los derechos del ofendido, sino de los derechos del procesado; incorporándose, como ejercicio de la función investigativa, toda la prueba obtenida en aplicación de los principios de contradicción e investigación integral.

Esto soporta que exista prueba, pero no cualquier prueba o mucha o poca prueba,

sino la necesaria. La fiscalía tiene la obligación de establecer la congruencia de la prueba al momento de la investigación fiscal, es decir que sea apropiada, para que pueda realizar el reproche fiscal para la materialidad y de igual manera obtener la prueba apropiada para el reproche de que el procesado es responsable.

La fiscalía debe procurar continuidad en la investigación, enfocando advertir las omisiones sustanciales en las que podría incurrir la investigación, más que nada en lo que corresponde a justificar la vinculación del procesado, sin esto podemos caer en la violación al derecho de defensa y la violación al principio de investigación integral.

La ausencia de prueba que transgrede el principio de investigación integral, puede viciar de nulidad el juicio.

Una fase indagatoria sin investigación integral la convierte en un acto meramente formal, ya que no contempla las pruebas que debieron practicarse, es decir que dejaron de actuarse, de las cuales nace la aptitud probatoria, esto es que contengan trascendencia para demostrar que el acto es antijurídico. En esto tenemos que la trascendencia de la prueba obtenida sea sustento para justificar la lógica del fallo. Quiere decir que el solo hecho de practicar prueba no significa que la investigación cumplió su cometido, sino que esa prueba obtenida durante la investigación, tenga la fuerza y congruencia suficiente para no desacreditar el fallo judicial.

La Corte Colombiana considera: *“la violación a la investigación integral, como elemento garantizador de la verdad procesal que conduce a la invalidación de lo actuado, debe suponer forzosamente que el funcionario judicial se ha negado en forma arbitraria a disponer la práctica*

de pruebas determinantes para el proceso o cuando por inercia investigativa elude la averiguación de aspectos relevantes”¹

La Fiscalía está obligada a recolectar tanto las pruebas de cargo como de descargo, en atención al principio de investigación integral, debiendo las autoridades proceder a corroborar la calidad del investigado, su participación, la forma de esta participación, motivos de esa actuación, siendo los aspectos importantes a ser evacuados para poder probar objetiva y congruentemente la imputación.

En el Ecuador, la Fiscalía como el ente que dirige la investigación, para cumplir con esta función, maneja un sistema especializado e integrado de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluye personal de investigación civil y policial.²

La investigación integral promueve la práctica de las diligencias o actuaciones necesarias para cargo y descargo; lo que empuja este principio con el de objetividad.

La Corte Colombiana, ha señalado la violación de este principio, cuando conoce los casos de casación y sustenta que el mismo lleva a la violación de una garantía y a su vez acarrea nulidades.

Cabe preguntarse por qué la Fiscalía General del Estado debe velar por el cumplimiento y aplicación de este principio; porque su no acatamiento vulnera el derecho a la defensa, limitando las actuaciones de la

parte acusada, ya que al no haber una serie de evacuaciones procesales o pruebas, la defensa no puede aplicar la contradicción o mejor, invocar la pertinencia de aquellas que podrían descargar la responsabilidad.

“Ahora, la referencia que hace la demandante acerca de la ausencia de una investigación integral, ante la no práctica de inspecciones judiciales a la chapuza del revólver y al terreno por donde transitó el acusado, cuya carencia determinaba, según su criterio, la duda sobre la falta al deber de cuidado imputada a su prohijado, que ha debido ser resuelta a su favor, no podía formularse por la vía de ataque escogida, sin vulnerar los principios de autonomía, limitación y no contradicción que conlleva el recurso extraordinario de casación, menos aún cuando el Tribunal en manera alguna sustenta la condena en valoraciones sobre los aludidos medios de prueba ausentes, de donde fluye nítida, como consecuencia, la inadmisión del cargo. Es más, si el deber de investigación integral constituye garantía para el imputado, es claro que su transgresión al comportar irregularidad sustancial que afecta tanto el debido proceso como el derecho de defensa que la Carta Política reconoce y garantiza, posee virtud suficiente para viciar la actuación procesal así cumplida...”³

La Investigación Integral en la óptica del sistema penal colombiano.- Me referiré a nuestro país vecino en donde el principio de investigación integral tiene trascendental importancia dentro del sistema penal, por cuanto la Constitución

¹ Casación Rad. 23.906, H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente: Dr. JORGE LUIS QUINTERO MILANES

² Bases para la estructuración de la política criminal del Ecuador-2010, Fiscalía General del Ecuador, 2009

³ Proceso No 22729 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Magistrado Ponente JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS, Aprobado acta N° 181, Bogotá, D. C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil siete (2007)

Política al investir con la facultad investigadora a la Fiscalía General de esa Nación, consagró en una primera fórmula la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, así como a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales.

Este principio tuvo desarrollo legal en la Administración de Justicia y el artículo 333 del Código de procedimiento penal, desde el año 1991, que hizo extensiva la obligación de todos los funcionarios judiciales de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado o de los demás sujetos procesales.

A partir de los anteriores textos constitucional y legal, debe entenderse que todo funcionario judicial tiene la obligación de practicar las pruebas que soliciten el imputado o los sujetos procesales, lo que, sin embargo, no puede interpretarse como la obligación de acceder a cualquier petición de pruebas, o practicar todas aquellas que pueda imaginarse uno de los sujetos procesales.

La dificultad, entonces, radica en establecer los límites de la garantía constitucional de investigación integral, pues si éstos no existieran, se llegaría al extremo de tener que practicar todas y cada una de las pruebas citadas por los diversos sujetos procesales, en un proceso de nunca acabar.

Es la disyuntiva para los Fiscales, cuando las partes solicitan la práctica de un sin número de actos o diligencias para reunir unos los indicios de cargo y otros los de descargo, que bien podrían volverse interminables y en muchos casos, a criterio de fiscalía innecesarios, pero las partes señalan que de no practicárselos, se estaría vulnerando el derecho a la defensa, así como el derecho a una tutela judicial efectiva.

La misma ley procedimental define el campo de aplicación del principio de investigación integral mediante una regulación estricta en materia probatoria, que comprende las facultades de los sujetos procesales para pedir pruebas, las del funcionario judicial para decretarlas aún de oficio, y las condiciones que deben reunir las pruebas solicitadas u ordenadas, con el propósito de cumplir el principio de preclusión y la culminación ordenada de cada una de las etapas procesales.

Con estas precisiones, se concluye que no todas las manifestaciones del imputado o de los testigos deben corroborarse por otras pruebas, pues en algunos eventos su indicación puede considerarse suficiente para demostrar el hecho señalado; en otros será necesario confrontarlas con otros medios de prueba; en otros más resultará superflua su confrontación, eventos que dejan al criterio razonado del funcionario judicial establecer la necesidad de la prueba.

Luego de practicadas las pruebas, el funcionario judicial tiene amplia libertad para analizarlas, otorgándoles un grado de convicción mediante un proceso de valoración, sin que los resultados de una u otra prueba, favorables al imputado, lo atenen como condición determinante de la decisión.

En estas condiciones, si en el curso del proceso se estimaron suficientes unas determinadas prácticas probatorias para acreditar la existencia de un hecho, el fiscal podrá denegar la práctica de aquellas que considere impertinentes porque responden a la intención de dilatar la actividad procesal, sin que con esta decisión atente contra el principio de investigación integral.

Recuérdese, en este tema, que el fiscal no tiene la obligación de acceder sin prejuicios

a todas las solicitudes de pruebas que eleven los sujetos procesales, ni disponer oficiosamente todas aquellas que puedan ocurrírsele, pues no se trata de “cargar” la investigación en aras de demostrar “trabajo investigativo”, esa podría ser una mala interpretación de la investigación integral; puesto que podríamos solicitar y ordenar la práctica de prueba que no sea pertinente con la investigación, como el caso de una amenaza mediante un mensaje telefónico, en este caso cabría ordenar que se practique el reconocimiento del lugar de los hechos?

El principio de investigación integral no significa una investigación eterna, ni hace menester la comprobación minuciosa de hechos que no tienen trascendencia para la decisión final del asunto; en este punto volvemos al principio de trascendencia, que es importantísimo, como ya dije en líneas anteriores, para el efecto de proponer al juzgador en la audiencia de juicio los elementos de convicción que servirán para motivar su fallo, en que dará congruencia a los hechos facticos que deben quedar debidamente demostrados para sostener la sentencia.

Es por ello que el Fiscal debe, ante todo, evaluar si la prueba merece ser presentada, para no correr el riesgo de que el Juez cuando analice si debe ser admitida, considere que no prueba lo esencial y la deseche o le reste valor.

La prueba debe conducir a demostrar algún hecho sustancial para la resolución de la situación jurídica y es pertinente en relación con los medios utilizados para ello y con los hechos mismos del proceso.

Hay tener presente que para que el Juez pueda cumplir cabalmente su función de evaluar la pertinencia y conducencia de la

prueba, los sujetos procesales tienen la carga de indicar la necesidad, la finalidad, pertinencia y procedencia de la prueba solicitada, pues de no hacerlo, el juez con plenitud de facultades y ajustado a derecho puede negarle valor probatorio.

Debemos analizar que el principio de investigación integral supone la práctica de las pruebas que en la estrategia investigativa se propone el fiscal; así como las que sugieren las partes procesales; en el primer caso la decisión del fiscal no se verá cuestionada, porque la convicción nace y termina en él; en el segundo caso, debe lidiar y confrontar a las partes, que en los casos que el fiscal de paso a su pedido de práctica de prueba, quedarán conforme, pero cuando las niegue surgirán incidentes que se fundamentarán en la falta de atención o despacho o falta de diligencia, o restricción del derecho a la defensa.

El Fiscal debe luchar contra esto dentro de un periodo de tiempo establecido en el código de procedimiento penal; cuando se trata de la indagación previa, el plazo pertinente será de hasta un año, pero en cuanto se trata de la instrucción fiscal este plazo disminuye de entre 30 días cuando es un delito flagrante o de hasta 90 días conforme también así lo prevé la ley procesal penal.

La Fiscalía General del Estado del Ecuador, dice que se considera oportuno aprovechar al máximo este periodo de tiempo, puesto que la finalidad de la indagación está vinculada básicamente con la necesidad o la urgencia de recoger, procesar y conservar las evidencias inmediatas resultantes de un acontecimiento que se presume delictivo, y adelantar averiguaciones preliminares para identificar a la persona que tenga una relación meramente objetiva con tales hechos,

y que se configure como información suficiente para deducir una imputación.⁴ (4)

Así mismo establece que un aspecto fundamental del sistema penal acusatorio, es la separación de las funciones de investigación de la de juzgamiento, estado anterior inquisitivo; resalta que el procedimiento investigativo se ciñe a la lógica, legalidad y pertinencia.

El acto investigativo no debe ser desordenado o al azar, debe responder a un sistema esquemático de procesos ordenados con la finalidad de establecer conclusiones.

Hasta aquí, la literatura proveniente de Fiscalía General del Estado, a mi parecer tiene un alto sentido de congruencia con lo que debe ser la investigación de fiscalía ayudada por la policía judicial; sin embargo, revisada la misma no encuentro que se haga referencia al principio de investigación integral, que como dije en líneas anteriores, nuestros vecinos colombianos consideran parte del debido proceso, y esencial para determinar la comisión de nulidades o, mejor, verificar la práctica de prueba ilícita o la falta de práctica de prueba que hubiere y era necesaria para determinar la procedencia de la acusación o la procedencia de la abstención de la acusación.

Contraste con lo anterior, los Colombianos siguen el principio de la investigación integral, ordenando que el funcionario buscará la verdad real, teniendo para ello que investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad, pudiendo para ello decretar pruebas de oficio. Pero tal principio tiene su límite en cuanto los sujetos procesales

pueden aportar y solicitar la práctica de las pruebas que estimen conducentes y pertinentes, pero la ley faculta al funcionario para rechazar las inconducentes, las imper pertinentes y las superfluas, así como también para no atender las practicadas ilegalmente.

La doctrina ha establecido que al tema de la prueba está constituido por todos aquellos hechos que resultan necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso. Tal noción resulta de gran utilidad al juzgador, en la medida que le permite saber qué es lo que se ha de investigar en un proceso determinado, de tal manera que se pueda controlar la conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas; caso contrario encontraríamos en el proceso pruebas incompetentes o ajenas a lo que se debe probar.

La pertinencia hace relación a lo que viene a propósito, a lo adecuado, por lo que una prueba es pertinente cuando viene a propósito respecto del hecho a probar en el proceso; es adecuada para probar el hecho materia del proceso, ejemplo de esto, tenemos que el testimonio es pertinente para probar la posesión de una persona sobre un terreno pero no para probar la propiedad de ésta sobre dicho terreno, ya que la prueba pertinente para probar la propiedad es la escritura pública debidamente registrada (prueba tasada).

Una prueba es conducente cuando guía o dirige hacia el hecho que se quiere probar dentro del proceso. Pero como el hecho que se quiere probar no necesariamente es el hecho materia del proceso, es éste el que determina la conducencia o no conducencia de la prueba, ejemplo, no es importante en

⁴ Manual de Oralidad, Fiscalía General del Estado, 2009

un caso de asesinato, que el occiso tuviera cáncer; o mejor, no sirve siquiera para eximir o menguar la responsabilidad.

La procedencia nos lleva de una cosa a otra, probado un hecho, de este hecho surge otro que debe ser corroborado o probado.

La utilidad de la prueba significa que debe producir un provecho desde el punto de vista procesal, en otras palabras, debe prestar algún servicio, ser necesaria o por lo menos, conveniente para ayudar a obtener la convicción del juzgador, respecto de los hechos principales o accesorios sobre los cuales se fundamentó una investigación determinada.⁵

La Investigación Integral en nuestro país.- Para efecto de este trabajo, en lo que se refiere al estudio del principio de Investigación Integral, encontré un único fallo de casación en el que se menciona la invocación de aplicación del principio en estudio, que la parte recurrente destaca como mecanismo dentro del debido proceso para haber sido absuelta:

“PRIMERO: Que al fundamentar el recurso, la procesada en lo principal manifiesta: 1.- Que el Tribunal Penal Primero de Pichincha, respetando los principios del actual sistema procesal penal acusatorio, de intermediación, contradicción e investigación integral de la verdad, dicta a su favor sentencia absolutoria, toda vez que no se comprobó conforme a derecho ninguna participación en el ilícito que se le pretendía juzgar, sin embargo la Segunda Sala Especializada de lo Penal de la Honorable Corte Superior de Justicia de Quito dicta sentencia declarándola culpable imponiéndole esa pena, violando en el Código Penal los Arts.:

2, de la tipicidad; 4, de la interpretación extensiva e induvio pro reo; 11, de la relación de causalidad; 29, de las circunstancias atenuantes; 32, de la culpabilidad; 36, del desplazamiento de la culpabilidad; 66, del trabajo obligatorio y (...)”

Notará que fue el tribunal penal de Pichincha el que aplicó, como uno de los principios inherentes al debido proceso, el principio de investigación integral; pero que luego en la apelación, la Corte Provincial, revocando la sentencia, no explica la pertinencia o no del principio de investigación integral; es más, la Sala de Casación, ni siquiera lo toma en cuenta para analizar la procedencia o no del recurso.

Que demuestra esto, que en nuestra Psicis procesal, este principio carece de eficacia para sustentar la aplicación del debido proceso; esto es porque los jueces aun conservan el criterio paleo positivista de la investigación inquisitiva; consecuentemente, no les apremia demostrar la congruencia de la prueba actuada con los hechos que se quiere probar, y continua la confusión de la aplicación de la sana crítica, no por reglas lógicas del entendimiento humano; sino por percepciones del sentimiento humano.

Esta débil concepción de la importancia de la razonabilidad del fallo; la débil categoría que merece la aplicación de los principios de objetividad e investigación integral; entre otros aspectos; es lo que, a mi criterio, sustenta la vigencia del Acción Extraordinaria de Protección; en cuanto a la aplicación del sistema procesal penal; que tiene un alto porcentaje de falencias, virtud del desconocimiento teleológico de los principios mencionados. ❖

Teoría del Delito y Proyecto de Código Orgánico Integral Penal



Prof. Dr. Alfonso Zambrano Pasquel
Profesor Invitado

NOTAS INTRODUCTORIAS

En el año 2005 y con ocasión de la publicación de uno de los libros de nuestra autoría *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*¹, para muchos no eran entendibles las razones por las cuales establecíamos un ligamen entre el proceso penal, la justicia penal, y la Constitución Política de 1998, que en verdad representa el inicio del Estado Constitucional en Ecuador. El tiempo en pocos años le dio la razón a nuestro trabajo, pues hoy el proceso de constitucionalización del sistema penal es una verdad inconclusa.

Con propiedad en el *Anteproyecto de CÓDIGO DE GARANTÍAS PENALES*², del Ministerio de Justicia de Ecuador (hoy llamado *CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL*), se afirmaba *La Constitucionalización del derecho penal*, aunque me parece mejor sostener la constitucionalización del sistema penal, pues la presencia de todo el desarrollo

normativo y doctrinario de la Constitución del 2008 en el sistema de justicia y en el penal en particular, es lo primero que debe observar un buen operador de justicia, sea fiscal, juez, defensor y abogado litigante, a mas de conocer la mejor doctrina penal y procesal penal, al igual que la criminología y la política criminal. Con mayor razón si hoy tiene carta de residencia y aplicación directa e inmediata (art. 11 n. 3, n. 7, arts. 417, 424, 425, 426, 428) el contenido del denominado *bloque de constitucionalidad* que se constituye por la Constitución, los Pactos y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, esto es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus Instrumentos Internacionales en general, así como los pronunciamientos del sistema interamericano de derechos humanos, a través de las opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que son vinculantes y tienen fuerza *erga homes*.³

¹ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*, Tomo I de la Biblioteca de Autores de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, publicado por la Corporación de Estudios y Publicaciones de Quito, 2005.

² Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, *ANTEPROYECTO DE CODIGO DE GARANTIAS PENALES*, Quito 1ra. Edición, 2009.

³ Se pueden revisar las opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en nuestra página web en <http://www.alfonsozambrano.com>

El Prof. Jorge Zavala Egas expresaba en sus clases en la Maestría de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil⁴, que la Constitución de Ecuador de 2008 es de un claro corte *Ferrajoliano* para referirse al pensamiento de un reconocido filósofo D. Luigi Ferrajoli, que es considerado por constitucionalistas como Miguel Carbonell como un neoconstitucionalista, aunque el Prof. Ferrajoli como es conocido se proclama como positivista crítico. Agregamos que el Código Orgánico Integral Penal es de una clara línea *Ferrajoliana* por el denominado *garantismo*, aunque advertimos que tiene un sesgo de derecho penal del enemigo más que todo por la tendencia al aumento de penas, aunque hay que reconocer que no va en la línea de adelantamiento de la punibilidad, de admisión de la prueba ilícita, ni de recorte de garantías procesales y ni de recorte de beneficios de excarcelación, que son las características de un verdadero derecho penal del enemigo.⁵

El Código Orgánico Integral Penal en el Título I empieza por asegurar la necesidad de regular el ejercicio del poder punitivo del Estado (art.1), lo cual nos recuerda las expresiones del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni de que el sistema penal debe establecer los límites para evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado, propuesta que compartimos desde ya hace más de dos décadas. En esta mismo artículo se destaca el respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en el respeto al debido proceso, en el principio de la proporcionalidad entre el delito y la san-

ción, en el respeto a la seguridad jurídica que se hace efectivo con el respeto a la tutela judicial efectiva del art. 75 de la Constitución y con la insoslayable presencia del conjunto de garantías que trasuntan el respeto al derecho al debido proceso, que es la esencia de la justicia real y no formal, que se norma en el 76 de la misma Constitución de 2008.

Con acierto se denomina al Título II, Garantías y Principios Generales, y se identifica al Capítulo Primero con los Principios Generales, para consagrar el principio de la igualdad procesal y la no discriminación, el de la legalidad de la pena y del delito, el de la legalidad del proceso penal, y de la exigencia de hacer prevalente un derecho penal de acto. Destacamos la necesidad de la pena (hay que pensar en la pena natural), la importancia de la culpabilidad, y se insiste en el tema del respeto al debido proceso como presupuesto de procedencia de la culpabilidad. En el Capítulo Segundo en forma expresa se consagra el reconocimiento de la garantía (o derecho fundamental) a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, y la sujeción a los principios de inmediación y celeridad, destacándose la inviolabilidad del derecho de defensa.

ALGUNAS PRECISIONES EN DEFENSA PROPIA

En un primer documento de los elaborados como *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal* enviado como borrador para la discusión se hacía una afirmación que no era cierta, al decir: “podríamos afirmar que el derecho penal ecuatoriano ha permanecido ajeno al debate penal contemporáneo y se

⁴ ZAVALA EGAS Jorge, *Maestría de Derecho Constitucional*, clases del viernes 14 y sábado 15 de septiembre de 2012. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

⁵ Cf. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, en *Derecho Penal del Enemigo y la Impronta del terrorismo*, p. 249-281, Cap. del libro *Política Criminal*, Lima- Perú, Jurista Editores, 2009.

rezagó en relación a la evolución del pensamiento y del derecho penal⁶ comparado”.

Para demostrar lo equívoco del aserto -seguramente- por falta de información suficiente, debo manifestar que en el Ecuador el primer jurista que habló sobre finalismo y escribió un pequeño opúsculo fue el Prof. Jorge Zavala Baquerizo, en la línea del Prof. Maurach. En 1984 (hace 28 años) se publicó mi Manual de Derecho Penal dedicado justamente al maestro Zavala Baquerizo, que contiene un estudio sobre lo que es el finalismo (338 páginas), siendo yo un seguidor del pensamiento welzeliano.⁷

El Prof. José Cerezo Mir, Catedrático (e) de España que fue alumno del Prof. Hans Welzel, en un importante trabajo monográfico se refiere a los penalistas welseilianos españoles y latinoamericanos como Zaffaroni, Juan Bustos, Donna, Bacigalupo, etc., y me menciona en algunos párrafos por mi posición como finalista welzeliano, haciendo citas de mi libro DERECHO PENAL. PARTE GENERAL publicado por ARA Editores de Perú.⁸

El Prof. D. José Cerezo Mir que aun vive en Madrid, es uno de los penalistas más importantes en el mundo hispanoparlante y

conocía que en Ecuador si había un finalista seguidor de Hans Welzell, conociendo incluso el contenido de mi libro sobre el finalismo, como igualmente lo conocen la mayoría de los profesores hispanoparlantes.⁹

En el año 1986 (hace 26 años) se publicó un libro TEMAS DE CRIMINOLOGÍA del cual soy autor, que contiene un estudio que va desde *La criminología liberal reformista a la criminología crítica*. Al igual que con el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, me unía una gran amistad personal con el Prof. Alessandro Baratta que vino dos veces al Ecuador, una por gestión directa de mi parte. En el año 1988 (hace 24 años) se publicó un libro TEMAS DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA de mi autoría en el que hago referencia al *Nuevo derecho penal y criminología crítica* (p.11), a un Nuevo derecho penal (a partir de la p. 29) siguiendo los lineamientos del Prof. Claus Roxin, cuyas tesis suscribimos, en lo personal hago una defensa del *derecho penal mínimo* (a partir de la p. 37) pues ya conocía el pensamiento del Prof. Luigi Ferrajoli de la Universidad de Camerino, a quien cito en mi libro. Me refiero a la *Nueva criminología* (a partir de la p. 51), y me refiero al *Abolicionismo* (a partir de la p. 59) reproduciendo la opinión de Ferrajoli de abolir por lo menos la pena de cárcel.

⁶ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, offset Graba, Guayaquil, 1984.

⁷ Hay una edición de ARA Editores de Perú, de mi *Derecho Penal. Parte General*, del año 2006 (437 páginas). La 3ra. Edición de mi *Manual de Derecho Penal. Parte General*, está publicada por la Corporación de Estudios y Publicaciones de Quito, en el año 2008 (491 páginas).

⁸ CEREZO MIR José, *La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos*. Se puede revisar el documento íntegro en www.alfonsozambrano.com sección Doctrina Penal.

⁹ En 1990 un gran penalista colombiano como es Nodier Agudelo Betancur en su obra LA DEFENSA PUTATIVA, cita mi libro y mi posición frente al error de tipo y al error de prohibición, en la p. 20. El Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni en el DERECHO PENAL. PARTE GENERAL del año 2000 (este libro es citado con frecuencia en algunos párrafos del borrador del anteproyecto de COGP) menciona a mi Manual de Derecho Penal del año 1984 en la Bibliografía General de consulta.

En el año 1996 se publica otro libro mío, TEMAS DE CIENCIAS PENALES, en que cito al Prof. Claus Roxin¹⁰ en el estudio del *Iter Criminis y Teoría del Delito* y en el estudio de *casos penales* al referirnos al tema de la *Imputación Objetiva y Delito Culposus*.¹¹

En el año 1995 (hace 17 años) se hace conocer mi *anteproyecto de código penal* para Ecuador que es sin duda *finalista*, el mismo que fue recibido por el entonces H. Congreso Nacional de la República y está publicado en la colección de *Práctica Procesal Penal* de 8 volúmenes de mi autoría.¹² Aunque en los documentos iniciales no se lo citaba, posteriormente y en la publicación el Ministerio de Justicia¹³ se hace mención en el *anteproyecto de COGP* del Ministerio de Justicia, del *anteproyecto de nuevo código penal para Ecuador*, Parte General, que responde a las modernas propuestas de la *Teoría del Delito*, elaborado por la pequeña Comisión Redactora designada por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia para Ecuador en el año 1992 contando con el auspicio del ILANUD de NN.UU, y actuando como directores del proyecto el Catedrático Emérito español D. Manuel de Rivacoba y Ri-

vacoba, y el Catedrático Emérito argentino D. Eugenio Raúl Zaffaroni.¹⁴

En uno de los últimos documentos revisados que es el *Informe para primer debate del proyecto de Código Orgánico Integral Penal* del 13 de junio de 2012, en la p. 30 se afirma una situación doctrinaria inconciliable, pues se dice: “El panorama actual del derecho penal, mayoritariamente ha acogido el enfoque finalista combinado con el funcionalismo, es decir lo que se ha llamado un finalismo moderno y ha servido para dar contenido a cada una de las categorías de la teoría del delito plasmada en el proyecto, sin dejar de lado la función de garantía y evitar la aplicación arbitraria de la ley penal”. No sabemos aun de donde surgió esta afirmación de mezclar el funcionalismo con el finalismo sin siquiera entenderlos bien. Parece que esta afirmación es más bien producto de la *novelería* de algún asesor del proyecto que asumió que le daba matiz científico al documento afirmar la existencia de un finalismo moderno.

A los interesados realmente en el *funcionalismo* mucho bien haría leer una obra de

¹⁰ ROXIN Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, Barcelona- España, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., 1992.

¹¹ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, Guayaquil, Editorial Offset Graba, 1996, p. 294 y ss.

¹² El *anteproyecto de código penal*, del cual soy autor, además de su vertiente finalista, tiene aspectos relacionados con las alternativas a la privación de la libertad que yo venía estudiando y compartiendo. (cf. o ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Práctica Penal*, Tomo V, Edino, Guayaquil, 1995, p. 152-248). Se puede revisar el texto íntegro en www.alfonsozambrano.com en la sección Doctrina Penal.

¹³ *Anteproyecto de Código de Garantías Penales. La Constitucionalización del derecho penal*, Ramiro Avila Santamaría (coordinador), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Quito, Ecuador, 1ra. Edición, 2009.

¹⁴ *La pequeña Comisión Redactora* estuvo integrada por los profesores de Derecho Penal de la PUCE de Quito, Ernesto Albán Gómez y Arturo Donoso Castellón; por los profesores de Derecho Penal de la Universidad Central de Quito, Efraín Torres Chaves y Milton Román Abarca; y, por el profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Alfonso Zambrano Pasquel. Se puede revisar el texto íntegro en www.alfonsozambrano.com en la sección Doctrina Penal.

mucha erudición del profesor Miguel Polaino Navarrete, con la colaboración del Prof. Miguel Polaino - Orts¹⁵ en el tema del *sistema normativo-funcionalista del Derecho penal: aportaciones dogmáticas sobre norma, persona y sociedad en el sistema de Jakobs*, a más de lo que hayan escrito Talcott Parson, Robert K. Merton, Niklas Luhmann y el mismo Günther Jakobs. Sobre la denominación hay quienes se refieren al *estructural funcionalismo, funcionalismo sistémico, teoría sistémica, funcionalismo teleológico sistémico, constructivismo, estructuralismo funcional*, etc.

Es igualmente importante la sugerencia de revisar una de las obras del Prof. Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona*, para entender bien sus explicaciones en relación con el derecho penal y el llamado funcionalismo.¹⁶

Coincidimos en que el debate entre el *causalismo* y el *finalismo* es el día de hoy tema superado, y que sin duda el *funcionalismo* ha abierto nuevas perspectivas de análisis en la Dogmática penal moderna. Como dice el Prof. Miguel Polaino Navarrete: “La normativización de los conceptos jurídico-penales, concede la posibilidad de extraer consecuencias jurídicas en extremos sugerentes. Y la discusión actual y futura ha de centrarse en esta problemática. Pero ello no debe llevar a un deslumbramiento. A mi juicio, durante décadas se han ofrecido soluciones a problemas jurídico-penales, que no deben en modo alguno al día de hoy, simplistamente obviarse”.¹⁷

UN BREVE REFERENTE HISTÓRICO

En el año 1981 en que asistí al Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Bogotá, se discutía (se socializaba) el contenido del nuevo código penal de Colombia aprobado en 1980 durante el periodo de *vacatio legis* de un año. Este código muy moderno para la época había tenido una fuerte influencia del *Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina* que se había discutido en la década de los años 60 bajo la dirección inicial de Eduardo Novoa Monreal y posteriormente del eximio don Luis Jiménez de Asúa, probablemente el más aventajado de los juristas hispanoparlantes y en el que trabajaron juristas como los profesores Alfonso Reyes Echandía muy joven sin duda, Sebastián Soler, Eduardo Noboa Monreal, Ricardo Núñez, Claudio Heleno Frago, Nelson Hungria, Mariano Jiménez Huerta, Luis Garrido, Raúl Carrancá y Trujillo, Francisco González de la Vega, Luis Bramont Arias, Celestino Porte Petit, Sergio Politoff, Francisco P. Laplaza, Eduardo Aguirre Obarrio, Raúl Peña Cabrera, Luis Roy Freire, Francisco Pavón Vasconcelos, Fernando Bayardo Bengoa, Adela Reta, José Rafael Mendoza Troconis, Tulio Chiosone, Gladys Romero, Bernardo Beiderman, para mencionar a algunos de los más importantes penalistas iberoamericanos que se hicieron presente.

La idea de reunir a los juristas latinoamericanos para elaborar un proyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica,

¹⁵ POLAINO NAVARRETE Miguel, POLAINO – ORTS Miguel, *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2004, p. 24 y ss.

¹⁶ JAKOBS Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1ra. reimpresión, 1998.

¹⁷ POLAINO NAVARRETE Miguel, en ob. Cit. en la *Nota Preliminar del Autor*.

tiene su origen en el acuerdo adoptado por el Directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile, en su sesión del 8 de octubre de 1962.¹⁸

LA PROPUESTA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

La propuesta contenida en El Código Orgánico Integral Penal, es verdad que resulta ser creativa e integral (no sé si coherente con el resto del sistema penal), pero es *ambiciosa*, y para algunos puede resultar *audaz* la propuesta de refundir en un sólo código orgánico, la ley sustantiva (código penal), la ley adjetiva (código procesal), y la ley de ejecución penitenciaria.

EL FINALISMO

El renacimiento del derecho natural en los primeros años de la segunda posguerra mundial, era un necesario volver a fundar el derecho penal en límites precisos y garantistas.

Fundamentada en la doctrina del derecho natural surge la propuesta del Prof. Hans Welzel con su teoría de las estructuras lógico-objetivas. Se trataba de un derecho natural en sentido negativo: no pretendía decir cómo debería ser el derecho, sino sólo lo que no era derecho. A diferencia del neokantismo, para el cual el valor era lo que ponía orden en el caos del mundo y lo hacía disponible, para el ontologismo welzeliano el mundo tiene varios órdenes a los que el legislador se vincula por las estructuras lógicas de la realidad. Según Welzel, cuando se las ignora o quiebra, el derecho pierde eficacia, salvo que quiebre la que lo vincula a la estructura del ser humano como persona, en cuyo caso deja de ser derecho.

Como se viene reconociendo el *proyecto de Código Orgánico Integral Penal* de Ecuador, es de *corte finalista*, esto nos permite abordar su estudio doctrinario con la experiencia que nos dan treinta años de estudio del finalismo.

CONCEPTOS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

En el Art. 20 del proyecto -que hemos revisado- se define a la infracción penal (delito) expresando que *es la conducta típica, antijurídica y culpable*.

En el Art. 23 se señalan como conductas penalmente relevantes a las acciones u omisiones humanas que produzcan resultados dañosos.

En el Art. 25 se reconocen como causas de exclusión de la conducta la que es producida por fuerza irresistible, acto reflejo o estado de plena inconsciencia. Esto genera la impunidad.

El Art. 26 se refiere a la tipicidad, el Art. 27 al dolo, el Art. 28 a la culpa, el Art. 29 se refiere a la omisión dolosa como constitutiva de las *fuentes de la posición de garante*. El Art. 30 se refiere al error de tipo en sus dos vertientes: error de tipo invencible y error de tipo vencible.

Nos parece un grave equívoco que se exprese que el error de tipo no podrá ser alegado en los casos de delitos contra la inviolabilidad de la vida, violencia intrafamiliar y contra la integridad sexual y reproductiva.

Reconocemos como un acierto que se haya suprimido la figura del delito *preter* o

¹⁸ Los materiales *del Código penal tipo para América Latina* se publicaron en tres tomos, bajo la Dirección del Prof. Francisco GRISOLIA, por la Editorial Jurídica de Chile en el año 1974 y suman cerca de dos mil páginas de intenso trabajo y discusión académica, por parte de los más importantes penalistas hispanoparlantes.

ultra intencional que resultaba de una mezcla de dolo y de culpa, así como la exclusión de la figura del *encubridor* en la *teoría de la participación*.¹⁹

En el Art. 31 se alude a la antijuridicidad, en el Art. 32 a las causas de exclusión de la misma, en el Art. 33 al estado de necesidad y en el Art. 34 a la legítima defensa. En el Art. 35 se refiere a la culpabilidad, en el Art. 36 a las causas de exclusión de culpabilidad por error de prohibición y trastorno mental.

En el *proyecto* no se hace ninguna consideración al llamado *error de comprensión culturalmente condicionado* al que nosotros si nos referíamos²⁰ en nuestro *proyecto de código penal*. Reconocemos que el llamado *error de prohibición culturalmente condicionado* puede ser estudiado como una forma del *error de prohibición*.

POSICIÓN DEL PROF. CLAUS ROXIN Y SUS DIEZ TESIS EN EL PROYECTO ALTERNATIVO

El Prof. Claus Roxin en procura de un avance de la política criminal, y un derecho penal moderno que se ajuste a las exigencias de un Estado de Derecho que permita un desarrollo social auténticamente democrático²¹, presentó un *proyecto alternativo* en Alemania. Reproducimos las propuestas del profesor de Munich, Dr. Dr. h. c. múlt. Claus Roxin:

Primera tesis.- El derecho penal no tiene como misión la preservación de la norma moral sino la protección de bienes jurídicos.

Segunda tesis.- Como protector de bienes jurídicos debe utilizarse al derecho penal como la *última ratio*. La tendencia es a la descriminalización de la mayoría de las conductas que implican un bajo costo social, y la criminalización por excepción de aquellas identificadas con los grupos de poder.

Tercera tesis.- La retribución no puede justificar el fin de la pena ni legitimar su imposición, quedando únicamente la necesidad de la prevención general y especial.

Cuarta tesis.- Hay que seguir conservando el principio de culpabilidad, que cumple una función político-criminal de limitante del poder estatal, con una clara distinción entre la pena y la medida de seguridad.

Quinta tesis.- No deben existir diferentes clases de pena. Se trata de ejecutar una pena privativa de libertad como pena unitaria.

Sexta tesis.- La pena privativa de libertad de hasta seis meses debe ser eliminada.

Séptima tesis.- La pena privativa de libertad de hasta dos años debe ser sustituida con pena pecuniaria.

Octava tesis.- La pena pecuniaria puede ser sustituida con trabajo socialmente útil.

Novena tesis.- Cuando la pena resulte inadecuada e innecesaria -determinada así por una prognosis fiable- debe ser suspendida a prueba.

¹⁹ En nuestro proyecto de código penal habíamos suprimido el delito *preter o ultra intencional*, así como el encubrimiento en la teoría de la participación pues lo ubicábamos como delito contra la actividad judicial.

²⁰ Puede ser revisado en el Tomo V de *Práctica Penal*. ob. cit. p. 152-248.

²¹ Cf. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, en *Temas de derecho penal y criminología*, Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1988, p. 30-31. La propuesta del Prof. Claus ROXIN está contenida en diez tesis.

Esta función debe operar de manera general para las penas de hasta dos años, y para las demás cuando hubiese transcurrido la mitad del cumplimiento de las mismas. En el caso de las de dos años deben cancelarse retroactivamente los antecedentes penales.

Décima tesis.- La ejecución de las penas y el cumplimiento de las medidas de seguridad deben estar organizados como ejecución socializadora.²²

Recordemos que el Prof. Claus Roxin que a más de penalista es un eximio procesalista y un referente de la política criminal más avanzada, es representante del llamado *funcionalismo moderado*, que permite la renuncia de la pena si la misma no cumple ninguna función o cometido social (de política criminal).

NUESTRA POSICIÓN SOBRE LA TEORÍA DEL DELITO

Lo que habíamos consignado hace 28 años con la 1ra. Edición de nuestro *Manual de Derecho Penal* tiene hoy pleno cumplimiento con el *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal* en lo que corresponde a la Parte General (Teoría del Delito) conforme consignamos precedentemente.

Desde hace casi tres décadas hemos expresado nuestra adherencia a la concepción o *teoría finalista de la acción* no en el

esquema ortodoxo welzeliano, siguiendo al Prof. Hans Welzel sino en el esquema del Prof. Reinhart Maurach que fue expuesto en forma ordenada y sistemática por el Prof. Jorge Zavala Baquerizo. En esta misma línea se ubica el Prof. Luis Cousiño Mac Iver.²³

Nosotros hemos pretendido acercarnos a una definición del delito pareciéndonos conveniente afirmar la existencia del delito como conducta *típica* y *antijurídica* y dejar reservada la culpabilidad para el dueño de ese acto. Que grato es recordar la claridad expositiva de un penalista de excepción como era el apreciado y querido amigo D. Juan Bustos Ramírez que nos decía que se podía comprender fácilmente si admitíamos: “la tipicidad (como) adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal; la antijuridicidad, la contravención de ese típico con todo el ordenamiento jurídico, y, la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo, e decir, conforme al orden jurídico”.²⁴

Como reconoce el mismo Prof. Juan Bustos Ramírez, este modelo en apariencia tan sencillo es fruto de una larga discusión en la que han terciado los penalistas más importantes, desde Feuerbach, Beling, Von Litz, Mezger, Merkel quien sostuvo la inseparabilidad de la antijuridicidad de la culpabilidad, el mismo Welzel sostuvo tal inseparabilidad en los delitos culposos, para otros

²² ROXIN Claus, Política criminal y reforma del derecho penal, “El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo”, Temis, Bogotá, 1982, p. 5-26. Nuestra posición y comentarios pueden ser revisados en Temas de derecho penal y criminología, ob.cit. p. 31 y ss.

²³ Cf. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, Manual de Derecho Penal, edit. Graba, Guayaquil, 1984. WELZEL Hans, Derecho Penal. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1956. MAURACH Reinhart, Tratado de Derecho Penal, Ariel, Barcelona, 1962. ZAVALA BAQUERIZO Jorge, en Revista de la Universidad De Guayaquil, 1968. COUSIÑO MAC IVER Luis, Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1975.

²⁴ RAMÍREZ BUSTOS Juan, Manual de Derecho Penal Español. Parte General, Editorial Ariel. S.A., España, 1ra edición, 1984, p. 148 -149.

resulta inseparable la tipicidad de la antijuridicidad como lo propugnaban Mezger y Sauer, el profesor Claus Roxin es aporte fundamental con su teoría de los elementos negativos del tipo. De esto podríamos extraer que resultarían elementos negativos del tipo las causas de justificación, lo cual quiere decir que afirmado el tipo en su conjunto aparece ya dada la antijuridicidad, la tipicidad así entendida es *ratio essendi* de la antijuridicidad, las causas de justificación servirían para delimitar el tipo positivo.

Como nos recuerda el Prof. Bustos Ramírez, luego de ese recuento de las teorías causalista naturalista, causalista valorativa y la finalista, a la que agrega la llamada teoría de la acción social, y coincidimos en la afirmación de que la teoría finalista logra culminar todo un proceso dogmático en la configuración de la teoría del delito que permite superar las contradicciones existentes con lo cual se logra una mejor precisión conceptual y garantista. En palabras del recordado jurista Bustos Ramírez, “a partir del año 1965, época en que la teoría finalista alcanza su total consagración, surge una nueva etapa en la evolución de la teoría del delito que sobre la base de la renovación producida en la criminología y en la política criminal, analiza el delito no solo desde una perspectiva conceptual o *estrictamente* dogmática, sino preferentemente desde las funciones y legitimación de un Estado social y democrático de derecho y por eso mismo desde el sentido y justificación de la pena”.²⁵

Cuando hay ausencia de conducta (aspectos negativos del acto) no puede válidamente afirmarse que hay delito, pues si se elimina la voluntariedad del acto se lle-

garían a confundir las manifestaciones de la naturaleza que carecen de racionalidad, la fuerza física irresistible y otras expresiones de involuntariedad (crisis epilépticas, sueño fisiológico, hipnotismo) en las que no hay acto porque hay ausencia de conducta, con aquellos actos que son relevantes para el derecho penal.

El profesor Zavala Baquerizo, dice al prologar una obra de un conocido penalista y criminólogo, “si el acto es una manifestación de voluntad -lo que no han podido negar los más intransigentes causalistas- es evidente que dentro del acto está encerrada la voluntad, la que, a su vez, contiene los móviles, los motivos y las representaciones que fueron los presupuestos que, en la deliberación interna, provocaron la resolución de actuar en tal o cual manera”.²⁶

Hasta ahora no se ha podido encontrar una alternativa para el principio de culpabilidad, con cuya ayuda se pudiese determinar de mejor manera, los presupuestos de las facultades de intervención estatal en un Estado de Derecho. El respeto al principio de culpabilidad nos llevó a aceptar la conveniencia de la eliminación de la *reincidencia como circunstancia de agravación de la pena* en el anteproyecto de nuevo Código Penal para el Ecuador.

Con acierto y profundidad el Prof. Claus Roxin sostiene que “más bien el comportamiento desviado tendría que ser visto como parte integrante del sistema social e imputado a éste, entonces ello tendría que llevar a la abolición de toda sanción respecto de las

²⁵ RAMIREZ BUSTOS Juan, Ob. Cit. p. 167.27

²⁶ ZAVALA BAQUERIZO Jorge, en prólogo de *Derecho Penal Básico* de Edmundo René BODERO, Disgraf, Quito, 1992.

contravenciones al derecho. Pero esto sería una exigencia irreal, porque no es compatible con las condiciones de existencia de la sociedad”²⁷. Rescatamos la importancia que para la determinación del grado de la reprochabilidad tiene hoy el principio de la coculpabilidad que en el anteproyecto de Código Penal ecuatoriano de nuestra coautoría está previsto en el art. 64, núm. 4, que permite una efectiva graduación del reproche por las circunstancias que concurrieron en el delito, correspondiéndole al juez considerar las carencias económicas, sociales y culturales del procesado, en quien pudiesen haber influido.

Parece más coherente y constructivo trabajar en el concepto mismo de culpabilidad y configurarlo de manera que quede liberado de elementos irracionales, de forma que se convierta en un baluarte comprobable empíricamente de restricciones a las intervenciones jurídico estatales como expresa el profesor últimamente citado.

Recordamos que la conducta es un hacer voluntario final, que tiene un aspecto interno que es la proposición del fin y selección de los medios para conseguirlo, y un aspecto externo que es la puesta en marcha de la causalidad. La *conducta* es sinónimo de *acción* y de *acto*, y sin el tipo no se pueden distinguir las omisiones del no hacer.

Para nosotros es de más fácil entendimiento y para diferenciar el acto del tipo, reconocer que en la tipicidad legal dolosa

en el aspecto objetivo (tipo objetivo) podemos encontrar referencias: de tiempo, de lugar, de modo, de ocasión, de medios. Elementos descriptivos que son los que predominan y no requieren de valoración alguna. Elementos normativos que pueden tener una connotación jurídica o ético social. Resultado o mutación física. Nexo de causalidad. Sujeto activo. Sujeto pasivo. Que en el aspecto subjetivo (tipo subjetivo) estudiamos al dolo que se produce cuando se quiere la realización del tipo objetivo orientado por el conocimiento. El dolo en el *aspecto cognoscitivo* requiere el conocimiento efectivo y en cierta medida actual de los elementos descriptivos, de los normativos, de la previsión de la causalidad y de la previsión del resultado. En el *aspecto conativo* el dolo puede ser directo (de primer o segundo grado o de consecuencias necesarias) o eventual en el que el sujeto se representa la *posibilidad* del resultado concomitante y la incluye dentro de la voluntad realizadora de la conducta que ha elegido libremente.²⁸

Junto al dolo ubicamos los elementos subjetivos del tipo que son diferentes al dolo y que hacen referencia a las particulares finalidades que puede perseguir el agente y que permiten diferenciar figuras que tienen los mismos elementos en el tipo objetivo, como en el caso de la privación de la libertad, el rapto y el plagio.

Para evitar equívocos, recordemos que la culpabilidad es igual a juicio de reproche²⁹,

²⁷ ROXIN Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, ob. Cit. p. 142-143.

²⁸ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, en *Manual de Derecho Penal*, Ob. Cit. pp. 67-84, pp. 119-143. ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ta. Edic. Ediar, Buenos Aires, 1985, pp. 371-426

²⁹ BODERO Edmundo, op. cit. pp. 238-239. Posteriormente dice: “La no exigibilidad de otra conducta, para nos, es una especie de eximente abierta, en la que caben causas de justificación, de inculpabilidad y excusas absolutorias, no consagradas en el texto legal...”, *ibidem*, p. 247.

que la *reprochabilidad* es conmensurable y que el menor o mayor reproche determina la mayor o menor culpabilidad y consecuentemente la mayor o menor penalidad. No es cierto que se pueda actuar con más o menos dolo y con más o menos culpa. Debemos tener claros los límites entre el juicio de disvalor del acto y el juicio de disvalor del autor que es propio de la culpabilidad.

Bien vale decir que se actúa con o sin dolo y con o sin culpa, pero no con menos o más dolo y con menos o más culpa, para graduar el reproche de culpabilidad. Para los finalistas la ausencia del dolo y de la culpa de los predios de la culpabilidad no ha significado un vaciamiento de la *teoría normativa* de la culpabilidad, pues en ésta tenemos como criterios legales de reproche del injusto a su autor, la posibilidad de comprensión de la antijuricidad y un cierto ámbito de determinación del sujeto³⁰. Para una adecuada comprensión de lo que es el aspecto negativo de la exigibilidad de la conducta, coincidimos en afirmar que la inexigibilidad no es una causa de inculpabilidad, sino la esencia de todas las causas de inculpabilidad. Como dice el Prof. Zaffaroni, “Siempre que no hay culpabilidad ello obedece a que no hay exigibilidad, cualquiera sea la causa que la excluya”.³¹

El delito lo definimos como la *conducta típica y antijurídica*, y reservamos la afirmación de la *culpabilidad* para el autor o dueño de ese acto típico y antijurídico. Para nosotros existen *dos juicios de disvalor o de reproche*: el de *disvalor* del acto por el cual y una vez que constatamos que la conducta es típica y

antijurídica la reprochamos como disvaliosa, vale decir como constitutiva de delito. Lo que debemos determinar es que se cumplan los elementos objetivos del tipo penal (el injusto penal típico) que son la manifestación de conducta, la relación o nexo causal y el resultado pues el elemento subjetivo (dolo o culpa) lo podemos inferir vía presunción. Una conducta típica la podemos presumir como ilícita (antijurídica) porque lesiona sin que medie una causa de justificación o un estado de necesidad, un bien jurídico merecedor de protección penal.

El otro *juicio de disvalor* o de *reproche* es el que se dirige al dueño del acto típico y antijurídico, de quien presumimos que tiene capacidad para comprender la criminalidad del acto (antijuridicidad) y para determinarse de acuerdo con esa comprensión en el caso concreto, que no se encuentra en situación de error de prohibición o de trastorno mental (inimputabilidad), y que no media una causa de inexigibilidad de la conducta. Si se cumplen estos presupuestos procede el juicio de reproche o de culpabilidad como presupuesto para la imposición de una pena.

En tertulias de sobremesa con un querido amigo y jurista el Prof. Luis Gracia Martín, admite que le seduce la idea de aceptar esa concepción bipartita de manera de reservar la *conducta típica y antijurídica* como elementos constitutivos del delito, y la *culpabilidad* como juicio de reproche al dueño de esa conducta. Coincidimos con el profesor Gracia Martín, en reconocer que

³⁰ ZAFFARON Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, op. cit, p. 516, “para reprocharle una conducta a su autor (es decir para que haya culpabilidad) se requiere que este haya tenido la posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad de su conducta y que haya actuado dentro de un cierto ámbito de autodeterminación más o menos amplio, es decir, que no haya estado en una pura opción... la culpabilidad es un concepto graduable, es decir que admite grados de reprochabilidad...”

³¹ ZAFFARONI Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, op. cit, p. 517

el Prof. Juan Bustos Ramirez se mostraba partidario de esta posición, y expresaba en su *planteamiento personal respecto del delito*: “frente a la situación típica antijurídica, la culpabilidad ya no dice relación con la situación que ataca al orden jurídico, sino con una consideración en relación al sujeto de esa situación. No es la situación la que se enjuicia en la culpabilidad, sino el sujeto. Es por eso que delito e injusto son la misma cosa, el delito es la situación injusta, que contraviene al ordenamiento jurídico, el delito es una valoración de esa situación, pero no del sujeto. Por eso en la diferenciación dentro del sistema penal hay que ir más lejos y distinguir entre el ámbito del delito y el del sujeto responsable. Este ámbito se rige por principios completamente diferentes a los del injusto, no se puede hacer un traslado mecánico, como se ha hecho hasta ahora de unas categorías propias del injusto hacia el sujeto y con ello en cierto modo facticizar al sujeto, transformándolo en un hecho o situación”.³²

El Prof. Helmut Frister deja puerta abierta para que se pueda discutir sobre la teoría del delito y su estructura, y luego de afirmar que “el Derecho penal vigente se basa en la idea de la culpabilidad por el hecho individual. Los hombres no son penados por la conducción de su vida en conjunto sino por determinadas formas de conducta, conminadas con pena por la ley. De este modo, el presupuesto básico de todo hecho punible es una conducta a calificar en concreto de una persona natural que satisfaga los presupuestos de una ley penal determinada”.³³ El Prof. Frister se refiere a continuación a las que denomina *cuestiones de subsunción*, que

pueden ser apreciadas -en nuestra opinión- como los elementos del delito que se configurarían a partir del injusto típico (tipicidad y antijuridicidad), y la culpabilidad como juicio de reproche.

Explica el Prof. Frister: “La resolución de una cuestión de subsunción se da en lo esencial, en tres grandes pasos. En el primer paso se trata de la pregunta de si la conducta a enjuiciar cae en general bajo el tipo delictivo respectivo, es decir, si satisface todos aquellos elementos legales que fundamentan el ilícito del delito en consideración. Estos elementos constituyen el **tipo** del delito respectivo. En el segundo paso se debe investigar si el disvalor general de la realización del tipo antes comprobada está compensado por una especial causa de justificación, de modo tal que la realización del tipo delictivo no sea un ilícito en el caso concreto. Así, el objeto del segundo grado de análisis es la **antijuridicidad** de la conducta a enjuiciar. Junto con el primer grado, configura una unidad valorativa, en la medida en que ambos constituyen en común el ilícito jurídico-penal. En el tercero y último paso, de lo que se trata es de la cuestión de si al autor se le puede hacer un reproche personal por el ilícito antes comprobado. La reprochabilidad personal del ilícito fundamenta la **culpabilidad** del autor”.

Por lo anterior es que por nuestra parte nos referimos a un doble juicio, el de *disvalor o de reproche del acto* una vez que hemos constatado que el **acto típico es antijurídico** (o ilícito), y el juicio de *disvalor o de reproche del autor*, por el cual concluimos en su **culpabilidad**. Podemos afirmar que la

³² BUSTOS RAMIREZ Juan, en ob. Cit. p. 175.

³³ FRISTER Helmut, Derecho penal. Parte general, traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, Jose Luis Depalma editor, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 150 y ss.

culpabilidad es del autor y no del acto, en razón de ello sostenemos que los inimputables si cometen delito, pero como no hay reproche de culpabilidad les imponemos una medida de seguridad y no una pena.

Etapas de realización del delito doloso: ideación. Preparación. Ejecución. Consumación.- La acción dolosa es punible no solamente cuando se dan los elementos que comportan el tipo objetivo y subjetivo, esto es cuando se produce la consumación -siempre que el autor sea reprochable o culpable- sino que en determinadas circunstancias aún faltando algún elemento requerido por el tipo objetivo es punible el acto que calificamos como tentativa. (cf. Artículos 41 y 42 del *Código Orgánico Integral Penal*).

Como expresa en Prof. Enrique Bacigalupo es necesario delimitar el comienzo de la punibilidad pues “dado que un hecho punible tiene distintas etapas de realización, es preciso delimitar en que momentos el autor ingresa en el límite de lo punible, y cuando se ha alcanzado la etapa que permite llegar al máximo de punibilidad prevista”.³⁴

Por respecto al principio de *seguridad jurídica* se demanda que la etapa anterior a la realización plena del delito haya alcanzado cierto grado de desarrollo para que pueda ser reputada como típica. El delito se inicia como una idea que se encuentra en la mente del autor cuyo proceso empieza con ella (con la idea) para ir pasando por estadios sucesivos, la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento

to cuando éste forma parte del ejercicio de la actividad final del autor. Todo este largo proceso es lo que denominamos *iter criminis*; como decía el Prof. Luis Jiménez de Asúa el *iter criminis* supone la investigación de las fases por las que pasa el delito desde la ideación hasta el agotamiento, y tiene dos fases fundamentales: interna y externa. “La fase interna sólo existe mientras el delito encerrado en la mente del autor, no se manifestó exteriormente. La externa ya se manifestó. Sale a la luz por actos, incluso de preparación”.³⁵

Aunque se diga que no hay más que estas dos fases, se puede admitir entre ambas una fase intermedia que es la de *la resolución manifestada* en la que aún no existe una auténtica fase externa pero si expresiones de resolución como *la proposición, la conspiración, etc.* En la etapa de *ideación* que se desarrolla en el fuero interno -en la mente del sujeto- éste elabora un plan para llegar a la comisión del delito, se propone los fines a los que se dirigirá su acción y escoge los medios que considera idóneos para conseguir los fines. En esta *fase interna* puede haber la tentación de delinquir y el sujeto puede aceptarla o no; puede retornar la idea y producirse un proceso de *deliberación* interna que como resultado lleve al sujeto a rechazar la idea o a aceptarla, y hasta podría darse la opción que le proponga a otro que lo haga, que lo induzca, etc.

Pero desde que momento el *iter criminis* ingresa en los predios de la punibilidad? Un antiguo aforismo que proscribía la penalización de las ideas o del pensamiento,

³⁴ BACIGALUPO Enrique, Manual de Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1984, p. 163.

³⁵ JIMENEZ DE ASUA Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1970, p. 225.

cogitationis poenam nemo patitur, nos da la respuesta al expresar que el pensamiento no puede soportar ninguna pena. Agregamos que de no ser así, estaríamos en el campo del pecado y no del delito y que no habría diferencia ontológica entre los mismos. Este aforismo fué proclamado como principio legislativo en el *Digesto* expresando don Luis Jiménez de Asua que “mientras el proceso del *iter criminis* se mantiene en lo íntimo del agente, no puede decirse que ha comenzado el acto punible. *Las ideas no delinquen*. Hermosa afirmación que ha costado tanto mártires -como Barni proclama- y que, por todos los medios se trata hoy de burlar”.³⁶

Terreno de difícil delimitación es el del momento de la penalización en el *iter criminis* pues esto está sujeto a la normativa contemplada en un código penal y a la forma como se puede utilizar perversamente el sistema penal como refinado instrumento de control social v dominación política.

En la fase de *preparación* el autor dispone de los medios escogidos con el objeto de crear las condiciones que le permitan la obtención del fin o fines. En la fase de *ejecución* se produce la utilización concreta de los medios que se han elegido para la realización del plan. Resulta difícil poder delimitar la preparación de la ejecución. La distinción “sólo tiene sentido a partir del límite trazado por el legislador entre lo punible y lo no punible, es decir en relación a los tipos penales individuales de la ley penal”.³⁷

La fase de *ejecución* es comprensiva tanto del acto incompleto del autor, como de la total realización del mismo según el plan trazado para llegar a la consumación, vale decir que aquí consideramos tanto la *tentativa inacabada o tentativa* y el delito frustrado o fallido. *La consumación* es la obtención del fin propuesto y planeado mediante la utilización de los medios escogidos con tal finalidad. Para efectos de la punibilidad sólo interesan las etapas de ejecución y de consumación.

De *lege ferenda* la *ideación* y la *preparación* no tienen relevancia penal, y algunos códigos como el argentino adoptan la fórmula del *principio de ejecución* (art. 42). Esta fórmula legal amplía la tipicidad hasta abarcar actos que contemplan un principio de ejecución del delito; ha sido tomada del código penal francés y “deja fuera del ámbito de la tentativa los actos preparatorios previos a la ejecución del hecho. Sólo por excepción se tipifican en la parte especial algunos actos preparatorios, como la asociación para delinquir o la conspiración para cometer traición”.³⁸

El Prof. Hans-Heinrich Jescheck admite en principio que los actos preparatorios permanecen por lo general impunes porque están demasiado alejados de la consumación como para conmover seriamente el sentimiento jurídico de la comunidad y que además en aquellos no sería claramente demostrable la existencia, del dolo, agregando que “sólo por *especiales razones de*

³⁶ JIMENEZ DE ASUA Luis, op. cit, p. 229.

³⁷ BACIGALUPO Enrique, op.cit, p. 164.

³⁸ ZAFFARONI, Ob. Cit. p. 601. Para el Prof. BACIGALUPO, “preparación y ejecución son conceptos relativos que dependen del punto en que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico”, Ob. Cit., p. 164.

política criminal considera el legislador conveniente castigar excepcionalmente los actos preparatorios”.³⁹

En casos como los de la imitación o falsificación de matrices, clisés, planchas o cualesquiera otros objetos que sirvan para la fabricación de timbres, acciones, obligaciones, cupones y billetes de banco (a los que se refería el art. 330 del CP ecuatoriano, que se derogaría) no se trata en verdad de actos preparatorios sino de verdaderos actos de ejecución en los que el legislador desplaza la protección del bien jurídico -en este caso la fe pública- hasta esas acciones; puede admitirse que se trata de verdaderos *delitos autónomos* como ocurre cuando se trata de los *delitos contra la salud* en que se sanciona por ejemplo la venta de sustancias que pueden alterar la salud o causar la muerte o que se vendan sabiendo que debían servir para falsificar sustancias o artículos alimenticios.

NOTAS BREVES SOBRE LA TENTATIVA

De la tentativa se dice que es dispositivo amplificador del tipo penal⁴⁰, forma ampliada o ampliadora de la adecuación.⁴¹ Y es que el *problema* no se centra únicamente en encontrar el límite preciso para separar los actos preparatorios de aquellos que comportan un principio de ejecución sino que se llega a considerar a la tentativa como un delito con contenido propio de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, “porque su estructura es semejante a la de todo hecho punible”⁴². No hay un delito autónomo

que permita penalizar el intento o *conato* de conductas ilícitas en general sino la sanción para la tentativa de un delito determinado en la parte especial del código penal.

Autores como el maestro Francesco Carrara la han considerado como un *delito imperfecto*, por nuestra parte la consideramos como un delito subordinado o en relación con un delito consumado, ya que el estudio de la tentativa de una conducta se realiza en referencia a un tipo penal de la parte especial que no llega a su completa realización por una actividad ajena a la intención del agente. Esto es que acerca de su *naturaleza*, hay quienes aprecian a la tentativa como *delito incompleto* y como tipo *independiente*. En la primera posición no se dan todos los caracteres del tipo porque la conducta se detiene en la etapa de ejecución que no llega a concretarse plenamente produciéndose un resultado cortado. Con la segunda posición se pretende que la tentativa sea admitida como un tipo independiente como cualquier otro, esto nos llevaría a tener que ubicar a la tentativa en la parte especial y a tipificar la tentativa para cada uno de los delitos susceptibles de la misma.

En el *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal* (art. 42) cuando estudiamos la *tentativa* debemos proporcionar criterios para expandir el ámbito de la penalidad a aquellos *actos idóneos* sin que tengamos elementos prefijados para su determinación. Aquí será de vital importancia tratar sobre el efecto del desistimiento de los actos ejecutivos

³⁹ JESCHECK Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, volumen segundo, Bosch, Barcelona, 1981, p. 712.

⁴⁰ REYES Alfonso, Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, p. 169.

⁴¹ SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, p. 203 y ss.

⁴² CURY URZUA Enrique, Tentativa y Delito Frustrado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, p.12.

idóneos para producir el delito consumado, así como la situación excepcional de considerar como delito consumado tipos penales de resultado cortado en que la protección de determinados bienes jurídicos reputa al principio de ejecución como delito autónomo, siendo ese el tratamiento que se le daba en el Ecuador al *atentado contra el pudor*, expresando nuestro código penal “el atentado existe desde que hay principio de ejecución” (art. 508 del código penal derogado), lo que nos ha permitido decir que no existe en nuestra legislación *tentativa de atentado contra el pudor*.⁴³

La *tentativa* tiene que ser estudiada como dispositivo que complementa el tipo penal o tipos penales contemplados en la parte especial del código penal, pero que por razones de técnica legislativa se la ubica en la parte general del código con fines de economía, apareciendo subordinada así al tipo de la parte especial, pues se completa el contenido mediante un reenvío a ella.⁴⁴ Nuestro código penal todavía vigente tiene una fórmula comprensiva de la tentativa o conato y del delito frustrado o *fallido*, expresando en su art. 16: “Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica”. Desde el ámbito de la penalidad su sanción es igual aunque sabemos que con propiedad el *delito tentado* tiene lugar cuando el sujeto no finaliza la actividad delictiva, como en el caso de que fuese descubierto e impedido de ejecutar el disparo mortal, en tanto que

habrá *frustración* cuando finaliza su actividad delictiva pero el resultado querido o buscado no se produce, como cuando el agente llega a disparar y no consigue el resultado muerte sino uno menor como sería el de lesiones, esto es que la no producción del resultado no depende de la intención del agente.⁴⁵

No nos queda duda de que la tentativa es un *delito imperfecto o incompleto* porque no se cumple el tipo penal objetivo aunque el tipo penal subjetivo si se cumple totalmente. Vale decir que estructuralmente la tentativa comporta el ejercicio de una actividad final y un resultado incompleto, que la conducta además de típicamente imperfecta es antijurídica y que al autor se le puede formular un reproche disminuido de culpabilidad con la consiguiente imposición de una pena menor que la que le correspondería por delito perfecto o completo. El Prof. Bettiol⁴⁶. Afirma que la tentativa entraña un peligro de lesión y no una efectiva lesión de un bien jurídico. Nosotros creemos que hay una efectiva lesión al bien jurídico y no solamente el peligro de lesión cuando se consigue el resultado menor que el propuesto por el agente.

LA AUTORÍA MEDIATA DEL PROF. CLAUS ROXIN

Esta tesis fue introducida en 1963 en la dogmática penal por el Profesor de la Universidad de Munich, Claus Roxin, y fue aplicada en el *caso criminal* contra Adolf Eichmann quien fue juzgado y condenado por un Tribunal en Jerusalén en 1968. El Prof.

⁴³ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, ob. cit., p. 144.

⁴⁴ CURY URZUA Enrique, ob. cit., p. 27.

⁴⁵ BETTIOL Guiseppe, Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1965, p.480.

⁴⁶ BETTIOL Guiseppe, Ob. Cit., p. 480.

Roxin sigue defendiendo su tesis, y en esta misma línea se ubican entre otros ilustres profesores: Stratenwerth, Schmidhäuser, Wessels, Maurach, Kai Ambos, Bustos Ramírez, y Enrique Bacigalupo). Podemos sintetizar expresando que de acuerdo con esta teoría tiene lugar la *autoría mediata*, cuando en base a órdenes del Estado, agentes estatales cometen delitos, como por ejemplo homicidios, desaparición forzada de personas, secuestros y torturas. Serán igualmente autores, en calidad de *autores mediatos*, los que dieron la orden de matar, secuestrar o torturar, porque controlaban la organización y tuvieron en el hecho incluso tanta responsabilidad como los ejecutores directos o materiales.⁴⁷

En la propuesta del Prof. Roxin, tratándose de una organización criminal de estas características, la realización del delito en modo alguno depende de los ejecutores materiales o directos. Estos ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son intercambiables, y no pueden impedir que el hombre de atrás, el “autor de escritorio” (*Schreibtisch täter*) como le dicen en Alemania, alcance el resultado, ya que es éste quien conserva en todo momento la decisión acerca de la consumación de los delitos planificados. Vale decir que mantiene *el dominio del hecho*.

Si el encargado de la ejecución del delito, se resistiere a la ejecución del mismo, esto no conlleva el fracaso de la actividad delictiva (he aquí una primera distinción con la instigación), porque de inmediato otro ocuparía su lugar y ejecutaría el delito, sin que necesariamente el hombre de atrás conozca

que hubo un cambio del autor o ejecutor inmediato. El hombre de atrás, controla el resultado típico a través del *aparato organizado de poder*, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos casualmente. El hombre del escritorio tiene el “dominio” propiamente dicho, y por lo tanto es autor mediato.

El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en este tipo de casos constituye entonces una tercera forma de autoría mediata, que va más allá de los casos de coacción y de error. Esta tercer forma de autoría mediata, basada en el empleo de un aparato organizado de poder, tiene su piedra de base en la fungibilidad de los ejecutores que integran tal aparato organizado, quienes no dejan de ser, desde la perspectiva del inspirador, figuras anónimas y sustituibles, o en palabras de Roxin y del Tribunal de Jerusalén, engranajes cambiables en la máquina del poder.

Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en algún puesto en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde, cuando emplea sus atribuciones para ejecutar acciones punibles, siendo indiferente si actuó por propia iniciativa o en interés de instancias más altas que lo han comisionado. Lo decisivo será en todo caso, que pueda conducir la parte de la organización que está bajo su mando, sin tener que dejar al criterio de otros la consumación del delito.

Todos aquellos funcionarios que carezcan del poder de emitir órdenes, o bien

⁴⁷ Cf. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, en la *Delincuencia Organizada Transnacional*. La autoría mediata del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, Edilexa S.A., Lima, 2011, p. 59-89.

aquellos otros que proporcionen los medios para matar, serían sólo cómplices. Del mismo modo, el denunciante ajeno al aparato organizativo sería instigador, pues no influye en el posterior desarrollo de los acontecimientos. Compiten con la postura del Prof. Claus Roxin, la tesis de la coautoría sostenida por el Prof. Gunther Jakobs, y la de la de la instigación, que sostienen Herzberg y Köhler, así como el Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni.

Nuestra posición sobre autoría mediata puede ser revisada en un libro de nuestra autoría, en que expresamos: “**Autor mediato**: Es el que ejecuta la acción por medio de otro que no es culpable o no es imputable (Soler. Ob. Cit. Tomo II, pág. 245), que se vale de la acción de un tercero que es atípica para ejecutar un acto típico (Cury. Ob. cit., pág. 274). Hay en el **autor mediato** el dominio final del referido acto apareciendo en cierto modo la conducta del tercero como un mero instrumento. Aceptando la condición de ser inculpable el tercero, la inculpabilidad en términos generales es consecuencia de tratarse de un inimputable, de obrar en circunstancias de error de prohibición o de no exigibilidad de otra conducta.

El Prof. Reyes Echandía (La Tipicidad, pág. 214), concluye afirmando que el autor mediato no es más que el autor material que utiliza instrumentalmente -o como instrumento- a un ejecutor que podría obrar atípicamente, o se trata de un autor intelectual que se vale de un autor material que estará amparado en una causal de justifica-

ción o de inculpabilidad. Solución que nos parece apropiada para ubicar la conducta del autor mediato dentro de la estructura de la participación.

Parece prudente reservar la calidad de ejecutor material al tercero que obra en circunstancias de error de tipo (ajenidad de la cosa sustraída), para diferenciarlo del autor material y obtener de esa manera el desplazamiento de la autoría a quien debe responder penalmente”.⁴⁸

Requisitos de la autoría mediata

Dos son los requisitos de este tipo de autoría mediata: 1) un aparato organizado de poder estructurado verticalmente por el cual “descienda” sin interferencias una orden desde los estratos altos (decisión vertical), y 2) la intercambiabilidad del ejecutor.⁴⁹

En este esquema, autor mediato no es sólo el jefe máximo de una organización criminal, sino todo aquel que en el ámbito de la jerarquía transmite la orden delictiva con poder de mando autónomo.

Según Roxin, es posible suponer también la autoría mediata en organizaciones criminales no estatales (por ej. mafias) que alcancen a tener una estructura similar y que cumplan con estos dos requisitos.

La teoría de Roxin ha adquirido un gran respaldo por parte del Tribunal Supremo Alemán (BGH), ya que en una sentencia del 26/7/94 empleó esta fórmula de autoría mediata para condenar a tres integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la

⁴⁸ Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, Manual de Práctica Procesal Penal, Edilex S.A., Lima Perú, 2009, p. 419-420.

⁴⁹ Cf. Matías BAILONE, El autor de escritorio y el ejecutor fungible, en www.alfonsozabrano.com en el link AUTORIA MEDIATA.

R.D.A. por el asesinato de nueve personas entre 1971 y 1989 que quisieron traspasar el muro de Berlín, víctimas de los disparos de soldados fronterizos que cumplieron las directivas de aquellos funcionarios.⁵⁰

Sobre la importancia de la teoría del Prof. Claus Roxin, se manifiesta el Prof. Helmut Frister, mismo que expresa: “La teoría del dominio del hecho, predominante en la doctrina, ha sido elaborada y fundamentada con mayor detalle después de trabajos previos de algunos autores (entre los que menciona a Welzell y a Gallas) por Claus Roxin. Ella se alza contra la imposibilidad afirmada por la teoría subjetiva, de sopesar objetivamente los aportes al hecho y quiere llevar a cabo la delimitación entre teoría y participación no según la orientación, sino según que un interviniente domine objetivamente la ejecución del hecho o no. Sin embargo acerca de la concreción del concepto de dominio del hecho hay considerables diferencias de opinión...”.⁵¹

Con una propuesta calificada como minimalista y necesaria para una convivencia social equilibrada, seguramente pensamos en la advertencia del profesor de Munich, Claus Roxin, de que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal. En expresiones del profesor Roxin “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’. Como instrumentos de protección que brinda el Estado vemos el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones desproporcionadas”.⁵² ❖

⁵⁰ Sugerimos revisar el excelente y erudito trabajo monográfico del Prof. Robert ALEXY, publicado en la Revista DOXA 23(2000) de la Universidad de Alicante en España, Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal, p. 197, 230, en que se refiere y comenta la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán, sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín.

⁵¹ FRISTER HELMUT, ob. Cit. p. 568 y ss.

⁵² Claus ROXIN, Derecho Penal. Parte General. Trad. Diego - Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003, p. 137.

LESA HUMANIDAD

AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE CARGOS

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.-

Quito, 03 de octubre de 2013.- Las 17:00.- VISTOS: De conformidad a lo dispuesto por el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, en atención a lo señalado en el numeral 2 del auto de 25 de septiembre de 2013, a las 08h30, dictado por la suscrita Jueza Nacional, se llevó a efecto la Audiencia de Formulación de Cargos, el día martes 01 de octubre de 2013 a las 09h30, con la presencia de los siguientes sujetos procesales: doctor Galo Chiriboga Zambrano, Fiscal General del Estado; en representación del ciudadano Luis Eduardo Piñeiros Rivera el doctor Manuel Adrián Baddillo Guerrero; en representación del ciudadano Jorge Enrique Asanza Acaiturri el doctor Geovanny Esquivel; en representación del ciudadano Carlos Augusto Jarrín Jarrín la doctora Ana Lucía Maldonado; en representación del ciudadano Manuel Marcelo Delgado Alvear el doctor Marco Granja; en representación del ciudadano Juan Raúl Viteri Vivanco el doctor Javier Mejía; en representación del ciudadano Mario Ricardo Apolo Williams el doctor Xavier Gonzalo Arregui; en representación del ciudadano Nelson Bolívar Enríquez Gómez el doctor Emiliano Donoso, ofreciendo ratificación; en representación del ciudadano Guillermo Antonio Rodríguez Yaguachi el doctor Stalin López; en representación del ciudadano Fernando Ignacio Ron Villamarín el doctor Fausto Olmedo Inca; en representación del ciudadano Edgar Gonzalo Vaca Vinuesa el doctor Marcelo Dueñas Veloz; en representación de la ofendida y denunciante Susana Valeria Vaca Lara el doctor Juan Pablo Albán Alencastro, y en representación del ofendido y denunciante Luis Alberto Vaca Jácome el doctor Luis Acosta Coloma. Previa la instalación de la audiencia los sujetos proce-

sales discutieron la competencia de la suscrita Jueza Nacional en razón de fuero, concluyendo que los investigados señores Luis Piñeiros Rivera y Jorge Asanza Acaiturri ostentaron la calidad de Ministro de Defensa Nacional y Ministro de Defensa encargado dentro del período investigado, hecho que se evidenció del análisis de los documentos presentados por la Fiscalía General del Estado, documentación que no fue controvertida por la defensa de ninguno de los investigados. Una vez instalada la audiencia de formulación de cargos de conformidad a lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal el señor Fiscal General del Estado determinó: 1. La descripción de los hechos presuntamente punibles; 2. Los datos personales de los investigados; y, 3. Los elementos y resultados de la indagación que le sirvieron como fundamento jurídico para formular la imputación, mismos que constan del acta de la audiencia, y procedió a absolver las aclaraciones solicitadas por los defensores de los investigados. Al finalizar la primera parte de su exposición el Fiscal General del Estado solicitó que la suscrita Jueza Nacional notifique a los sujetos procesales con el inicio de la instrucción fiscal, misma que tendrá una duración de NOVENTA (90) días. En la segunda parte de su exposición el Fiscal General del Estado solicitó medidas cautelares en contra de los procesados por considerarlos autores del delito de lesa humanidad realizando la siguiente argumentación: 1. Para el caso del señor Luis Eduardo Piñeiros Rivera, el Fiscal General del Estado solicitó la medida cautelar contemplada en el numeral 13 del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal, esto es la prisión preventiva por cuanto dentro del oficio 2135538NBITFIUCN-SAMP suscrito por la Coordinadora de los servicios de apoyo de la migración de Pichincha, se desprende que el día 28 de septiembre del 2013 el mencionado procesado salió del país, y a criterio de la

Fiscalía, otra medida cautelar alternativa a la prisión preventiva no podrá asegurar su comparecencia en este proceso. Adicionalmente el Fiscal General del Estado solicitó la prohibición de enajenar bienes de conformidad a lo prescrito por el numeral 4 de las medidas cautelares de orden real determinadas en el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal.

2. Para el caso del señor general Edgar Gonzalo Vaca Vinuesa el Fiscal General del Estado solicitó la medida cautelar de prisión preventiva contemplada en el numeral 13 del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto del oficio No 2013-5538-MBI-TFIUCM-SAMT se desprende que el mencionado procesado abandono el país con dirección a la República de Colombia el día 14 de junio del 2013 y otra medida cautelar alternativa a la prisión preventiva no podría asegurar su comparecencia en este proceso; también la Fiscalía General del Estado solicitó que se dicte la prohibición de enajenar bienes, medida cautelar de carácter real contemplada en el numeral 4 del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal;

3. Para el caso del señor Jorge Enrique Asanza Acaiturri, la Fiscalía General del Estado solicitó la medida cautelar de arresto domiciliario con vigilancia policial contemplado en el numeral 11 del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal y la medida cautelar de carácter real prevista en el numeral 4 de este mismo artículo, relacionadas a las medidas cautelares de orden real;

4. Para el caso del señor Manuel Marcelo Delgado Alvear, el Fiscal General del Estado solicitó la medida cautelar de arresto domiciliario con vigilancia policial contemplada en el numeral 11 del artículo 160; además pidió la aplicación de la medida cautelar de orden real de prohibición de enajenar bienes prevista en el numeral 4 del mismo artículo, relacionadas a las medidas cautelares de orden real.

5. Para el caso del señor Juan Raúl Viteri Vivanco, la Fiscalía General del Estado solicitó el arresto domiciliario con vigilancia policial contemplado en el numeral 11 del artículo 160 del Código Penal y la prohibición de enajenar bienes prevista en el numeral 4, de las medidas cautelares de carácter real, previsto en el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal;

6. Para el caso del señor Mario Ricardo Apolo

Williams; la Fiscalía General del Estado solicitó el arresto domiciliario con vigilancia policial contemplado en el numeral 11 del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal; así mismo solicitó la prohibición de enajenar bienes determinada en el numeral 4 ibídem, dentro de las medidas cautelares de carácter real.

7. Para el caso del señor Nelson Bolívar Enríquez Gómez la Fiscalía General del Estado solicitó el arresto domiciliario con vigilancia policial contemplado en el numeral 11 del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal, en lo que referente a la medida cautelar de carácter real solicitó la prohibición de enajenar bienes establecida en el numeral 4 ibídem.

8. Para el caso del señor Guillermo Antonio Rodríguez Yaguachi la Fiscalía General del Estado solicitó el arresto domiciliario con vigilancia policial contemplado en el numeral 11 del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal; además solicitó la medida de prohibición de enajenar bienes contemplada en el numeral 4 ibídem relativo a las medidas cautelares de carácter real.

9. Para el caso del señor Fernando Ignacio Ron Villamarín, la Fiscalía General del Estado solicitó la medida cautelar de prisión preventiva contemplada en el numeral 13 del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal; además solicitó se dicte la prohibición de enajenar bienes, medida cautelar de carácter real contemplada en el numeral 4 del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal;

10. Para el caso del señor Carlos Augusto Jarrín Jarrín, la Fiscalía General del Estado solicitó el arresto domiciliario con vigilancia policial, determinado en el numeral 11 del artículo 160 del Código de Procedimiento Penal; así mismo solicitó la prohibición de enajenar bienes, contemplada en el numeral 4 ibídem referente a las medidas cautelares de carácter real.

Una vez atendida la solicitud de la Fiscalía General del Estado, escuchados los procesados y analizados los documentos ingresados en la audiencia, la suscrita Jueza Nacional procede a resolver, motivar y notificar los puntos discutidos y controvertidos en la audiencia, por lo tanto se comunica: Primero: Se declara la competencia de la suscrita Jueza Nacional para conocer la Formulación de Cargos y conocer la etapa de Instrucción Fiscal, por cuanto la Fiscalía

General del Estado ha demostrado que los señores Luis Piñeiros Rivera y Jorge Asanza Acaiturri desempeñaron funciones de Ministros de Defensa Nacional y Ministro de Defensa Nacional Encargado. Segundo: De conformidad a lo dispuesto por el inciso cuarto del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal se notifica a los sujetos procesales señores: Procesado: Luis Eduardo Piñeiros Rivera; Procesado: Jorge Enrique Asanza Acaiturri; Procesado: Carlos Augusto Jarrín Jarrín; Procesado: Manuel Marcelo Delgado Alvear; Procesado: Juan Raúl Viteri Vivanco; Procesado: Mario Ricardo Apolo Williams; Procesado: Nelson Bolívar Enríquez Gómez; Procesado: Guillermo Antonio Rodríguez Yaguachi; Procesado: Fernando Ignacio Ron Villamarín; y, Procesado: Edgar Gonzalo Vaca Vinuesa, con el inicio de la Instrucción Fiscal por el plazo de NOVENTA (90) días, contados a partir de la fecha de la audiencia, de igual manera se hace conocer éste hecho al doctor Galo Chiriboga Zambrano, Fiscal General del Estado y a los denunciados Susana Valeria Vaca Lara y Luis Alberto Vaca Jácome. Tercero: Respecto a las medidas cautelares solicitadas en contra de LUIS EDUARDO PIÑEIROS RIVERA, el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador en los numerales 1 y 11 establecen como última ratio la prisión preventiva, previendo las medidas alternativas a las privativas de libertad. El artículo 76 *ibídem* determina como una garantía del debido proceso el principio de legalidad adjetiva que dice que solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Para el desarrollo del principio de legalidad respecto de la prisión preventiva corresponde a este órgano de Justicia, verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal: Respecto al numeral 1, estos es, indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública, los hechos imputados por Fiscalía - titular de la acción penal- se circunscriben a un delito de lesa humanidad, dentro del cual están los delitos de tortura, desaparición forzada y violencia sexual, reconocidos en los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el

Ecuador, sí como dentro de los principios generales del derecho internacional y demás normas internacionales en materia de derecho penal internacional; estos delitos dentro del ordenamiento sustantivo penal a la fecha de la perpetración de los hechos, para efectos de pena y demás circunstancias, se asimilan a los delitos tipificados en los artículos 180, 188, 189, 205, 507, y 513 del Código Penal. Respecto al numeral 2, indicios claros y precisos de que el procesado LUIS EDUARDO PIÑEIROS RIVERA es presunto autor del delito imputado, al respecto Fiscalía atribuyó presunta participación penal en calidad de autor. Respecto al numeral 3, que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, la sanción prevista para los delitos tipificados 180, 188, 189, 205, 507, 513, tienen una escala penal que supera el año, por lo que se cumple este requisito. Respecto al numeral 4, indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. De las alegaciones efectuadas por los sujetos procesales se establece que el ciudadano LUIS EDUARDO PIÑEIROS RIVERA, se encuentra actualmente en Estados Unidos de Norteamérica, siendo su salida del país el 28 de septiembre de 2013, lo que imposibilita su comparecencia a este proceso, razón por la cual el Estado ecuatoriano se ve obligado a ejercer todos los medios legales para asegurar su comparecencia al juicio. Respecto al numeral 5, indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio, en esta audiencia se ha acreditado que el ciudadano LUIS EDUARDO PIÑEIROS RIVERA se encuentra fuera del país, por lo que no cabe una medida alternativa. Por lo anteriormente expuesto, se dispone la prisión preventiva de ciudadano LUIS EDUARDO PIÑEIROS RIVERA, portador de la cédula de ciudadanía xxxxxxxxxx debiéndose oficiar a la Policía Nacional. Respecto a la medida cautelar real determinada en el artículo 160 medidas cautelares de orden real número 4 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose acreditado los requisitos exigidos en el artículo 191 *ibídem*, esto es, que es necesario asegurar la presencia de procesado a juicio, la

ejecución de la pena y la indemnización pecuniaria, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal se dispone la prohibición de enajenar sobre los bienes del procesado LUIS EDUARDO PIÑEIRO RIVERA, en el monto de USD 200.000,00 (Doscientos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norte América). Cuarto: Respecto a las medidas cautelares solicitadas en contra de EDGAR GONZALO VACA VINUEZA, el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador en los numerales 1 y 11 establecen como última ratio la prisión preventiva, previendo las medidas alternativas a las privativas de libertad. El artículo 76 ibídem determina como una garantía del debido proceso el principio de legalidad adjetiva que dice que solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Para el desarrollo del principio de legalidad respecto de la prisión preventiva corresponde a este órgano de Justicia, verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal. Respecto al numeral 1, estos es, indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública, los hechos imputados por Fiscalía - titular de la acción penal- se circunscriben a un delito de lesa humanidad, dentro del cual están los delitos de tortura, desaparición forzada y violencia sexual, reconocidos en los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Ecuador, sí como dentro de los principios generales del derecho internacional y demás normas internacionales en materia de derecho penal internacional; estos delitos dentro del ordenamiento sustantivo penal a la fecha de la perpetración de los hechos, para efectos de pena y demás circunstancias, se asimilan a los delitos tipificados en los artículos 180, 188, 189, 205, 507, y 513 del Código Penal. Respecto al numeral 2, indicios claros y precisos de que el procesado EDGAR GONZALO VACA VINUEZA es presunto autor del delito imputado, al respecto Fiscalía atribuyo presunta participación penal en calidad de autor. Respecto al numeral 3, que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, la sanción prevista para los delitos tipificados 180,

188, 189, 205, 507, 513, tienen una escala penal que supera el año, por lo que se cumple este requisito. Respecto al numeral 4, indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. De las alegaciones efectuadas por los sujetos procesales se establece que el ciudadano EDGAR GONZALO VACA VINUEZA, se encuentra actualmente en la hermana República de Colombia, siendo su salida del país el 14 de junio de 2013, lo que imposibilita su comparecencia a este proceso, razón por la cual el Estado ecuatoriano se ve obligado a ejercer todos los medios legales para asegurar su comparecencia al juicio. Respecto al numeral 5, indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio, en esta audiencia se ha acreditado que el ciudadano EDGAR GONZALO VACA VINUEZA se encuentra fuera del país, por lo que no cabe una medida alternativa. Por lo anteriormente expuesto, se dispone a prisión preventiva de ciudadano EDGAR GONZALO VACA VINUEZA, portador de la cédula de ciudadanía xxxxxxxxxx debiéndose oficiar a la Policía Nacional. Respecto a la medida cautelar real determinada en el artículo 160 medidas cautelares de orden real número 4 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose acreditado los requisitos exigidos en el artículo 191 ibídem, esto es que es necesario asegurar la presencia del procesado a juicio, la ejecución de la pena y la indemnización pecuniaria, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal se dispone la prohibición de enajenar sobre los bienes del procesado EDGAR GONZALO VACA VINUEZA, en un monto de USD 200.000,00 (Doscientos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norte América). Quinto: Respecto a las medidas cautelares solicitadas en contra de FERNANDO IGNACIO RON VILLAMARIN, el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador en los numerales 1 y 11 establecen como última ratio la prisión preventiva, previendo las medidas alternativas a las privativas de libertad. El artículo 76 ibídem determina como una garantía del debido proceso el principio de legalidad adjetiva que dice que

solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Para el desarrollo del principio de legalidad respecto de la prisión preventiva corresponde a este órgano de Justicia, verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal. Respecto al numeral 1, estos es, indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública, los hechos imputados por Fiscalía -titular de la acción penal- se circunscriben a un delito de lesa humanidad, dentro del cual están los delitos de tortura, desaparición forzada y violencia sexual, reconocidos en los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Ecuador, sí como dentro de los principios generales del derecho internacional y demás normas internacionales en materia de derecho penal internacional; estos delitos dentro del ordenamiento sustantivo penal a la fecha de la perpetración de los hechos, para efectos de pena y demás circunstancias, se asimilan a los delitos tipificados en los artículos 180, 188, 189, 205, 507, y 513 del Código Penal. Respecto al numeral 2, indicios claros y precisos de que el procesado FERNANDO IGNACIO RON VILLAMARIN es presunto autor del delito imputado, al respecto Fiscalía atribuyó presunta participación penal en calidad de autor. Respecto al numeral 3, que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, la sanción prevista para los delitos tipificados 180, 188, 189, 205, 507, 513, tienen una escala penal que supera el año, por lo que se cumple este requisito. Respecto al numeral 4, indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. Toda vez que dentro de la presente audiencia no se ha justificado el arraigo suficiente o las condiciones que permitan verificar la comparecencia a juicio del procesado FERNANDO IGNACIO RON VILLAMARIN, se considera necesario dictar la medida privativa de libertad. Respecto al numeral 5, indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio. Por lo anteriormente expuesto, se dispone la prisión preventiva de ciudadano

FERNANDO IGNACIO RON VILLAMARIN, portador de la cédula de ciudadanía xxxxxxxxxx debiéndose officiar a la Policía Nacional. Respecto a la medida cautelar real determinada en el artículo 160 medidas cautelares de orden real número 4 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose acreditado los requisitos exigidos en el artículo 191 ibídem, esto es que es necesario asegurar la presencia de procesado a juicio, la ejecución de la pena y la indemnización pecuniaria, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal se dispone la prohibición de enajenar sobre los bienes del procesado FERNANDO IGNACIO RON VILLAMARIN, en el monto de USD 200.000,00 (Doscientos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norte América). Sexto: Respecto a las medidas cautelares solicitadas en contra de CARLOS AUGUSTO JARRIN JARRIN portador de la cédula de ciudadanía xxxxxxxxxx, toda vez, que su defensa acreditó documentadamente en la audiencia su grave estado de salud y discapacidad, acogiendo lo solicitado se niega el pedido de arresto domiciliario formulado por la Fiscalía General del Estado, y se dispone como medida cautelar de carácter personal la prohibición de ausentarse del país determinada en el artículo 160 número 4 de las medidas cautelares de carácter personal del Código de Procedimiento Penal. Respecto a la medida cautelar real determinada en el artículo 160 medidas cautelares de orden real número 4 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose acreditado los requisitos exigidos en el artículo 191 ibídem, esto es que es necesario asegurar la presencia del procesado a juicio, la ejecución de la pena y la indemnización pecuniaria, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal se dispone la prohibición de enajenar sobre los bienes del procesado CARLOS AUGUSTO JARRIN JARRIN, en el monto de USD 200.000,00 (Doscientos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norte América). Séptimo: Respecto a las medidas cautelares solicitadas en contra de JORGE ASANZA ACAYTURRI portador de la cédula de ciudadanía xxxxxxxxxx, toda vez, que dentro de la presente audiencia se ha justificado por parte de

la Fiscalía General del Estado la necesidad de garantizar la presencia del procesado en la audiencia de juicio, se acepta la solicitud del Fiscal y se dispone arresto domiciliario con vigilancia policial de conformidad a lo prescrito en el artículo 160 numeral 11 del Código de Procedimiento Penal. Arresto que lo cumplirá en su domicilio ubicado en el cantón Quito, xxxxxxxxxxxx. Respecto a la medida cautelar real determinada en el artículo 160 medidas cautelares de orden real número 4 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose acreditado los requisitos exigidos en el artículo 191 ibídem, esto es que es necesario asegurar la presencia de procesado a juicio, la ejecución de la pena y la indemnización pecuniaria, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal se dispone la prohibición de enajenar sobre los bienes del procesado JORGE ASANZA ACAYTURRI, en el monto de USD 200.000,00 (Doscientos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norte América). Octavo: Respecto a las medidas cautelares solicitadas en contra de MANUEL MARCELO DELGADO ALVEAR portador de la cédula de ciudadanía xxxxxxxxxxxx, toda vez, que dentro de la presente audiencia se ha justificado por parte de la Fiscalía General del Estado la necesidad de garantizar la presencia del procesado en la audiencia de juicio, se acepta la solicitud del Fiscal y se dispone arresto domiciliario con vigilancia policial de conformidad a lo prescrito en el artículo 160 numeral 11 del Código de Procedimiento Penal. Arresto que lo cumplirá en su domicilio ubicado en el Cantón Quito, xxxxxxxxxxxx. Respecto a la medida cautelar real determinada en el artículo 160 medidas cautelares de orden real número 4 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose acreditado los requisitos exigidos en el artículo 191 ibídem, esto es que es necesario asegurar la presencia del procesado a juicio, la ejecución de la pena y la indemnización pecuniaria, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal se dispone la prohibición de enajenar sobre los bienes del procesado MANUEL MARCELO DELGADO ALVEAR, en el monto en el monto de USD 200.000,00 (Doscientos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norte Améri-

ca). Noveno: Respecto a las medidas cautelares solicitadas en contra de JUAN RAÚL VITERI VIVANCO portador de la cédula de ciudadanía xxxxxxxxxxxx, toda vez, que dentro de la presente audiencia se ha justificado por parte de la Fiscalía General del Estado la necesidad de garantizar la presencia del procesado en la audiencia de juicio, se acepta la solicitud del Fiscal y se dispone arresto domiciliario con vigilancia policial de conformidad a lo prescrito en el artículo 160 numeral 11 del Código de Procedimiento Penal. Arresto que lo cumplirá en su domicilio ubicado en el Cantón Quito, xxxxxxxxxxxx. Respecto a la medida cautelar real determinada en el artículo 160 medidas cautelares de orden real número 4 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose acreditado los requisitos exigidos en el artículo 191 ibídem, esto es que es necesario asegurar la presencia de procesado a juicio, la ejecución de la pena y la indemnización pecuniaria, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal se dispone la prohibición de enajenar sobre los bienes del procesado JUAN RAÚL VITERI VIVANCO, en el monto de USD 200.000,00 (Doscientos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norte América). Décimo: Respecto a las medidas cautelares solicitadas en contra de MARIO RICARDO APOLO WILLIAMS portador de la cédula de ciudadanía xxxxxxxxxxxx, toda vez, que dentro de la presente audiencia se ha justificado por parte de la Fiscalía General del Estado la necesidad de garantizar la presencia del procesado en la audiencia de juicio, se acepta la solicitud del Fiscal y se dispone arresto domiciliario con vigilancia policial de conformidad a lo prescrito en el artículo 160 numeral 11 del Código de Procedimiento Penal. Arresto que lo cumplirá en su domicilio ubicado en el cantón Quito, xxxxxxxxxxxx. Respecto a la medida cautelar real determinada en el artículo 160 medidas cautelares de orden real número 4 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose acreditado los requisitos exigidos en el artículo 191 ibídem, esto es que es necesario asegurar la presencia de procesado a juicio, la ejecución de la pena y la indemnización pecuniaria, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 del

Código de Procedimiento Penal se dispone la prohibición de enajenar sobre los bienes del procesado MARIO RICARDO APOLO WILLIAMS, en el monto de USD 200.000,00 (Doscientos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norte América). Décimo Primero: Respecto a las medidas cautelares solicitadas en contra de NELSON BOLÍVAR ENRÍQUEZ GÓMEZ portador de la cédula de ciudadanía xxxxxxxxxx, toda vez, que dentro de la presente audiencia se ha justificado por parte de la Fiscalía General del Estado la necesidad de garantizar la presencia del procesado en la audiencia de juicio, se acepta la solicitud del Fiscal y se dispone arresto domiciliario con vigilancia policial de conformidad a lo prescrito en el artículo 160 numeral 11 del Código de Procedimiento Penal. Arresto que lo cumplirá en su domicilio ubicado en el cantón Quito, xxxxxxxxxx. Respecto a la medida cautelar real determinada en el artículo 160 medidas cautelares de orden real número 4 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose acreditado los requisitos exigidos en el artículo 191 ibídem, esto es que es necesario asegurar la presencia del procesado a juicio, la ejecución de la pena y la indemnización pecuniaria, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal se dispone la prohibición de enajenar sobre los bienes del procesado NELSON BOLÍVAR ENRÍQUEZ GÓMEZ, en el monto de USD 200.000,00 (Doscientos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norte América). Décimo Segundo: Respecto a las medidas cautelares solicitadas en contra de GUILLERMO ANTONIO RODRÍGUEZ YAGUACHI

portador de la cédula de ciudadanía xxxxxxxxxx, toda vez, que dentro de la presente audiencia se ha justificado por parte de la Fiscalía General del Estado la necesidad de garantizar la presencia del procesado en la audiencia de juicio, se acepta la solicitud del Fiscal y se dispone arresto domiciliario con vigilancia policial de conformidad a lo prescrito en el artículo 160 numeral 11 del Código de Procedimiento Penal. Arresto que lo cumplirá en su domicilio ubicado en el cantón Quito, xxxxxxxxxx. Respecto a la medida cautelar real determinada en el artículo 160 medidas cautelares de orden real número 4 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose acreditado los requisitos exigidos en el artículo 191 ibídem, esto es que es necesario asegurar la presencia del procesado a juicio, la ejecución de la pena y la indemnización pecuniaria, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Penal se dispone la prohibición de enajenar sobre los bienes del procesado GUILLERMO ANTONIO RODRÍGUEZ YAGUACHI, en el monto de USD 200.000,00 (Doscientos Mil 00/100 Dólares de los Estados Unidos de Norte América). Décimo Tercero: Agréguese a los autos los documentos presentados por los sujetos procesales dentro de la audiencia. Décimo Cuarto: Oficiése a las autoridades competentes a fin de que se cumplan las medidas cautelares de carácter personal y real dictadas en contra de los procesados. Notifíquese y cúmplase.- f). **Dra. Lucy Blacio Pereira.** JUEZA NACIONAL. Certifico. f) Dra. Martha Villarroel Villegas. SECRETARIA RELATORA ENCARGADA. ❖

Judiciales hacen Deporte



FOTO 1: David Vásquez, Alfredo Rodríguez, Jorge Rivadeneira, Andrea Cazar, Natalia Cevallos, Cristina Valenzuela, Geovanny Valverde, Dr. Jorge Blum Carcelén, Jennifer Benítez, Nathaly Sevilla, Katherine Barragán, Samantha Lozada, Martha Villarroel, Dr. Rubén Macías, Dr. Johnny Ayluardo, Daniela Caicedo, Angélica Yugcha.

FOTO 2: Sevilla, Cristina Valenzuela, Maryuri Rosillo, Nathaly Cevallos, Irene Mier y Erika Moreno.

FOTO 3: Equipo invitado Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Patricia Enriquez, Sofia Mosquera, Janeth Mier, María Fernanda Silva, Paulina Puga, Paquita Chilulza, Diana Suárez, Karina Totoy.

FOTO 4: Gema Novoa, Silvia Bonilla, Toty Lema, María Fernanda Silva, Janet Mier junto al Dr. Ramírez, Miriam Montalván, Patricia Enriquez, Paulina Puga, Glenda Montenegro, Paquita Chilulza, Diana Suárez, Karina Totoy, Sofia Mosquera.

FOTO 5: Rubén Macías, Martha Villarroel, Angelita Yugcha, Dr. Jorge Blum Carcelén, Katherine Barragán, Jennifer Benítez, Samantha Lozada y Geovanny Valverde.

FOTO 6: Anita Sandoval, Diego Calderón, José Vaca, Eliseo García, Santiago González, Gabriel Almeida, Jorge Páramo, Luis Conlago.



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta

UNA IMAGEN INCLUYENTE, SÓLIDA Y FUNCIONAL QUE REPRESENTA LOS VALORES Y PRINCIPIOS INSTITUCIONALES



El isotipo, ilustración moderna de una báscula que se proyecta sobre un trasfondo formado con la unión de los tres colores patrios, representa el acceso igualitario a una justicia de calidad, al tiempo que denota la integración de la Corte Nacional según los conceptos de equidad de género, representatividad provincial y plurinacionalidad. Y el lema: "Verdad, seguridad y paz" - "Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta" -, refleja los valores de su misión, visión y objetivos institucionales.

MISIÓN, VISIÓN Y PRINCIPIOS Y VALORES INSTITUCIONALES



Misión

Administrar justicia en el ámbito de sus competencias, de manera independiente, imparcial, responsable, diligente y proba, respetando estrictamente los principios generales del derecho, las normas constitucionales, internacionales y legales del ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el fin de garantizar, a través de criterios jurisprudenciales uniformes, motivados y congruentes, el ejercicio de la justicia, la seguridad jurídica y la igualdad ante la Ley.



Visión

Ser una institución independiente, confiable y legitimada por la prestación eficiente, eficaz, moderna y transparente del servicio público de administración de justicia, reconocida por la comunidad como el órgano jurisdiccional del Estado comprometido con la aplicación estricta, uniforme y humanista de la Constitución, la normativa jurídica internacional y las leyes.



Principios

Justicia
Bien Común
Seguridad jurídica
Independencia
Igualdad

Valores

Imparcialidad
Probidad
Humanismo
Disciplina
Calidad
Transparencia
Modernidad