

REVISTA ENSAYOS PENALES

14^a Edición



ENSAYOS PENALES



**Décimo
cuarta
edición**

Enero 2023

Presentación

En el transcurso de los últimos años, los diversos escenarios sociales han impulsado que se realicen varias reformas a la normativa penal, lo cual exige que tanto abogados, fiscales, defensores y jueces nos encontremos en constante debate sobre las diferencias institucionales y problemáticas del Derecho Penal, específicamente, los administradores de justicia, quienes a través de nuestras sentencias desarrollamos lineamientos jurisprudenciales.

En este sentido, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia comprometida con impulsar el desarrollo jurídico en materia penal, desde el año 2014, ha publicado diferentes ediciones de la Revista Ensayos Penales.

Por ello, continuando con esta gran tradición jurídica, en el mes de septiembre de 2022 se invitó a juezas, jueces de la Función Judicial, docentes y miembros de la comunidad jurídica del Ecuador a participar en la décimo cuarta edición de la Revista Ensayos Penales de la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia, estableciendo como tema central: “Desafíos jurídicos actuales en materia penal” y como líneas temáticas del número: 1. Impugnación en materia penal (recurso de apelación, recurso especial de doble conforme, recurso de casación y recurso de revisión); 2. Prisión preventiva; 3. Responsabilidad de la persona jurídica y compliance; y, 4. Problemas de la administración de justicia en materia penal.

Una vez superado el proceso de selección de los artículos y cumpliéndose con los requisitos establecidos en la convocatoria, me es grato, en mi calidad de Presidente de la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia presentar a la comunidad jurídica la décimo cuarta edición de la Revista “Ensayos Penales”, la misma que aborda diferentes temas del Derecho Penal, entre los cuales se encuentran valiosos artículos sobre cuestiones doctrinarias y procesales, que esperamos sean de gran aporte para la cultura jurídica de nuestro país.

Extiendo mis felicitaciones a quienes han contribuido con sus artículos para esta nueva edición, además, animo e invito a la comunidad jurídica que continúe interesándose en generar estos espacios de debate, que siempre serán apoyados desde la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional

Dr. Byron Guillén Zambrano

Presidente de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar,
Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la
Corte Nacional de Justicia

TABLA DE CONTENIDO

7

EL DOBLE CONFORME EN MATERIA PENAL
(Dr. Byron Javier Guillen Zambrano)

17

LA MEDIDA CAUTELAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. VISIÓN CRÍTICA SOBRE SU APLICACIÓN Y RAZONABILIDAD
(Dr. Luis Adrián Rojas Calle)

29

EL RECURSO DE APELACIÓN: PRINCIPIOS, GARANTÍAS Y DERECHO COMPARADO
(Dr. Iván Arsenio Garzón Villacrés)

63

DERECHOS FUNDAMENTALES Y CRIMINALIDAD CIBERNÉTICA EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, ANÁLISIS PARA LA NO INDEFENSIÓN DE LA VÍCTIMA
(Ab. Diana Catalina Toledo Verdugo)

81

LA PROCEDENCIA DEL RECURSO ESPECIAL DE DOBLE CONFORME CUANDO UN TRIBUNAL DE CASACIÓN DICTA UNA SENTENCIA CONDENATORIA POR PRIMERA VEZ. RELACIÓN CON EL PRINCIPIO *NON REFORMATIO IN PEJUS*, OTROS DERECHOS Y GARANTÍAS ANALIZADOS
(Msc. Dayán Alejandra Argüello Veintimilla)

89

COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO EN LOS INCIDENTES DE EJECUCIÓN PENAL. ANÁLISIS DE ASPECTOS CRÍTICOS
(Ab. Diego Sebastián Campoverde Sánchez)

107

IGUALDAD DE ARMAS Y PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO
(Ab. Kevin Joel Cabezas Páez)

137

EL COIP NO SABE CONTAR. PROLEGÓMENOS DE LA TEORÍA DEL CONCURSO DE DELITOS
(Ab. Edgar Leonel Córdova Ortega)

175

LA REINCIDENCIA EN MATERIA PENAL
(Dra. Brenda Viviana Guerrero Vela)

187

LA PRISIÓN PREVENTIVA FRENTE A LA CRISIS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO¿MEDIDA O CASTIGO?
(Ab. María de los Ángeles Briones Enríquez)

ENSAYOS PENALES

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA 170507, Ecuador

La Gaceta Judicial tiene entre sus atribuciones diseñar, imprimir y publicar el material académico o jurisprudencial de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con las directrices del Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

Dr. Iván Saquicela Rodas
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Comité Editorial

Dra. Daniella Camacho Herold
Jueza de la Corte Nacional de Justicia

Dr. Luis Rivera Velasco
Juez de la Corte Nacional de Justicia

Dr. Luis Adrián Rojas
Conjuez de la Corte Nacional de Justicia

Dra. Karen Chica Mejía
Asesora de Presidencia
Corte Nacional de Justicia

Coordinación

Msc. Dayán Alejandra Argüello Veintimilla
Coordinadora Jurídica
Presidencia Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen
Organizado de la Corte Nacional de Justicia

Alejandra Marcalla Pérez
Asistente Administrativa

Gaceta Judicial

Impresión
Victor Chuquitarco Ch.

Diagramación y portada
Tec. Santiago González Muñoz
Dr. Santiago Arauz Rios

Email: gacetajudicial@cortenacional.gob.ec
Página Web: www.cortenacional.gob.ec

222 pag. 29.7 x 21

Enero 2023

CDD: 050.00
ISSN: 1390-7972

Quito-Ecuador

Políticas editoriales

Ensayos Penales es la revista de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.

Tiene una circulación semestral; recibe artículos y colaboraciones entre septiembre y diciembre para incluirlos en el número de enero a junio; y, entre abril y junio para el número de julio a diciembre.

Proceso de edición

El proceso de edición de un artículo puesto en consideración del Comité Editorial de Ensayos Penales está compuesto por las siguientes fases:

1. **Recepción:** El proceso inicia con la fase de recepción de artículos académicos. Los textos deben ser enviados al Comité Editorial de la Revista Ensayos Penales.
2. **Admisibilidad:** El artículo será examinado para determinar si cumple o no con los requisitos de admisibilidad.
3. **Selección:** Los artículos que han aprobado la fase de admisibilidad serán leídos de manera anónima por dos miembros del Comité Editorial quienes decidirán si cumple los parámetros de calidad exigidos por la revista.
4. **Edición:** Tras la notificación de haber sido seleccionado el artículo, se ofrecerá una revisión en términos ortográficos, gramaticales y de estilo.
5. **Publicación:** Cumplidas todas estas fases, el artículo será publicado en la revista Ensayos Penales.
6. **Frecuencia de la publicación:** La publicación de la revista es semestral.
7. **Política de acceso abierto:** El contenido de la revista está publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos.

Normas para autores

Para aprobar la fase de selección, los artículos enviados deberán cumplir los siguientes requisitos: **i)** el artículo debe ser de preferencia original, aunque se aceptarán artículos no inéditos; **ii)** extensión mínima de 10.000 palabras de contenido; **iii)** estructura y formato de citación detallados en la Guía de Políticas Editoriales; **iv)** relevancia e innovación del tema jurídico abordado; **v)** contenido crítico; y, **vi)** suficiencia de investigación y manejo adecuado de fuentes.

Estos criterios serán considerados para que el Comité Editorial tome una decisión discrecional y motivada sobre la selección o no de un artículo.

Guía de Políticas Editoriales

El Comité Editorial de la Revista Ensayos Penales pone a disposición de los autores la Guía de Políticas Editoriales, que contiene los requisitos de forma para la aceptación de los artículos presentados a la revista, disponible en la página web de la Corte Nacional de Justicia.

EL DOBLE CONFORME EN MATERIA PENAL



Dr. Byron Javier Guillen Zambrano*

Juez Nacional de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia

RESUMEN

En este trabajo se analiza el derecho al doble conforme reconocido en instrumentos internacionales y en la normativa nacional. Se aborda principales aspectos sobre el recurso especial de doble conforme reconocido en sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Constitucional del Ecuador. Se analiza la Resolución No. 4-2022 de 30 de marzo de 2022 expedida por la Corte Nacional de Justicia, así como el estudio de legislación comparada, específicamente, Colombia.

Palabras claves: Derecho al doble conforme, recurso especial de doble conforme, garantía de doble conforme, recurso de impugnación especial.

ABSTRACT

This paper analyzes the special right to appeal, recognized as a resource in international instruments and national regulations. It addresses main aspects of the special appeal recognized in sentences issued by the Inter-American Court of Human Rights and by the Constitutional Court of Ecuador. The Resolution No. 4-2022 of March 30, 2022 issued by the National Justice Court is analyzed, as well as the study of comparative legislation, being this specifically the Colombian legislation.

Keywords: Right to appeal, special appeal, guarantee to appeal, special appeal resource.

* Juez Nacional de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena por la Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar y Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Particular de Especialidades Espíritu Santo. Egresado del Doctorado de Derecho de la Universidad Mar del Plata.

El derecho al doble conforme se encuentra reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, y en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República del Ecuador que reconoce, en términos generales, el derecho a recurrir.

A continuación, se realizará una referencia de la normativa internacional y nacional respecto al derecho al doble conforme.

Normativa Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), relativo a las garantías judiciales, en su artículo 8 numeral 2 literal h), señala que:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (...).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 párrafo 5, prescribe de manera más detallada que “[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha precisado el contenido del derecho al doble conforme en los siguientes términos:

La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado (Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Sentencia de Corte IDH, 14 de mayo de 2013).

Así mismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes, y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho.

Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria (Caso Gorigoitía Vs. Argentina. Sentencia de Corte IDH, 2 de septiembre de 2019).

Asimismo, la Corte IDH determinó que, si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. En ese sentido, es preciso tener en cuenta que el derecho al doble conforme no se garantiza con la mera posibilidad formal de plantear una impugnación a la sentencia condenatoria, sino que dicho recurso debe ser eficaz en el sentido de ser susceptible de permitir un análisis integral de la sentencia condenatoria impugnada (Sentencia No. 987-15-EP/20, 18 de noviembre de 2020).

Normativa Nacional

Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 numeral 7 literal m) consagra: *“El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”*.

Corte Constitucional de Ecuador

La Corte Constitucional del Ecuador ha emitido algunas sentencias en las que se ha pronunciado y desarrollado el derecho al doble conforme establecido en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República del Ecuador. Así, principalmente tenemos:

Sentencia 987-15-EP/20 de fecha 18 de noviembre de 2020

Mediante sentencia No. 987-15-EP/20 de fecha 18 de noviembre de 2020 se reconoció que:

(...) el derecho al doble conforme no se garantiza con la mera posibilidad formal de plantear una impugnación a la sentencia condenatoria, sino que dicho recurso debe ser eficaz en el sentido de ser susceptible de permitir un análisis integral de la sentencia condenatoria impugnada.

Así, la Corte Constitucional ha señalado que el derecho al doble conforme se diferencia del derecho a recurrir en su sentido abstracto, no se agota en una dimensión adjetiva, sino que existe precisamente para precautelar una dimensión material del proceso, como lo es la protección de la presunción de inocencia del presunto infractor, en el sentido de que garantiza que únicamente se condene a una pena a una persona, si su responsabilidad ha sido confirmada por dos estructuras jurisdiccionales diferentes (Sentencia No. 987-15-EP/20, 18 de noviembre de 2020 y Sentencia No. 8-19 IN y acumulado /21, 8 de diciembre de 2021).

Sentencia No. 1965-18-EP/21 de 17 de noviembre de 2021

En la Sentencia No. 1965-18-EP/21, la Corte Constitucional estableció que el derecho al doble conforme busca dotar al condenado dentro de un proceso penal de una instancia capaz de corregir posibles errores judiciales, dada la especial gravedad que revisten las sanciones penales. Y, para ello, el derecho al doble conforme exige dos elementos básicos.

En primer lugar, la existencia de un tribunal distinto al que dictó la sentencia condenatoria con competencia para revisarla, el que debe ser de superior jerarquía orgánica.

En segundo lugar, un recurso –cualquiera fuere su denominación– ordinario; es decir, oportuno, eficaz y accesible para toda persona declarada culpable en un proceso penal.

Oportuno.- Si puede ser interpuesto con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia condenatoria.

Eficaz.- Si brinda la posibilidad de que el tribunal superior revise de forma íntegra la sentencia impugnada, incluyendo la interpretación y aplicación del Derecho, así como la valoración de la prueba realizada en la sentencia impugnada.

Accesible.- Si las formalidades para que el recurso sea admitido son mínimas.

Mediante la sentencia No. 1965-18-EP/21 de 17 de noviembre de 2021, la Corte Constitucional dentro de una acción extraordinaria de protección declaró la vulneración del derecho al doble conforme en un caso específico y dispuso que la Corte Nacional de Justicia dentro del plazo de dos meses regule provisionalmente, a través de una resolución, un recurso que garantice el derecho al doble conforme de las personas que son condenadas por primera vez en segunda instancia, de conformidad con los parámetros establecidos en el citado en el fallo.

Posteriormente, mediante sentencia No. 8-19 IN y acumulado /21 de fecha 8 de diciembre de 2021, la Corte Constitucional dispuso que la Corte Nacional de Justicia, en el plazo de dos meses desde la notificación de la sentencia, emita una resolución con fuerza de ley mediante la cual regule un recurso ad hoc que garantice el derecho al doble conforme de los procesados que han recibido una sentencia condenatoria por primera ocasión en casación, observando los parámetros fijados por la Corte Constitucional y definiendo las personas beneficiarias de ese recurso.

Con el objeto de cumplir con lo dispuesto por la Corte Constitucional, la Corte Nacional de Justicia a través de la Presidencia de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Transito, Corrupción y Crimen Organizado y de la Dirección de Asesoría Jurídica de la Corte Nacional de Justicia ela-

boraron un proyecto de Resolución que regula el recurso especial de doble conforme bajo los parámetros emitidos por la Corte Constitucional, el mismo que fue puesto en conocimiento del Pleno de la Corte Nacional de Justicia a inicios del mes de febrero del presente año, y que luego de un profundo análisis y debate fue aprobado el día 30 de marzo de 2022.

Mediante Resolución No. 04-2022, la Corte Nacional expidió las “*Normas que regulan el recurso especial de doble conforme*”, mismas que entraron en vigencia con la publicación en el Segundo Suplemento Registro Oficial No 44 de fecha 18 de abril de 2022.

Resolución No. 04-2022 de 30 de marzo de 2022 emitida por la Corte Nacional de Justicia se expidieron las normas que regulan el recurso especial de doble conforme.

La Resolución contiene cinco capítulos, doce artículos, dos disposiciones transitorias. Los capítulos se estructuran de la siguiente manera: Capítulo: 1 Finalidad y Objeto; capítulo II: Para los casos de primera condena en apelación; capítulo III: Para los casos de primera condena en casación; Capítulo IV: Para los casos de Fuero de Corte Provincial y Corte Nacional de Justicia; Capítulo V: Para los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal.

Las normas que regulan el recurso especial de doble conforme tienen por objeto la revisión integral de las sentencias condenatorias dictadas por los Tribunales de apelación de las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales de casación de la Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia, cuando en dichas sentencias se declare por primera vez la culpabilidad de una persona procesada.

El Tribunal competente al conocer este recurso especial podrá revisar de forma íntegra la sentencia impugnada, incluyendo la determinación de los hechos, interpretación y aplicación del Derecho, así como la valoración de la prueba.

Legitimación activa (Arts. 3 y 7)

El recurso especial de doble conforme podrá ser interpuesto:

1) por toda persona procesada que haya sido condenada por primera vez en segunda instancia, por delitos cuyo ejercicio de la acción penal sea público o privado y para contravenciones; y,

2) por toda persona procesada que haya sido condenada por primera vez en casación, por delitos cuyo ejercicio de la acción penal sea público o privado.

Competencia (Arts. 4 y 8)

El recurso especial será conocido y resuelto por un Tribunal de Conjuces Nacionales de las Salas Especializadas de la Corte Nacional en casos de primera condena en sentencia de apelación, y por un Tribunal de Jueces Nacionales de las Salas Especializadas de la Corte Nacional en casos de primera condena en sentencia de casación.

Trámite (Arts. 5 y 9)

El recurso especial de doble conforme se sustanciará de acuerdo a las siguientes reglas:

1.- Se interpondrá por escrito ante el Tribunal de la Corte Provincial de Justicia que dictó la sentencia de apelación / Tribunal de la Corte Nacional de Justicia que dictó la sentencia de casación, dentro del término de tres días de notificada la misma.

2.- El Tribunal de Apelación/ Casación resolverá sobre la concesión del recurso especial dentro del plazo de cinco días contados desde su interposición, para lo cual deberá verificar que sea interpuesto por el titular del derecho y dentro del término establecido, caso contrario, lo rechazará de plano.

3.- De conceder el recurso, el Tribunal remitirá el proceso a la Corte Nacional de Justicia/ Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia en el plazo de cinco días contados desde que se encuentra ejecutoriada la providencia que lo conceda.

4.- Recibido el expediente, el Tribunal respectivo de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia convocará a los sujetos procesales a una audiencia dentro del plazo de cinco días subsiguientes a la recepción del expediente, para que fundamenten el recurso y expongan sus pretensiones.

5.- La o el recurrente intervendrá primero y luego la contraparte. Habrá lugar a la réplica y contrarréplica.

6.- Finalizado el debate, el Tribunal procederá a la deliberación y en mérito de los fundamentos y alegaciones expuestas, anunciará su decisión oral en la misma audiencia.

7.- La sentencia o auto motivado que corresponda, deberá reducirse a escrito y notificarse en el plazo de tres días después de ser anunciada en audiencia.

Interposición de recursos (Arts. 6 y 10)

Para los casos de primera condena en recurso de apelación

Si no se presenta el recurso especial dentro del término legal establecido, fenecido

éste, se abre el término legal para presentar el recurso de casación; caso contrario, el término para interponerlo se contará a partir de la notificación con la resolución del recuso especial (Artículo 6).

Para los casos de primera condena en recurso de casación

La sentencia que resuelva este recurso especial de doble conforme sólo será susceptible de los recursos horizontales de aclaración y ampliación (Artículo 10).

Para los casos de fuero de Corte Provincial y Corte Nacional de Justicia (Art. 11)

Las disposiciones de los capítulos I, II y III de la presente Resolución, serán aplicables para los casos de fuero funcional de Corte Provincial y fuero personal de Corte Nacional de Justicia, observando además las siguientes reglas:

a) En caso de sentencia condenatoria por primera vez en sede de apelación en casos de fuero de Corte Provincial de Justicia, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial será de un Tribunal de Conjuetas y Conjuetes de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.

Si se hubieren agotado los Conjuetes hábiles de dicha Sala, conocerán las y los conjuetes de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores como Sala afín; en caso de no existir Conjuetes hábiles en ella, se sorteará entre los demás Conjuetes de la Corte Nacional de Justicia.

b) En caso de sentencia condenatoria por primera vez en sede de apelación en casos de fuero de Corte Nacional de Justicia, la

competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial será de un Tribunal de Juezas o Jueces Nacionales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado.

Si se hubieren agotado las y los Jueces hábiles de dicha Sala, conocerán las y los Conjuetes de la misma Sala Especializada; en caso de haberse agotado éstos, conocerán los Conjuetes de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores como Sala afín; a falta de Conjuetes hábiles en dicha Sala, se sorteará entre los demás Conjuetes de la Corte Nacional de Justicia.

Para los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal (Art. 12)

Las disposiciones de los capítulos I, II y III de la presente resolución, serán aplicables para los casos de adolescentes en conflicto con la ley penal, observando además las siguientes reglas:

a) En caso de sentencia condenatoria por primera vez en sede de apelación, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial será de un Tribunal de Conjuetas o Conjuetes de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia.

Si se hubieren agotado los Conjuetes hábiles de dicha Sala, conocerán las y los Conjuetes de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado como Sala afín; en caso de no existir Conjuetes hábiles en ella, se sorteará entre los demás Conjuetes de la Corte Nacional de Justicia.

b) En caso de sentencia condenatoria por primera vez en sede de casación, la competencia

para el conocimiento y resolución del recurso especial será de un Tribunal de Juezas o Jueces de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia diferente al que conoció el recurso de casación.

De haberse agotado el número de Jueces hábiles de dicha Sala, conocerá un Tribunal de Conjuezas o Conjueces de la misma; en caso de haberse agotado éstos, conocerán los Conjueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado como Sala afín; y a su falta, se sorteará entre los demás Conjueces hábiles de la Corte Nacional de Justicia.

Legislacion Comparada

Es importante indicar que en otras legislaciones ya se encontraba previsto el recurso de doble conforme, como sucede con la legislación colombiana y costarricense. A manera de ejemplo, realizaré una breve reseña de la legislación colombiana respecto al recurso del doble conforme.

En la legislación colombiana se regula los casos de impugnación respecto de la primera sentencia condenatoria, ya sea expedida en ocasión de recurso de apelación o de casación.

Como antecedentes podemos señalar principalmente lo siguiente:

Sentencia C 792 del 2014 emitida por la Corte Constitucional, mediante la cual se estableció que esta garantía de impugnación estaba regulada legalmente de forma incompleta. En tal razón, se declaró la inconstitucionalidad con efectos diferidos de las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194, 481 de la ley 906 de 2004, debido a que omitían la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias. En consecuencia, se exhortó al Congreso de la República para que regulara

integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias, expedidas por primera vez.

Sentencia SU-215 de 2016 emitida por la Corte Constitucional, mediante la cual se aclaró el alcance del derecho fundamental de impugnar sentencias condenatorias anotando que el término concedido en la sentencia C-792 de 2014 al Congreso de la República para legislar había expirado. Entonces, instó a la Corte Suprema de Justicia o en su defecto al juez constitucional para que fijara las reglas para amparar el derecho constitucional de impugnar una sentencia condenatoria impuesta por primera vez y que no se encontrara ejecutoriada.

Mediante **Acto legislativo Nro. AL-01 de 2018** se reformó la Constitución y el Código de Procedimiento Penal estableciendo la posibilidad de la doble conformidad. Sin embargo, el proceso o trámite no estaba regulado.

Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

En razón que no estaba regulado el proceso o trámite para la doble conformidad, la Corte Suprema de Justicia de Colombia desarrolló algunas líneas jurisprudenciales respecto al doble conforme.

- En un primer momento, no se acató el fallo constitucional, considerando que ha existido revisión de las decisiones por distintos juzgadores.
- Después, se garantizó la doble conformidad a través de la demanda de casación, disminuyendo las formalidades, pues este recurso extraordinario permite una revisión completa de la decisión (incluyendo aspectos fácticos y probatorios). En este caso se impulsa también la casación oficiosa como mecanismo de corrección de errores.
- Posteriormente, se estableció el "recurso de impugnación especial".- (Sentencia SP4883

Radicanado 48-820 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2018) dicho recurso se podía interponer ante las primeras sentencias condenatorias que fueran tomadas por la Sala de Casación de la Corte de cierre de la jurisdicción ordinaria penal. Tres magistrados de la Sala de Casación Penal que no hubieran participado en la decisión de casación, resolverían la solicitud de doble conforme luego de la condena que se profiriera por los demás magistrados.

Este recurso no aplicaba para decisiones de Tribunales Superiores (similares a Cortes Provinciales), en los que se consideraba que el recurso de casación era un recurso idóneo para la revisión integral de la sentencia.

- Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de Colombia estableció la impugnación especial en todos los casos, incluyendo las decisiones de Tribunales superiores. Se establecieron reglas con mayor claridad. Este es el mecanismo vigente, ante la falta de regulación del legislador.

No procede recurso de casación puesto que el recurso de impugnación especial permite la revisión integral de la sentencia (Sentencia AP1263-2019 Radicanado 54215 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2019).

Reglas de impugnación especial

(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

(ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.

(iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al re-

curso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.

(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.

(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso -600 de 2000 o 906 de 2004-, para el recurso de casación.

(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.

(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.

(viii) Si se inadmite la demanda y -tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.

(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría – según sea Ley 906 o Ley 600-, procederá a

resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.

(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación.

(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda ins-

tancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad (Sentencia AP1263-2019 Radicando 54215 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2019).

Bibliografía

Acto legislativo 01 (2018, enero). Congreso de Colombia. <https://n9.cl/r0whb>

Caso Gorioitía Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (2019, 2 de septiembre de 2019). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 382. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_382_esp.pdf. La Sentencia se notificó el 17 de septiembre de 2019.

Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (2013, 14 de mayo de 2013, Corte interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 260, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf. La Sentencia se notificó el 5 de julio de 2013.

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", (1984, 06 de agosto). <https://www.fielweb.com>

Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial No. 377.

Código Orgánico Integral Penal. (2014, 10 de febrero). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial No. 180.

Código Orgánico de la Función Judicial. (2009, 09 de marzo). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial Tercer Suplemento No. 131.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1969, 24 de enero). <https://www.fielweb.com>

Resolución 04-2022. (2022, 30 de marzo). Corte Nacional de Justicia. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 44.

Sentencia 987-15-EP/20. (2020, 18 de noviembre). Corte Constitucional del Ecuador (Daniela Salazar, Jueza ponente).

Sentencia 1965-18-EP/21. (2021, 17 de noviembre). Corte Constitucional del Ecuador (Alí Lozada Prado, Juez ponente).

Sentencia 8-19-IN y acumulado/21. (2021, 08 de diciembre). Corte Constitucional del Ecuador (Teresa Nuques, Jueza ponente).

Sentencia C-792/14. (2014, 29 de octubre). Corte Constitucional de Colombia (Luis Guerrero Pérez, Magistrado ponente).

Sentencia SU215/16. (2016, 28 de abril). Corte Constitucional de Colombia (María Calle Correa, Magistrada ponente).

Sentencia SP4883-2018 Radicando 48-820. (2018, 14 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de Colombia (Patricia Salazar Cuéllar, Magistrada Ponente).

Sentencia AP1263-2019 Radicando 54215. (2019, 03 de abril). Corte Suprema de Justicia de Colombia (Eyder Patiño Cabrera, Magistrado Ponente).

LA MEDIDA CAUTELAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. VISIÓN CRÍTICA SOBRE SU APLICACIÓN Y RAZONABILIDAD



Dr. Luis Adrián Rojas Calle*

Conjuez de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen
Organizado de la Corte Nacional de Justicia

RESUMEN

Los sujetos procesales han generalizado la práctica de solicitar esta medida extrema, es lógico creer que este no se presentará a juicio; la facultad discrecional concedida al juzgador, conlleva la obligación de evaluar si en realidad el peligro de fuga alcanza un nivel capaz de legitimar la privación de libertad.

Palabras claves: medidas cautelares, derecho a la libertad, prisión preventiva, principios constitucionales, detención, privación de libertad, excepcionalidad.

ABSTRACT

The procedural subjects have generalized the practice of requesting this extreme measure, it is logical to believe that it will not be presented to trial; the discretionary power granted to the judge entails the obligation to assess whether in reality the danger of flight reaches a level capable of legitimizing the deprivation of liberty.

Keywords: precautionary measures, right to liberty, pretrial detention, constitutional principles, detention, deprivation of liberty, exceptionality.

* Conjuez de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. Nacido en la ciudad de Azogues Provincia de Cañar. Funcionario de la carrera fiscal por el período de 28 años, actuó en calidad de Juez Nacional encargado por un año y hoy en funciones como Conjuez Nacional. Ha colaborado con la Escuela de la Función Judicial en un sinnúmero de ocasiones impartiendo materias procesales; así también como expositor en varios seminarios nacionales e internacionales.

La sociedad y muchos de nosotros hemos en algún momento requerido que, aquel que comete un injusto penal sea privado de su libertad, inmediatamente casi sin un proceso debido; más, sin embargo, ¿nos hemos puesto a imaginar que pasaría si nosotros fuéramos los procesados? Tenemos empatía con aquellos.

Pues nadie está exento de una accidentalidad de tránsito con lesiones, o con resultado de muerte, de terminar aprehendido por legítima defensa, o por estado de necesidad. Entonces, es allí cuando estando privados de nuestra libertad o como en el argot popular se conoce como “presos” es que pediremos a la justicia que no se nos aplique la prisión preventiva, demandamos que en este Estado de derechos y justicia la carta del estado sea de directa e inmediata aplicación y ahí exigimos la excepcionalidad de la medida restrictiva de la libertad y que se encuentra contenida en el Art. 77.1 de la Constitución de la República sea de ultima ratio.

La prisión preventiva ha hecho que el sistema carcelario colapse

Vendrán a nuestra mente las imágenes execrables de los muertos en los centros de privación de libertad “cárceles”, y allí diremos que la prisión preventiva es última ratio de conformidad a la constitución.

Y en esta necesidad de que el sistema entienda que al contrario de que aquel que tiene dinero es el que le otorgan medidas alternativas y al pobre, la prisión, la Corte Constitucional se ha pronunciado en sentencia 8-20-CN/21, donde me permito citar al Dr. Ramiro Ávila Santamaria que indicó en el voto concurrente lo siguiente: “Si yo fuera juez o jueza de garantías penales que ordenó la prisión preventiva y supiese que esa persona muere en un amotinamiento, no podría con mi conciencia. Sin dudar preferiría saber que es prófuga a que está muerta”. Además,

con respecto al enunciado arraigo social, el mencionado juez establece:

Un paréntesis con el famoso y popular “arraigo”, que es una práctica procesal generalizada y perversa en el Ecuador. El arraigo no está contemplado en la ley. A alguien se le ocurrió que, si una persona demuestra tener domicilio o trabajo estable, entonces no hay peligro de fuga. Por el contrario, si no tiene domicilio ni trabajo (no tiene arraigo), se presume el peligro de fuga. Si no hay el supuesto arraigo, en la práctica se ha vuelto obligatoria la prisión preventiva. Práctica discriminatoria y, por eso, inconstitucional. Resulta que la gran mayoría de personas pobres, que no tienen domicilio ni trabajo formal, corren el riesgo de ir a la cárcel sin condena. No es justo. La vida es difícil para la gente más excluida. No puede ser que las prácticas procesales la empeoren cuando se las procesa penalmente.

En este mismo sentido la Alta Corte mediante la Resolución 14-2021 de 15 de diciembre de 2021, se establece que el mandato de Montecristi sea efectivo en torno a la excepción de la medida, no obstante de ello, existen presiones de ciertos funcionarios que exigen a los fiscales e incluso que vía memorando les informe el por qué no solicitan esta medida, a riesgo de informar a control disciplinario, aquellos funcionarios de marras, que viven bajo la sombra y el temor de que sus encargos les sean retirados y se han vuelto los dóciles firmadores de la preconcebida.

Desarrollo teórico sobre la prisión preventiva

La prisión preventiva es una de las instituciones del derecho penal más analizadas y criticadas.

Partiendo de que la prisión preventiva debería ser, según los parámetros constitucionales e internacionales la última ratio, no

es difícil encontrar estudios que constaten el abuso de la utilización de la prisión preventiva en Latinoamérica y además que afirmaren la correlación entre esta realidad y el crecimiento del hacinamiento y de los problemas de seguridad en las prisiones en la región; y, nuestro país, el Ecuador no es excepción a este contexto.

Resulta menester hacer el abordaje de la institución "prisión preventiva y el objetivo que la misma persigue en el proceso".

El insigne jurista ecuatoriano. Jorge Zavala Baquerizo conceptualiza a la misma como:

Un acto procesal de carácter preventivo, provisional que limita la libertad personal del sujeto pasivo del proceso, cuando al reunirse los presupuestos exigidos por la ley, el juez objetiva y subjetivamente, considera necesario dictarla con la finalidad de asegurar la realización del derecho violentado.

Ahora bien, por el mandato expreso constitucional y /o convencional se determina que esta medida cautelar personal se fundamenta en la excepcionalidad, pues la misma se presenta como contraria a la regla general que garantiza la libertad individual sin restricción alguna y dentro del marco de la constitución, por ello su excepcionalidad establecida en los casos, por el tiempo y con las formalidades determinadas en la ley.

Es así que el artículo 77 numeral 1 de la CRE, determina que la privación de libertad no será la regla general, determinando taxativamente que se aplicará excepcionalmente sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena.

En materia, dentro de las medidas cautelares de orden personal que contempla nuestro ordenamiento jurídico, para asegurar la presencia de la persona al proceso, encontramos en el numeral 6 del artículo 522 del COIP a la prisión preventiva.

Aquella medida cautelar de orden personal se erige como la de coerción más grave que contempla nuestra legislación procesal, pues concierne la privación de libertad antes de la sentencia.

Implica esta la limitación del principio constitucional de presunción de inocencia, sobre la base de la existencia del peligro de fuga o entorpecimiento probatorio.

Teniendo presente aquello, y que es el oriente que debe observar el juzgador debemos remitirnos al artículo 534 del COIP, que establece los requisitos de dicha medida cautelar, esto desprenden las reglas que detalla la citada norma.

- Los numerales 1 y 2, guardan relación con elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción y elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
- El numeral 3 gira en torno a indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad, son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.
- Finalmente, el numeral 4 determina: que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

Aquí apliquemos de igual forma la convencionalidad. Veamos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, en el caso, Palamara Iribarne vs Chile, nos ha indicado que:

196. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado y por ello debe aplicarse excepcionalmente.

Cabe resaltar en que la Corte IDH en el caso Chaparro Álvarez y Palo Iñiguez vs. Ecuador, determinó que: en suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria:

1. Que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la convención. Valga señalar que este tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia;
2. Que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido;
3. Que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.

El artículo 7 numeral 1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, establece la reserva legal al declarar que nadie puede ser privado de la libertad física, sino por la causa, y en las condiciones establecidas por las constituciones de los estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas; y prohíbe la prisión o encarcelamiento arbitrarios.

Similar contenido trae el artículo 9 del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La regla 6 numeral 1 de las Reglas de Tokio destaca:

En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso. Art. 77.1. Garantiza que la privación de la libertad se aplicara excepcionalmente cuando sea necesaria para

garantizar la comparecencia en el proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena.

El principio básico de las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) prevé 14.5. En caso de que el delincuente no cumpla las obligaciones impuestas, la ley determinará a quien corresponda dictar la orden de detenerlo o de mantener bajo su supervisión.

La regla, debe ser la libertad del procesado, mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal. Lo cual, a su vez, respeta el marco de aplicación constitucional del principio de inocencia, sobre el cual se erige el proceso penal acusatorio ecuatoriano.

Requisitos del artículo 534 del COIP

Detengámonos en el elemento conocido el supuesto material. Que, consiste en la obligación de constatar que el caso cuenta con evidencia suficiente como para que sea razonable pensar que pueden llegar a juicio.

La razón de ser de este primer filtro, es que no resultaría lógico ni acorde a los principios de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, el privar de libertad a alguien para precautelar su presencia en la audiencia, si al menos no se constata que el caso hasta el momento de la solicitud y orden de la medida cautelar, cuenta con potencial para llegar a esa instancia procesal.

Debe quedar claro que en este tema la evidencia es entendida de una manera diversa a la que tendrá la prueba en el juicio. De hecho, el objetivo procesal es otro, es este caso su utilidad se limita simplemente a ser el referente para valorar la seriedad del caso que posee fiscalía y de ninguna manera, se vincula con la resolución de que si el sujeto procesado es culpable o no del delito.

Nuestra norma ha plasmado este requisito en basamento a un par de exigencias, las mismas que se hallan contenidas en los numerales 1 y 2 del artículo 534 del COIP. Que mandan a que se debe justificar que se cuenta con elementos de convicción claros y precisos que permitan de manera razonable concluir que ha existido delito de acción penal pública y que el procesado es autor o cómplice.

En el texto narran: Numeral 1.- Elementos de Convicción Suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción y 2.- Elementos de Convicción Claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.

Debemos ser claros e indicar que la redacción de la norma, puede llevar a interpretaciones equivocadas, por ejemplo, esta fórmula aplica un modelo de libre valoración de la prueba puede dar pábulo a que el estándar probatorio se confunda con el exigido para la sentencia.

Un problema serio para los efectos de litigio surge, en razón de que la falta de producción jurisprudencial y doctrinaria ha generado una ausencia de análisis sobre cuál debe ser ese estándar probatorio requerido para esta resolución.

Para los efectos de estudio, bastará con anotar, que lo lógico es interpretar la norma acorde a su naturaleza, esto es si su función es garantizar que el caso concreto del procesado llegue a juicio.

El estándar probatorio que se ajusta a esa necesidad, es que la fiscalía demuestre que cuenta con un caso con suficiente solidez como para ser previsible que el proceso llegue a la instancia central del proceso.

La necesidad de cautela

He aquí donde muto el numeral 3 del artículo 534 ibídem, cuando reza: *"indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena"*.

Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes...

De la cita, procesal, la razón de ser de este requerimiento, es constatar que su aplicación responde a su naturaleza, esto es, que la privación de libertad es necesaria para salvaguardar la administración de justicia.

Dentro de la doctrina y la legislación comparada se tiende a imponer el criterio de que la necesidad de cautela puede aceptar a su vez dos motivaciones.

La primera, El Peligro de Fuga, esto es, los motivos por los cuales se sostiene que, si no se priva de la libertad, es previsible que esta persona no se va a presentar a juicio.

La segunda, La Protección al Proceso, esto es la existencia de razones concretas para creer que el sujeto va a realizar actos que obstaculicen el trámite, como por ejemplo destruir la evidencia, amenazar a las víctimas o testigos.

A fin de ir cerrando este trazado, necesario señalar lo que ocurre en la praxis, desde nuestra tradición jurídica, sujetos procesales, en una actitud ligera, han generalizado la práctica de solicitar esta medida extrema, de manera mecánica, por el temor del memo del superior, quien como anote en una franco intromisión exige sin análisis alguno del caso en concreto sea solicitada la medida cautelar, sin que se justifique mediante antecedentes concretos las razones por las cuales se

sostiene que de no privarse de libertad al procesado, es lógico creer que no se presentara a juicio.

En tanto que la facultad discrecional concedida al juzgador, conlleve la obligación de evaluar si en realidad el peligro de fuga alcanza un nivel capaz de legitimar la privación de libertad.

Por ello el a-quo a de expresar adecuadamente, las razones o argumentos de su decisión, también la precisarla a la luz de una debida idoneidad, necesidad y sobre todo proporcionalidad, la cual según la doctrina es un principio a través del cual se legitima la intervención del estado en el ejercicio de los derechos humanos que en un caso concreto y específico requiere de una interpretación adecuada conocida como ponderación.

Por manera que la privación de libertad no solo debe ser una medida idónea, sino que además debe ser necesaria para alcanzar los fines que persigue y así esta no conlleve a una limitación desproporcionada de los derechos del procesado, frente a los fines buscados.

Es por ello, que la imposición de la prisión preventiva en el marco del Estado Constitucional de Derechos y Justicia debe responder a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Veamos:

1. Que la medida cautelar persiga un fin constitucionalmente legítimo. Dado que, el fin de la prisión preventiva es: "garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena..."
2. Constituya un medio idóneo para alcanzarlo, al ser las demás medidas cautelares del Art. 522 numerales 1,2,3,4, no idóneas para garantizar la presencia de la persona procesada y la sustanciación del proceso penal,
3. Que sea necesaria; en tanto y en cuanto no existe por el momento otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad.

4. Que exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtiene con dicha intervención. En este caso, conforme ha sido desarrollado, tanto desde el marco convencional, constitucional y legal.

Como colofón citarse a Carrara, que enseña que la custodia preventiva responde a tres necesidades:

- 1.- Una de justicia, en cuanto impide la fuga del culpable, y de ese modo hace posible la actuación de la ley penal.
- 2.- La otra de verdad, que evita que el procesado enturbie las investigaciones de la autoridad, destruya los vestigios del delito o intimide a los testigos.
- 3.- Y una necesidad de defensa publica, que impide que ciertas personas continúen mientras dura el proceso con su ataque al derecho ajeno.

Por otra parte, la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva, aunque utilizada en el ámbito internacional, tanto americano como europeo, no es una categoría manejada frecuentemente en los Ordenamientos Jurídicos Nacionales, aunque están obligados vía el clásico principio *pacta sunt servando*, a ajustarse a los mencionados estándares. A este escenario añádase la escasa producción doctrinaria sobre el tema, tal vez motivada por el desafío que impone definir adecuadamente lo que se entiende de un término tan amplio como lo es la palabra razonable.

En consecuencia, con estas inquietudes, el objetivo de esta charla es examinar qué mecanismos se han utilizado en distintos niveles normativos, en búsqueda a conseguir que este principio realmente se cumpla por los operadores en el Marco Jurídico del Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Es así que, huelga reparar que, forma parte de un discurso repetitivo que la prisión preventiva debe ser la excepción, la última ratio.

En efecto, la prisión preventiva procede siempre cuando pretenda alcanzar cuatro finalidades concretas: la protección de los distintos intervinientes en el proceso, asegurar la comparecencia del procesado al proceso o el cumplimiento de la sentencia, la reparación integral de la víctima y la preservación de elementos o indicios de prueba.

Ahora bien, aun cuando estas finalidades son enumeradas de forma general, una detenida lectura del COIP asocia una o más de estas finalidades a cada medida en concreto. Entonces, anunciadas las cuatro finalidades, el legislador selecciona qué medidas pueden ser utilizadas para cumplir con cada una de estas metas, no sirviendo la medida para fines distintos a los asignados por el asambleísta nacional.

En el caso de la prisión preventiva, el COIP solo legitima la aplicación de dicha figura cuando se busque garantizar la comparecencia del procesado al proceso o asegurar un eventual cumplimiento de pena. Es decir, de las cuatro finalidades generales, la única que valida el uso de la prisión preventiva es la antes dicha.

Así, esta medida ha sido regulada en el artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador en tres momentos: en el numeral 10, imponiendo la línea de la excepcionalidad de su uso; en el numeral 11, definiendo una prelación sobre las medidas cautelares, donde la prisión preventiva se posiciona como la última a ser usada; y finalmente, en el numeral 90, por ser el tema central de estas líneas, se lo considerará en el párrafo siguiente.

En este sentido, desde el marco constitucional se ha fijado la prisión preventiva como un costo dentro de los procesos judiciales, costo aceptado por todos los que conforman el grupo social. Es decir, aun cuando existe, se reconoce y protege la presunción de todo ciudadano en el decurso de una causa, también se contempla como una posibilidad el que una persona enfrente la misma encon-

trándose privada de su libertad. Esto tiene como fundamento el hecho de que el derecho penal no tutela solamente un derecho, en este caso el del sospechoso; sino múltiples derechos e instituciones jurídicas.

La constante pugna entre prevención y garantías que enfrenta el derecho penal, ha concluido con la convivencia tanto de la presunción de inocencia como de la prisión preventiva en el mismo sistema de normas.

Así, a través del numeral 90 del artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador, se ha previsto no un "plazo razonable" sino un "plazo máximo" para la duración de esta medida, el de seis meses en delitos que tengan como sanción privativa de libertad una pena de hasta cinco años y de un año en infracciones cuya consecuencia de privación de libertad tenga una pena de más de cinco años.

Ahora bien, definida la razonabilidad en el plazo de la prisión preventiva en el Marco Jurídico Ecuatoriano, corresponde analizar como está contemplada esta institución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para ello nos remitiremos a estándar del plazo razonable aplicado a la prisión preventiva en el Sistema Interamericano; concretamente al caso: Carranza Alarcón versus Ecuador, plazo razonable como uno de los contenidos del derecho de la libertad personal y a la vez como una garantía judicial; en ese sentido, la Corte IDH ha establecido que el pacto de San José establece los límites de tiempo para la duración de la prisión preventiva que deben ser enmarcados en el plazo que dure el proceso.

La resolución del caso Carranza Alarcón versus Ecuador versa sobre la detención ilegal y privación de libertad del señor Carranza por un proceso penal al que se enfrentaba ante el Estado Ecuatoriano. En este caso la Corte IDH fija algunos estándares muy interesantes sobre la privación de libertad y la razonabilidad del plazo, que el tribunal

interpreta como una garantía atribuida al imputado en casos de prisión preventiva. En lo que atañe a la privación de libertad del Sr. Carranza, el Tribunal Regional de DH menciona que el Estado Ecuatoriano vulneró el artículo 70 de la CADH, esto, en vista de que la orden de prisión preventiva en ese caso fue arbitraria, violando así los artículos 7.1 y 7.3 de la CADH, referentes a los derechos de libertad y seguridad personal, detención y encarcelamiento arbitrarios.

Con respecto al tiempo de aplicación de la prisión preventiva, el Tribunal de San José observó que su duración se extendió hasta el fin del proceso penal, sin ninguna revisión por parte de los Operadores de Justicia del Estado Ecuatoriano, lo que constituyó una violación a los artículos de la CADH indicado en el párrafo antecedente.

Asimismo, para contrastar las afirmaciones hechas referente al plazo razonable, la Corte IDH especificó que el artículo 7.5 de la CADH ha impuesto algunos límites respecto al tiempo de la prisión preventiva, limitando asimismo las facultades establecidas al estado para interponer dicha medida excepcional.

En consecuencia, la Corte IDH expone que cuando su duración extrapole el plazo razonable, el estado deberá optar por otras medidas menos lesivas a la libertad del imputado para asegurar su comparecencia a juicio, citando casos anteriores resueltos por la misma corte.

En ese sentido, el tribunal refuerza que el tiempo de duración de la prisión preventiva dictada en contra del señor Carranza fue de tres años dentro de un proceso que duró cuatro años; agregando, adicionalmente, que el Estado Ecuatoriano nunca justificó de manera debida el tiempo de la inactividad procesal por parte de las autoridades judiciales que deberían haber impulsado el proceso de modo célere y efectivo.

Además, la Corte IDH refuerza que el plazo razonable además de un derecho, debe

ser observado como una garantía con alcance y contenidos estipulados en el artículo 8.1 de la CADH, misma que debe ser cumplida en el decurso de todo el proceso penal; es decir, desde el acto de inicio hasta el final. Por consiguiente, se infiere del caso que la tardanza injustificada del proceso representa un atentado a las garantías judiciales del imputado.

Es interesante observar que en el caso in comento, el Tribunal de San José destacó cuatro elementos que deben ser identificados para evaluarse si se cumple el plazo razonable de cara a la ejecución de la prisión preventiva. Estos son: 1. El grado de complejidad del caso; 2. La acción del proceso por parte de la persona interesada; 3. Las acciones u omisiones llevadas a cabo por las autoridades judiciales; 4. La afectación generada por el Estado Jurídico del peso no imputado.

Al puntualizar dichos requisitos, la Corte IDH analizó la presencia de todos ellos en el caso que se está comentando. En este sentido, especificó que, en primer lugar, no se visualizó ningún grado de complejidad en el caso referente, toda vez que se trató de un asesinato con una víctima en la presencia de testigos; como segundo punto, el Tribunal de San José reconoció que desde que fue privado de su libertad el accionante no realizó ningún acto que obstaculizó el adecuado desarrollo del proceso. A continuación, aclarando los indicadores tercero y cuarto referentes al plazo razonable, el Tribunal de Costa Rica mencionó que durante el tiempo excesivo que duró el proceso, el señor Carranza permaneció privado de su libertad, lo que se reconoció como afectaciones a sus derechos humanos. Asimismo, la Corte concluyó que el Estado Ecuatoriano fue responsable por violar los derechos humanos del señor Carranza referentes a la libertad y seguridad personal y garantías judiciales derivadas de la presunción de inocencia, previstas en el artículo 80, numeral 2 de la CADH.

Finalmente, en lo referente a la razonabilidad del plazo, el Tribunal Regional de DH reconoce la violación del Estado Ecuatoriano al artículo 7.5, vislumbrando que, en el caso en concreto, no se observó el derecho del peticionario de ser juzgado dentro del plazo razonable o de ser puesto de forma inmediata en libertad, toda vez que el tiempo de duración de la prisión preventiva del señor Carranza se excedió con respeto al tiempo de duración del proceso penal en su contra.

Es especialmente relevante referir, aunque con brevedad, al "Principio Letelier". Dicho principio permitió al tribunal evaluar la prisión preventiva a partir de la distinción entre dos fases: en una primera fase, cuando la existencia de sospecha razonable es motivo suficiente para la detención; y en una fase posterior, donde la sospecha razonable por sí sola ya no es suficiente, y otras razones pertinentes y suficientes deben ser probadas para la continuidad de esta.

Esto puede ocurrir incluso en un plazo relativamente corto de días, toda vez que el punto de referencia para la evaluación se basa además en la debida diligencia por parte del estado a través de la actividad judicial y/o investigativa, que debe ser suficiente para respaldar los motivos adicionales a la simple sospecha inicial: las ya mencionadas razones pertinentes y suficientes.

Conclusiones

La medida privativa de libertad incide negativamente en varios bienes jurídicos de los procesados, libertad, dignidad, derecho al trabajo y la presunción de inocencia, incidencia en los derechos fundamentales, ello marca la gravedad y excepcionalidad de la medida.

Más esta confluencia de intereses opuestos, este conflicto puramente objetivo, ha puesto de relieve la necesidad de que en el Sistema de Enjuiciamiento Penal se encuen-

tre un equilibrio que, si el delito vulnera bienes fundamentales de la sociedad, la propiedad, la prisión preventiva del acusado es un sacrificio impuesto en holocausto de aquella.

La ausencia física del acusado como renuencia a comparecer a las etapas del proceso, transmiten la intención de burlar la acción de la justicia, conducta procesal que debe ser corregida recurriendo a una medida extrema y excepcional.

La Corte IDH en el caso Chaparro Álvarez y Palo Iñiguez vs. Ecuador señaló:

La privación de la libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales, atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.

Cierto es que, a pesar de que hoy existe un acuerdo reflejado tanto en la norma constitucional e instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la excepcionalidad de la medida cautelar.

Resulta necesario con cierta frecuencia afectar el derecho a la libertad con el fin de precautelar los intereses de la justicia, en la medida que se cumplan tantos presupuestos de carácter objetivo, cuanto subjetivo.

En el ámbito del derecho comparado existe un acuerdo doctrinario y jurisprudencial, sobre la necesidad de establecer al menos dos requisitos que precautelan la aplicación legítima de la prisión preventiva, me refiero, al supuesto material y la necesidad de cautela.

En este sentido, una regulación acorde a los pronunciamientos analizados requiere que, en el control y límite de la medida privativa de libertad, se agreguen criterios

ENSAYOS PENALES 14^º

sobre el caso concreto que, según su propio contenido y compatibilidad con el debido proceso, presunción de inocencia y derecho de libertad, generen posibles reducciones

en ese plazo razonable alcanzando con esto que, solo en los casos más graves y de mayor complejidad opere el plazo de un año o seis meses, siendo incluso esto, la excepción.

Bibliografía

Bruzzzone, Gustavo. La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal. En: estudios sobre justicia penal, no j 610, 2005, págs. 241-253.

Código Orgánico Integral Penal [COIP], Asamblea Nacional. Registro Oficial, Suplemento 180, 2014.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.pdf.

Corte IDH, caso Amrhein y otros vs. Costa Rica, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de abril de 2018, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_354_esp.pdf.

Caso Bayarri vs. Argentina, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf.

Caso Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de junio de 2002, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_94_esp.pdf.

Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf.

Caso Carranza Alarcón vs. Ecuador, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 3 de febrero de 2020, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_399_esp.pdf.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.

Caso Hilaire, Constantine vs. Argentina, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de junio de 2002, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_94_esp.pdf.

Caso Jenkins vs. Argentina, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_397_esp.pdf.

Caso Perrone y Preckel vs. Argentina, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 08 de octubre de 2019, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_385_esp.pdf.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón, teoría del garantismo penal (10a ed.). Madrid: Editorial Trotta, 2011.

Gómez Colomer, José Luis y Barona Vilar, Silvia (Coords.) Introducción al derecho procesal. Valencia, Tirant lo blanch, 2021.

Guerra Pérez, Cristina. La decisión judicial de prisión preventiva, análisis jurídico y criminológico. Valencia: Tirant lo blanch, 2015.

Hobbes, T. Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos. España: Tecnos, 1992.

Nieva Fenoll, Jordi. Fundamentos de derecho procesal penal. Buenos Aires: Editorial Montevideo-Buenos Aires, 2012.

Palacios Ortega, Luis Blaimir. Límites temporales a las medidas de aseguramiento en el proceso penal. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2016.

Pastor, Daniel, Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal. En: revista de estudios de la justicia, N.o 4, Año 2004, p. 91-126. Disponible en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/articulo%20sobre%20plazo%20razonable%20pastor_10_.pdf.

Pizarro Sotomayor, Andrés y Méndez Powell, Fernando. Manual de derecho internacional de los derechos humanos, aspectos sustantivos. Panamá: Universal books, 2006.

Ramírez Vásquez, Ana Gabriela. Plazo razonable y prisión preventiva. En perfiles de las ciencias sociales, Año 6, N.o 12, enero-junio 2019, p. 158-177. Disponible en: <https://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/3179/2389>.

Sanguiné, Odone. Prisión provisional y derechos fundamentales. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

Silva, Jesús María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. Montevideo: Bdef, 2012.

Tedh, Caso Buzadji versus República de Moldova, 23755/07, 5 de julio de 2016.

Caso Hasselbaink versus The Netherlands. No. 73329/16, 09 de febrero de 2021.

Ciulla versus Italia, No. 11152/84, de 22 de febrero de 1989.

Mckay versus Reino Unido, No. 543/03, 3 de octubre de 2006.

Winterwerp versus Holanda, No. 6301/73, de 24 de octubre de 1979.

EL RECURSO DE APELACIÓN: PRINCIPIOS, GARANTÍAS Y DERECHO COMPARADO



Dr. Iván Arsenio Garzón Villacrés*

Juez Provincial Sala Penal de la Corte Provincial de
Justicia de Tungurahua

RESUMEN

El derecho a recurrir del fallo, implica la posibilidad de que una decisión pueda ser revisada por un órgano superior del cual emanó dicha resolución, para subsanar posibles errores in procedendo o in iudicando que se hubieren cometido por parte del juez de primer nivel, precautelando el derecho de los sujetos procesales a la tutela judicial efectiva.

Palabras claves: Derecho a recurrir, recurso, apelación, doble instancia, debido proceso, derecho a la defensa, indefensión, derecho a ser oído, no reformatio in pejus, procesado, Fiscalía, víctima, abogado.

ABSTRACT

The right to appeal the ruling implies the possibility that a decision may be reviewed by a higher body from which said resolution emanated, to correct possible errors in proceeding or in iudicating that may have been committed by the first level judge, safeguarding the right of procedural subjects to effective judicial protection.

Keywords: Right to appeal, recourse, appeal, double instance, due process, right to defense, defenselessness, right to be heard, no reformatio in pejus, prosecuted, Prosecutor's Office, victim, lawyer.

* Doctor en Jurisprudencia, Magíster en Derecho Penal y Criminología, Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena, Diplomados: Latinoamericano Sobre Reforma Procesal Penal, Casación Penal, Derecho Constitucional y Argumentación Jurídica. Agente Fiscal 2006-2013, Juez Provincial Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua desde 2013 hasta la actualidad. Conferencista y Docente Universitario.

La garantía de recurrir del fallo o de la doble instancia, se encuentra prevista en el artículo 76, numeral 7, literal m) de nuestra Constitución de la República, es por ello que, este derecho a la impugnación, legal, doctrinaria y jurisprudencialmente, forma parte del debido proceso legal, derecho constitucional este, que se halla desarrollado en el mismo artículo 76 de la Carta Fundamental, el cual, a su vez, contiene un conjunto de garantías mínimas que tutelan y protegen a los justiciables (sujetos procesales), dentro de un proceso justo y libre de cualquier tipo de arbitrariedades en todas y cada una de las instancias judiciales.

Este derecho a impugnar, de igual forma se encuentra garantizado en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, instrumento internacional este, que en el artículo 8, literal h), establece como parte de las garantías judiciales el derecho a: *"recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"*.

En este contexto, el recurso de apelación en materia penal, comprende el acceso a la justicia, es decir, este derecho se manifiesta con la posibilidad de que las y los ciudadanos puedan acudir para ante los Juzgados o Unidades Judiciales de Garantías Penales (en casos de personas usuarias y consumidoras), y ante las Salas Especializadas de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de las Cortes Provinciales de Justicia del país, con el propósito de formular sus pretensiones y recibir de aquellas autoridades jurisdiccionales, una respuesta debidamente fundamentada a tales requerimientos. El acceso a la justicia se entiende también como la materialización procesal del *"derecho a ser oído"*, y que se cumple por parte de los operadores de justicia en relación con los sujetos procesales. No obstante aquello, este derecho no termina con garantizar a las partes el acceso y la presentación de sus argumentos o pretensiones, sino que y por el contrario, conlleva la obligación de estos (los juzgadores o autoridades jurisdiccionales competentes de

alzada), a pronunciarse al respecto y resolver lo que en derecho corresponda, es decir, motivadamente, como lo prevé el artículo 76 numeral 7, literal l) constitucional.

Concepto de recurso

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba (1992), cuando una de las partes se considere perjudicada por una resolución judicial que considera injusta o errónea, puede impugnarla ante el mismo órgano jurisdiccional que la dictó o ante uno de mayor jerarquía, a fin de que se examine nuevamente la cuestión y se repare la injusticia o el error.

Del concepto anterior se puede colegir que, los recursos (dentro del cual está previsto el de apelación), son medios procesales legales a través de los cuales el sujeto procesal sea procesado, víctima, fiscalía o la defensa, conforme al artículo 439 del Código Orgánico Integral Penal, que se crea perjudicado o se le haya causado agravio con una decisión judicial, puede impugnarla, a fin de que se corrija el error in procedendo o in iudicando causado por el juez inferior, si bien, lo presenta ante el mismo órgano jurisdiccional que la dictó, pero es revisada en forma íntegra por un Juez o Tribunal superior o de segundo nivel.

Conforme al artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República, le corresponde a la Asamblea Nacional, entre otras atribuciones, expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio, lo cual guarda relación con lo dispuesto en el artículo 9 numeral 6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Queda claro entonces que, es al legislador penal a quien le concierne el desarrollo normativo tanto del texto constitucional y legal respecto del ejercicio del derecho a recurrir del fallo (recurso de apelación), es a esta Función del Estado que le corresponde establecer en la ley como un instrumento idóneo

que regule el ámbito de la doble instancia en un proceso penal.

De esta manera, como bien lo advierte Oswaldo Gonzáini (2004):

“La garantía de los recursos que establezca el legislador procesal es instrumental respecto del derecho a la tutela, en cuanto considera los medios procesales adecuados para que el ciudadano pueda defender suficientemente sus derechos e intereses legítimos a través del establecimiento de la pluralidad de instancias que estime conveniente a los intereses de la adecuada administración de justicia.” (p. 489).

Concepto de apelación

El término apelación se deriva del latín –*apellare*–, que significa “*pedir auxilio*”.

Apelar, según el Diccionario Hispanoamericano de Derecho, es acudir ante el tribunal o autoridad judicial superior, quien se sienta afectado o agraviado por el dictamen dado por el juez inferior para que se derogue, mitigue o reforme.

Eugenio Florián (1990), afirma que la apelación es el recurso clásico y de uso más común; es además el más eficaz en cuanto lleva a un segundo examen, más o menos completo de la causa. Tiene raíces muy antiguas, y así lo encontramos ya bien definido en el proceso penal romano de la época imperial.

El recurso de apelación como lo sostienen Leone G. y Bellavista, (citados por Cristóbal Nuñez Vásquez, 2003), es un medio de impugnación por el cual una de las partes pide al juez de segundo grado, una nueva discusión sustitutiva de una decisión perjudicial del juez del primer grado; o como un medio de impugnación típico, directo, suspensivo, condicionalmente devolutivo, extensivo, que se propone mediante una motivada declara-

ción de voluntad con el cual, total o parcialmente, por errores in iudicando o errores in procedendo, se impugna una resolución del juez a quo, requiriéndose un nuevo juicio, total o parcial, del juez *ad quem*; ó como lo señala Claus Roxin (2014), “La apelación es un recurso amplio que conduce el examen fáctico y jurídico” (p. 174).

Entre nuestros autores, Jorge Zavala Baquerizo (2007), señala que, el recurso de apelación es un acto procesal de impugnación, ordinario, suspensivo, devolutivo (general o singular) y extensivo, que contiene una manifestación de voluntad del recurrente, por la cual se opone a la ejecución de una providencia judicial que le causa agravio, con el fin de que un tribunal inmediato superior al que dictó la providencia impugnada, luego del examen del proceso, dicte una nueva providencia que reforme o revoque la recurrida.

Origen y evolución histórica del recurso de apelación

Como lo sostiene Vescovi (1999), (en “Los recursos judiciales y demás medios de impugnación”), en España, desde el Fuero Juzgo ya se establecía la apelación con el nombre de alzada (impugnación de orden jurisdiccional). También la evolución llevó a la eliminación de los comuni remedi, apareciendo la regla proveniente del Derecho Romano y de predominio del proceso dispositivo, del -tantum devolutum quantum appellatum- (apoteigma latino que limita el juzgamiento del tribunal ad quem, a sólo los puntos impugnados por las partes), y que guarda relación con el principio de congruencia, es considerado en la doctrina penal como una manifestación del principio dispositivo; asimismo, se estableció la prohibición de la *reformatio in pejus*.

Sería a partir de la época posterior a la Revolución Francesa, en la que se comienzan a perfilar dos sistemas diferentes de apelación que van a coexistir en el Derecho comparado hasta la actualidad. El de la revisión total de la primera instancia (apelación); y, el que sólo

admite que se reexamine la sentencia (casación). El primero, proveniente del Derecho Romano, es el verdaderamente puro, según se dice, y se introduce, a través del Derecho Francés, en la mayoría de los países de Europa, que por su influencia, sería posteriormente traídos a nuestra América.

En Francia, nació también la apelación incidente, considerada como aquella que es la que puede interponer el vencedor cuando la sentencia contiene pronunciamiento sobre diversos puntos, respecto de aquellos en los cuales no se le da (al menos totalmente) la razón. Siendo éste el origen de la hoy llamada adhesión a la apelación (la cual no opera en materia procesal penal en nuestro país, según las reglas del Código Orgánico Integral Penal).

En la actualidad, se conservan las relatadas tendencias, la apelación aparece en la mayoría de los sistemas procesales, no sólo como una revisión de la sentencia, sino la renovación de todo el juicio. Por otro lado, se admite por una sola vez (suprimiéndose la tercera instancia, sustituida por la casación en la mayoría de los países). Y se proclama el principio dispositivo que lleva a la abolición de la regla de los *comuni remedi*, estableciéndose asimismo, el principio de la personalidad de la apelación; y, la regla de limitación de los juzgadores a resolver únicamente lo apelado por las partes (expresión de agravios, escritos de sustentación de la apelación, argumentación oral).

Empero, existen también sobre todo en los sistemas socialistas, según el cual el Tribunal Superior puede revisar de oficio las sentencias subidas en grado, con amplios poderes revocatorios, independientes de la voluntad de los sujetos procesales. La misma institución aunque bajo el nombre de consulta, aparece en otros países. En el Ecuador, hasta antes de la entrada en rigor del Código Orgánico Integral Penal, eran aplicables las normas de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, en cuyo artículo 123, inci-

so quinto, se indicaba que la consulta de los fallos, entratándose de juicios de drogas, era obligatoria.

Orígenes del recurso de apelación en el Ecuador

En nuestro país el Ecuador, desde que se separó de la Gran Colombia, para constituirse en un país soberano e independiente, se preocupó por expedir cuerpos legales que recojan y regulen la sustanciación de los procedimientos penales. Fue así que se promulgaron, inicialmente, las Leyes de Procedimiento Criminal en los años 1839, 1851, 1853 y 1863, en los que, el procedimiento penal estaba subordinado al procedimiento civil.

Más tarde, en el año de 1871, es el que se da por primera vez la denominación de "Código", al cuerpo legal que acopiaba normas adjetivas que reglaban y sustanciaban el procedimiento penal ecuatoriano. Llegándose así al código del General Eloy Alfaro Delgado, dictado en 1906, vigente hasta el año de 1938, en que, el Gobierno del General Alberto Enríquez Gallo, (octubre de 1937 a agosto de 1938), expidió el Código Penal y Procedimiento Penal, que con insustanciales reformas posteriores, estuvo vigente hasta el año de 1971, cuando la Comisión Jurídica realizó la correspondiente codificación, procurando no únicamente mantener la autonomía del procedimiento penal, sino también, mejorándolo.

En la Codificación del Código de Procedimiento Penal publicado en el Suplemento al Registro Oficial N°200, del 12 de abril de 1971, a partir del artículo 317 se trataba acerca de las reglas generales de la impugnación, siendo el artículo 324 y siguientes los que abarcaban sobre el alcance y contenido de "Los Recursos de Apelación y Tercera Instancia".

En aquella época eran recurribles, los autos de sobreseimiento definitivo o provisional; el auto de llamamiento al plenario; los

autos de prescripción y abandono de la acción; las sentencias absolutorias o condenatorias; las sentencias dictadas en los procesos seguidos por delitos cometidos por medio de la imprenta; las sentencias para liquidar daños y perjuicios; y, las sentencias en los procedimientos especiales. En aquel cuerpo normativo se reconocía el recurso de tercera instancia, sólo en aquellos casos en los que la segunda instancia al confirmar, revocar o reformar el fallo recurrido, imponía al reo una pena superior a los dos años de prisión; y, de las sentencias que se dictaban por delitos de malversación, disposición arbitraria o desfalco de fondos públicos.

Luego, el Código de Procedimiento Penal (Ley N°134), publicado en el Registro Oficial N°511 del 10 de Junio de 1983, en el artículo 348, disponía las “providencias”, en las que cabía la apelación, estos fueron: los autos de sobreseimiento provisional o definitivo; el auto de apertura al plenario; los autos de inhibición y prescripción de la acción; las sentencias absolutorias o condenatorias; y, la sentencia por liquidación y pago de daños y perjuicios.

En el artículo 349, se trataba acerca de los efectos del recurso, generalmente, era suspensivo, excepto cuando la ley disponía lo contrario. De los artículos 350 al 353 inclusive, se señalaba el trámite a darse a la causa, en tratándose de los autos, que eran resueltos por los méritos de estos. Y, finalmente, el artículo siguiente (354), se refería a las sentencias, en estos casos, indicaba la norma, que dentro del plazo de tres días el impugnante debía fundamentar por escrito, hecho lo cual, se corría traslado a las otras partes para que las contesten en igual plazo. Contestado que sea o en rebeldía, y si ninguna de las partes solicitaba abrir la causa a prueba, la Corte resolvía dentro del plazo de quince días. Empero, si se solicitaba que se practique prueba, se concedía seis días para tal propósito, concluido dicho plazo, el solicitante debía fundamentarlo; y, únicamente, vencido este plazo se pronunciaba la

sentencia que en derecho corresponda. Es importante tener en cuenta que, según este cuerpo normativo se podía practicar pruebas en segunda instancia, lo cual desapareció a partir del año 2001, en que entró en vigencia otra normativa legal.

Posteriormente, en enero del año 2000 se promulgó el Código de Procedimiento Penal mediante publicación en el Registro Oficial N°360-S, el cual, entró en vigor el 13 de julio del 2001, según lo indicaba la Disposición Final del mismo cuerpo legal.

Con la vigencia de este código se introdujeron cambios fundamentales en el sistema procesal penal ecuatoriano, con relación al adjetivo penal de 1983, pasando del sistema inquisitivo al actual sistema acusatorio oral y adversarial que nos rige, pero para su aplicación se implementaron múltiples modificaciones, reformándolo en unas catorce oportunidades. Este cuerpo legal, en el artículo 343 establecía los casos en los que procedía la impugnación por este recurso, (auto de nulidad, auto de prescripción de la acción, auto de sobreseimiento, auto de inhibición por causa de incompetencia; las sentencias de procedimiento ordinario, simplificado y abreviado; y, del auto que concede o niega la prisión preventiva). En este contexto es importante también señalar que, inicialmente también era recurrible el auto de llamamiento a juicio, sin embargo, el mismo fue más tarde sustituido en el año 2010.

El artículo 344 preveía el tiempo dentro del cual debía interponerse la apelación, que era tres días posteriores a la notificación de la respectiva providencia, y el siguiente artículo señalaba el procedimiento o trámite que debía darse al recurso, en observancia de los principios constitucionales de concentración, contradicción y dispositivo, y, claro, teniendo en cuenta la vigencia del nuevo sistema acusatorio oral y adversarial.

Finalmente, mediante publicación en el Suplemento al Registro Oficial N°180, del 10

de febrero del 2014, se expidió el Código Orgánico Integral Penal (COIP), el cual entró en vigencia luego de la vacatio legis de 180 días, de acuerdo a su Disposición Final. Este cuerpo de leyes, en su Libro Segundo, Título IX, en el Capítulo Primero, en el artículo 652 contiene las reglas generales de los recursos de impugnación (apelación, casación, revisión y hecho); y, en el Capítulo Segundo, contempla las disposiciones relativas al recurso de apelación propiamente dicho; en cuyo artículo 653 trata sobre los seis casos en los que procede, siendo estos: el auto de prescripción sea de la acción o de la pena; el auto de nulidad; el auto de sobreseimiento (siempre que haya existido acusación de parte de Fiscalía); de las sentencias (en todos los procedimientos, sean éstos el ordinario, abreviado, directo, expedito y del ejercicio privado de la acción); del auto que concede o niega la prisión preventiva (dictada en la audiencia de formulación de cargos o durante la etapa de instrucción fiscal); y, de la negativa de la suspensión condicional de la pena.

El artículo 654 versa sobre el trámite que debe darse al recurso y que deberá ser observado por parte de los operadores jurídicos, y, finalmente el artículo 655, se refiere a la confirmación del sobreseimiento recurrido, si el superior no resuelve en el plazo máximo de sesenta días.

Objeto del recurso de apelación

Nuestra Corte Constitucional como máximo órgano de administración de justicia constitucional, respecto al alcance y objeto del derecho de apelación o doble instancia, ha realizado las siguientes puntualizaciones:

a) En virtud del recurso de apelación, se justifica el derecho de los justiciables a la impugnación y a la contradicción. El primero, posibilita rebatir la decisión o fallo emitido por el a quo; y, el segundo, la posibilidad de que, los otros sujetos procesales, puedan contradecir las pretensiones del recurrente.

b) El derecho a la doble instancia, es una garantía judicial que debe cumplirse por mandato constitucional, (al que se agregaría también una garantía convencional) y legal. Pero este derecho no puede ser aplicado en todos los casos y circunstancias que se presentan en la vida real, sino que le corresponde al legislador procesal penal, establecer los casos en los que procede la segunda instancia (apelación) y cuales no (verbigracia en aquellos casos que dada su naturaleza jurídica requieren una tramitación sumaria o expedita). Así, no es posible recurrir o impugnar todas las resoluciones judiciales en cualquier caso, sino sólo en aquellos casos en que el legislador haya previsto la posibilidad de ampliación de la deliberación del litigio a través de la impugnación de la resolución (principio de taxatividad), y, en casos excepcionales cuando de la gravedad de la vulneración de derechos constitucionales derive la necesidad irresistible de una doble valoración judicial (Sentencia N°013-10-SCN-CC).

En este mismo sentido, este Organismo estableció que la posibilidad de recurrir de un fallo procede del mandato de la Constitución, que dota a los procesos judiciales de pluralidad de instancias, sin embargo, eso no significa que el legislador deba establecer recursos en todos los procesos, incluso en aquellos que por su naturaleza sean innecesarios (Sentencia N°008-13-SCN-CC).

Por lo mismo, siendo este derecho (el de apelación), de carácter no absoluto, de conformidad con el artículo 11 numeral 8 de la Constitución, el legislador tiene la facultad constitucional de configurar su desarrollo, siempre que aquello no implique una afectación al contenido esencial de este principio, es decir, al derecho a la defensa, según la naturaleza de cada caso (Sentencia C-934/06).

c) Este derecho, como garantía del debido proceso legal, indica que los sujetos procesales tienen la oportunidad de defenderse contra un fallo o resolución del aquo, que le es adverso y les causa agravio. Con la doble

instancia, se le otorga al justiciable descontento, la posibilidad de que un fallo desfavorable pueda ser impugnado y lograr un nuevo examen de la cuestión ante otro de mayor nivel.

d) El derecho a la doble instancia se fundamenta en la existencia de recursos, sean estos horizontales (aclaración y ampliación) o verticales (apelación).

d.1) Recursos de aclaración y ampliación.- Aquellos que son conocidos y resueltos por la misma autoridad que emitió la decisión impugnada. La ampliación tiene por objeto conforme a Podetti (2009) la subsanación de omisiones de pronunciamiento; mientras que, la aclaración busca esclarecer conceptos oscuros.

Sobre este particular en sentencia N° 045-13-SEP-CC, la Corte Constitucional, señaló que, de esta forma, la aclaración procederá si el fallo fuere obscuro, y por su parte, la ampliación tendrá lugar si la sentencia no resuelve todos los asuntos sometidos a la decisión del órgano competente. Dicho de otra forma, los recursos de ampliación y aclaración pueden ser concebidos como mecanismos de perfeccionamiento de las resoluciones, pues tienen como finalidad que la misma no tenga puntos oscuros, y otros más, sin resolver. Cabe indicar que por intermedio de ninguno de los recursos previamente señalados, el juez podría modificar su decisión, pues aquello atentaría contra la seguridad jurídica y desconocería los efectos inmediatos de las sentencias, no obstante, se debe indicar que la resolución por medio de la cual el/la juzgador aclara y/o amplía, constituye un elemento adicional del fallo.

d.2) Recurso de apelación.- Conforme al criterio de la Corte Constitucional, este recurso ejemplifica el derecho de doble instancia y se caracteriza por ser un remedio procesal en virtud del cual los sujetos procesales pueden conseguir que un órgano jurisdiccional jerár-

quicamente superior revoque o reforme el fallo o resolución del inferior, cuando aquel les ha causado un agravio, ya sea por causa de errónea interpretación o aplicación del derecho o de la apreciación de los hechos o de la prueba. Agregando que, este recurso ordinario (el de apelación), no cuenta con causales específicas, procediendo simplemente cuando el fallo impugnado haya causado ofensa o agravio a las partes. Por lo tanto, en la apelación se puede revisar íntegra y nuevamente cuestiones de hecho y de derecho sin limitación alguna, pudiendo, inclusive, enmendar o salvar cualquier omisión, error o defecto en el que haya incurrido el juez a quo, tanto en lo sustantivo como en lo objetivo o procesal.

En este sentido la Corte Constitucional, en sentencia N° 050-13-SEP-CC, ha expuesto que:

“El recurso es un instrumento jurisdiccional de naturaleza procesal establecido en la legislación, con el objeto de que al proponerlo, el recurrente pueda obtener la modificación o revocatoria de una sentencia, auto o resolución de conformidad con la ley. Este derecho que tienen las partes dentro de una contienda judicial permite que puedan impugnar el fallo que a su juicio consideran que le es adverso a sus intereses, a fin de que un juez superior revise la actuación procesal la enmiende y, de ser pertinente, repare violaciones procesales.”

En otro momento la misma Corte dijo que, el doble examen o valoración de un caso, implicaba principalmente una garantía contra la arbitrariedad judicial o el error en el juzgamiento a través de la impugnación del fallo que derivará en un nuevo análisis del proceso por parte de una autoridad jurisdiccional superior, con la finalidad de censurar o reparar la arbitrariedad o la equivocación (Sentencia N° 043-14-SEP-CC). Puesto que el juez de primer nivel (a quo), como ser humano, es susceptible de cometer errores, ante lo

que se prevé como necesaria la posibilidad de que un juez o tribunal superior (*ad quem*), determine si la actuación del juez de primera instancia se efectuó o no, en apego estricto a la Constitución y las leyes, así como a los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por nuestro país (Sentencia N° 058-10-SEP-CC).

En el ámbito penal, dada la naturaleza de dicho proceso que puede resultar en limitaciones a la libertad personal de los individuos, el derecho a recurrir el fallo no solo implica la posibilidad formal de plantear un recurso disponible, sino el que una decisión judicial sea efectivamente revisada por una autoridad judicial de nivel jerárquicamente superior a la que la dictó, con el fin de corregir posibles errores por parte de la autoridad inferior. (Sentencia N° 987-15-EP/20).

Por ello, como bien lo sostiene Ferrajoli (1996):

“Aun cuando la actuación desacertada de una autoridad jurisdiccional es una posibilidad latente en cualquier tipo de causas, el derecho de apelación tiene valor fundamental en procesos penales, debido a que en este tipo de causas está en juego la libertad de las personas, razón por la cual la garantía de doble valoración en caso de condena se encuentra plenamente justificada” (p. 447).

Principios procesales aplicables en el recurso de apelación

A buen seguro se puede afirmar que, al igual que en las otras etapas procesales, en la apelación también se determinan derechos y obligaciones de los sujetos procesales, por cuya razón debe asegurarse su derecho a la defensa, y esta a su vez, comprende la no privación de ese derecho en ninguna etapa del proceso, contar con el tiempo y medios necesarios y adecuados para preparar la defensa, ser escuchado oportunamente y en igual-

dad de condiciones, procedimiento público (con la excepción que prevé el artículo 562 del COIP), auxilio gratuito de un traductor, asistencia de un abogado, presentación de argumentos en forma verbal o escrita, *non bis in ídem*, juez competente e imparcial, motivación debida de las resoluciones.

De igual forma, en la norma infraconstitucional encontramos otros principios que rigen el derecho penal y que obedecen a los principios constitucionales tales como el de legalidad, favorabilidad, indubio pro reo, inocencia, prohibición de interpretación extensiva y de no autoincriminación, igualdad, impugnación procesal, doble juzgamiento, intimidad, oralidad, inmediación, concentración, contradicción, impulso procesal, imparcialidad del juzgador, objetividad del titular del ejercicio público de la acción; también deben observarse los principios como la necesidad de la prueba, oficialidad, veracidad, principio de comunidad y unidad de la prueba, entre otros.

Sobre la justicia y el derecho a recurrir

Como ya se dejó indicado, en el ámbito internacional el derecho a recurrir del fallo o el derecho de apelación de la resolución, se encuentra regulado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8, inciso 2, literal h). De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, inciso 5 reconoce tal derecho. De lo anterior se colige que el derecho a recurrir del fallo, también denominado en la doctrina como “*doble instancia*” o “*instancia plural*”, tiene por objeto garantizar que los sujetos procesales tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional, sea revisado por una autoridad superior de la misma naturaleza, a través de la interposición de los medios impugnatorios pertinentes formulados dentro del plazo legal.

La Corte Constitucional en sentencia N° 1306-13-EP/20, ha indicado al respecto que,

si bien las garantías a la defensa y a recurrir han sido reconocidas constitucionalmente de manera autónoma en el número 7 del artículo 76, ambas confluyen y deben ser entendidas de manera interdependiente, toda vez que son elementos que salvaguardan la correcta protección y el adecuado ejercicio del derecho al debido proceso, por ello advierte que, esta garantía se torna de vital importancia en el ámbito penal, puesto que permite que las personas que han sido declaradas culpables, cuenten con una revisión de la sentencia que permita rectificar posibles errores que la autoridad judicial inferior cometió en la resolución de la causa.

Sobre el mismo tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Baeza Ricardo y otros vs. Panamá*, señaló que el Estado debe proporcionar y observar el debido proceso legal así como el derecho a un recurso efectivo (párr. 141). De igual forma, en el caso *19 comerciantes vs. Colombia*, indicó que:

“No basta con que se prevea la existencia de recursos, si estos no resultan efectivos para combatir la violación de los derechos protegidos por la Convención. La garantía de un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho.” (párr. 193).

La apelación es un recurso procesal vertical, mediante el cual el ordenamiento jurídico busca proteger el derecho de impugnación que tiene todo ciudadano, en contra de las decisiones que los operadores de justicia dictan en los procesos jurisdiccionales, derecho que no únicamente forma parte de las garantías del debido proceso constantes en la Constitución de la República, en su artículo 76 numeral 7 literal m), sino que además, ha sido recogido por instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 numeral 2 literal h).

El artículo 654 del Código Orgánico Integral Penal, prevé el trámite que debe darse al recurso de apelación, en cuyo numeral 4 se indica que el recurrente debe fundamentar el recurso y exponer sus pretensiones, esto, en armonía con lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia N° 008-13-SCN-CC, en la que indicó que:

“Es un requisito básico que la parte procesal que impugna la decisión demuestre que efectivamente sus derechos e intereses han resultado afectados total o parcialmente y no solo que la decisión le es desfavorable, puesto que es deber del recurrente fundamentar y motivar adecuadamente su recurso.”

Por lo que, corresponde al Tribunal de alzada analizar este particular.

La apelación entonces, está dirigida a un juez diverso al que dictó la sentencia o auto impugnado, quien es el que debe decidir sobre el recurso, esto es, en segunda instancia, por lo mismo, no es que se inicia un nuevo proceso penal ante el Juez *ad quem*, sino que, se desarrolla la sustanciación ante éste, con miras a que se reforme o revoque la resolución dictada por el *a quo* y que es materia de impugnación, o de ser procedente y de existir vicios formales insubsanables, se declare la nulidad procesal.

De lo que se infiere entonces que el juez pluripersonal de alzada, vale decir, el Tribunal de la Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia, conozca y resuelva tanto los errores de derecho (de fondo), ó infracciones de forma (de procedimiento), realizados por el Juez o Tribunal de primer nivel. A esta doble función clásica se añadiría también una tercera, dado el garantismo y constitucionalismo del derecho penal, que es, la de velar por el fiel cumplimiento de las garantías constitucionales, es decir, vigilar por el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido; toda vez que, el objetivo del derecho y la justicia, es el respeto

a la seguridad jurídica que se encuentra consagrado en el artículo 82 de nuestra Constitución, así como la tutela judicial efectiva, el plazo razonable, el derecho de defensa, a la motivación, entre otros, instituciones jurídicas y constitucionales que son parte del derecho al debido proceso constitucional, convencional y legal que forman parte del ordenamiento jurídico y que son pilares fundamentales en un estado constitucional de derechos y justicia, conforme lo prescribe el artículo 1 constitucional.

Puede suceder que en los fallos subidos a segundo nivel vía apelación, los juzgadores de primera instancia contravengan al texto de la ley, lo cual conlleva una violación directa o indirecta de la norma sustancial. En el primer caso se advierte aquella violación, según el profesor español Miguel Fenech (1982), cuando “el tribunal aplicando erróneamente o dejando de aplicar la norma penal material para declarar la existencia o inexistencia de la responsabilidad criminal e imponer en su caso la pena” (p. 339).

El mismo profesor español, nos indica que la contravención expresa de la ley se produce por el desconocimiento de la norma jurídica en su existencia o ámbito de aplicación o porque se ignoró (por haberse derogado o reformado por ejemplo) la norma aplicable; por la violación de los principios de legalidad, favorabilidad, lesividad, proporcionalidad, por no haberse aplicado las circunstancias que modifican la pena (atenuantes o agravantes), inobservancia de causas excluyentes de la antijuridicidad del tipo penal (como el estado de necesidad o legítima defensa), por la existencia de causas de exclusión de la conducta (tales como la fuerza física irresistible, movimientos reflejos y estados de plena inconciencia), así como de sus circunstancias que impiden el ejercicio público de la acción penal, como la cosa juzgada, la prescripción de la acción, etc.

En el segundo supuesto, cabe la violación indirecta de la ley, cuando se ha producido

una inadecuada admisibilidad de un medio de prueba, por ejemplo, cuando se valora una prueba ilícita, o cuando este medio de prueba siendo admisible no ha sido admitido o valorado, y, cuando ha mediado un error de derecho en la aplicación de las reglas de valoración de la prueba, como el admitir una prueba no anunciada y pedida oportunamente (salvo la excepción del artículo 617 del Código Orgánico Integral Penal), o no ordenada y no practicada en la audiencia de juzgamiento (artículo 454 numeral 1 ídem), o cuando se ha omitido la valoración de pruebas presentadas cumpliendo con los requisitos de modo, tiempo y lugar, o cuando se incluyen en su valoración pruebas que jamás fueron presentadas, o cuando se han violado las reglas de eficacia de las mismas como resultante de los documentos obrantes en el proceso o producidos en el mismo como presupuestos de procedibilidad.

También puede ocurrir la aplicación de una norma legal por otra, permitiendo que con este error se atente contra la tipicidad al adecuar una conducta a una norma abstracta prohibitiva distinta de la que la ley previó como supuesto eventual, también cabe la impugnación por la defectuosa emisión del fallo de instancia como la falta de motivación, cuyo efecto es la declaratoria de nulidad constitucional.

De modo que, en definitiva, como lo ha dejado indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, refiere que, el derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana significa que el acusado tiene derecho a que se revise íntegramente el fallo en el ámbito de los hechos, en el ámbito del derecho y, particularmente, en el ámbito de la pena, en este sentido, el debido proceso forma parte de éste derecho, por ello es que:

“La apelación como mecanismo de revisión de sentencias tiene características: a) formales: debe proceder contra

toda sentencia de primera instancia para examinar la aplicación indebida de la ley y la falta, o la errónea aplicación de normas del derecho que determinen la parte resolutive de la sentencia, y b) materiales: debe proceder cuando se haya producido una nulidad insalvable, indefensión o la violación de normas sobre la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de las mismas." (párr. 137).

Por lo mismo, el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, es concedido tanto en el ordenamiento internacional como en el interno de nuestro país, como la expresión del derecho a contar con un recurso judicial efectivo, en los términos previstos en el artículo 25 numeral 1 de la Convención, toda vez que, la falta de un recurso de apelación infringe el artículo 25 numeral 2 literal b de la Convención.

Según el Código Orgánico Integral Penal, el recurso de apelación y las reglas generales de impugnación están dispuestas en los Capítulos I y II del Título IX, Libro Segundo, sin que esta institución procesal ni los otros recursos como la casación o revisión, estén considerados como etapa procesal como si lo hacía la anterior normativa del Código de Procedimiento Penal.

Trámite del recurso de apelación

En cuanto al trámite del recurso de apelación que debe darse ante el superior, se tiene que el artículo 654 del COIP dispone:

"Trámite.- El recurso de apelación podrá interponerse por los sujetos procesales, de acuerdo con las siguientes reglas: (...) 4.- Recibido el expediente, la sala respectiva de la corte, convocará a los sujetos procesales a una audiencia, dentro del plazo de cinco días subsiguientes a la recepción del expedien-

te, para que fundamenten el recurso y expongan sus pretensiones. 5.- La o el recurrente intervendrá primero y luego la contraparte. Hay lugar a la réplica y contrarréplica. 6.- Finalizado el debate, la sala procederá a la deliberación y en mérito de los fundamentos y alegaciones expuestas, anuncia su resolución en la misma audiencia."

Queda claro la forma en la que se desarrolla la apelación en nuestro país, el orden de quienes intervienen en la misma, etc. No obstante, es importante señalar que en nuestra legislación procesal penal (a diferencia de la materia civil), no se admite el ofrecimiento, la presentación o la práctica de prueba en la apelación, en discrepancia de otras legislaciones del continente como en Colombia, Perú o Chile, en las que sí cabe la prueba en la audiencia de fundamentación del recurso.

Por lo tanto, en nuestro caso, las decisiones que adopte el Tribunal de la Sala, será en base a los argumentos fácticos y jurídicos que expongan fundamentadamente los sujetos procesales y luego de revisar y examinar lo actuado y lo que conste en el expediente. Por ello, compartiendo con Fenech (1984), la extensión del conocimiento del juzgador ad quem viene ya delimitada por el contenido de la impugnación, según sea esta total o parcial. En el primer caso, el pronunciamiento de la nueva resolución abarca la totalidad de las decisiones recurridas; en el segundo caso, se limitará sólo a las cuestiones impugnadas; o como lo señala Guasp (2006), el escrito de impugnación (petitorio) delimita todo el procedimiento ulterior, no pudiendo el fallo exceder el ámbito de la pretensión de los sujetos procesales. Como una consecuencia de lo anterior, se producirá una firmeza subjetivamente parcial de la resolución recurrida si, siendo varias las partes procesales (procesados, fiscalía y víctimas), recurren sólo alguna o algunas de ellas, precluyéndose para las demás con el transcurso del tiempo, la posibilidad de hacerlo. Tal firmeza parcial será objetiva si, conteniendo la resolución varios

pronunciamientos, se atacan uno y otros no. Se exceptúa de este criterio el caso contemplado en numeral 5 del artículo 652 del COIP que dispone, cuando en un proceso existan varias personas procesadas, el recurso interpuesto por una de ellas, beneficiará a las demás, siempre que la decisión no se funde en motivos exclusivamente individuales o personales. Este beneficio será exigible aunque medie sentencia ejecutoriada que declara la culpabilidad, esto es, cuando la decisión del superior le es favorable a los demás procesados aunque ellos no hayan recurrido, lo que, es conocido en la doctrina como efecto extensivo del fallo (lo cual ocurre cuando verbigracia se dictare la nulidad procesal); por el contrario, no produce efecto extensivo lo que fuere desfavorable en la decisión del superior a los que no recurrieron.

En cuanto a las intervenciones de los sujetos procesales, de acuerdo al artículo 563 numeral 4 del COIP, como regla general, tanto Fiscalía como los defensores públicos o particulares, tendrán derecho a presentar de forma libre sus propuestas, intervenciones y sustentos, empero, el artículo en análisis en el numeral 9, prevé, asimismo, que es facultad de los juzgadores establecer el tiempo de intervención de los sujetos procesales, de acuerdo a la naturaleza del caso y respeto al derecho de igualdad de las partes.

Como se advierte, inicialmente interviene quien recurre, vale decir, el sujeto procesal que interpuso el recurso de apelación, debiendo para ello, como se ha dejado indicado *ut supra*, fundamentar en forma técnica la impugnación, observando la buena fe y lealtad procesal, a fin de que el mismo pueda luego ser sometido a la contradicción de los demás sujetos procesales. Escuchados que sean los mismos, y agotada esta primera fase, viene otra la de réplica y contrarréplica (la réplica es un argumento o discurso con que se responde o contesta; mientras que, la contrarréplica, es la contestación dada a una réplica), en la cual los defensores deben referirse y refutar única y exclusivamente a

lo últimamente expuesto y alegado por su adversario (replicado), por lo mismo, sus argumentos deben ser concretos y precisos, sin que puedan exponer otros aspectos que quizá en su primera intervención no los realizaron. De igual forma sucede en la contrarréplica.

Finalizado las intervenciones de los defensores técnicos, corresponde a los juzgadores de instancia, si creyeran necesario, realizar a los sujetos procesales alguna pregunta aclaratoria. Hecho lo cual procede la deliberación y el consiguiente pronunciamiento oral.

Sobre la disciplina, este mismo numeral, establece que es facultad de los juzgadores controlar el comportamiento de las partes en el desarrollo de la audiencia, pudiendo inclusive limitar el ingreso del público por la capacidad o seguridad de la sala de audiencias. En igual sentido el artículo 131 del Código Orgánico de la Función Judicial prevé como facultades correctivas de las juezas y jueces, a fin de observar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, las juezas y jueces deben: "(...) 2. Expulsar de las actuaciones judiciales a quienes alteren su desarrollo o atenten contra su legal evolución."

Por regla general, el ministerio del profesional del foro, en el accionar judicial, se halla investido de un estatus de independencia y por ende, no está subordinado a Magistrados, Jueces o Fiscales, sin embargo, en sus actuaciones ante los juzgadores y operadores de justicia, los letrados son libres e independientes, se sujetan a los principios de buena fe, honradez, veracidad, probidad y lealtad, gozan de los derechos inherentes a la dignidad de su función y están amparados por aquellos funcionarios y sus dependientes en su libertad de expresión y defensa.

De lo anotado se colige una sola regla: el respeto común, vale decir, el abogado está obligado dentro de un litigio (y fuera de él), a respetarlo, y al mismo tiempo exigir del

juzgador igual consideración y respeto, por cuanto, no es la persona del profesional del derecho el que está en juego en los foros y estrado jurídicos, sino toda la profesión, como advierte Monroy.

La comparecencia del jurista, centinela de los tribunales y juzgados de la república, soldado incansable del derecho, sirve precisamente, para evitar que el juez luche contra la ignorancia jurídica y la mala fe de los sujetos procesales, en tanto cuanto que la presencia del patrocinador, del defensor, del procurador, del abogado en definitiva, es garantía de buena fe, garantía de ciencia y garantía de probidad, por ello y con muy acertada razón advierte Calamandrei (1960), cuando dice que "la justicia no podría funcionar si no existiesen los profesionales de derecho".

Al igual que con el juzgador, el profesional del derecho, debe tener con su colega adversario, lealtad, benevolencia y sobre todo respeto y consideración, se debe ser caballero para con los colegas. En nuestro derecho positivo, al igual que otras legislaciones, toda personalización contra el defensor contrario, constituye una grave falta contra la solidaridad profesional y es un error de ética en el patrocinio. Víctor Manuel Peñaherrera (1912), nos recuerda al efecto en sus mandamientos, que debemos los profesionales del derecho y la jurisprudencia "Cuidar mucho de la cultura en el lenguaje: sin olvidar jamás las consideraciones y respetos sociales, los que debemos guardarnos entre los miembros del mismo gremio, y el sentimiento de solidaridad que debe animarnos en la vida profesional".

En cuanto a la relación entre el advocatus y el cliente, -cliens, cluens o cluere-, es el que oye a otro. Nuestra legislación concibe como cliente a todas y cada una de las personas que ocupan los servicios de un profesionalista ya sea para que le atienda dentro de un litigio, para una gestión voluntaria o administrativa, o bien para redactar o patrocinar un acto o contrato o para absolver alguna consulta. Ahora bien el mismo jurista Couture

(1949), al respecto nos enseña en sus mandamientos, que el abogado con sus clientes también debe actuar con lealtad. No puede ser de otra manera, de forma similar que con los sujetos procesales anteriores, el abogado tiene el deber ético de ser leal para con su cliente y en cada una de sus relaciones tiene que actuar con absoluta independencia, franqueza y decoro, indicando a sus tutelados que va a poner todo de sí para que en lo posible triunfe sus pretensiones, indicar que va actuar mirando al triunfo adelante, empero sin garantizarle todo el éxito porque su actuar y diligencia es un medio, un camino para la administración de la justicia, mas no de un resultado fijo y cierto. La mejor regla profesional se ha dicho, no es precisamente aquella que anticipa al cliente la victoria del juicio, sino la que anuncia que posiblemente podrá contarse con aquella.

No se puede olvidar que en las manos del abogado está la defensa de los derechos de sus clientes, que pueden consistir entre otros, el honor, la libertad, la integridad física, psicológica o sexual, el patrimonio, la vida, etc., por lo mismo, el cliente confía en su defensor, no únicamente en su saber, sino que también en la lealtad y honradez. El éxito de una buena defensa, se enmarca en la calidad ética del profesional del Foro, que actúe apegado a derecho, convencido de lo que defiende y teniendo una buena identificación y comunicación con su patrocinado Garzón (2011). En definitiva, los sujetos procesales, ante los juzgadores, deben actuar apegados a los principios de lealtad y buena fe procesal, conforme lo sostiene el artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En cuanto a la decisión judicial, si se impugnan tanto los hechos y circunstancias materia de la infracción así como la responsabilidad del procesado (nexo causal que trata el artículo 455 del COIP), deberá el Tribunal de alzada revisar todo el acervo probatorio evacuado en la audiencia de juicio. Por el contrario, cuando no ha sido materia de controversia los elementos objetivo o subjetivo del

tipo penal, centrándose la contradicción el debate en cuanto a la proporcionalidad de la pena o el monto de la reparación integral de la víctima, deberá el *ad quem* centrarse en estos temas de contradicción, en aplicación de los principios de congruencia, *iura novit curia* y dispositivo.

Ya en el fondo del asunto, el Tribunal de Apelaciones en su pronunciamiento, inicialmente en forma oral en la misma audiencia, luego en forma motivada dentro del plazo de tres días subsiguientes al desarrollo de la misma, deberá pronunciarse ya sea confirmando, revocando o modificando el fallo recurrido en el sentido que considere ajustado a derecho. Como bien lo sostiene Roxin (2014), si el Tribunal de apelación considera que la sentencia de primera instancia es correcta, debe rechazar la apelación por infundada. En cambio, si la considera fundada, tiene que, por regla general y por revocación de la sentencia, conocer en la causa él mismo.

Sin embargo, el superior debe tener en consideración que, en caso de que el único recurrente sea el sentenciado, no podrá empeorar su situación jurídica, esto en aplicación del principio de *no reformatio in pejus* (prohibición de reformar en perjuicio del recurrente), previsto en el artículo 5 numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal, en relación con el artículo 77 numeral 14 de la Constitución, es decir, que al superior le está vedado constitucional y legalmente pronunciar una sentencia más gravosa que la proferida por el inferior, no sólo en torno a la naturaleza misma del tipo penal acusado por Fiscalía, sino aún en la modulación de la pena, así por ejemplo, si el juzgador de primer nivel lo condenó al reo de ser responsable del delito de homicidio simple, tipificado y sancionado en el artículo 144 y de los hechos y de la prueba actuada en la audiencia de juicio aparecen circunstancias del artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal, esto es, que la conducta del justiciable se subsume al tipo penal de asesinato, en aplicación de este principio no reformatio in pejus, no puede el superior

reformarlo, se reitera, siempre que el único recurrente sea el reo, caso contrario, si recurre la Fiscalía como titular del ejercicio de la acción penal, en este caso si cabe el cambio de calificación jurídica por parte del *ad quem*. En lo que se refiere a la apelación de parte de la víctima, aquella conforme a la sentencia N° 768-15-EP/20, dictada por la Corte Constitucional, no tiene pretensión punitiva, sino únicamente en cuanto a la reparación integral.

Por el contrario, como lo sostiene Roxin, no existe una "prohibición de mejorar", sino que, ante una impugnación del fiscal en perjuicio del procesado, esta puede ser modificada a favor del reo, aun en el caso en que se declare improcedente la apelación interpuesta por el acusado. En igual sentido se ha pronunciado nuestra Corte Constitucional en la sentencia antes citada, al indicar que, incluso cuando existiere impugnación fiscal y ésta no tiene alegación sobre el posible aumento de la pena, los tribunales de alzada no podrían agravar la sanción establecida en la sentencia en perjuicio del procesado. Los jueces y juezas, en estos casos, solo podrían alterar la pena para mejorar la situación de la persona condenada.

El derecho a la defensa en el recurso de apelación

De acuerdo con el artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho a ser oído exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones. Al respecto, la misma Convención, en el artículo 8 numeral 2 literales b) y c), prevé que toda persona tiene derecho, en igualdad de condiciones, a una comunicación previa y detallada cuando es inculpada dentro de una acusación, así como también a que se le conceda el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.

En nuestro sistema, dentro de los elementos que configuran el derecho a la defensa,

tenemos el derecho previsto en el artículo 76 numeral 7 literal a) de la Constitución, que consagra el derecho de las personas a la defensa que incluye entre otras la garantía de que “Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”.

En la Constitución de la República, el derecho a la defensa incluye una serie de garantías como la de contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, y poder recurrir del fallo. Para ejercitar adecuadamente estas garantías, es menester que las autoridades den a conocer en debida forma a las personas sobre un litigio instaurado en su contra, a través de la debida citación y notificación a las partes procesales.

Las normas convencionales y constitucionales citadas, garantizan a los sujetos procesales a defenderse durante todas las etapas del procedimiento, -dentro de la que se incluye el de apelación-, y contradecir los argumentos o alegatos que se hayan presentado en su contra; en este contexto, como lo señala nuestra Corte Constitucional en sentencia N° 4-19-EP/21, el derecho a la defensa, como parte del debido proceso judicial, debe ser garantizado de forma integral, sin excluir de forma indebida a ninguno de los sujetos procesales; las situaciones de indefensión de alguno de los sujetos procesales originan una vulneración de la garantía de no ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, y la imposibilidad de contar con el tiempo suficiente para preparar la defensa técnica adecuada, reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal b) de la Constitución, es uno de los supuestos que provocan indefensión. Esto ocurre cuando previo a la instalación de la audiencia de apelación, la víctima o el procesado, cambian de defensor y debe de parte del tribunal de alzada concederles a los abogados el tiempo necesario para que se preparen para la fundamentación o contradicción del recurso de

apelación, sea defensa pública o particular. En este contexto, el derecho a la defensa ha sido conceptualizado como todo aquel cuyos derechos e intereses sean objeto de discusión dentro de un procedimiento penal o de cualquier índole, para acceder al sistema y hacer valer sus derechos respecto de este, el busca garantizar la contradicción e igualdad entre los sujetos procesales a través de diversas garantías que incluyen el ser escuchado por el juzgador en el momento oportuno (Sentencia N° 185-17-EP/22).

En otra oportunidad, dicha Corte al referirse sobre el derecho a la defensa, se ha pronunciado indicando que, la garantía de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, implica que tanto las personas cuyos derechos se discuten, como sus defensores técnicos, tengan la oportunidad y las condiciones apropiadas para ejercer una defensa efectiva, de acuerdo a las particularidades de cada caso concreto, (Sentencia N° 3068-18-EP/21). Como parte de ésta, los operadores de justicia deben asegurar, por ejemplo, que la persona acusada pueda conocer los cargos que se le imputan, la posibilidad de acceder al expediente y las piezas procesales con el fin de diseñar una estrategia de defensa, formular argumentos y ejercer la contradicción. Adicionalmente, al analizar y aplicar esta garantía, los juzgadores deben tomar en consideración las circunstancias particulares del caso y evaluar el impacto en los derechos de los sujetos procesales, todo esto con el propósito de que las partes no queden en indefensión.

La indefensión, según el Diccionario de la Lengua Española (2001), es la “Falta de defensa, situación de las personas o cosas que están indefensas. Situación en que se coloca a quien se impide o se limita indebidamente la defensa de su derecho en un procedimiento administrativo o judicial”. Por su parte el Diccionario Jurídico Omeba (1995), define: “La indefensión, pues, existirá siempre que la persona no haya podido defender sus derechos, conforme a las leyes que reglamentan

su ejercicio". En la misma línea de ideas la doctrina señala que la indefensión se la define como "sufrir en el seno del proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales del derecho de defensa -alegación y/o prueba- a lo largo del mismo o de cualquiera de sus fases o incidentes" Picazo Diez, (citado por Sánchez Rubio, 2003).

De lo expuesto se concluye, que el derecho a la defensa, garantizado tanto en la constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos, lleva implícito que en el decurso del proceso en general, -y en el recurso de apelación en nuestro caso-, la persona procesada haya tenido la oportunidad de defender sus propias posiciones en todo lo que le afecte a sus intereses propios y a sus derechos.

Como consecuencia de la indefensión intraprocesal causada por los operadores de justicia o los órganos jurisdiccionales, acarrea la nulidad insubsanable de todo lo actuado, a costa del funcionario que lo causó (artículo 652 numeral 10 literal c, del COIP). Esta norma procesal hace referencia también a que, "habrá lugar a esta declaratoria de nulidad, únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso", es decir, trata del principio de trascendencia y es indudable que la indefensión, influye en la decisión del fallo.

Son causas de indefensión, entre otras: no citar y/o notificar para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo; no asignar un defensor público para que asuma la defensa técnica en caso de no haber nombrado un defensor privado sea que se trate de la persona procesada o de la víctima; no admitir diligencias investigativas (en caso del titular de la acción); no diferir o suspender una diligencia o audiencia existiendo causas debidamente justificadas; no admitir elementos de pruebas o argumentos al que tenga un interés directo y personal el sujeto procesal; no conceder los recursos legal y debidamente interpuestos, etc. Ob-

viamente, existe el caso excepcional en que la indefensión no se produce cuando la situación en la que se ha visto colocada la persona procesada, se debe a una actitud voluntaria de aquella, en este caso, la indefensión es imputable al reo, pues, la misma se produce por falta de necesaria diligencia de la persona investigada o procesada en asumir su defensa y vincularse al proceso. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia N° 08-13-SCN-CC, al decir que, en los juicios penales cuando la ausencia del procesado es prolongada, principios como el juicio sin dilaciones y el plazo razonable pueden verse afectados. Un juicio sin dilaciones comporta la obligación de que todo proceso tenga una duración temporal razonable del procedimiento, tanto para resolver como para ejecutar lo resuelto, pues la tardanza excesiva o irrazonable puede acarrear efectos negativos tanto para las partes, como para el proceso; en este sentido dice esta corporación constitucional, si una persona encausada (procesada), una vez que ha sido legalmente citada al proceso y de forma consciente y deliberada se oculta, renuncia voluntariamente al ejercicio personal de su defensa y a todas las garantías que le brinda el Estado para que el proceso judicial se cumpla con los efectos de su presencia, pues el Estado, en estos casos, a través de medios procesales idóneos, le garantizará la defensa técnica a través de su abogado de oficio (Defensoría Pública).

Ahora bien, en cuanto a una defensa técnica eficaz, cabe preguntarse: ¿Si la eficacia o no de dicha defensa y su eficiencia, se puede advertir antes de la actuación sea esta particular o pública, o después de ella? En el primer caso, debería el juzgador tener la capacidad de clarividente, para desde un inicio determinar la deficiencia o ineficacia de tal defensa. Sólo se podrá bajo el sentido común, establecer la bondad o no de una defensa, luego de haberse advertido la actuación del defensor en tal forma. Siendo facultad inclusive de la persona procesada, conforme lo señala el inciso final del artículo 451 del Código Orgánico Integral Penal, "releva de la defensa

a la o el defensor público, cuando sea manifiestamente deficiente". Lo cual no podría exigirse en el proceso, dada la condición del procesado quien prefiere mantenerse prófugo, en lugar de colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación del tipo penal, peor aún presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, y, menos aun cuando no procura reparar de forma voluntaria el daño causado a la víctima. Actitudes estas de la persona procesada por las que, la administración de justicia no puede premiarle con la declaratoria de nulidad procesal, considerando inclusive el principio del ideal de justicia y las políticas públicas de cero impunidad, que persigue el Estado Ecuatoriano. Circunstancias en las cuales el defensor sea público o privado no cuenta con los elementos suficientes para preparar y presentar una adecuada defensa técnica.

Se entiende por defensa técnica aquella ejercida por un profesional del derecho, sea como defensor público o particular, que le provee al investigado, procesado, sentenciado o bien a la víctima, un probo, certero, veraz y adecuado asesoramiento y patrocinio legal. Esta defensa se la ejerce a través de pretensiones, pruebas y argumentos o alegatos basados en normas sustantivas o adjetivas; por ello, se exigen conocimientos jurídicos que los justiciables (procesados o víctimas), en la mayoría de casos desconocen. En palabras de Jauchen (2005), la defensa técnica, que es la ejercida por un abogado, profesional del derecho, quien debe desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes. De otro lado, la defensa material, que es la que lleva a cabo personalmente el propio procesado y que se manifiesta en diferentes formas y oportunidades, en ambos casos se ejerce el derecho a ser oído.

La Corte Constitucional Colombiana en sentencia N°C-152-2004-MP, ha sostenido que, la doctrina penal distingue entre la defensa material, que corresponde ejercer al sindicado o procesado mismo, y la defensa

técnica o profesional, que puede ejercer en nombre de aquel un abogado legalmente autorizado para ejercer su profesión, en virtud de designación por parte del sindicado o en virtud de nombramiento oficioso por parte del funcionario judicial respectivo. La segunda modalidad busca una defensa especializada plena del justiciable, a través de un profesional del Derecho, de quien se presume idónea y que tiene los conocimientos y la experiencia suficientes para controvertir los cargos del Estado y participar en el desarrollo del proceso, frente a funcionarios judiciales que por la naturaleza de sus funciones y por exigencia legal tienen dicho rango profesional.

La misma corporación, en otro momento dijo que en cuanto a los contornos básicos y la forma como se desarrolla en el proceso penal, una defensa técnica, sea pública o privada, comprende la especial diligencia del profesional del Derecho, quien debe asumir un compromiso serio y responsable que no puede limitarse a los aspectos meramente procesales o de trámite, sino que requiere implementar todas aquellas medidas y gestiones necesarias para garantizar que el procesado ha tenido en su representante alguien apto para demostrar jurídicamente, si es el caso, su inocencia (Sentencia C-037-1996). En el proceso penal, -dice dicha corte-, el ejercicio del derecho a la defensa se circunscribe a las facultades que la ley le reconoce a la parte procesada, las cuales se concretan básicamente en la posibilidad de pedir y aportar pruebas, de controvertir aquellas que han sido allegadas al proceso y de impugnar las decisiones adoptadas en el mismo. La garantía sustancial del derecho a la defensa técnica se materializa, o bien con el nombramiento de un abogado por parte del sindicado (defensor de confianza), o bien mediante la asignación de un defensor de oficio nombrado por el Estado (Defensoría Pública), de quienes se exige en todos los casos, en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos,

adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida asegurar no solo el respeto por las garantías del acusado, sino también a que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas al derecho y a la justicia (Sentencia T-106-2005).

Según nuestro sistema, no solo el procesado es sujeto de defensa técnica, sino también la víctima como sujeto procesal, quienes además gozan de protección especial, conforme al artículo 78 constitucional, en relación con el artículo 11 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, que prevé que víctima, en todo proceso penal, gozará del derecho a ser asistida por un defensor público o privado antes y durante la investigación, en las diferentes etapas del proceso y en lo relacionado con la reparación integral. De tal manera que, el derecho a la defensa no se concibe únicamente como la posibilidad de que el investigado, sospechoso, procesado o condenado o bien la víctima de la infracción (delito o contravención), esté debidamente representado por un defensor técnico, sino que, y por el contrario, su actuar debe ser calificado en virtud de que ostente conocimientos técnicos y especializados, para que de esta forma garantice efectivamente los derechos fundamentales de sus clientes Montes Olavarrieta (1963) y haga respetar el debido proceso que le otorgan los preceptos constitucionales y legales.

Pero no basta la presencia o intervención formal del defensor en la causa, sino que, este asesoramiento debe ser efectivo en la defensa de la teoría o pretensión de los justiciables, caso contrario, no garantizaría un verdadero juicio adversarial y contradictorio, es decir, que el actuar del profesional del foro, debe satisfacer las exigencias de un auténtico patrocinio, en los términos del artículo 76 numeral 7 literales a), b), c) y g) de nuestra Constitución de la República y artículo 330 del Código Orgánico de la Función Judicial, en armonía con el artículo 8 numeral 2 literales c) y d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 3 literales b) y

d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, señala:

“Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona (...) el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo” (párr. 62).

Es precisamente a partir de este concepto de igualdad, que el Estado está obligado a proporcionar una defensa técnica a toda persona procesada que la necesite y que no disponga de medios económicos para poder solventarla.

Como se dejó indicado ut supra, el artículo 8 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instituye tanto al estado de inocencia como el principio igualdad ante la ley y otras garantías mínimas de carácter procesal que deben ser observadas para el juzgamiento de los justiciables, siendo el literal d) el que consagra tanto el derecho a defenderse personalmente, como la garantía denominada intangibilidad de la estrategia de defensa, así como el derecho general a ser asistido por un defensor de la propia elección del imputado, es decir, de su confianza. Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 literal d), establece que la persona tiene derecho a hallarse presente en el proceso, defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su confianza, a ser informada, si no tuviere defensor, a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente (defensor público), si careciere de medios o recursos suficientes para pagarlo.

De modo que, el derecho a defenderse integra una serie de garantías tales como la presunción, o mejor dicho, el estado o condición de inocencia, la igualdad procesal, el derecho a un tribunal imparcial, preconstituido previamente e independiente, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, el derecho a guardar o permanecer en silencio, el derecho a ser oído públicamente, el derecho a presentar y contradecir pruebas entre otras que, en conjunto, se conoce como el derecho a un juicio justo. El derecho a la defensa implica reconocer el derecho a intervenir ante los órganos jurisdiccionales (juzgados y tribunales), ante la Fiscalía, ante la policía o cualquier otro órgano de persecución penal, para formular los planteamientos, alegaciones y producir o contradecir tanto los elementos de convicción que más tarde se convertirán en prueba, producida en el proceso, en la etapa de juicio, con el objetivo final de resguardar los intereses de la persona procesada. De este modo, la defensa constituye no solo una garantía constitucional como se deja señalado, sino también una condición de legitimidad y validez de los procesos penales en todas sus etapas.

En la ideología liberal de los derechos fundamentales, de acuerdo a la doctrina dominante, su objetivo final es que el procesado tenga la posibilidad material de incidir en el resultado final del proceso, sea auto definitivo o sentencia. El derecho de defensa no sólo del procesado sino también de la víctima, es el reconocimiento de su calidad de sujeto del proceso y no de un objeto del mismo, ni siquiera un objeto de protección.

Una de las manifestaciones principales del derecho a la defensa, es la de poder contar con un asesor técnico experto en la ley y el derecho. La exigencia de que la defensa sea prestada por un letrado se relaciona con la efectividad de la misma, pues solo podrá realizarse una defensa en igualdad de medios frente a la Fiscalía y la víctima, si esta se presta con calidad técnica necesariamente por un especialista en el área, y esto sólo puede

ofrecerlo el abogado. La presencia del docto en las leyes, permite ejercer adecuadamente la defensa dentro del proceso, no solo por la representación de este en actos procesales concretos y declaraciones o alegaciones de una de las partes, sino que también al asistir a los justiciables para la comprensión del proceso al cual se ve sometido y ayudarlo a definir una estrategia para afrontarlo (teoría del caso).

La importancia capital del *advocatus*, como hemos visto, es la de poder contar un abogado de confianza. Desde la existencia de los abogados de la Inquisición, cuyo principal cometido era facilitar la confesión del imputado, hasta los "defensores meramente formales" que lo único que hacían era legitimar los procesos sin reconocer o identificar siquiera a sus patrocinados, pasando por las defensas burocráticas sin mayor vocación por su trabajo, la historia nos ha mostrado innumerables ejemplos de cómo los abogados se han prestado a ser "auxiliares de la justicia" antes que asesores de su cliente, de cómo han preferido asegurar la "marcha del proceso", antes que la defensa técnica. Frente a esta experiencia histórica, -que ya se está superando con el nuevo sistema acusatorio adversarial- se debe destacar la idea de relación de confianza entre el defendido y su patrocinador. Ello significa, en el plano objetivo, que para el defensor no existe otro interés superior que el interés concreto de su cliente; y, en el plano subjetivo, que el justiciable debe poder generar una relación de seguridad y respaldo suficiente por parte de su abogado, de tal manera que pueda expresar ante él sus intereses y su versión de los hechos sin temores. Por ello es que, el derecho a un defensor técnico debe ser entendido siempre como el derecho a un defensor de confianza.

En la justicia penal, según el viejo modelo inquisitorio, el mejor resultado del juicio penal surgía de la actividad unilateral de una persona, el juzgador, quien se encontraba imbuido de una capacidad especial por razones morales, políticas, sociales o técnicas,

para hallar la mejor solución para el caso concreto, en base a su capacidad para encontrar la verdad de lo hechos, y para aplicar los valores “adecuados” al caso en particular. En este modelo, el defensor y con mayor razón la defensoría pública, cumplía un mero papel auxiliar que no debía obstaculizar la tarea principal del juez de “hallar” la verdad y la “justicia” del caso.

En el actual modelo adversarial, se deja que cada uno de los intereses en juego presenten su versión del caso, su teoría, y debatan entre ellos y ante el juez que no representa a ninguno de esos intereses en juego, pues, es imparcial, independiente y no contaminado, y se mantiene ecuaníme ante las pretensiones de los sujetos procesales. En este modelo, el papel del defensor, es reconocido como uno de los elementos indispensables para que el sistema funcione como un todo y se reconoce también que cuando mejor representado está el interés del justiciable, mejor presentado está el caso, mejor funciona todo el sistema de justicia.

Si bien es cierto que, el contenido central del derecho a contar con un defensor técnico, como queda dicho, consiste en la posibilidad de elegir uno de los propios medios, el problema principal consiste en lograr que el Estado cumpla efectivamente su promesa de asegurar el derecho de defensa a todos los ciudadanos sospechoso/procesado/víctima, en especial a quienes no tienen recursos, y que ese ineludible aporte estatal adquiera condiciones de calidad y eficiencia en la defensa de los intereses concretos de aquellos, así lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14 literal e), surgiendo de esta norma que, en el campo de la asistencia letrada, la obligación que pesa sobre los Estados de “proporcionar” defensa tiene un carácter subsidiario, y la primera opción siempre debe ser permitir que la persona se defienda accediendo a un letrado de su elección, por lo que el Estado deberá proporcionar un defensor solo en caso que el procesado no se defienda por

sí mismo, por lo que el carácter “subsidiario” debe ser convenientemente analizado.

Para que el Estado garantice una adecuada y eficaz defensa pública de los justiciables, a buen seguro se requiere: 1).- Un aporte estatal suficiente, constante y equilibrado con las políticas de persecución penal; 2).- Fortaleza institucional de la defensa pública; 3).- Organización eficiente, según parámetros propios de la defensa y no meramente “judiciales”; 4).- Control de la calidad de la defensa técnica y de los servicios auxiliares de la organización como atención a los familiares, etc.; 5).- Respeto al interés del defendido como valor principal de la organización; y 6).- Prestación universal sin mengua de la orientación preferente a los sectores con escasos o nulos recursos.

Estos son principios rectores de cualquier modelo de organización que se adopte y lo verdaderamente importante no es el modelo de organización sino el respeto de esos principios básicos al servicio de una defensa técnica eficaz en el caso concreto según los intereses del justiciable, así lo sostiene un estudio realizado por la CEJA-JSCA, en el Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe.

Es importante señalar que, la calidad en la prestación de la defensa técnica en el sistema acusatorio oral es mucho más exigente con la calidad profesional. Por ello, con el fin de cumplir con el principio de calidad, será necesario evaluar en cada caso si el sistema de defensa cumple o no con algunos estándares mínimos que la hagan efectiva, es decir, si la asistencia del defensor en el caso concreto otorgó efectivamente un valor agregado a la información de descargo vertida en el proceso, si realmente la actuación del defensor constituyó un desafío a la aplicación de la ley penal del Estado o logró realmente crear un tensión entre la pretensión estatal de aplicar la pena y la voluntad del procesado, es negativa. Pero, si el justiciable hubiese podido defenderse igual sin su abogado y no hay valor

agregado en la asistencia letrada, no estaremos ante un servicio de calidad.

Como se advierte, la defensa, en este caso, adquiere especial trascendencia en el ámbito penal, donde el proceso que se adelanta no sólo debe ser concebido como un medio para punir, sino que también cumple su finalidad cuando se llega al sobreseimiento o absolución, una vez agotadas todas las instancias y el debate probatorio respectivo, como lo sostiene la Corte Constitucional de Colombia en sentencia N°C-782-2005-MP. Por ello debe ser diseñado de manera que ofrezca al implicado, todas las herramientas para el pleno ejercicio de su derecho a la contradicción, a fin de demostrar la inexistencia de los hechos imputados o la ausencia de responsabilidad.

De ahí que, la defensa debe participar activamente en el proceso penal y estar pendiente en todas y cada una de las actividades probatorias que se desarrollen, con el objeto de verificar la legalidad de dichos actos. Desde este punto de vista, el defensor deja de ser un "auxiliar de la administración de justicia" -como es muy común escuchar en el lenguaje forense-, y se convierte en un verdadero guardián y custodio de los derechos e intereses de su defendido. Tanto más que conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 191 de la Constitución de la República, el Defensor Público se entiende debe prestar un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias, considerando además que, son deberes de los abogados defensores, los señalados en el artículo 330 del Código Orgánico de la Función Judicial. En este sentido, la defensa técnica del letrado, al decir de Binder (1993):

"Cumple, dentro de un proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de de-

fensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal." (p. 151).

Ferrajoli (1995) ha afirmado que esta garantía:

"Es la principal condición epistemológica de la prueba, la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimentada por el poder de refutarla de la contraparte interesada, de modo que no es atendible ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas." (p. 613).

De los criterios antes indicados, se infiere entonces la importancia de la defensa técnica del letrado. Por un lado, es un instrumento poderoso de impulso y control no sólo de la prueba sino del proceso en general; y, por otro lado, porque juega un papel de contradicción con respecto al órgano acusador, aportando elementos de convicción que más tarde se convertirán en pruebas de descargo o contrapruebas que tienden a desvirtuar a las de cargo, todas estas, finalmente, serán analizadas y valoradas por el juzgador. Pero, para jugar ese papel en la contradicción, hace falta que la defensa y la acusación estén en el mismo plano, de acuerdo al decir de Ferrajoli, "la perfecta igualdad de las partes".

Sobre el particular, la Teoría General del Proceso, determina que el derecho a la defensa constituye la materialización del principio de igualdad, bilateralidad o contradicción, entendido como un principio que domina al proceso y significa una garantía fundamental para las partes, dado que importa el tratamiento igualitario de los litigantes y se entiende que resulta del principio constitucional de igualdad ante la ley, Vescovi (1999); en este sentido, el artículo 66 numeral 4 de la

Constitución de la República, garantiza el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación, en relación con el artículo 11 numeral 2 ídem.

Sobre el tema, Ferrajoli (1995), ha señalado que, en muchas ocasiones el principio de igualdad como el igual valor asociado a las diferencias de identidad que hacen de toda persona un individuo diferente de todos los demás y de todo individuo una persona como todas las demás. La igualdad impone la tutela de las diferencias y la reducción de las desigualdades. La igualdad constituye fundamento insustituible del ordenamiento jurídico que se deriva de la dignidad humana, pues resulta de reconocer que todas las personas, en cuanto lo son, no presentan entre sí diferencias sustanciales. Todas, en su esencia humana, son iguales y merecen la misma consideración, con independencia de la diversidad que entre ellas surge por motivos accidentales como la raza, el sexo, el color, el origen o las creencias. (Corte Constitucional de Colombia Sentencia N° T-624/95).

Nuestra Corte Constitucional, en Sentencia N° 36-19-IN/21 señaló que, el derecho y principio a la igualdad y la no discriminación obligan al Estado y a todos sus órganos a erradicar, de iure y de facto, toda norma, actuación o práctica que genere, mantenga, favorezca o perpetúe desigualdad y discriminación, sin perjuicio de que en determinadas circunstancias puedan existir tratos diferenciados debidamente justificados de forma objetiva y razonable. Esta Corte ha establecido que la discriminación se materializa en aquellos casos en los que existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables. Es decir, que nadie puede ser discriminado por cualquier distinción, individual o colectiva, sea temporal o permanente y que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, ejercicio o goce de sus derechos.

El mencionado derecho a la igualdad, se encuentra también garantizado en los instrumentos internacionales de derechos humanos, esto es, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 24, que dice: "Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". Por lo tanto, el derecho a la igualdad referido tanto en las normas nacionales como internacionales, para el derecho a la defensa, igualdad de oportunidades o igualdad de armas, se subsume en el derecho subjetivo de los justiciables a obtener del órgano jurisdiccional un tratamiento igualitario en una controversia judicial. Ante esto hay que señalar que nuestra Constitución reconoce dos categorías de igualdad: la formal y la material. La primera de ellas hace referencia a la igualdad ante la ley, por medio de la cual se proclama que todas las normas jurídicas deben ser aplicadas a todas las personas, sin distinción de ninguna clase. Esta categoría se refiere a la igualdad en la aplicación del derecho, lo que, a decir del jurista Robert Alexy (2007), toda norma jurídica sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho y a ningún caso que no caiga bajo dicho supuesto, es decir, que las normas jurídicas tienen que ser obedecidas. Por su parte, la categoría material implica que una medida, en su afán de buscar un trato igualitario, debería considerar las diferencias existentes en la práctica, que hacen que la situación de cada uno de los titulares del derecho sea particular. En otras palabras, la aplicación de la regla destinada a tratar a todos por igual, causará que uno de los sujetos, en comparación, vea seriamente disminuido el estatus de protección de sus derechos. (Sentencia N° 197-15-SEP-CC).

Nuestra Constitución de la República al consagrar los derechos de protección, ha instaurado tanto la tutela judicial efectiva, como debido proceso y la seguridad jurídica. Y conforme lo ha sostenido la Corte Constitucional en varios de sus fallos, el derecho a la tutela judicial efectiva se cumple en tres

momentos: en primer lugar, a través del derecho de acción, que implica el acceso a los órganos jurisdiccionales; en segundo lugar, mediante el sometimiento de la actividad jurisdiccional a las disposiciones constitucionales y legales vigentes, que permitan contar con resoluciones fundadas en derecho; y, finalmente, a través del rol del juzgador, una vez dictada la resolución, tanto en la ejecución como en la plena efectividad de sus pronunciamientos. El derecho a un proceso judicial se materializa en el debido proceso, que instrumenta la tutela judicial efectiva, y comprende los actos que suceden desde que se presenta una acción ante la administración de justicia hasta cuando se ejecutoria la resolución o sentencia debidamente motivada. (Sentencia N° 889-20-JP/21).

Hay que advertir entonces, que de acuerdo a la interpretación del máximo órgano de administración de justicia constitucional, la tutela judicial efectiva no sólo implica el acceso gratuito a la justicia, sino que y por el contrario implica una serie de actuaciones por parte del estado ecuatoriano, el cual, a través de los órganos jurisdiccionales, debe permitir y asegurar el efectivo cumplimiento y goce de los derechos consagrados en la Constitución, dentro de los que como queda dicho está el derecho a la defensa. En efecto, dicha Corte, ha indicado que el derecho a la tutela judicial efectiva está íntimamente ligado al debido proceso en la garantía del derecho a la defensa que constituye una regla de carácter sustantivo y adjetivo, por medio de la cual toda persona debe tener acceso a ciertas garantías mínimas dentro de un proceso judicial o administrativo, para poder recibir una tutela efectiva y expedita de sus derechos e intereses. Las partes deben tener la oportunidad de ser escuchadas y de hacer valer sus pretensiones ante el juez y nadie puede ser privado de los medios necesarios para reclamar y hacer valer sus derechos durante el desarrollo de un proceso legal.

En definitiva, el derecho a la defensa garantiza un proceso judicial equitativo, basado

en principios de igualdad y seguridad jurídica. En cuanto a este derecho, la Corte Constitucional en su sentencia N° 785-17-EP/22, se ha pronunciado estableciendo que, aquel supone iguales condiciones y oportunidades de las partes involucradas en el proceso para ser debidamente escuchado (en actuaciones tales como presentar y analizar pruebas, e interponer recursos dentro de plazos o términos; por otro lado, se ha enfatizado que la defensa es un componente esencial del debido proceso, mediante el cual se garantiza que ninguna persona sea privada de los medios necesarios para reclamar y hacer respetar sus derechos dentro de un proceso en el que se determinen derechos y obligaciones. El pleno ejercicio del derecho a la defensa es indispensable durante la tramitación del procedimiento, porque de ello dependerá, en última instancia, el resultado del mismo.

La apelación en la legislación comparada

Antes de revisar el alcance y contenido de esta institución en otras legislaciones, es importante resaltar sobre la aplicación del principio de la oralidad en esta instancia procesal. El profesor Ferrajoli (2005) ha sostenido que el valor de la oralidad, según lo enseñó Chiovenda y Calamandrei, reside esencialmente en sus corolarios de la inmediación y concentración del juicio, que precisamente la separación en dos las fases del proceso mixto hace imposible:

“La oralidad, en efecto, sólo vale para garantizar la autenticidad de las pruebas y el control del público y del imputado sobre su formación si comporta, en primer lugar, el tratamiento de la causa en una sola audiencia o en varias audiencias próximas y, por tanto, sin solución de continuidad; en segundo lugar, la identidad de las personas físicas de los jueces desde el inicio de la causa hasta la decisión; en tercer lugar y, consecuentemente, el diálogo directo

entre las partes y con el juez para que éste conozca la causa no a base de escritos muertos, sino a base de la impresión recibida" (pp. 619-620).

El sistema mixto reproduce, en la primera fase del proceso penal, la instrucción previa, escrita, secreta, sin contradicción y que en la segunda mantiene el procedimiento público, oral y contradictorio, conservando el jurado de juicio y suprimiendo el jurado de acusación. (Revista de Derecho Procesal, 1974). Es innegable que las resoluciones dictadas en la misma audiencia o poco tiempo después de agotado el debate, efectivizan el principio de oralidad y permiten una administración de justicia pronta y expedita. En este contexto, la Convención Europea de Derechos Humanos contempla el derecho a un proceso equitativo que consiste en que:

"Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia".

Es importante señalar si es necesario mantener la oralidad en la apelación y en todas las instancias, cuando ya se ha surtido el debate probatorio y en el que solamente se

discuten las consideraciones jurídicas de la decisión del juez o tribunal inferior, o si, por el contrario, allí ya no desempeña un papel imprescindible y puede ser complementada por el escrito.

En los códigos latinoamericanos así como en España, se observa la siguiente regulación al respecto:

En la legislación argentina

El artículo 450 del Código Procesal Penal, prescribe:

"La apelación se interpondrá por escrito ante el juez que dictó la resolución y, salvo disposición en contrario, dentro del plazo de TRES (3) días. Se deberán indicar los motivos en que se base, bajo sanción de inadmisibilidad".

En cuanto a la sustentación del recurso, el artículo 454 ibidem dice:

"Siempre que el tribunal de alzada no rechace el recurso con arreglo a lo previsto en el artículo 444, segundo párrafo, en el plazo de TRES (3) días se decretará una audiencia, la cual no se realizará antes de CINCO (5) días ni después de TREINTA (30) días de recibidas las actuaciones. La audiencia se celebrará con las partes que comparezcan, pero si el recurrente no concurriera, se tendrá por desistido el recurso a su respecto".

"Resolución Art. 455.- El tribunal deliberará y resolverá en la misma audiencia, en los términos del artículo 396. En casos complejos, podrá dictar un intervalo de hasta CINCO (5) días para continuar la deliberación y resolver".

En la legislación boliviana

El artículo 408 de la Ley del Código de Procedimiento Penal, señala:

“(Interposición). El recurso de apelación restringida será interpuesto por escrito, en el plazo de quince días de notificada la sentencia. Se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada violación con sus fundamentos. Posteriormente, no podrá invocarse otra violación. El recurrente deberá manifestar si fundamentará oralmente su recurso”.

Y el artículo 411 establece el trámite al indicar:

“(Trámite).- Recibidas las actuaciones, si se ha ofrecido prueba o se ha solicitado expresamente la audiencia de fundamentación, el tribunal convocará a una audiencia pública dentro de los diez días de recibidas las actuaciones”.

En la legislación chilena

El artículo 367 del Código Procesal Penal, indica:

“Forma de interposición del recurso de apelación. El recurso de apelación deberá ser interpuesto por escrito, con indicación de sus fundamentos y de las peticiones concretas que se formularen”.

Y sobre su tramitación el artículo 358, dice:

“Reglas generales de vista de los recursos. La vista de la causa se efectuará en una audiencia pública. La falta de comparecencia de uno o más recurrentes a la audiencia dará lugar a que se declare el abandono del recurso respecto de los

ausentes. La incomparecencia de uno o más de los recurridos permitirá proceder en su ausencia. La audiencia se iniciará con el anuncio, tras el cual, sin mediar relación, se otorgará la palabra a él o los recurrentes para que expongan los fundamentos del recurso, así como las peticiones concretas que formularen. Luego se permitirá intervenir a los recurridos y finalmente se volverá a ofrecer la palabra a todas las partes con el fin de que formulen aclaraciones respecto de los hechos o de los argumentos vertidos en el debate. En cualquier momento del debate, cualquier miembro del tribunal podrá formular preguntas a los representantes de las partes o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida. Concluido el debate, el tribunal pronunciará sentencia de inmediato o, si no fuere posible, en un día y hora que dará a conocer a los intervinientes en la misma audiencia. La sentencia será redactada por el miembro del tribunal colegiado que éste designare y el voto disidente o la prevención, por su autor”.

Por su parte el artículo 359, preceptúa:

“Prueba en los recursos. En el recurso de nulidad podrá producirse prueba sobre las circunstancias que constituyeren la causal invocada, siempre que se hubiere ofrecido en el escrito de interposición del recurso. Esta prueba se recibirá en la audiencia conforme con las reglas que rigen su recepción en el juicio oral. En caso alguno la circunstancia de que no pudiere rendirse la prueba dará lugar a la suspensión de la audiencia”.

En la legislación colombiana

El artículo 179 del Código de Procedimiento Penal, explica:

“El recurso se interpondrá en la audiencia de lectura de fallo, se sustentará oralmente y correrá traslado a los no recurrentes dentro de la misma o por escrito en los cinco (5) días siguientes, precluido este término se correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cinco (5) días. Realizado el reparto en segunda instancia, el juez resolverá la apelación en el término de 15 días y citará a las partes e intervinientes para lectura de fallo dentro de los diez días siguientes. Si la competencia fuera del Tribunal Superior, el magistrado ponente cuenta con diez días para registrar proyecto y cinco la Sala para su estudio y decisión. El fallo será leído en audiencia en el término de diez días”.

Y sobre la sustentación, el artículo 196 B. Adicionado mediante Ley 81 de 1993, en el artículo 27, prevé:

“Sustentación del recurso de apelación interpuesto contra sentencia. El recurso de apelación interpuesto contra la sentencia puede sustentarse por escrito u oralmente. La manifestación de sustentación oral o escrita debe hacerse en el momento de interponer el recurso. Si todos los recurrentes manifiestan su propósito de sustentarlo por escrito se surtirá el trámite previsto en el artículo 196 A. Si cualquiera de los sujetos procesales manifiestan su propósito de sustentar de manera oral el recurso, éste se concederá inmediatamente y no se aplicará el trámite previsto en el artículo anterior. Cuando no se sustente el recurso y no comparezca a la audiencia respectiva sin justificación, se le impondrá sanción de diez a treinta salarios mínimos mensuales legales de multa, mediante providencia motivada que sólo admite recurso de reposición”.

En la legislación costarricense

El artículo 453 del Código Procesal Penal, regula:

“Interposición. El recurso de apelación se interpondrá ante el mismo tribunal que dictó la resolución y en la misma audiencia en que la resolución de instancia fue dictada. En esa oportunidad, el apelante indicará someramente el motivo del agravio. El fundamento del recurso será expuesto ante el tribunal de apelación. Cuando el tribunal de alzada tenga su sede en un lugar distinto, la parte deberá fijar un nuevo lugar o la forma para recibir notificaciones, si es necesario. Cuando el recurrente intente prueba en alzada, la ofrecerá junto con la interposición del recurso y señalará en concreto el hecho que pretende probar. En los casos de excepción en que la resolución judicial se haya dictado fuera de audiencia o por escrito, el recurso podrá ser interpuesto en el término de tres días siguientes a la notificación”.

Mientras que el artículo 456, expresa:

“Audiencia oral. Quien ha ofrecido prueba tomará a su cargo hacerla concurrir a la audiencia. El secretario auxiliará al oferente expidiendo las citaciones o las órdenes necesarias, las que diligenciará. El tribunal resolverá inmediatamente de manera oral, salvo que por lo avanzado de la hora o por conocerse un asunto de tramitación compleja, se podrá diferir la resolución hasta por veinticuatro horas”.

En la legislación guatemalteca

El Código Procesal Penal, en el artículo 407, dispone:

“(Tiempo y forma). La apelación deberá interponerse por escrito, dentro del

término de tres días, con expresa indicación del motivo en que se funda, bajo sanción de inadmisibilidad, si el apelante no corrige en su memorial los defectos u omisiones en la forma establecida en este Código”.

En cuanto al trámite, el artículo 411, ibídem expone:

“(Trámite de segunda instancia). Recibidas las actuaciones, el tribunal resolverá dentro del plazo de tres días y, con certificación de lo resuelto, devolverá las actuaciones inmediatamente. Cuando se trate de apelación de sentencia por procedimiento abreviado se señalará audiencia dentro del plazo de cinco días de recibido el expediente para que el apelante y demás partes expongan sus alegaciones. Podrán hacerlo también por escrito. Terminada la audiencia, el tribunal pasará a deliberar y emitirá la sentencia que corresponda”.

En la legislación mexicana

El artículo 471 del Código Nacional de Procedimientos Penales, señala:

“El recurso de apelación contra las resoluciones del Juez de control se interpondrá por escrito ante el mismo Juez que dictó la resolución, dentro de los tres días contados a partir de aquel en el que surta efectos la notificación si se tratare de auto o cualquier otra providencia y de cinco días si se tratare de sentencia definitiva”.

Mientras que el artículo 473 ibídem, preceptúa que:

“Derecho a la adhesión. Quien tenga derecho a recurrir podrá adherirse, dentro del término de tres días contados a partir de recibido el traslado, al recurso interpuesto por cualquiera de las otras partes, siempre que cumpla

con los demás requisitos formales de interposición. Quien se adhiera podrá formular agravios. Sobre la adhesión se correrá traslado a las demás partes en un término de tres días”.

De su parte el artículo 477, señala que: “Una vez abierta la audiencia, se concederá la palabra a la parte recurrente para que exponga sus alegatos aclaratorios sobre los agravios manifestados por escrito, sin que pueda plantear nuevos conceptos de agravio. En la audiencia, el Tribunal de alzada podrá solicitar aclaraciones a las partes sobre las cuestiones planteadas en sus escritos”.

Y, finalmente, el artículo 479, indica que:

“La sentencia confirmará, modificará o revocará la resolución impugnada, o bien ordenará la reposición del acto que dio lugar a la misma. En caso de que la apelación verse sobre exclusiones probatorias, el Tribunal de alzada requerirá el auto de apertura al Juez de control, para que en su caso se incluya el medio o medios de prueba indebidamente excluidos, y hecho lo anterior lo remita al Tribunal de enjuiciamiento competente”.

En la legislación paraguaya

El artículo 462 del Código Procesal Penal, manifiesta:

“Interposición. El recurso de apelación general se interpondrá por escrito, debidamente fundado, ante el mismo juez que dictó la resolución, dentro del término de cinco días. Cuando el tribunal de apelaciones tenga su sede en un lugar distinto al de radicación del procedimiento, los recurrentes fijarán, en el escrito de interposición, nuevo domicilio procesal. Cuando el recurrente intente producir prueba en la segunda instancia, la ofrecerá junto con el escrito

de interposición, señalando concretamente el hecho que pretende probar”.

Mientras que el artículo 464 prevé sobre el trámite al indicar que:

“Recibidas las actuaciones el tribunal de apelaciones, dentro de los diez días, decidirá la admisibilidad del recurso y la procedencia de la cuestión planteada, todo en una sola resolución. Si alguna parte ha ofrecido prueba y el tribunal la estima necesaria y útil, fijará una audiencia oral dentro de los quince días de recibidas las actuaciones y resolverá inmediatamente después de realizada la audiencia. Quien ha ofrecido prueba para la segunda instancia tomará a su cargo la presentación de dicha prueba en la audiencia y el tribunal resolverá únicamente con la prueba que se incorpore y con los testigos que se hallen presentes.”

En la legislación peruana

El artículo 404 del Código de Procedimientos Penales, prescribe:

“Facultad de recurrir.- 1. Las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley. Los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida. (...) Artículo 405. Formalidades del recurso.- 1. Para la admisión del recurso se requiere: (...) b) Que sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley. También puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva”.

Por su parte el artículo 423, dice:

“Emplazamiento para la audiencia de apelación 1. Decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación. 2. Es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal. 3. Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente. 4. Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces. 5. Es, asimismo, obligatoria la concurrencia de las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación; y, 6. Si la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil”.

En la legislación de República Dominicana

El artículo 418 del Código Procesal Penal, expresa:

“Presentación.- La apelación se formaliza con la presentación un escrito motivado en la secretaría del juez o tribunal que dictó la sentencia, en el término de diez días a partir de su notificación. En el escrito de apelación se expresa concreta y separadamente cada motivo con sus fundamentos, la norma violada y la solución pretendida. Fuera de esta oportunidad, no puede aducirse otro motivo”.

El artículo 420 por su parte señala:

“Procedimiento.- Recibidas las actuaciones, la Corte de Apelación, dentro de los diez días siguientes, si estima admisible el recurso, fija una audiencia que debe realizarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de diez (...) La parte que haya ofrecido prueba en ocasión del recurso, tiene la carga de su presentación en la audiencia”.

Y el artículo siguiente, dice:

“Audiencia.- La audiencia se celebra con las partes que comparecen y sus abogados, quienes debaten oralmente sobre el fundamento del recurso”.

En la legislación uruguaya

El artículo 252 del Código Procesal Penal de Uruguay, dispone:

“(Apelación de sentencias interlocutorias).- El recurso de apelación contra las sentencias interlocutorias se interpondrá dentro de cinco días, en escrito fundado, del que se dará traslado a la otra parte, con plazo de seis días. Al evacuar el traslado, podrá la contraparte adherir al recurso, fundando a su vez sus agravios. Del escrito de adhesión, se correrá traslado al primer apelante, por el término de seis días. La apelación y la adhesión no fundadas se rechazarán de plano, teniéndose por desistidos a los recurrentes”.

Y el artículo 367 numeral 1 del nuevo Código que entró en vigencia el 16 de julio de 2017, prevé que:

“Las partes podrán ofrecer nuevos elementos probatorios en los respectivos escritos de interposición y contestación a la apelación, sin las limitaciones establecidas en el artículo 253.2 del Código General del Proceso, los que podrán

ser ordenados por el tribunal de alzada para ser diligenciados en la audiencia”.

En la legislación venezolana

El artículo 448 del Código Orgánico Procesal Penal, señala:

“Interposición. El recurso de apelación se interpondrá por escrito debidamente fundado ante el tribunal que dictó la decisión, dentro del término de cinco días contados a partir de la notificación”.

En cuanto al trámite, el artículo 442 dispone:

“Procedimiento. Recibidas las actuaciones la Corte de Apelaciones, dentro de los diez días siguientes, si estima admisible el recurso, resolverá sobre la procedencia de la cuestión planteada en una sola decisión. Si alguna de las partes ha promovido prueba y la Corte de Apelaciones la estima necesaria y útil, fijará una audiencia oral dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones y resolverá al concluir la audiencia. Cuando la decisión recurrida sea la prevista en el ordinal 4º del artículo 439, los plazos se reducirán a la mitad. El que haya promovido prueba tendrá la carga de su presentación en la audiencia. El secretario, a solicitud del promovente, expedirá las citaciones u órdenes que sean necesarias, las cuales serán diligenciadas por éste. La Corte de Apelaciones resolverá, motivadamente, con la prueba que se incorpore y los testigos que se hallen presentes”.

En la legislación española

El artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece el plazo de cinco días desde la última notificación para interponer el recurso; los artículos 219 y 221 expresan

que se interponen ante el mismo Juez que haya dictado la resolución recurrida, y que debe interponerse, como los de reforma y queja, por escrito y con firma de letrado.

Una vez ya los autos en el Tribunal Superior que ha de resolverlo, se señala día para la vista, en el que las partes pueden informar lo que estimen conveniente, la cual se celebra, asistan o no las partes. "Las partes, pueden presentar antes del día de la vista, los documentos que estimen oportunos, sin que sea admisible otro medio de prueba" (Artículo 231).

Como se observa, de las normas citadas, al igual que en nuestro país, adoptan el criterio de que la interposición del recurso de apelación debe realizarse por escrito. Inclusive, las Repúblicas de Costa Rica, Paraguay, Uruguay y Venezuela, disponen en sus legislaciones, que dicho recurso debe fundamentarse por escrito, tal como lo señalaba el artículo 344 de nuestro derogado Código de Procedimiento Penal. Esto evidentemente frena en forma sustancial el propósito de la oralidad, la intención de erradicar el documento, el papel, como forma de expresión en la sustanciación de los procesos, y por el contrario, irradiar el sistema oral en todos los procesos e instancias. Se contrapone al principio de la oralidad, que constituye una garantía procesal del sistema acusatorio que nos rige. Es decir, se sigue manteniendo el modelo escriturario para la interposición de los recursos, constituyendo un riesgo de afectación al principio de celeridad. Pues no se prevé la circunstancia de que puede presentarse en la misma audiencia sino días después de pronunciada la sentencia.

Como se evidencia, en los estatutos procesales citados tanto del continente como de España, no se establecen que el recurso de apelación contra los autos y sentencias deben ser presentados de manera oral y, por el contrario, se prevé que debe hacérselo por escrito, pese a que, todas sus legislaciones consagran expresamente la oralidad como

principio en la sustanciación de los juicios; son claros en que la fundamentación de la impugnación de la sentencia tiene que ser expresada en forma escrita. De lo anterior se deriva que, pese a que en el sistema acusatorio, la oralidad hace parte de la estructura y núcleo del juicio, puede estar presente, y es útil que así lo sea, para el desarrollo del antejuicio, pero no está llamada a imponerse en otros trámites de la actuación sino que puede ser complementada por el escrito en algunas ocasiones.

De lo que si podemos estar de acuerdo, es que nuestros sistemas no son oralmente puros, sino mixtos, combinados entre la oralidad y la escritura. Al respecto, la española María Isabel Huertas (1999), ha dicho que la oralidad significa que en los actos procesales tiene preeminencia la palabra sobre la escritura como forma de expresión y comunicación entre los distintos sujetos intervinientes en el proceso, lo cual no impide, por otra parte, la existencia de algunos actos escritos.

Por su parte, Jurgen Baumann (1986), subraya que el "proceso oral no significa, como alguno ha ironizado, aquel proceso que "transporta la fantasía del tiempo arcaico del buen rey sentado bajo una encina". En todos los procesos modernos en los cuales domina la oralidad, como también en los proyectos y propuestas de reforma más serios inspirados en el principio de oralidad, las demandas de las partes normalmente se proponen o se presentan en forma escrita" (p. 36); lo cual precisamente ocurre en nuestro país, en virtud del cual en el artículo 560 del Código Orgánico Integral Penal se indica que el sistema procesal penal se fundamenta en el principio de oralidad y se exceptúan los actos que se mantienen con constancia o reducción a escrito, siendo estos la denuncia y la acusación particular; las actuaciones investigativas, los partes o informes policiales, informes periciales, las versiones, testimonios anticipados, testimonios con juramento y actas de otras diligencias; las actas de audiencias; los autos definitivos; y, la interposición de recursos.

No hay discusión en cuanto al papel trascendental que desempeña la oralidad en el debate probatorio, en el contradictorio, en la práctica de la evidencia, especialmente testimonial, el cual es axial con relación a los fines de la publicidad, contradicción e inmediación, principios por medio de los cuales se desarrolla el juicio propiamente dicho, pero con relación a otros momentos posteriores (recursos de impugnación), parece no resultar definitivamente trascendental, aunque debería serlo, en virtud de que se aplican los mismos principios procesales en todas sus etapas. Baumann sostiene que la oralidad se refiere no tanto a las pretensiones o a las argumentaciones, que es en lo que, por ejemplo, se basa la alzada contra una sentencia, sino principalmente a los hechos: a su alegación y a su prueba. Específicamente afirma que:

“Por oralidad no se entiende, como podría hacer pensar el nombre, exclusión de la escritura del proceso. La escritura como medio perfeccionado que es para expresar el pensamiento y para conservar durablemente la expresión, no puede dejar de tener en el proceso el lugar que tiene en toda relación de la vida. La finalidad es solamente dar a la palabra y, por ende, a la inmediación del contacto con el juez, la prevalencia en todos aquellos casos en los cuales hay que valorar la atendibilidad de las declaraciones de cada uno; que si la verdad de los hechos debiese resultar de un contradictorio, sea de partes, sea de testigos, sea de peritos, la confrontación pierde toda eficacia en el escrito que lo reproduce”.

De lo expuesto se colige que no es imprescindible o absolutamente necesaria la oralidad en otros espacio del proceso como en la impugnación, pero no en cuanto a su tramitación (que obligatoriamente deberá ser oral y adversarial, desarrollada en una audiencia pública o privada según sea el caso), sino en lo referente a la interposición del mismo, por cuanto la exposición de las razones de la inconformidad con la sentencia producida luego del debate probatorio, debe reducirse a escrito y una vez que los sujetos procesales conozcan la resolución escrita y debidamente motivada, tanto más que en observancia del juego justo, las otras partes procesales deben, de antemano, conocer que temas se van a controvertir o discutir ante el superior. Puesto que es deber del recurrente fundamentar y motivar en forma adecuada su recurso de apelación y sobre todo demostrar que efectivamente sus derechos e intereses han resultado afectados en forma total o parcial por el juez a quo, y no solo que la decisión le es desfavorable.

Se puede apreciar asimismo, que otras legislaciones admiten la práctica de prueba sea testifical o documental en segunda instancia, lo cual no ocurre en nuestro caso, en el que conforme al artículo 654 numerales 4 y 5 del Código Orgánico Integral Penal, recibido el expediente, la Corte convoca a la respectiva audiencia para que el impugnante fundamente el recurso y exponga sus pretensiones oralmente, ante el Tribunal de apelaciones, interviniendo en primer lugar aquel que recurrió y luego los demás sujetos procesales, habiendo lugar a réplica y contrarréplica, sin que quepa la práctica de prueba de ninguna índole.

Bibliografía

- Baumann, J. (1986). Derecho Procesal Penal: Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Editorial Depalma.
- Alexy, R. (2007). Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Binder, A. (1993). Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad Hoc.
- Calamandrei, P. (1960). Demasiados Abogados. (Xirau, Trad.). Editorial Europa-América.
- Couture, E. (1999). Los Mandamientos del Abogado. Editorial Depalma.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. (1995). Libro de Edición Argentina.
- Fenech, M. (1984). Derecho Procesal Penal. Editorial Astrea.
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2005). Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta.
- Florián, E. (1990). Elementos de Derecho Procesal Penal. Editorial Bosch.
- Gausp, J. (2006). Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Tomo I). M. Aguilar Editor. Tomo I.
- Garzón, I. (2011). La abogacía en el Ecuador. Editorial Ingenia.
- Gonzáini, O. (2004). Derecho Procesal Constitucional: El Debido Proceso. Editores Rubinzal-Culzoni.
- Grupo Latino Editores. (2008). Diccionario Hispanoamericano de Derecho.
- Huertas Marín, M. (1999). El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba. Editorial Bosch.
- Jauchen, E. (2005). Derechos del imputado. Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Montes Olavarrieta, L. (1963). De la prevaricación de abogados y procuradores. Editorial Jurídica de Chile.
- Núñez Vásquez, C. (2003). Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral. Editorial Jurídica de Chile.
- Peñaherrera, V. (1912). La Abogacía. Editorial Universitaria.
- Podetti, R. (2009). Tratado de los Recursos. Editorial Ediar.
- Real Academia Española. (2022). Diccionario de la Lengua Española (21ª ed.).
- Roxin, C. (2014). Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto.
- Sánchez Rubio, A. (2003). Derecho a la tutela judicial efectiva: Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el tribunal constitucional. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.
- Vescovi, E. (1999). Teoría General del Proceso. Editorial Temis.
- Zavala Baquerizo, J. (2007). Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial Edino.
- Sentencias:
- N°C-934/06. (2006, 15 de noviembre). Corte Constitucional de Colombia (Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-934-06.htm>
- N°T-624/95. (1995, 15 de diciembre). Corte Constitucional de Colombia (Dr. José Gregorio Hernández Galindo).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-624-95.htm>
- N°C-152-2004-MP. (2004, 24 de febrero). Corte Constitucional de Colombia (Dr. Jaime Araújo Rentería).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-152-04.htm>
- N°C-782-2005-MP. (2005, 28 de julio). Corte Constitucional de Colombia (Dr. Alfredo Beltrán Sierra).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-782-05.htm>
- N°T-624/95. (1995, 15 de diciembre). Corte Constitucional de Colombia (Dr. José Gregorio Hernández Galindo).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-624-95.htm>
- N°292-16-SEP-CC. (2016, 7 de septiembre). Corte Constitucional del Ecuador.
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/7ddc0542-e039-433d-a801-3ff4e1e13710/0734-13-ep-sen.pdf?guest=true>
- N°197-15-SEP-CC. (2015, 17 de junio). Corte Constitucional del Ecuador.
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNblDGE6J2FsZnJlc-

2NvJywgdxVpZDonYjM2ZjVkJtOThkNy00NGViLWI3OWUtYTNmYzk3NDM1YzUyLnBkZid9
N°265-15-SEP-CC. (2015, 12 de agosto). Corte Constitucional del Ecuador.
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d36da240-03d1-4e33-b2b9-a09835173845/1204-12-ep-sen.pdf?guest=true>
N°270-15-SEP-CC. (2015, 19 de agosto). Corte Constitucional del Ecuador.
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/266ef-9cb-cbf8-4980-9752-e5b26c9b3100/1945-11-ep-sen.pdf?guest=true>
N°987-15-EP/20. (2020, 18 de noviembre). Corte Constitucional del Ecuador (Dra. Daniela Salazar Marín).
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE-6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic0MzY3YmE2Mi0xNTQ5LTQ5MzUtODI4NS1hYzNkYzE4NjY-3NWMucGRmJ30=
N°1306-13-EP/20. (2020, 21 de febrero). Corte Constitucional del Ecuador (Dr. Enrique Herrera Bonnet).
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/70e7dd37-6eb3-4e06-ae0d-127630f25b0f/1306-13-EP-sen.pdf>
N°768-15-EP/20. (2020, 2 de diciembre). Corte Constitucional del Ecuador (Dr. Ramiro Ávila Santamaría).
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE-6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic1ZDJkMDViNy0xZmVjLTRhYTQtODI1OC04ZjM3YjM5YW-Q0OTgucGRmJ30=
N°889-20-JP/21. (2021, 10 de marzo). Corte Constitucional del Ecuador (Dr. Ramiro Ávila Santamaría).
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE-6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicxMWEwYmZmYS01OGFILTcmMjQyYjI1MC1hODYwNTVm-MWJhNWUucGRmJ30=
N°4-19-EP/21. (2021, 21 de julio). Corte Constitucional del Ecuador (Dra. Daniela Salazar Marín).
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE-6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidIYzFhOTNhYS05MTE0LTQ0OTAtYWNhOS1kNjVINjE0NzYzY-jlucGRmJ30=
N°3068-18-EP/21. (2021, 9 de junio). Corte Constitucional del Ecuador (Dra. Daniela Salazar Marín).
http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE-6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic0ZDQ4YWU2ZS00ZDE0LTQzNTgtOGQ4Yi02OTRkMjIjMz-c5Y2UucGRmJ30=
Cuerpos legales:
Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Asamblea Constituyente. Registro Oficial No. 449.
<https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador>
Código Orgánico Integral Penal. (2014, 10 de febrero). República del Ecuador Asamblea Nacional. Suplemento al Registro Oficial No. 180.
<https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador>
Ley Orgánica de la Función Legislativa. (2009, 27 de julio). República del Ecuador Asamblea Nacional. Suplemento del Registro Oficial No. 642.
<https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador>
Código Orgánico de la Función Judicial. (2009, 9 de marzo). República del Ecuador Asamblea Nacional. Suplemento del Registro Oficial No. 544.
<https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador>
Código Procesal Penal Federal. (2014, 04 de diciembre). Honorable Congreso de la Nación. Boletín Oficial N°33027.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=239340>
Ley del Código de Procedimiento Penal. (1999, 25 de marzo). Honorable Congreso Nacional. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia
<https://bolivia.infoleyes.com/norma/1009/codigo-de-procedimiento-penal-cppLey 1970>
Código Procesal Penal. (2000, 12 de diciembre). H. Congreso Nacional. Diario Oficial Ley 19696.

https://leyes-cl.com/codigo_procesal_penal/367.htm
Código de Procedimiento Penal. (2004, 1 de septiembre). Congreso de Colombia. Diario Oficial No. 45.658.

https://leyes.co/codigo_de_procedimiento_penal/179.htm
Ley 7594. Código Procesal Penal. (1998, 1 de enero). Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297
Código Procesal Penal. (1992, 18 de septiembre). Congreso de la República de Guatemala. [file:///C:/Users/garzo/Downloads/decreto_congresional_51-92_codigo_procesal_penal\(9\).pdf](file:///C:/Users/garzo/Downloads/decreto_congresional_51-92_codigo_procesal_penal(9).pdf)

Código Nacional de Procedimientos Penales. (2014, 5 de marzo). Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Diario Oficial de la Federación.

https://www.oas.org/mesicic3_mex_anexo22
Código Procesal Penal de la República de Paraguay. (1998, 14 de julio). Congreso de la Nación Paraguaya.

https://www.ministeriopublico.gov.py/archivos/Archivos_pdf/La...
Código de Procedimiento Penal. (2004, 29 de julio). Congreso de la República. Decreto Legislativo N°957.

<https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1481011>
Código Procesal Penal de la República Dominicana. (2002, 19 de julio). Congreso Nacional. Gaceta Oficial Ley 76.02.

https://poderjudicial.gob.do/wp-content/uploads/2021/06/Codigo_Procesal_Penal.pdf
Código Procesal Penal. (2015, 9 de enero). Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. Diario Oficial N°29127.

<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3186642.htm>
Código Orgánico Procesal Penal. (2001, 14 de noviembre). Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N°5558.

<https://venezuela.justia.com/federales/codigos/codigo-organico-procesal-penal/gdoc/>
Ley de Enjuiciamiento Criminal Española. (1882, 14 de septiembre). Decreto Real. Gaceta de Madrid N°260.

[https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con)
Convenios internacionales:

Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 7 al 22 de noviembre, 1969, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo, 1976, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Convención Europea de Derechos Humanos, 4 de noviembre, 1950, https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. (2001, 2 de febrero). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf
Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. (2004, 2 de julio). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf
Caso Barreto vs. Venezuela. (2009, 17 de noviembre). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf

DERECHOS FUNDAMENTALES Y CRIMINALIDAD CIBERNÉTICA EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, ANÁLISIS PARA LA NO INDEFENSIÓN DE LA VÍCTIMA



Ab. Diana Catalina Toledo Verdugo*
Jueza Civil de la Provincia del Azuay

RESUMEN

En el contexto de la virtualidad, las relaciones sociales no se limitan a la materialidad física de antes. Este escenario, constituye el génesis para la producción de ilícitos; así, la delincuencia, mira a la virtualidad, como un espacio para tener como víctimas de ciber delitos a niños, niñas y adolescentes.

Palabras claves: Derecho Constitucional; ciberdelitos; responsabilidad estatal, grupo de atención prioritaria, reparación.

ABSTRACT

In the context of virtuality, social relations are not limited to the physical materiality of before. This scenario constitutes the genesis for the production of illegal acts; Thus, crime looks at virtuality as a space to have children and adolescents as victims of cybercrimes.

Keywords: Constitutional Law; cybercrime; State responsibility, priority care group, repair.

* Abogada de los Tribunales de Justicia de la República; Diplomado Superior en Derecho Civil y Procesal Civil; Diplomado en Derecho Procesal Civil Iberoamericano; Diplomado en derecho Procesal Penal. Magister en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional; Jueza Civil de la Provincia del Azuay; Representante de las Mujeres Juezas del Ecuador en la IAWJ 14th Bienal, Buenos Aires-Argentina.

Introducción

Alrededor de la criminalidad cibernética, como relativamente nueva modalidad de la cual se derivan un sinnúmero de conductas delictivas, aún más cuando tiene como víctimas a niños, niñas y adolescentes; se suma la precariedad de los sistemas judiciales actuales, cuyo proceder se enmarca en formas comisivas tradicionales que van quedando obsoletas ante estas nuevas formas de actos delictivos; que afectan considerablemente los derechos constitucionales del grupo de atención prioritaria y trato preferente indicado.

En nuestro país Ecuador, según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos se considera que 15. 934. 522 de personas (el 92 % de la población mayor a 5 años), cuenta con teléfonos celulares y también redes sociales, y de este segmento, el mayor uso de estas tecnologías de comunicación, se encuentra en las edades comprendidas entre los 16 y 44 años de edad; de ahí la trascendencia en la regulación en cuanto a los ataques cibernéticos a niños, niñas y adolescentes.

Cierta parte de la academia y doctrina ha sabido mantener una posición radical, al manifestar la necesidad de un sistema penal de nueva velocidad; ello, en cuanto a casos de ciberdelincuencia digital que lesionan los bienes jurídicos protegidos, lesionando además la estructura social de manera severa. "Debe tenerse en cuenta que la tecnología siempre va delante de los gobiernos en una carrera desigual, y ello es así, aunque la sociedad de que se trate sea de avanzada" (Dupuy & Kiefer, 2018).

La criminalidad cibernética se materializa en conductas como el *cyberbullying*, *grooming*, *sexting*, entre otras formas; cada una de ellas con sus marcadas diferencias, pero que, en forma global tienen como génesis o punto de partida el abuso de los medios virtuales para la perpetración de delitos; y, en el caso en particular son niños, niñas y adolescentes, quienes terminan siendo objeto

de manipulación por parte de su agresor, en abuso a su vulnerabilidad, y su falta de desarrollo.

Es esta vulnerabilidad e indefensión de los heteroadministrados, además, de las macabras secuelas que produce el cometimiento de estos ilícitos penales, viene marcado por la lentitud estatal, en cuanto a tomar acciones preventivas para el no cometimiento del delito, debemos tener presente; claro está, que la hiperinflación punitiva no es, per se, la panacea para erradicar los ataques cibernéticos en menores de edad; empero, que estén regulados los tipos penales, ayuda en la investigación, sanción y reparación; tal es así que en la reciente aprobación de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha contra los Delitos Informáticos, normativa de reciente data que entró en vigencia el 30 de agosto del 2021; mediante publicación en el Registro Oficial Nro. 526; se contempla tanto la reforma de algunos tipos penales, así como, la incorporación de nuevos tipos penales atinentes a los ciberdelitos cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes; que serán analizados en lo posterior.

Debemos tener presente que los niños, niñas y adolescentes, son considerados constitucionalmente como un grupo vulnerable de atención prioritaria; de hecho, así lo consagra el artículo 35 de la Carta fundamental; en concordancia con el artículo 44; y 66 *ejusdem*; siendo este último el artículo que contempla el bien jurídico de la integridad, tanto en su esfera, física, psicológica, moral y sexual; a más de ello, es de advertir que también convencionalmente este grupo de atención prioritaria, se encuentra cobijado por la Convención sobre los Derechos del Niño; instrumento internacional aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y que brinda protección y tutela a los niños, niñas y adolescentes frente a todo tipo de abusos; endilgando a los Estados la responsabilidad

de cuidar de su integridad; de hecho el Art. 19 del prenombrado instrumento internacional; contempla justamente, el deber estatal en cuanto a adoptar todas las medidas, sean de índole administrativa, legislativa, económica, judicial, etc; apropiadas para la protección del grupo vulnerable frente a toda forma de violencia, entre las cuales obviamente se incorpora la violencia de carácter sexual; la que primordialmente se analiza en el presente trabajo, con el cometimiento de delitos cibernéticos.

Se presenta como objetivo, el brindar, un soporte doctrinario, constitucional y legal sobre los ciberdelitos en el Ecuador, en cuanto tienen como víctimas a niños, niñas y adolescentes; así, analizar la reciente normativa expedida en el país, buscando además poner en evidencia, tres problemas existentes en cuanto a la prevención, investigación, sanción y reparación por este tipo de conductas ilícitas que afectan derechos constitucionales, siendo estos, la revictimización, la dificultad probatoria y la desidia estatal; realizando propuestas de adecuación normativa, así como exhortando al Estado a tomar medidas más oportunas para el combate a la ciberdelincuencia, en cuanto a campañas preventivas y suscripción de convenios internacionales; el trabajo cuenta además con entrevistas a dos expertos en el área informática y que cuentan con experiencia en ciberdelincuencia.

Naturaleza del entorno informático como medio para cometer delitos.

Tenemos como antecedentes normativos, que regulaban las conductas ilícitas teniendo como herramienta el campo informático los siguientes:

En primer lugar se estableció en EEUU la *Crime Control Act* de 1984, seguida de la *Computer Fraud and Abuso Act* de 1986 que incluía cinco grupos de ilícitos informáticos. En Alemania en el marco de la segunda ley de lucha contra la criminalidad

económica de 15 de mayo de 1986, se introduce la regulación relativa a la conocida como *Computer Kriminalität*. La seguridad informática se formalizó en Francia mediante la llamada ley Godfrain de 5 de enero de 1988, después incorporada al nuevo Código penal francés. En Italia la ley de 23 de diciembre de 1993 (n. 547) ha supuesto la adaptación del Código penal italiano a la nueva criminalidad informática. (Martín R. M., 2003)

Debemos entender en primer lugar lo que es un delito, así la doctrina define al delito como una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad (Roxin, 1997). Un concepto tradicional define al delito informático como "la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático y/o telemático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software" (Davara Rodríguez, 1990).

Una concepción moderna define al delito informático como "aquel conjunto de conductas criminales que se realizan a través del ordenador electrónico, o que afectan al funcionamiento de los sistemas informáticos" (Carpio, 2013).

En la Cumbre de Madrid, sobre facturación electrónica llevada a cabo en abril del 2010; se calificó a la Ciberdelincuencia como "actividades delictivas realizadas con ayuda de redes de comunicaciones y sistemas de información electrónicos o contra tales redes o sistemas"; y se estableció tres tipos de actividades delictivas que comprende el cibercrimen. 1.- Formas tradicionales de delincuencia. 2.- Publicación de contenidos ilegales a través de medios de comunicación electrónicos (ejemplo imágenes de abusos sexuales a menores de edad). 3.- Delitos específicos de las redes electrónicas, por ejemplo, ataques contra los sistemas informáticos; hackeos, piratería, etc. (Carpio, El

Delito Informático y la prueba Pericial Informática, 2013).

En el marco convencional, el 23 de noviembre del 2001, fue expedido el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, conocido como “Convenio de Budapest”; el cual definió al sistema informático como todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o unidos, que aseguran en ejecución de un programa, el tratamiento automatizado de datos. Así este convenio que entró en vigencia en julio 2004; se ha convertido, en un importante, marco normativo internacional, en la lucha contra la cibercriminalidad; pues pretende armonizar las leyes nacionales, establecer mecanismos de cooperación internacional y desarrollar técnicas de investigación para menoscabar el cometimiento de los delitos informáticos o cibercrímenes; como en el caso en estudio, aquellos delitos que son cometidos en contra de niños, niñas o adolescentes, delitos inclusive de naturaleza sexual.

Empero de la trascendencia de este instrumento internacional de Hard Law, es decir, de derecho duro y de cumplimiento obligatorio para los países suscriptores y que lo han ratificado; llama profundamente la atención que nuestro país el Ecuador no lo haya suscrito ni ratificado; haciendo notar una vez más, la desidia estatal, en cuanto al tratamiento adecuado para hacer frente a la cibercriminalidad; pues ante la carencia normativa de reglas que tipifiquen adecuadamente las conductas delictivas, y que, es más han sido promulgadas en este año, tampoco se ha suscrito, el primer convenio sobre cibercriminalidad y el más importante, pese a estar vigente desde el año 2004; situación preocupante y alarmante, pues el artículo 19 de la Convención sobre los derechos del Niño, obliga a los estados miembros a adoptar todo tipo de medidas en protección de este grupo prioritario y vulnerable; pero a más de ello la propia Carta Constitucional consagra como una obligación estatal, en el número 4 del artí-

culo 46, en cuanto a niños, niñas y adolescentes; brindar:

Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones. (...) Las acciones y las penas por delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niñas, niños y adolescentes serán imprescriptibles.

Recordemos, que inclusive este artículo constitucional fue reformado a consecuencia de la consulta popular efectuada el 4 de febrero del 2018; cuando se aprobó la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos en contra de niños, niñas o adolescentes; que engloba tanto la pena como la acción penal.

Un punto importante a tener en cuenta en la cibercriminalidad cometida en contra del grupo vulnerable indicado, es que:

La doctrina ha clasificado los delitos informáticos según el objeto de protección. Si el bien jurídico afectado se relaciona con los datos o información automatizada a la que se accede de modo no autorizado, los llama **propios**. En cambio, son **impropios** aquellos en los que la informática es utilizada como medio para la comisión de un delito distinto de aquel de acceso no autorizado. (Alajia, de la Luca, & Slokar, 2014) (énfasis me pertenece).

Así, por ejemplo tenemos que en la mayoría de los casos de delitos cibernéticos cometidos en contra de niños niñas o adolescentes; existe una finalidad, de cometimiento de otros delitos, por ello, es que en su mayoría son impropios.

Tipos de ciberdelitos cometidos en contra de niños, niñas o adolescentes.

Si volvemos nuestra mirada en el tiempo, podremos identificar que la problemática existente hace veinte años atrás en hogares, oficinas, relaciones de amistad y otros ámbitos, giraban en torno a aspectos muy lejanos a la tecnología, pues en aquel entonces, resultaba impensable, el tener que exigir al Estado que incluya en su legislación, tipificación referente a delitos que se perpetren a través del internet.

Son los acelerados avances tecnológicos los que han introducido nuevas exposiciones de las personas y con ello riesgos en la sociedad actual. Las nuevas tecnologías, llegaron para mudar de forma radical el comportamiento de toda una sociedad, la que se ha visto obligada a caminar de la mano con su avance, sin que sea una opción el replegarse; pudiéndose identificar que, si bien se ha simplificado y facilitado la comunicación, rompiendo incluso barreras fronterizas, una vez inmersos en un mundo globalizado, no solo podemos enfocarnos en los beneficios que otorga; sino por el contrario, estar alertas a los nuevos riesgos de la sociedad, debiendo el estado esforzarse en adaptar en su normativa aquellas actividades delictivas que vayan relacionadas con el uso de tecnología informática.

Considerar que inclusive nuestras legislaciones resultan estar en pañales al respecto; y, lo que hoy se considera un logro, en nuestro ordenamiento jurídico, muy pronto quedará obsoleto, pues, el acelerado avance de aquellas formas de delinquir a través de la red, amerita no solamente visualizar el aspecto punitivo, sino por el contrario contrarrestarlo desde una óptica de prevención a temprana edad y a través de la implementación de políticas estatales en el marco inclusive convencional.

Tipos de acosos cibernéticos

Como tipos de acosos cibernéticos, son considerados: el *Grooming*, *Cyberbullying*, *Sexting*, *Happy Slapping*.

Grooming: comprende el contacto, mediante canales informáticos, con menores de edad, para conseguir finalidades de índole sexual.

Cyberbullying: Se describe como abuso psicológico entre iguales o de edad similar. En este caso, a diferencia con el *bullying*, es el medio a través del cual se produce el acoso, puesto que, en el *cyberbullying*, se utilizan nuevas tecnologías de la información y comunicación (NTIC).

Sexting: Se define como el envío de contenidos eróticos o pornografía entre dispositivos móviles, en la mayoría de las ocasiones, aunque también pueden utilizarse otras vías.

Happy Slapping: Se traduce al español como "bofetada feliz", es un fenómeno en el que un grupo de personas, normalmente adolescentes, buscan a otra, sea conocida o no para propiciarle una paliza (golpes, patadas, bofetadas); además de toda clase de insultos. Dichos actos violentos no acaban aquí, dado que el objetivo último es grabar o fotografiar lo que se le hace a la víctima seleccionada...para subirlo a la red o enviar a sus contactos. Cabe destacar que una de las características es la ausencia de provocación de la víctima (Molina del Peral & Vecina Navarro, 2015).

Conceptualización, aproximaciones doctrinarias, legales y bienes jurídicos tutelados.

Los Derechos fundamentales, aquellos, propios de la dignidad humana, son materializados y reconocidos en la Constitución, entonces pasan a nominarse, derechos constitucionales, la doctrina al respecto nos refiere que:

Los derechos fundamentales garantizados por la Ley fundamental aparecen como resultado del reconocimiento de la inalienabilidad de los derechos del hombre, los cuales, por su lado, tienen su fundamento

en la inviolabilidad de la dignidad humana. Con ello los derechos fundamentales están cimentados metapositivamente y ubicados en un determinado contexto de fundamentación (...) He aquí el sistema dual de los derechos constitucionales, por un lado, derechos subjetivos y, por el otro, normas objetivas, esto es, normas constitucionales con contenido axiológico que irradian sus efectos a toda la normativa del Ordenamiento jurídico, tanto la que rige las relaciones sujeto-poder público como la que regula las derivaciones de la autonomía de la voluntad perteneciente al Derecho Privado, lo cual constituye la esencia del Estado constitucional de derechos y justicia. (Bokensford, 2010)

En nuestro país, existen tipificadas, ciertas conductas como infracciones penales delictuales y contravencionales, que pueden ser cometidas por medios telemáticos, es decir son propiamente ciberinfracciones; y que, de hecho al momento, con las reformas al Código Orgánico Integral Penal, mediante la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha contra los Delitos Informáticos; se ha incorporado al catálogo de delitos, nuevos tipos penales, algunos de ellos con énfasis en cuanto a tener como víctimas a niños, niñas o adolescentes; mientras que otros tipos penales han sido reformados.

Es menester entonces, hacer alusión, a los principales tipos penales, que contempla nuestra legislación en su código sustantivo penal, a efectos de ilustrar, sobre las conductas que el legislador ha considerado lesionan a los bienes jurídicos tutelados, en el presente caso con respecto a niños, niñas o adolescentes; bienes jurídicos que se encuentran contenidos en el artículo 66 de nuestra Constitución y consagrados en los siguientes números: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. 2. Derecho a una vida digna (que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental,

educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios); 3. El derecho a la integridad personal, que incluye, a integridad, física psíquica, moral y sexual, una vida libre de violencia, en el ámbito público o privado y prohibición de tortura; 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. 18. El Derecho al honor, buen nombre y la imagen. 19. Derecho a la protección de datos de carácter personal; 20. Derecho a la intimidad personal y familiar. 21. Inviolabilidad de secreto y correspondencia, física y virtual.

Estos son los derechos que se encuentran siendo consagrados en la Carta fundamental de Montecristi, los mismos que buscan ser tutelados por parte del Estado, y que, para el derecho penal se transforman en bienes jurídicos que merecen ser protegidos; en tal virtud; y, en cuanto a los principales tipos penales que admiten modalidad de ciber crimen, teniendo como víctimas a niños, niñas y adolescentes, vamos a describirlos en forma concisa.

Pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes. Tipo penal descrito en el artículo 103 del COIP; y que fue reformado con la Ley para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha contra los Delitos Informáticos; así, tenemos que en la descripción típica se indica que la persona que fotografíe, filme, grabe, produzca, transmita o edite materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato que contenga la representación visual de desnudos o semidesnudos reales o simulados de niñas, niños o adolescentes en actitud sexual, aunque el material tenga su origen en el extranjero o sea desconocido, tendrá una pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

La doctrina en cuanto a este tipo penal refiere que este género delictivo ha sido el que más aprovechó de la utilización abusiva de la red informática en contra de niños, niñas y adolescentes; que afecta gravemente

su indemnidad sexual, y a la par deja profundas e indelebles huellas en sus inocentes psiquis (Aboso & Zapata, 2006).

Hostigamiento. Este tipo penal, es conocido doctrinariamente como el Ciberbulling. Constante en el numeral 2 del Art. 154 del COIP; tipo penal nuevo en nuestra legislación, incorporado, mediante las reformas a las cuales se hace alusión en el presente trabajo; es decir, de reciente data en lo medular y atinente al tema que nos ocupa tenemos en la descripción típica a la persona natural o jurídica que, por sí misma o por terceros o a través de cualquier medio tecnológico o digital, moleste, perturbe a angustie de forma insistente o reiterada a otra, tendrá una pena privativa de la libertad de seis meses a un año, siempre que el sujeto activo de la infracción busque cercanía con la víctima para poder causarle daño a su integridad física o sexual. Segundo inciso. Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad, o persona con discapacidad o cuando la persona no pueda comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, el autor será sancionado con una pena privativa de libertad de uno a tres años.

Contravenciones de acoso escolar y académico. Se hace alusión a las infracciones contempladas en el numeral 3 del artículo 154; igualmente de última data; con las reformas mentadas al COIP. Es de indicar que las infracciones penales pueden ser delitos, pero también contravenciones, así tenemos que han sido tipificadas las siguientes contravenciones:

Acoso académico: Se entiende por acoso académico a toda conducta negativa, intencional, metódica y sistemática de agresión, intimidación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza, incitación a la violencia, hostigamiento o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico que, de forma directa o indirecta, dentro o fuera del establecimiento educativo, se dé por parte de un docente, autoridad o con

quienes la víctima o víctimas mantienen una relación de poder asimétrica que, en forma individual o colectiva, atenten en contra de una o varias personas, por cualquier medio incluyendo a través de las tecnologías de la información y comunicación.

Acoso escolar entre pares: Cuando las mismas conductas descritas para el acoso académico se produzcan entre estudiantes niñas, niños y adolescentes, se aplicarán las medidas socioeducativas no privativas de libertad correspondientes y el tratamiento especializado reconocido en la ley de la materia, garantizando los derechos y protección especial de niñas, niños y adolescentes. Es decir, en este último caso será el juzgador especializado en niños y adolescentes infractores quien deberá sancionar la conducta en base al Código de la Niñez y Adolescencia.

Acoso sexual. Este tipo penal, si bien es cierto existía ya en el COIP en el artículo 166; la ley reformativa de marras, ha incorporado un nuevo concepto a dicha descripción típica; un nuevo concepto muy importante para el presente análisis, pues aparte de describir la conducta constitutiva del tipo penal de Acoso Sexual, define al Ciber Acoso.

Así tenemos que el legislador en lo medular en cuanto al acoso sexual se refiere a la persona que solicite algún acto de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaleciendo de situación de autoridad laboral, docente, religiosa o similar, sea tutora o tutor, curadora o curador, ministros de culto, profesional de la educación o de la salud, personal responsable en la atención y cuidado del paciente o que mantenga vínculo familiar o cualquier otra forma que implique subordinación de la víctima con la amenaza de causar a la víctima o a un tercero un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación de subordinación, esta conducta tiene una pena privativa de libertad de uno a cinco años.

Por otra parte se considera Ciberacoso sexual cuando la conducta descrita como acoso sexual se realice utilizando cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación, medios tecnológicos, electrónicos o digitales, pero a más de ello cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad, o persona con discapacidad o cuando la persona no pueda comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, el autor tendrá una pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Es importante también indicar que el tipo penal, para efectos del quantum punitivo, ha establecido por ejemplo que si la víctima ha tenido conductas autolesivas o afectaciones en su conducta consecuencia del ciberacoso, el agresor deberá ser penado con el máximo de la sanción punitiva. Nos dice la doctrina que, en una segunda fase del ciberacoso, estaría de manifiesto la confusión, el acoso y el derribo, siendo esta la que mayor hostigamiento produce hacia el acosado. La aparición de daños psicológicos graves, acompañados de sintomatología física sería la tercera fase que conforma el proceso; y, una cuarta y última fase que es el desenlace final del proceso, en el cual se desembocaría inclusive en consecuencias fatídicas, como el suicidio (Molina del Peral & Vecina Navarro, 2015).

Corrupción de niñas, niños y adolescentes. Este tipo penal también ha sido reformado en el COIP, y se encuentra establecido en el Art. 169. Se hace alusión al nuevo inciso incorporado, que atañe al caso en estudio; pues el mismo refiere a la persona que permita el acceso o exposición de niñas, niños o adolescentes de forma intencionada a contenido nocivo sexualizado, violento o que llame a cometer actos de odio será sancionada con pena prisión de uno a tres años. En este punto debemos recalcar que el acceso o exposición del grupo vulnerable a contenidos nocivos sexualizados, o violentos, se lo puede hacer por cualquier medio entre ellos, claro está los medios telemáticos o virtuales, en este caso, se utiliza el medio telemático como una he-

rramienta para la perpetración del delito, de ahí que es un ciberdelito impropio.

Abuso sexual y violación. Los artículos 170 y 171 del COIP respectivamente. Si bien estos tipos penales, han estado ya descritos como conductas delictivas en el COIP; en las reformas publicadas el 30 de agosto del 2021; se incorpora para los dos tipos penales algo novedoso, y aquello es justamente que se sancionará con el máximo de las penas establecidas en cada tipo penal, cuando dicho abuso sexual o violación fuese grabada o transmitida en vivo de manera intencional por la persona agresora, por cualquier medio digital, dispositivo electrónico o a través de cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación (TICs). En este punto es de resaltar que el uso de medios telemáticos convierte al tipo penal sea violación o abuso sexual, en un tipo penal agravado, cuya sanción es el máximo de la sanción punitiva.

Extorsión sexual. Esta figura, en el código sustantivo penal consta en el numeral 1 del artículo 172, e igualmente ha sido incorporada con la Ley reformativa al COIP en fecha 30 de agosto del 2021; el tipo penal que también puede ser cometido por medios telemáticos, describe a la persona que, mediante el uso de violencia, amenazas o chantaje induzca, incite u obligue a otra y exhibir su cuerpo desnudo, semidesnudo o en actitudes sexuales, con el propósito, de obtener un provecho personal o para un tercero, ya sea de carácter sexual o de cualquier otro tipo, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos. Este tipo penal se encuentra en el artículo 173 del COIP; y describe el conocido *Grooming*. El tipo penal describe, la persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con

finalidad sexual o erótica, tendrá prisión de uno a tres años.

El origen del término grooming surge de la tradición anglosajona para referirse a este fenómeno. Se han usado otras expresiones, por ejemplo *solicitation of children for sexual purposes* (solicitud/propuesta/aproximación a menores con propósitos sexuales) que surge del Convenio de Lanzarote, o *Soliciting*, utilizado por la directiva 2011/93/UE de la Unión Europea (Villacampa, Carolina; 2020); sin embargo, existe un relativo consenso, a pesar de las múltiples denominaciones, del empleo de *Grooming* o *Child-grooming* para enfrentar conceptualmente este fenómeno. Dentro de la doctrina, hay quienes entienden al Grooming como un tipo de acoso, equiparándolo a un cyberacoso de menores, dejando diletante la parte sexual intrínseca dentro del childgrooming, y también hay quienes lo intentan figurar como el acceso a niños con fines sexuales, a través de las tecnologías de la información y comunicación.

El significado pertinente de Groom se refiere a *to prepare for* a particular *job*, es decir, preparar a alguien para una labor/función/propósito. Lo que nos lleva a mencionar que nos encontramos frente a un fenómeno cuyo desarrollo se presenta como un proceso.

Para Ana Salter (1995), el *grooming* es la seducción emocional; mientras que para Sylvia Kierkegaard (2008), es una "estrategia utilizada por potenciales abusadores para seducir a los niños, y conseguir que realicen conductas sexuales".

Las características del *grooming*, varían según la configuración de su concepto, que gira en torno a dos variantes: aquellas que se forman alrededor de la idea de seducción, o cuando la constitución de su concepto se erige alrededor de la idea de pedofilia. Es decir, la primera concebida como táctica de seducción dirigida a la realización de conductas sexuales por parte del menor; mientras

que por la articulación en base a la pedofilia se lo concibe como "los pasos que realizan los pedófilos para atrapar a sus víctimas". Sin embargo, dentro lo aceptado en la academia gira en torno a los conceptos de *grooming* en tanto "proceso conducente a ganarse la confianza de la víctima", donde se lo concibe como aquel "proceso a través del cual un posible abusador entabla amistad con el intento de ganarse su confianza, con el fin de que el niño consienta actividades abusivas" (GuillesPie citado por Villacampa, 2020).

También se lo define como la:

Estrategia empleada por los abusadores para manipular al niño, de manera que el abusador tiene un control total sobre la víctima. Proceso donde el abusador vence gradualmente la resistencia de la víctima mediante una secuencia de actos de manipulación psicológica, misma que se usa para silenciar al menor una vez producido el abuso". (Villacampa, 2020).

Es así que, el *grooming* en tanto proceso, está directamente relacionado con el abuso sexual, siendo esta la fase sexual o fase final del grooming.

Cualquier modalidad planificada de grooming incluye, probablemente, varias fases. Es razonable pensar en la generación de un lazo de amistad con el menor, frecuentemente, fingiendo ser un niño o una niña. Luego, la obtención de información del menor, preparando la fase de afectación. Una etapa que incluye la seducción, procurando conductas con significado sexual y quizá, finalmente, la extorsión para hacerse de pornografía o lograr contacto físico prohibido. Un complejo de conductas equiparable, en cierta forma, a la descripción realizada para los delitos informáticos en sentido estricto o propio, donde en todo caso la seducción en busca de ciertas conductas se equipara al acceso a los datos en los delitos propiamente informáticos (Alajja, de la Luca, & Slokar, 2014).

Es así que, dentro del grooming y todos aquellos con finalidad sexual en niños, niñas o adolescentes; como bien jurídico primordial se protege la Indemnidad Sexual, entendida como aquella intangibilidad en el normal desarrollo y formación de la vida sexual, y su derecho a no sufrir daño en aquella esfera. Debiéndose entender que su protección tiene dos dimensiones, una particular y una genérica, pues se protege la indemnidad sexual particular relativa al hecho actual, y se protege también -en tanto delito de peligro abstracto/hipotético- como bien jurídico colectivo, que es la infancia en general. (Villacampa, 2020).

La mayoría de legislaciones que tipifican y reprimen el *child-grooming*:

Lo conciben como delito de resultado, lo cual es un error en tanto solo existe delito cuando el pederasta solicita el encuentro físico con el niño, lo que se entendería como lícito que un adulto contacte a un menor y mantenga un largo cruce de conversaciones eróticas o sexuales. (Granja, 2020).

Al igual que en la legislación peruana, siguiendo el principio de legalidad, no podríamos sancionar a un adulto, mientras "no proponga concertar un encuentro" tampoco cabe castigo, en caso de petición de fotos, audios y videos, debido a un penoso vacío normativo. Alarmante es también considerar que las penas en nuestro país, para el *grooming* van de uno a tres años, lo que permite que el pederasta digital pueda solicitar la suspensión condicional de la pena, lo que profundiza la indefensión de la víctima (Granja, 2021).

Entre el *grooming* y la pederastia, entendido este último como la atracción sexual de un adulto hacia un niño, la diferencia radica precisamente en el medio en el cual se desarrolla y perpetra cada uno, siendo que el grooming acontece a través de los medios tecnológicos, mientras que el segundo en un

medio físico, con esta relación, se pretende aludir que, el perfil del adulto que está detrás de ambos tipos de acoso, es similar.

Oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos. Igualmente, este es un tipo penal que ya se encuentra tipificado en el COIP en su artículo. 174; y no ha merecido cambios, empero, igualmente se convierte en un ciberdelito impropio; en tanto, tiene como finalidad ofertar servicios sexuales, por medio de canales telemáticos; así, el legislador ha descrito esta conducta y tiene como autor a la persona, que utilice o facilite el correo electrónico, chat, mensajería instantánea, redes sociales, blogs, fotoblogs, juegos en red o cualquier otro medio electrónico o telemático para ofrecer servicios sexuales con menores de dieciocho años de edad, estableciendo una pena privativa de libertad de siete a diez años.

Estos son los principales ciberdelitos que tenemos tipificados en nuestra legislación penal; es de hacer énfasis en que es reciente la incorporación al catálogo delictual de figuras como las ya descritas; lo que evidentemente, da cuenta de la lentitud y omisión estatal en cuanto a regular y tipificar en forma oportuna este tipo de conductas que afectan gravemente los derechos constitucionales de niños, niñas y adolescentes; así también es de tener claro, que el consentimiento de aquellos, para los delitos de índole sexual es irrelevante, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 175 del COIP.

Dificultades estructurales para la sanción de los ciberdelitos cometidos en contra de niños, niñas o adolescentes

Se ha podido verificar, al momento, los derechos fundamentales y constitucionales que se encuentran afectados con el cometimiento de los ciberdelitos en contra de niños, niñas y adolescentes, como grupo de atención

prioritaria; así también se ha pasado revista por los principales tipos penales delictuales y contravencionales, en donde se describen las conductas típicas que, mediante el uso de medios telemáticos, afectan no solo la indemnidad sexual de este grupo vulnerable, sino a muchos otros derechos como la integridad física, psíquica, moral, la libertad, la vida, entre otros.

Sin embargo, se busca relieves, tres problemas, existentes en cuanto a la eficacia del actuar estatal, para prevenir, investigar, sancionar y reparar, las afectaciones generadas a consecuencia del cometimiento de ciberdelitos en contra de este grupo vulnerable; estos problemas tienen que ver primero, con circunstancias de revictimización a quienes han sido víctimas de estos ciberdelitos; en segundo lugar, con la dificultad probatoria para llegar a sentencias condenatorias en este tipo de delitos; y como tercer problema, la desidia y lentitud estatal, en la prevención y legislación de este tipo de conductas que afectan gravemente a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Revictimización

Se puede definir a víctima como la persona que sufre violencia injusta en su persona o ataque a sus derechos (Torres, 1993); por su parte el Código Orgánico Integral Penal; en su artículo 411 números 1 y 2; define, a víctima en lo atinente al objeto de estudio, como la persona natural o jurídica que ha sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción. Así también en su numeral 2 indica que se considera víctima a quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal.

Las Cien Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, entre las cuales; huelga advertir, se encuentran los niños,

niñas y adolescentes; reza en su regla diez que, se considera víctima toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa (Iberoamericana, 2008)

El artículo 78 de la Carta Constitucional consagra el derecho de las víctimas a no ser revictimizadas; entendido dicho proceso, como aquel en el que, luego de la victimización primaria, es decir, el acto generador de la vulneración, circunstancias externas, atinentes al sistema de justicia, hacen que la víctima, siga aumentando, el sufrimiento, dolor o afección por el hecho delictual que le fue perpetrado; y también se habla de una victimización terciaria, que tiene que ver con el comportamiento posterior de la víctima, por ejemplo sea para vengarse (Palacios, Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología., 2009).

Por su parte el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 11 número 5 contempla como uno de los derechos de las víctimas no ser revictimizadas, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Así el Reglamento del Sistema de Protección a Testigos y Víctimas, en su artículo. 7, letra f indica, como uno de los derechos de las personas protegidas, en el caso la víctima; no ser revictimizadas, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su declaración o testimonio; se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación o desprecio en su dignidad; para tal efecto, en la fase pre procesal y en las etapas procesales se contará con asistencia profesional adecuada y se podrán utilizar los medios tecnológicos pertinentes.

En cuanto a los ciberdelitos; empezando por la afectación psicológica de la cual son parte, además son víctimas de hostigamiento,

son presas del miedo, angustia, y un sentimiento de amenaza constante, lo cual reduce su autoestima, seguridad y capacidad de defenderse; inclusive en múltiples casos, la víctima ha sentido empatía con su agresor, siendo este último quien ha generado en aquella sentimientos de compasión, pues el agresor, en sus primeros acercamientos a la víctima la trata de engatusar, haciéndole creer que es su amigo, en muchas ocasiones utiliza el victimismo, el chantaje, con la finalidad de obtener favores; siendo en este caso que, muchas de las ocasiones la víctima llega a generar un alto grado de dependencia emocional respecto de su agresor, generándose de esta forma una especie de primera etapa, que es la de un acoso sutil.

La revictimización o victimización secundaria de niños, niñas y adolescentes, se perpetra muchas veces por cuanto, en el actuar investigativo del delito se hace que la víctima repita o narre los acontecimientos traumáticos, más de una vez, lo que revive a cada momento los hechos traumáticos vividos; así, la víctima cuenta a sus familiares, a la policía, en fiscalía, ante los facultativos, a los investigadores, al fiscal del caso, y luego al Juez. Así nos dice la doctrina que en cuanto al actuar probatorio se hace a la víctima recrear una y otra vez el hecho de violencia, que convierte al proceso de búsqueda de justicia en una nueva victimización (Palacios, 2009).

Se propone, que en el caso de los delitos cometidos en contra de niños, niñas o adolescentes, en la praxis investigativa, la víctima, solo narre una vez los hechos, y que aquello sea ya tomado como prueba; pues si bien es cierto el artículo 504 del COIP, refiere que la versión o testimonio de este grupo prioritario, debe ser tomado una vez; no está claro como una versión pudiese constituir prueba, lo que va en contra del artículo 454 numeral 6 in fine del COIP; el cual establece que jamás una versión puede ser considerada como prueba. Está contradicción y obscuridad normativa debe ser solucionada, vía una Resolución de la Corte Nacional o mediante

una reforma legal al Art. 454.6 del COIP, estableciendo como regla excepcional, la valía de la versión como prueba en este tipo de delitos, siempre y cuando se garantice los derechos de los menores de edad pero también el derecho a la defensa; así, se materializa la garantía normativa, consagrada en la Constitución en su artículo 84, la cual ordena la adecuación formal y material, por parte del legislador, de toda la legislación infra constitucional, a la Constitución.

Dificultad probatoria en ciberdelitos

Otro aspecto de gran interés es el de la prueba; la misma que debe ser entendida como la demostración, con ayuda de los medios autorizados por la ley, de la exactitud de un hecho (Solar, 1978).

La actividad probatoria, en los ciberdelitos, reviste cierta complejidad, dada la propia naturaleza y modo de cometimiento de estos delitos, pues se utiliza a la red informática, como medio para la comisión de los ilícitos; resulta así, complicada la labor investigativa, dado que el autor se esconde frente a un monitor o una pantalla, y el delito lo puede cometer, desde diferentes lugares, en distintos momentos, muchas veces sin dejar huellas claras, o que brinden el convencimiento suficiente al juzgador para enervar el estado de inocencia de una persona.

En cuanto a los ciberdelitos; la novedad y diferencias fundamentales con los métodos tradicionales de ejecución del delito hacen de la investigación y prueba de estos hechos un campo singular. El rastreo de los procesos automatizados de datos resulta especialmente complejo. Igualmente la reproducción de la prueba en el proceso oral, único momento procesal en el que resulta válida la realización de la prueba de cargo suficiente para un veredicto de culpabilidad (Martín R. M., 2003, p. 24)

El entorno digital, con los nuevos avances en técnicas delincuenciales, implica muchas

veces la ausencia de huellas palpables o visibles; y, en caso de que se llegasen a obtener, el problema se trasladaría a poder determinar sobre quien recae la responsabilidad de la infracción, ya que los elementos que revisten a los delitos informáticos son el ocultamiento, el anonimato, la distancia, su clandestinidad, el lugar de su comisión, dentro o fuera del país, para poder determinar la legislación aplicable, lo que involucraría inclusive una cooperación internacional.

En este punto, se ha buscado a dos peritos expertos en el área informática, a quienes se les ha entrevistado, con tres preguntas.

INGENIERO ANDRÉS DAVID PAREDES POZO. C.I: 1713987988. Acreditación del Consejo de la Judicatura Nro. 1831931. Perito informático, audio video, en área de criminalística (Pozo, 2021).

1.- ¿Qué tan común la ciberdelincuencia, tiene como víctimas a niños, niñas y adolescentes? Hoy en día tenemos muchas redes sociales, de entre ellas las más comunes, Facebook Twitter, tik tok e Instagram, el tik tok era para niños; en base a esto la delincuencia ha accedido a los adolescentes niños y niñas, ha aumentado el 88% el ciber acoso, a raíz de la pandemia, y con el confinamiento así, la ciberdelincuencia o cyberbullyng, tienen varias aristas, varias formas delictivas como el acoso, acceder a fotografías, violación a la intimidad, trata de personas e incluso violación. Ahora también la pornografía infantil en niños pues por la cultura y la falta de vigilancia paterna, no están reguladas las redes como en otros países.

2.- ¿Qué tan complejo es el proceso de investigación para dar con los autores de este tipo de delitos; y por qué? Hay varias maneras de disimular el cometimiento de estos delitos; para dar con una persona que acosa a un niño, niña o adolescente, se le busca el IP, es como decir la cédula de la computadora, pero actualmente

la tecnología que la denominamos, la red oscura la "Deep web", permite que las IPS se cambien, tienen otra nomenclatura, eso complica al investigador saber de que computador salió el ataque. Existen programas como por ejemplo "Thor"; esto dificulta, a que criminalística pueda determinar a los autores, se puede hacer de poco a poco seguimiento de llamadas telefónicas, triangulaciones, así, la policía tiene unos equipos para este tipo de investigaciones.

3.- ¿De su experiencia como perito que interviene en audiencias, cuántos casos de ciberdelitos, en contra de niños, niñas o adolescentes, han merecido sentencia condenatoria? La cultura ecuatoriana no da mucha confianza en la justicia, esto hace que, este tipo de delitos no sean denunciados, el ciber acoso es de parte de terceros, es engorroso, los familiares, de los niños, niñas o adolescentes, no suelen denunciarlos, o en mitad del proceso abandonan las causas, esto no ha permitido que se lleguen a sentencias mayoritarias, de un 5% a un 21% de delincuencia se ha incrementado en estos dos años, y se conoce que solamente un 3% de la gente que denuncia llega al final del proceso. El momento de que uno se entere de este delito, lo que debe hacer es darle a los niños la confianza e inmediatamente denunciar a las autoridades, y llegar con el proceso hasta el final.

SARGENTO DE POLICIA, JULIO CASTRO ZARUMA. C.I: 1103504955. Perito acreditado por el Consejo de la Judicatura Nro. 231416. Experto en criminalística, área de informática (Zaruma, 2021).

1.- ¿Qué tan común la ciberdelincuencia, tiene como víctimas a niños, niñas y adolescentes? Hoy es día, es muy común encontrar estos delitos por la ingenuidad de los menores de edad, aunque no están exentos los adultos, hay muchos menores de edad llamados la atención en las redes

sociales para sacar provecho de fotografías, de uso pornográfico, como también para hacer cosas como robar. De las redes más comunes el "Tik Tok", es una de las más utilizadas, son presentaciones de videos, pero es muy común, el Facebook el Tinder son apetecidos para los menores de edad; son como redes de chat.

2.- ¿Qué tan complejo es el proceso de investigación para dar con los autores de este tipo de delitos; y por qué?. Es un poco complicado, ya que la tecnología actual es de mensajes insertados, antes podíamos tener alcance con la cabecera de los mensajes o publicaciones, en Facebook, Twitter incluso de Instagram, y podíamos tratar de ubicar el IP, pero con los mensajes insertados ahí se desprende únicamente el mensaje, y se va con todo el IP; eso se lo hace para que la red sea más veloz, y para que las redes tengan más acogida, ante esa instancia es más complicado tratar de ubicar el IP, que es el número que se le da a un usuario de internet; y la operadora puede ubicar en donde está instalado, podemos oficiar a la empresa proveedora de las redes sociales, hay que hacer un oficio con Fiscalía pero allá en EEUU ellos arman un expediente y mandan al Juez quien tendrá que despachar, y despachan a los 6 meses un año; entonces pasa mucho tiempo para que en Ecuador ya la instrucción se cierra o se cansa la víctima.

3.- ¿De su experiencia como perito que interviene en audiencias, cuantos casos de ciberdelitos, en contra de niños, niñas o adolescentes, han merecido sentencia condenatoria? Hemos llegado con casos a juicio, pero hay casos que no se puede determinar al responsable, cuando hablamos de cuentas no hablamos de personas sino de perfiles y atrás del perfil puede estar otra persona no necesariamente la del perfil, se han dado casos en forma femenina o masculina al otro lado no sabemos quién maneja la cuenta. En cuanto a niños niñas o adolescentes por

pornografía no he tenido la oportunidad de ir a juicio.

De las entrevistas a los peritos, expertos en el tema de cibercriminalidad, se colige claramente, que los niños, niñas y adolescentes, son víctimas comunes de la cibercriminalidad, dada la amplia gama de redes sociales, de entre ellas, algunas como Tik Tok que les resulta más llamativa, ello debido a su ingenuidad propia del desarrollo psicológico, lo que los hace más propensos y vulnerables; también ha quedado claro, que la actividad probatoria resulta compleja al momento de investigar el ciberdelito, y también se concluye que la judicialización de estos casos resulta siendo escasa, dada la tormentosa tarea para endilgar responsabilidad a una persona, así como la renuncia de las víctimas, en tanto que el trámite se vuelve tedioso, lo que inclusive es configurativo de revictimización.

Desidia estatal

El Estado tiene como obligación prevenir la comisión de delitos; así lo consagra el artículo 393 de la Constitución del Ecuador (2008) cuando determina, que el aparato estatal debe garantizar la seguridad, y con ello la integridad del individuo, mediante políticas y acciones integrales, con la finalidad de coadyuvar y asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir todas las formas de violencia y discriminación, así como la comisión de delitos; es decir, constitucionalmente, el Estado, tiene la obligación positiva de prevenir la comisión de cualquier delito que afecte bienes jurídicos.

El artículo 66 numeral 3 de la CRE consagra: El derecho a la integridad personal, que incluye:

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas,

niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

Existen varias formas de prevenir el cometimiento de ciberdelitos; empero, la principal es la educación; así, en escuelas, colegios y universidades, deben ser constantes las campañas que adviertan en lenguaje acorde a la edad y desarrollo de los menores de edad, los riesgos que implica el uso de redes sociales, en forma abierta y sin restricción; pero a más de ello, también campañas masivas para la gente adulta, a efectos de que puedan tomar las precauciones en casa con sus hijos o familiares, por una parte, pero por otra, que conozcan cómo actuar en caso de enterarse del cometimiento de estos ciberdelitos.

Si bien es cierto en nuestro país, se expidió la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha contra los Delitos Informáticos; la misma recién entra en vigencia el 30 de agosto del 2021, es decir a pocos meses de la elaboración de este trabajo; así, nos damos cuenta de la lentitud estatal en cuanto a tipificar y sancionar las conductas ciberdelincuenciales, que, como se ha expresado en líneas precedentes, tiene un avance exponencial cada día.

Otro nudo crítico, en cuanto al actuar estatal, es la falta de suscripción y ratificación del Convenio de Budapest, el cual se erige como el más importante instrumento internacional *Hard Law*, en la lucha contra la ciberdelincuencia, a nivel internacional, pues recoge directrices claras para los Estados en cuanto a temas álgidos como el de competencia territorial en el juzgamiento de estos delitos, así también, contiene definiciones importantes en el campo de la ciberdelincuencia, contiene medidas que se deben adoptar a nivel interno de los países suscriptores en cuanto

al derecho sustantivo, pero también en cuanto al derecho adjetivo o procesal, la jurisdicción, y la cooperación internacional; es decir, elementos trascendentes, para fortalecer la prevención, investigación, sanción y reparación por el cometimiento de estos ilícitos informáticos; empero de todo lo expuesto, el Ecuador no lo ha suscrito, como si lo han hecho Argentina, Perú, Colombia, Costa Rica y México; así, la Asociación Ecuatoriana de Ciberseguridad (AECEI); se encuentra impulsando que el Ecuador sea parte de este convenio como una herramienta que permita a los gobiernos prestarse colaboración mutua en el campo, preventivo, jurídico y probatorio (Budapest, 2021).

Así, siendo uno de los deberes primordiales del Estado, el precautelar el respeto de los derechos; con esta clase de delitos y su incipiente y todavía no suficiente prevención y legislación, se estaría limitando el hacer efectivo una amplia gama de los mismos entre ellos precisamente, el de la vida, integridad, indemnidad, privacidad, intimidad, etc.; y, teniendo en cuenta el contexto y la edad de las actuales víctimas, se estarían lesionando el derecho al desarrollo e integridad personal tanto física, psíquica, moral y sexual, así como el derecho a una vida libre de violencia para los niños, niñas y adolescentes.

Conclusiones

Cierto es que los nuevos avances de la ciencia y la tecnología van configurando una nueva era para la humanidad (Erraez, 2009, p. 15). El uso temprano de las nuevas tecnologías informáticas y pautas educativas en torno a su manejo, depende en gran medida del hogar y vigilancia de los progenitores, pues son los menores quienes carecen de consciencia en torno a la importancia de la privacidad, sin llegar a dimensionar la repercusión respecto de la ausencia de límites en el mundo de las tecnologías; no obstante, es de trascendental importancia, advertir la desidiosa cooperación del Estado, pues es evidente la ausencia de componentes o

mecanismos de protección de datos relacionados con la privacidad de menores.

Cierto es que los nuevos avances de la ciencia y la tecnología van configurando una nueva era para la humanidad (Erraez, 2009, p. 15). El uso temprano de las nuevas tecnologías informáticas y pautas educativas en torno a su manejo, depende en gran medida del hogar y vigilancia de los progenitores, pues son los menores quienes carecen de consciencia en torno a la importancia de la privacidad, sin llegar a dimensionar la repercusión respecto de la ausencia de límites en el mundo de las tecnologías; no obstante, es de trascendental importancia, advertir la desidiosa intervención del Estado, pues es evidente la ausencia de componentes o mecanismos de protección y prevención de cibercriminalidad a menores de edad.

Ha sido aprobada, recientemente la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para Prevenir y Combatir la Violencia Sexual Digital y Fortalecer la Lucha contra los Delitos Informáticos; lo que da cuenta del inoportuno y lento actuar estatal, ante el dinamismo acelerado del ciberespacio, como lugar en el que se cometen a diario delitos en contra de este grupo vulnerable.

La cibercriminalidad afecta a bienes jurídicos, que se encuentran constitucionalmente consagrados como son; la vida, la integridad

personal, que incluye, la integridad, física, psíquica, moral y sexual, una vida libre de violencia, en el ámbito público y privado; y, prohibición de tortura. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Derecho al honor, buen nombre y la imagen. Derecho a la protección de datos de carácter personal; derecho a la intimidad personal y familiar; inviolabilidad de secreto y correspondencia, física y virtual.

Con la presente investigación se ha puesto en evidencia, tres inconvenientes en la lucha contra el cibercrimen en el Ecuador, estos son la revictimización, la dificultad probatoria y la desidia estatal; proponiendo en cuanto a la revictimización una adecuación normativa al Código Orgánico Integral Penal, como garantía normativa consagrada en el Art, 84 de la Carta Constitucional; en cuanto a la dificultad probatoria, mediante expertos, hacer notar lo complejo que resulta en el dinamismo judicial la investigación y sanción de este tipo de delitos; y, en cuanto a la desidia estatal, colegir, que el Estado actúa en forma no oportuna en cuanto a legislar y prevenir este tipo de delitos, a más de ello, su falta de compromiso internacional al no ser suscriptor del Convenio de Budapest, como principal Instrumento Internacional de lucha contra la ciberdelincuencia.

Bibliografía

- Aboso, G. E., & Zapata, M. F. (2006). *Cibercriminalidad y Derecho Penal*. Montevideo: IBdF.
- Alajia, A., de la Luca, J., & Slokar, A. (2014). *Derecho Penal. Delitos Informáticos*. Buenos Aires: Infojus.
- Asamblea Nacional. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Ecuador. Recuperado el 21 de septiembre de 2020, de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Bokensford, E.-W. (2010). Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la ley Fundamental. En J. Z. Egas, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica* (pág. 55). Guayaquil: Edilex.
- Budapest, L. A. (6 de julio de 2021). *it ahora.com*. Obtenido de *it ahora.com*: <https://itahora.com/2021/07/06/la-aeci-impulsa-participacion-de-ecuador-en-el-convenio-de-budapest/>
- Carpio, D. S. (2013). *El Delito Informático y la prueba Pericial Informática*. Quito: jurídica del Ecuador.
- Carpio, D. S. (2013). *El Delito Informático y la Prueba Pericial Informática*. Quito: Jurídica del Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal. (10 de febrero del 2014) Suplemento Registro Oficial 180. Última reforma 22 de agosto del 2022.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero de 1978)
- Davara Rodríguez, M. A. (1990). *Análisis de la Ley de Fraude Informático*. México DF: Revista de Derecho de la UNAM.
- Dupuy, D., & Kiefer, M. (2018). *CIBERCRIMEN*. Montevideo, Uruguay: Ibdef.
- Erraez, H. D. (2009). *Los Términos de la Sociedad de la información y la Prospectiva*. Cuenca,: Gráficas Hernández.
- Granja Pedro Javier. (2020). "Grooming: el minotauro en internet. El derecho penal del enemigo frente al pederasta de la era digital". *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 41, n.º 111, julio-diciembre de 2020, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Iberoamericana, X. C. (6 de marzo de 2008). *REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD. REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD*. Brasilia, Brasilia, Brasil.
- Kierkegaard Sylvia (2008) *Cybering , Online Grooming and Age Play*. Report 24 , no . 1
- Martín, R. M. (2003). *Delincuencia Informática y Derecho Penal*. Valladolid. España: Hispamer.
- Martín, R. M. (2003). *Delincuencia Informática y Derecho Penal*. Valladolid. España: Hispamer.
- Molina del Peral José Antonio , Vecina Navarro Pilar (2015) *Bullying, cyberbullying y sexting: ¿cómo actuar ante una situación de acoso?* Editorial Difusora Pirámide.
- Palacios, D. L. (2009). Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología. *REVISTA IIDH*, 221.
- Palacios, D. L. (2009). Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología. *REVISTA IIDH*, 217.
- Pozo, A. D. (7 de octubre de 2021). *cibercrimen en niños, niñas y adolescentes*. (D. C. Verdugo, Entrevistador)
- Reglamento sustitutivo para el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal. (No.581 , 12 de Octubre 2018.) Registro Oficial 581, 12-X-2018 (Resolución No. 056-FGE-2018)
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Bonn Alemania: Civitas.
- Salter Ana. (1995). *Transforming Trauma: A Guide to Understanding and Treating Adult Survivors of Child Sexual Abuse*. Sage Publications.

Solar, L. C. (1978). Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Torres, G. C. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

Villacampa Estiarte Carolina. (2015). El Delito de Online Child Grooming o Propuesta Sexual Telemática a Menores. Editorial Tiran lo Blanch.

Zaruma, J. C. (27 de octubre de 2021). Ciberdelitos en niños niñas y adolescentes. (D. C. Verdu-go, Entrevistador)

LA PROCEDENCIA DEL RECURSO ESPECIAL DE DOBLE CONFORME CUANDO UN TRIBUNAL DE CASACIÓN DICTA UNA SENTENCIA CONDENATORIA POR PRIMERA VEZ. RELACIÓN CON EL PRINCIPIO *NON REFORMATIO IN PEJUS*, OTROS DERECHOS Y GARANTÍAS ANALIZADOS



Msc. Dayán Alejandra Argüello Veintimilla*

Coordinadora Jurídica de la Presidencia de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.

RESUMEN

En este trabajo se aborda y analiza ciertas problemáticas respecto al recurso especial de doble conforme contenido en las sentencias No. 1965-18-EP/21 de 17 de noviembre de 2021 y No. 8-19 IN y acumulado /21 de fecha 8 de diciembre de 2021 emitidas por la Corte Constitucional, y regulado mediante la Resolución No. 04-2022 expedida por la Corte Nacional de Justicia, específicamente se aborda la problemática sobre la procedencia del recurso de doble conforme cuando un Tribunal de casación dicta una sentencia condenatoria por primera vez. En relación a este escenario, se plantean y responden las siguientes preguntas: 1.- ¿En qué casos un tribunal de casación podría emitir una sentencia condenatoria por primera vez sin vulnerar el principio de *non reformatio in pejus*? 2) ¿La posibilidad de condena por primera vez en casación vulneraría algún derecho o garantía del debido proceso?.

Palabras claves: Recurso especial de doble conforme, garantía de doble conforme, principio *non reformatio in pejus*, tribunales de casación.

ABSTRACT

This paper addresses and analyzes certain issues regarding the special right to appeal contained in judgments No. 1965-18-EP/21 of November 17, 2021 and No. 8-19 IN and accumulated /21 dated December 8, 2021 issued by the Constitutional Court, and regulated by Resolution No. 04-2022 issued by the National Court of Justice, addressing specifically the issue of the admissibility of the special right to appeal when a Court of Cassation imposes a guilty verdict for the first time. In relation to this scenario, the following questions are posed and answered: 1.- In which cases could a Court of Cassation impose a guilty verdict for the first time without violating the principle of *non reformatio in pejus*? 2) Is there a possibility that the a first-time conviction in cassation violate any right or guarantee of due process?

Keywords: Special right to appeal, guarantee to appeal, principle *non reformatio in pejus*, Court of Cassation.

* Doctoranda en Derecho Penal por la Universidad Internacional de Catalunya, Barcelona- España, Master en Criminología y Ejecución Penal por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona- España, Abogada por la Universidad Internacional Sek. Actualmente se desempeña como Coordinadora Jurídica de la Presidencia de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.

Mediante las sentencias No. 1965-18-EP/21 de 17 de noviembre de 2021 y No. 8-19 IN y acumulado /21 de fecha 8 de diciembre de 2021, la Corte Constitucional dispuso que la Corte Nacional de Justicia emita una resolución con fuerza de ley, en la cual regule un recurso que garantice el derecho al doble conforme de los procesados: 1) que han recibido una sentencia condenatoria por primera ocasión en apelación y 2) que han recibido una sentencia condenatoria por primera ocasión en casación; observando ciertos parámetros y definiendo las personas beneficiarias de ese recurso (Sentencia No. 1965-18-EP/21, 17 de noviembre de 2021 y Sentencia 8-19-IN y acumulado/21, 08 de diciembre de 2021).

Específicamente en la sentencia No. 8-19 IN y acumulado /21 de fecha 8 de diciembre de 2021, la Corte Constitucional determina que nuestra legislación no prevé un recurso idóneo para garantizar el derecho al doble conforme de los procesados cuando son condenados por primera vez en casación, entre los argumentos principales señala:

(...) el recurso de casación en los procesos penales, tal como está configurado en la legislación procesal, no se adecúa ni cumple con el contenido del derecho al doble conforme, en la medida en que, al configurar un recurso formal, nomofiláctico y con vocación sistematizadora, no responde de forma eficaz al derecho de los procesados a tener un recurso ordinario, directo, amplio y no formal por medio del cual puedan impugnar una sentencia condenatoria que haya sido dictada en su contra por primera ocasión, indistintamente de la instancia o autoridad judicial que la emita; y de recibir una decisión de fondo, que resuelva sobre los méritos de la causa.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en las sentencias No. 8-19 IN y acumulado /21, así como la sentencia No. 1965-18-EP/21 emitidas por la Corte Constitucional, el Pleno de la Corte Nacional expidió la Resolución Nro. 4-2022 de fecha 30 de marzo de 2022, mediante la cual se emiten normas que regulan

el recurso especial de doble conforme en la legislación ecuatoriana, cuyo objeto es la revisión integral de las sentencias condenatorias dictadas por los Tribunales de apelación y por los Tribunales de casación, cuando en dichas sentencias se declare por primera vez la culpabilidad de una persona procesada. Así, se indica que el Tribunal competente al conocer este recurso especial podrá revisar de forma íntegra la sentencia impugnada, incluyendo la determinación de los hechos, interpretación y aplicación del Derecho, así como la valoración de la prueba.

Ahora bien, en este trabajo se pretende abordar y analizar ciertas problemáticas, específicamente sobre el segundo escenario planteado, esto es, respecto a la procedencia del recurso de doble conforme cuando un Tribunal de casación dicta una sentencia condenatoria por primera vez. Este escenario plantea que en un caso concreto, tanto en primera como en segunda instancia se dicta sentencia ratificando la inocencia del procesado, y en recurso de casación se dicta una sentencia condenatoria, solo en ese caso sería procedente plantear un recurso especial de doble conforme. En relación a este escenario, surgen las siguientes preguntas: 1.- ¿En qué casos un tribunal de casación podría emitir una sentencia condenatoria por primera vez sin vulnerar el principio de *non reformatio in pejus*? 2) ¿La posibilidad de condena por primera vez en casación vulneraría algún derecho o garantía del debido proceso?.

1.- ¿En qué casos un Tribunal de casación podría dictar sentencia condenatoria por primera vez sin vulnerar el principio de *non reformatio in pejus*?

Respecto al primer problema planteado es necesario analizar los límites del principio *non reformatio in pejus*.

Conforme el artículo 77 numeral 14 de la Constitución de la República del Ecuador, dentro de un proceso penal debe garantizar-

se que: “al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre”, en concordancia, el artículo 5 numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal consta la prohibición de empeorar la situación del procesado, es decir, que al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente.

El principio del *non reformatio in pejus* es una garantía del debido proceso que prohíbe al Tribunal de alzada que conoce la impugnación, empeorar la situación jurídica de la persona sentenciada cuando sea la única recurrente. Para el profesor Maier (2004), el principio del *non reformatio in pejus* significa “prohibir al tribunal que revisa la decisión, por la interposición de un recurso, la modificación de la resolución en perjuicio del imputado, cuando ella sólo fue recurrida por él o por otra persona, autorizada por la ley, en su favor” (p. 590). Para Fenech (1952), la prohibición del *reformatio in pejus*, se basa, más que en razones de índole jurídica, en razones de política criminal y equidad (p. 23).

En esta misma línea, Beling (citado por Mesa, 1973), los recursos son considerados remedios jurídicos, que existen para proporcionar al recurrente “auxilio contra una resolución judicial gravosa” (p. 53), por lo que el “Tribunal solo debe examinar si debe socorrer al recurrente, y no si debe empeorar su situación” (Beung, 1943, p. 253).

Respecto a esta garantía del debido proceso, la Corte Constitucional ha desarrollado que la prohibición de reforma en perjuicio del recurrente, denominada *non reformatio in pejus*, rige para todos los recursos y está compuesta esencialmente por dos elementos: (i) la interposición del recurso únicamente por parte del procesado; y, (ii) la prohibición de empeorar la situación jurídica inicial del recurrente (Sentencia 768-15-EP/20, 02 de diciembre de 2020; Sentencia 1408-14-EP/20, 29 de julio de 2020; Sentencia 995-12-EP/20, 22 de enero

de 2020; y, Sentencia 1494-15-EP/21, 22 de septiembre de 2021).

El primero de los componentes (i) la interposición del recurso únicamente por parte del procesado, debe entenderse a la luz del principio acusatorio, consagrado constitucionalmente, por el que se divide la actividad investigativa, a cargo de la Fiscalía, y la jurisdiccional, a cargo de jueces y juezas. Por este principio no es posible condenar en primera instancia sin acusación fiscal. Sin acusación no puede haber juicio y sin juicio no puede haber condena. De este principio se deriva que, si la Fiscalía no plantea un recurso y el procesado sí lo hace, no se puede agravar la pena en otra instancia judicial. En consecuencia, los tribunales de alzada, por el principio acusatorio, tienen prohibición de cambiar las sentencias penales perjudicando al procesado en el plano sancionatorio, cuando el recurso fue planteado únicamente por la defensa (ibídem).

Para la Corte Constitucional, el sentido de esta prohibición se sustenta, en la inviolabilidad de la defensa. Por un lado, los argumentos de la acusación fiscal permiten la defensa; si no hay acusación o recurso por parte de la Fiscalía, entonces el procesado no tiene que contradecir u oponerse a lo que no existe. Una actuación de oficio por parte del órgano juzgador –salvo las expresamente previstas en la ley– impediría el ejercicio del derecho a la defensa y, por esta razón, es contraria al sistema adversarial acusatorio. Por otro lado, si una persona procesada plantea un recurso para mejorar su situación jurídica y tendría la posibilidad de que se le agrave la pena de oficio, se inhibiría el uso de recursos judiciales y, a través de ellos, de las facultades correctivas del sistema procesal (ibídem).

Para el segundo de los componentes (ii) la prohibición de empeorar la situación jurídica inicial del recurrente, la prohibición de la *reformatio in pejus* guarda relación con la agravación de la pena. La pena debe entenderse en el sentido más amplio posible. El sistema

penal puede contemplar distintos tipos de penas; tales como privativas de libertad, no privativas de libertad, restrictivas de los derechos de propiedad, multas. A fin de evitar incurrir en la transgresión que supone la *reformatio in peius*, debe analizarse el empeoramiento de la situación jurídica con relación a la utilización de cualquiera de las penas o medidas previstas en el ordenamiento jurídico penal y a la situación del procesado o condenado (*ibídem*).

Bajo esta misma línea, la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, se ha pronunciado en sede casacional sobre la prohibición de empeorar la situación del procesado recurrente, así por ejemplo, dentro del proceso No. 05283-2015-04532, se declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por la acusación particular contra una sentencia de apelación que ratificaba el estado de inocencia del procesado, así, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal indicó: *“El recurso de casación, cuando no es interpuesto por la Fiscalía, no puede traer una situación de empeoramiento de la situación jurídica del procesado en el plano sancionatorio. Lo que implica que la pretensión de la recurrente de emitirse sentencia de condena salga de su esfera de solicitud e iniciativa, al ser la única recurrente. Es decir, no se puede casar una sentencia revocando la ratificación de inocencia y emitiendo sentencia de condena cuando fiscalía no ha presentado recurso de casación”* (Caso 05283-2015-04532, Sentencia de CNJ, 26 de julio de 2022; Caso 05304-2018-00016, Sentencia de CNJ, 28 de julio de 2022; y, Caso 01283-2019-00787, Sentencia de CNJ, 07 de octubre de 2022).

Ahora, respondiendo a la pregunta planteada, en respeto al principio *non reformatio in peius* los únicos casos en los cuales un tribunal de casación podría declarar sentencia condenatoria por primera vez serían aquellos en los cuales Fiscalía interpone recurso de casación como titular de la acción penal pública, pues la *pretensión punitiva materializada en la acusación y en la posibilidad de pedir*

el agravamiento de una pena es una competencia de la Fiscalía y no es un derecho de la víctima.

La Corte Constitucional ha indicado que en los casos en los que únicamente la acusación particular presente un recurso, si bien no se podría agravar la pena del procesado, si se podría alegar sobre cuestiones relacionadas a la reparación integral. Ahora bien, en el caso en análisis, al tener dos sentencias ratificadoras de inocencia, y presentarse un recurso de casación únicamente por la acusación particular, tampoco tendrían cabida sus alegaciones sobre reparación integral, pues ésta se desprende de una sentencia condenatoria.

Si bien no existe una limitación legal para que la víctima interponga un recurso de casación cuando hay dos sentencias ratificadoras de inocencia, el desarrollo del principio *non reformatio in peius* realizado por la Corte Constitucional, limita aún más las alegaciones que puede presentar la víctima. En estos casos, la víctima no podría alegar cuestiones sobre la pena o la reparación integral, únicamente podría referirse a cuestiones sobre la nulidad de la sentencia por falta de motivación en referencia al artículo 76.7. 1) CRE, nulidades procesales conforme lo dispuesto en el artículo 652 numeral 10 COIP, y solicitar al Tribunal de casación que de encontrarse méritos se pronuncie sobre un posible error inexcusable, dolo o manifiesta negligencia por parte de los jueces del Tribunal de apelación.

En la práctica son pocos los casos en los cuales se condena por primera vez a una persona en sede casacional por las siguientes razones: 1) por la naturaleza del recurso de casación, que tiene por objeto revisar posibles infracciones a las normas jurídicas en que hayan incurrido las sentencias de última instancia de los procesos penales, y que por su naturaleza nomofiláctica impide que en el mismo pueda volverse a discutir sobre los hechos y el acervo probatorio del caso, como sucede en los recursos ordinarios. 2) En varios casos, en respeto al principio de objetividad,

Fiscalía se abstiene de presentar un recurso de casación cuando existen dos sentencias ratificatorias de inocencia. 3) Conforme la línea desarrollada por la Corte Constitucional respecto al non reformatio in pejus, de no presentarse el recurso de casación por parte de Fiscalía, el Tribunal no podría emitir una sentencia condenatoria, aunque medie un recurso por parte de la víctima.

2. ¿La posibilidad de condena por primera vez en casación vulneraría algún derecho o garantía del debido proceso?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido en su jurisprudencia sobre el alcance y contenido del artículo 8.2.h) de la Convención, así como a los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. El Tribunal ha entendido que dicho derecho consiste en una garantía mínima y primordial que “se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía [...]”. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte ha interpretado que el derecho a recurrir el fallo no puede ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. La Corte ha considerado el derecho a recurrir el fallo como una de las garantías mínimas que tiene toda persona que es sometida a una investigación y proceso penal (Caso Gorioitía Vs. Argentina. Sentencia de Corte IDH, 2 de septiembre de 2019).

La Corte IDH ha sostenido que el artículo 8.2.h) de la Convención se refiere a un recurso ordinario, accesible y eficaz, es decir que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho (ibídem).

Del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH podemos entender que el derecho al doble conforme trata en materializar el derecho a recurrir la sentencia condenatoria y el derecho a la protección judicial.

En similar sentido, nuestra Corte Constitucional ha indicado que el derecho al doble conforme se garantiza con un recurso eficaz que permita aun análisis integral de la sentencia **condenatoria** impugnada (Sentencia No. 987-15-EP/20, 18 de noviembre de 2020).

En este sentido, era necesario regular que nuestro sistema penal cuente con un recurso amplio y eficaz que garantice el derecho al doble conforme en los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Constitucional del Ecuador. Considerando que en nuestro sistema procesal penal contamos con el recurso de casación y que no existe una limitación legal expresa que prohíba emitir una sentencia condenatoria en sede casacional, siempre que exista pretensión punitiva por parte de Fiscalía, es lógico que nuestra Corte Constitucional haya considerado la posibilidad de que en sede casacional pueda existir una sentencia condenatoria por primera vez, y que en esos casos también debe garantizarse el recurso de doble conforme.

De hecho, algunos fallos emitidos por la Sala Penal de la Corte Nacional señalaban que en casos de dos sentencias ratificatorias de inocencia no era procedente emitir una sentencia condenatoria en casación en razón que no existía otro recurso que garantice el doble conforme después del recurso de casación. Por ejemplo, dentro del recurso de casación del juicio No. 699-2013, se declaró improcedente el recurso de casación interpuesto fundamentándose lo siguiente:

En virtud de lo expuesto, en el recurso de casación no cabe que se declare la culpabilidad de una persona, que en primera y segunda instancia, y en base de la valoración de las pruebas, ha obtenido la ratifi-

cación de su estado de inocencia, pues de lo contrario esta ya no tendría una nueva instancia que revisara su condena (Caso 699-2013, Sentencia de CNJ, 09 de junio de 2014; y, Caso 094-2015, Sentencia de CNJ, abril de 2015).

Así, a *prima facie*, con la incorporación del recurso de doble conforme cuando exista primera condena en casación se garantiza el derecho a recurrir de los procesados y su derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, también es importante considerar que existía otra línea de Corte Nacional de Justicia que establecía, que en casos en los cuales existiera dos sentencias ratificadoras de inocencia no era procedente condenar en casación, toda vez que ha existido un doble conforme de inocencia, así por ejemplo, en el proceso No.1076-2012, dentro del recurso de casación, el Tribunal resolvió:

En aplicación de la garantía de doble conforme de inocencia, el derecho a impugnar, a la defensa y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos, se rechaza el recurso planteado y se ordena la inmediata devolución al tribunal de origen, para los fines de ley (Caso 1076-2012, Sentencia de CNJ, 14 de junio de 2013).

Similar caso, dentro del proceso No. 517-2012, el Tribunal resolvió: *"En virtud de lo expuesto, respetando la garantía de doble conforme de inocencia, se rechaza el recurso de casación presentado por la Fiscalía, en ejercicio del derecho de impugnación"* (Caso 517-2012, Sentencia de CNJ, 28 de octubre de 2013).

Si bien en los fallos analizados no existe un desarrollo doctrinario, una explicación o análisis profundo sobre el llamado derecho al doble conforme de inocencia, se entiende que esto surgiría en razón que dos Tribunales han podido revisar hechos y pruebas dentro de un caso concreto, en el que no ha existido el convencimiento de la culpabilidad de la persona procesada ratificándose su estado de inocencia.

En todo caso, dicha línea parecería que no fue considerada por la Corte Constitucional, pues si bien se entiende que su intención era regular el recurso al doble conforme cuando existe una primera sentencia condenatoria en casación a efecto de garantizar el derecho a recurrir de los procesados, omitió analizar que en la práctica eran muy pocos los casos en los cuales se condenaba por primera vez en casación acorde a las líneas jurisprudenciales señaladas, bien porque no existía otro recurso después del recurso del casación que garantice el doble conforme o bien porque existía un doble conforme de inocencia. Así, parecería que la solución podría resultar contraproducente para ciertos procesados cuya situación se configura en el supuesto analizado.

Conclusiones

Como ya se había indicado el objetivo de este trabajo era abordar y analizar ciertas problemáticas específicamente sobre la procedencia del recurso de doble conforme cuando un Tribunal de casación dicta una sentencia condenatoria por primera vez.

Dicho escenario plantea que tanto en primera como en segunda instancia se dicta sentencia ratificando la inocencia del procesado, y en recurso de casación se dicta una sentencia condenatoria, y solo bajo este supuesto sería procedente plantear un recurso especial de doble conforme.

De lo analizado anteriormente es posible concluir que la procedencia del recurso especial de doble conforme cuando exista primera condena en casación será limitada pues en la práctica son pocos los casos en los que se condena por primera vez a una persona en casación, principalmente por las siguientes razones: 1) por la naturaleza del recurso de casación, que tiene por objeto revisar posibles infracciones a las normas jurídicas en que hayan incurrido las sentencias de última instancia de los procesos penales, y que por su naturaleza nomofiláctica impide que

en el mismo pueda volverse a discutir sobre los hechos y el acervo probatorio del caso, como sucede en los recursos ordinarios. 2) En varios casos, en respeto al principio de objetividad, Fiscalía se abstiene de presentar un recurso de casación cuando existen dos sentencias ratificadoras de inocencia. 3) Conforme la línea desarrollada por la Corte Constitucional respecto al *non reformatio in pejus*, de no presentarse el recurso de casación por parte de Fiscalía, el Tribunal no podría emitir una sentencia condenatoria, aunque medie un recurso por parte de la víctima. Además, es necesario considerar que frente a los pocos casos que llegaban a casación con doble ratificatoria de inocencia, ya existían algunas líneas jurisprudenciales de la Corte Nacional que establecían que no era procedente condenar en sede casacional por cuanto existía un doble conforme de inocencia.

Quizás una respuesta en aras de mayor tutela judicial efectiva tanto para el procesado como para la víctima, en lugar del recurso de

doble conforme en sede casacional, era establecer límites al recurso de casación cuando existe una doble ratificatoria de inocencia, sin que esto limite la posibilidad de la víctima de recibir una respuesta adecuada por parte de la administración de justicia, por ejemplo, sobre nulidades procesales, nulidad de la sentencia por falta de motivación, o requerir al Tribunal de casación que de encontrarse méritos se pronuncie sobre un posible error inexcusable, dolo o manifiesta negligencia por parte de los jueces del Tribunal de apelación.

No obstante, con la regulación del recurso especial de doble conforme para los casos en los cuales por primera vez que se condene en apelación o en casación, será importante ir analizando el desarrollo jurisprudencial que se realice en este último caso, principalmente sobre sus límites y sus efectos con el resto de sujetos procesales.

Bibliografía

- Beung, E. (1943). Derecho procesal penal (Miguel Feneche, trad). Editorial Labor.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial No. 377.
- Caso Gorigoitia Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. (2019, 2 de septiembre de 2019). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 382. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_382_esp.pdf. La Sentencia se notificó el 17 de septiembre de 2019.
- Caso 05283-2015-04532. (2022, 26 de julio). Corte Nacional de Justicia (Mercedes Caicedo, Jueza Ponente).
- Caso 05304-2018-00016. (2022, 28 de julio). Corte Nacional de Justicia (Felipe Córdova, Juez Ponente).
- Caso 01283-2019-00787. (2022, 07 de octubre). Corte Nacional de Justicia (Marco Rodríguez, Juez Ponente).
- Caso 1076-2012. (2013, 14 de junio). Corte Nacional de Justicia (Vicente Robalino, Juez Ponente).
- Caso 294-2015. (2015, abril). Corte Nacional de Justicia (Vicente Robalino, Juez Ponente).
- Caso 699-2013. (2014, 09 de junio). Corte Nacional de Justicia (Vicente Robalino, Juez Ponente).
- Caso 517-2012. (2013, 28 de octubre). Corte Nacional de Justicia (Héctor Mosquera, Conjuez Ponente).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", (1984, 06 de agosto). <https://www.fielweb.com>
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, 10 de febrero). Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial No. 180.
- Fenech, M. (1952). Derecho Procesal Penal. Editorial Labor.
- Maier, J. (2004). Derecho procesal penal: fundamentos. Buenos aires: Editores del Puerto.
- Mesa Velásquez, L. (1973). La reformatio in peius en el proceso penal. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Sentencia 1965-18-EP/21. (2021, 17 de noviembre). Corte Constitucional del Ecuador (Alí Lozada Prado, Juez ponente).
- Sentencia 768-15-EP/20. (2020, 02 de diciembre). Corte Constitucional del Ecuador (Ramiro Ávila, Juez ponente).
- Sentencia 1408-14-EP/20. (2020, 29 de julio). Corte Constitucional del Ecuador (Agustín Grijalva, Juez ponente).
- Sentencia 995-12-EP/20. (2020, 22 de enero). Corte Constitucional del Ecuador (Teresa Nuques, Jueza ponente).
- Sentencia 1494-15-EP/21. (2021, 22 de septiembre). Corte Constitucional del Ecuador (Karla Andrade, Jueza ponente).
- Sentencia 8-19-IN y acumulado/21. (2021, 08 de diciembre). Corte Constitucional del Ecuador (Teresa Nuques, Jueza ponente).
- Sentencia 987-15-EP/20. (2020, 18 de noviembre). Corte Constitucional del Ecuador (Daniela Salazar, Jueza ponente).
- Resolución 04-2022. (2022, 30 de marzo). Corte Nacional de Justicia. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 44.

COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO EN LOS INCIDENTES DE EJECUCIÓN PENAL. ANÁLISIS DE ASPECTOS CRÍTICOS



Ab. Diego Campoverde Sánchez*

Subcoordinador Jurídico de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia

RESUMEN

El presente artículo identifica los principales puntos críticos sobre la competencia de los jueces de garantías penitenciarias y el procedimiento de incidentes de ejecución penal, con base en la revisión de la doctrina, legislación y la actividad de estos juzgadores registrada en el año 2021; se concluye que es necesaria una reforma normativa que especifique las competencias y alcances de esta justicia especializada.

Palabras claves: Ejecución penal, garantías penitenciarias, sistema penitenciario, cárcel, derecho penitenciario, control judicial.

ABSTRACT

The following paper identifies the main critical points on the competence of prison guarantee judges and the procedure for incidents of criminal justice system, based on the review of the doctrine, legislation and the activity of these judges registered in the year 2021. With this consideration, it is concluded that there is a need of a regulatory reform that specifies the competence and scope for this type of specialized justice.

Keywords: Criminal justice system, criminal law, prisons, guarantees in criminal proceedings, guarantees prison inmates, penitentiary guarantees.

* Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Central del Ecuador. Especialista en Derecho Penal y Magíster en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador. Magíster en Criminología y Seguridad por la Universidad de Valencia, España.

Introducción

La Corte Nacional de Justicia con amplio espíritu académico ha abierto una convocatoria pública para la discusión de los desafíos jurídicos actuales en materia penal, siendo éste el tema central de la revista Ensayos Penales en su décima cuarta edición. Como una de las líneas temáticas de esta revista se ha planteado estudiar los problemas de la administración de justicia en materia penal, línea en la que se enmarca el presente artículo.

En el Ecuador hasta antes de la Constitución de la República aprobada en el año 2008 no se había previsto normativamente la posibilidad de que una autoridad judicial controle y supervise el cumplimiento de las sanciones penales. La ejecución de las penas era un tema que estrictamente correspondía a la Función Ejecutiva, por lo que la Función Judicial se distanciaba de la persona sancionada con la ejecutoria de la condena. A decir de Manzanares (1981) la justicia se olvidaba del sentenciado en la puerta de la prisión, entregando a la administración “*penas en blanco*” (p. 8).

El Constituyente en el año 2008 al determinar las normas sobre el sistema de rehabilitación social estableció como una directriz del sistema, que jueces de garantías penitenciarias se encargarán de asegurar los derechos de las personas internas en el cumplimiento de la pena y decidir sus modificaciones (CRE, Art. 203). Esta exigencia constitucional creó la posibilidad de que un juez controle lo que sucede con las penas impuestas en procesos penales, cuestión que ha sido discutida en el contexto internacional desde hace ya un siglo (Alonso, 1986, p. 81), pero que en el país es una temática de reciente análisis.

Esta obligación constitucional fue adecuada normativamente por el legislador en el año 2009 con la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), ley orgánica en la que se determinó la jurisdicción, competencia y atribuciones del

juez de garantías penitenciarias (en adelante JGPT). Posteriormente, con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), se ampliaron las competencias del JGPT y se determinó las reglas del procedimiento para los incidentes de la ejecución penal.

La implementación del control judicial de la ejecución penal ha sido un proceso complejo y dilatado, afectado principalmente por imprecisiones conceptuales sobre esta figura jurisdiccional, por la indeterminación y confusión normativa sobre las atribuciones del JGPT y el procedimiento aplicable a estos procesos; y, por la alta y variada demanda de servicios a esta jurisdicción especializada.

Por lo dicho, es objetivo del presente artículo identificar los principales puntos críticos o problemáticos sobre la competencia de los JGPT y el procedimiento aplicable a los incidentes de ejecución penal, para lo cual se discute aspectos teóricos y doctrinarios sobre el juez de ejecución penal, se revisa la legislación ecuatoriana sobre esta figura jurisdiccional; y, se revisa también los registros de la actividad de esta justicia especializada durante el año 2021, caracterizando de forma general su funcionamiento.

El presente artículo tiene un nivel de investigación analítico, pues considera y examina varios aspectos del problema de estudio para identificar cómo se está observando y aplicando la competencia y el procedimiento para el control judicial de la ejecución penal en Ecuador. Para este estudio se recurre a la técnica de investigación documental, revisando la doctrina relevante, la normativa existente; y, la información estadística proporcionada por el Consejo de la Judicatura sobre la atención de procesos de garantías penitenciarias, por lo que considera aspectos cualitativos y cuantitativos.

La temática planteada guarda importancia en tanto el control judicial de la ejecución penal es un mecanismo de protección de

los derechos de las personas sentenciadas penalmente, de garantía del cumplimiento de las penas, de protección de derechos de las víctimas; y, de supervisión del sistema nacional de rehabilitación social. Por otro lado, es una cuestión novedosa y poco estudiada en el país, siendo un tópico de necesaria y urgente discusión ante la sostenida crisis penitenciaria que ha cobrado la vida de más de cuatrocientas personas privadas de libertad en los últimos dos años.

Es necesario señalar que en este trabajo se plantea un análisis general sobre la actividad del JGPT, con el fin de identificar los principales aspectos problemáticos que plantea esta temática y abrir una discusión sobre esta actividad jurisdiccional novedosa, por lo que las ideas y razonamientos propuestos son criterios que esperan recibir críticas y contrapropuestas. Además, le corresponde al autor advertir que este artículo tiene como antecedente una investigación planteada como trabajo final de un programa de posgrado, bajo el título “Control jurisdiccional de la ejecución penal en Ecuador”, el cual se invita a conocer.

I. ¿El JGPT es un juez penitenciario o un juez de ejecución penal?

La denominación del juez encargado del control de la ejecución penal no es un tema menor, sino que tiene relación con las atribuciones asignadas y por supuesto el alcance de sus funciones y decisiones. De acuerdo con el artículo 203 de la Constitución de la República, esta autoridad judicial denominada *juez de garantías penitenciarias* es la encargada de asegurar los derechos de las personas internas en el cumplimiento de la pena y decidir sobre las modificaciones de la pena. Esta disposición normativa delinea aspectos conceptuales sobre el JGPT, siendo necesario conocer los antecedentes para la creación de esta figura jurisdiccional especializada.

La ejecución penal es coetánea a la sanción penal, esto es una cuestión lógica, pues desde que el ser humano emplea mecanis-

mos de sanción, y con mayor énfasis desde el ejercicio del poder punitivo por parte de los Estados (Larrauri, 1997, p. 187), las sanciones que se imponen deben ser cumplidas y por tanto deben existir personas y/o instituciones encargadas de ejecutar esas sanciones, lo que le da a la pena certidumbre de su cumplimiento y en tal razón le permite cumplir sus fines de prevención general (Foucault, 2009).

En el ancien regimen el ejercicio del poder punitivo estaba concentrado en el monarca, pues era el quien creaba la ley, sancionaba las infracciones y ejecutaba las penas. Luego, con el advenimiento de la revolución francesa se estableció la república, dividiendo las funciones del Estado y con base en estas reformas se estableció a su vez el Derecho penal liberal (Foucault, 2009); a partir de ello la creación de la ley correspondió al legislador, la sanción a la función judicial y la ejecución de las sanciones a la función ejecutiva.

Históricamente la función ejecutiva se ha encargado del cumplimiento de las sanciones penales, teniendo un control absoluto de ello, pero conforme el avance de los sistemas de ejecución penal y el reconocimiento de derechos de las personas condenadas, principalmente de las personas privadas de libertad, se ha ido estableciendo límites al poder de la función ejecutiva, proceso que impulsó la determinación de un control judicial de la ejecución penal (Téllez, 2015, p. 699).

El avance de los sistemas de ejecución penal, especialmente del sistema penitenciario, permitió un rápido desarrollo de un cuerpo normativo que regula este ámbito jurídico, siendo este el Derecho de Ejecución Penal (Cervelló, 2016, p. 25). De esta rama jurídica y por el amplio desarrollo de la pena de prisión, se derivó el denominado Derecho Penitenciario, siendo este una especie del género de la ejecución penal (García, 1982, p. 4); sin embargo, ha pasado a tener un papel protagónico, por lo que en ámbitos como el español para referirse a la regulación de la ejecución penal se emplea el término Derecho

Penitenciario (Tamarit et al., 2001, 48). Por la consideración inicial de este párrafo, se advierte que el correcto uso de términos obliga a referirnos siempre a Derecho de Ejecución Penal (DEP), como se cumple en este artículo.

Esta rama jurídica tiene una naturaleza *sui generis*, puesto que sus normas regulan una relación administrativa entre la persona sentenciada penalmente y el Estado, pero esta relación nace de la responsabilidad penal determinada en un proceso judicial, por lo que la doctrina no reconoce autonomía al DEP, sino que identifica que si bien tiene un objeto de regulación determinado, sus normas tienen una función integradora entre el Derecho penal, Derecho procesal penal y el Derecho administrativo (Tamarit et al, 2001, p. 50).

Si bien desde inicios del siglo XIX se discutió la necesidad de establecer un control judicial de la ejecución penal, no se logró concretar la creación de esta figura jurisdiccional, a pesar del avance del DEP y la creación de una amplia regulación sobre ejecución penal. Con el avance del DEP en Brasil se creó el juez penitenciario en 1922, siendo el país pionero en este aspecto, mientras que para el año 1925 la Comisión Penitenciaria Internacional trató propuestas para establecer reglas de tratamiento de los reclusos, que ya incluían la necesidad de un control judicial de la ejecución penal (Téllez, 2015, p. 699).

Luego de los crímenes registrados en las dos guerras mundiales la comunidad internacional avanzó en el reconocimiento de los derechos humanos, determinando en el año 1948 la carta de derechos humanos de las Naciones Unidas, instrumento que dio pauta para el reconocimiento de derechos específicos para grupos prioritarios, por lo que en el caso de los reclusos en el año 1955 se establecieron las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, denominadas Reglas de Mandela (ONU, 1955), instrumento internacional en el que se determina como regla que los Estados deben garantizar que los reclusos puedan recurrir

ante una autoridad judicial para que conozca sobre su situación en privación de libertad y brinde protección a sus derechos, siendo este el antecedente inmediato para un rápido avance en la creación de estos jueces especializados en distintos países.

De acuerdo con la legislación de cada país esta figura jurisdiccional especializada tiene diversas atribuciones y denominaciones, tales como juez penitenciario, juez de vigilancia penitenciaria, juez de ejecución penal, y en nuestro caso juez de garantías penitenciarias. Por su parte, si bien las atribuciones son diversas, existe coincidencia en una doble función que involucra la protección de derechos de las personas sentenciadas penalmente y la supervisión del sistema de ejecución penal (Mapelli, 1999, p. 134).

De acuerdo con Téllez (2015, p. 712-3) en los países en los que se ha implementado control judicial de la ejecución penal se identifican tres formas en las que estos jueces asumen competencia, a saber: (i) solo por impugnación de decisiones de la administración, y no por conocimiento; (ii) actuaciones por recursos y por conocimiento; y, (iii) actuación amplia en asuntos de ejecución penal, que incluyen atención de beneficios, modificación de penas, e incluso aspectos no penitenciarios.

En el caso ecuatoriano la denominación de juez de garantías penitenciarias y la disposición constitucional antes mencionada, que señala que este juez se encargará de asegurar los derechos de las personas internas - entiéndase personas privadas de libertad -, da pauta para señalar que el JGPT es un juez de naturaleza penitenciaria, que controla solamente el cumplimiento de las penas privativas de libertad, cuestión que limita notablemente su accionar y se contradice con lo establecido en el COIP.

Por su parte el COFJ en su artículo 230 determina que el JGPT es competente para la sustanciación de derechos y garantías de

personas privadas de libertad con sentencia condenatoria, lo que implica de forma expresa una limitación para conocer el cumplimiento de penas no privativas de libertad y otros aspectos distintos a los penitenciarios.

Sin embargo, el COIP en su artículo 666 determina que el JGPT controlará y supervisará la ejecución de penas y medidas cautelares, dándole un ámbito de acción más amplio a este juez especializado, que considera a todas las personas sentenciadas penalmente, es decir a quienes han sido sancionados con penas de prisión y sancionados con penas no privativas de libertad, e incluso le asigna competencia respecto de personas que cumplen medidas cautelares.

Por lo dicho, se considera que existe una confusión normativa respecto de las competencias del JGPT, confusión que nace de una imprecisión conceptual sobre esta figura jurisdiccional. Mientras la CRE y el COFJ son restrictivos sobre el ámbito penitenciario, el COIP plantea una concepción amplia del JGPT como un juez de ejecución penal. Para saldar esta contradicción normativa se considera que es necesario recurrir al principio de especialidad de la norma (Código Civil, Art. 4 y 12; COFJ, Art. 12), por lo que la regulación del COIP prima ante el COFJ, en tanto que la restricción de la CRE puede ser superada bajo la consideración de una protección amplia de todas las personas sentenciadas penalmente (COIP, Art. 13), pues la norma se refiere de manera general a directrices del sistema nacional de rehabilitación social.

En razón de lo dicho, se determina que conceptual y normativamente al referirnos al JGPT estamos ante un juez de ejecución penal, por las diversas atribuciones que se le asigna, como ya veremos en el siguiente apartado; y que para referirnos a la normativa que regula la ejecución penal, debemos emplear el término Derecho de ejecución penal.

II. Competencia y atribuciones del juez de ejecución penal

Para abordar la competencia y atribuciones del JGPT debemos señalar que el artículo 666 del COIP establece que la ejecución de penas y medidas cautelares son competencia del Organismo Técnico del sistema nacional de rehabilitación social (SNRS), pero bajo el control y supervisión de este juez especializado. En tal razón, el JGPT tiene competencia exclusiva y excluyente respecto del control y supervisión de la ejecución de penas y medidas cautelares.

Para explicar la competencia sobre el control y supervisión de la ejecución de sanciones penales se debe señalar que la ejecución de una pena se habilita con la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siendo en este momento que asume competencia el JGPT, para controlar el fiel cumplimiento de la o las penas y garantizar los derechos de la persona sentenciada, esto conforme el mencionado artículo y lo determinado en el artículo 230 del COFJ.

Pero al hablar de competencia sobre el control del cumplimiento de medidas cautelares, estamos frente a una persona que no se encuentra con sentencia condenatoria y que temporalmente tiene restringidos derechos de acuerdo a la medida cautelar impuesta, por lo que la norma le concede protección especializada a través de este juzgador. Es evidente que esta protección es prioritaria en caso de prisión preventiva, y así mismo es exigible también en caso de las otras medidas cautelares.

Cabe señalar que el JGPT tendrá competencia sobre la protección de derechos de la persona que cumple una medida cautelar, esto principalmente para evitar arbitrariedades en la ejecución de la medida, estando vetado para este juez la modificación, suspensión, revocatoria o sustitución de la medida cautelar, cuestión que compete exclusivamente al juez de garantías penales que conoce el proceso en que se dictó la medida cautelar, esto conforme los artículos 519 y 522 del COIP.

Adicionalmente es relevante señalar que la competencia del JGPT en cuanto al control de la ejecución penal, y la competencia del organismo técnico del sistema nacional de rehabilitación social en cuanto a la ejecución de penas, pueden entrar en conflicto con lo determinado en el artículo 142 del COFJ, norma que dispone que corresponde al Tribunal o juez de primera instancia ejecutar las sentencias.

El COFJ al ser una norma general que regula la estructura de la Función Judicial, prevé normas que no consideran las particularidades propias de cada materia o asunto, por lo que, para determinar aspectos específicos de una materia, debemos remitirnos a las disposiciones propias e interpretar la norma de manera integral y sistemática, como lo determina el artículo 13 del COIP.

Si bien el artículo 142 del COFJ instituye la figura del juez de ejecución, se considera que en materia penal esta figura no es aplicable, esto en razón de los efectos diversos de la sentencia. Una sentencia condenatoria que ha causado ejecutoria genera, por un lado, la obligación de ejecutar la o las penas impuestas, cuestión que como se mencionó corresponde al SNRS, actualmente al Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y a Adolescentes Infractores (SNAI); y por otro lado, la obligación de ejecutar las medidas de reparación integral, cuyo cumplimiento corresponde a la persona sentenciada penalmente y en ciertas ocasiones a instituciones públicas (COIP, Art. 77 y 670).

Por lo dicho, la ejecución de las obligaciones determinadas en sentencia no corresponden a una autoridad judicial sino a otros actores, por lo que se considera que no es aplicable el artículo 142 del COFJ; debiendo recalcar que el JGPT es competente para controlar el cumplimiento de la ejecución penal, supervisar el funcionamiento del SNRS, garantizar derechos de las personas sentenciadas penalmente y garantizar derechos de las víctimas, pero no para ejecutar la sentencia.

Si bien respecto de las penas no existe mayor dificultad en identificar quien las ejecuta y quien las controla, si hay dificultad al hablar de medidas de reparación. Para facilitar el análisis de este asunto es necesario plantear un ejemplo: Juan es sentenciado por el delito de robo y en la sentencia se determina como medida de reparación la indemnización a la víctima en un monto de mil dólares.

Esta medida de indemnización obliga a Juan para con la víctima, pero ante un eventual incumplimiento de la medida debe haber acciones que permitan tutelar el derecho de la víctima. Siguiendo lo determinado en el artículo 670 del COIP, se advierte que el JGPT, en protección de los derechos de la víctima, puede conocer incidentes de incumplimiento de la reparación integral y en estos casos determinar la forma de cumplimiento, por lo que sería el JGPT quien deba verificar la ejecución de las medidas de reparación.

En caso de indemnización, al existir una obligación dineraria y ser la sentencia un título de ejecución, corresponde por supletoriedad aplicar las reglas de ejecución previstas en el libro V del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), debiendo ser el JGPT quien a través de incidentes de incumplimiento de las medidas de reparación, ejecute la obligación de indemnización, esto siguiendo el criterio de que este juez especializado tiene entre sus funciones la protección de los derechos de la víctima.

En contraposición al criterio antes señalado, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en Resolución No. 11-2021 de 25 de octubre de 2021, con base en su función interpretativa de la ley prevista en el numeral 6 del artículo 180 del COFJ, estableció que la ejecución de la reparación integral a favor de la víctima corresponde al juez o tribunal de garantías penales que dictó la sentencia, es decir al denominado juez de ejecución conforme el artículo 142 del COFJ, competencia que incluye la ejecución forzosa conforme las normas del COGEP; y, la Resolución aclara además que

la competencia del JGPT sobre los incidentes de reparación integral comprende “*únicamente la declaratoria de su cumplimiento o incumplimiento*”.

Si bien lo determinado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia es de carácter general y obligatorio, y se adecua a una necesidad de aclarar aspectos oscuros de la norma y facilitar la garantía de derechos de las víctimas, se considera que esta decisión limita la competencia del JGPT, generando que este juez especializado cumpla una función meramente declarativa ante el incumplimiento de las medidas de reparación por lo que sus decisiones en este aspecto no tienen poder coercitivo.

Al respecto, se debe discutir si es efectivo que la norma prevea como ámbito de competencia del JGPT la protección de derechos de la víctima, cuando puede ser una distracción de su fin primordial de protección de derechos de las personas sentenciadas penalmente y de supervisión del sistema de rehabilitación social. A criterio del autor, se debe propender a que exista unidad en la actuación del JGPT, de manera que o bien se encarga de toda la ejecución de las medidas de reparación, o bien se le excluye de esta función, aspectos que hacen necesaria una revisión normativa para su reforma.

Con base en todo lo señalado, la competencia del JGPT se enmarca en cuatro cuestiones centrales, a saber: (i) control del cumplimiento de las penas (ii) protección de los derechos de las personas sentenciadas penalmente y de las personas que cumplen medidas cautelares; (iii) protección de los derechos de las víctimas; y, (iv) supervisión del sistema nacional de rehabilitación social. Estos ámbitos de competencia ratifican la calidad del JGPT como juez de ejecución penal.

En cuanto a las atribuciones del JGPT, para identificarlas debemos considerar lo dispuesto en el COFJ y en el COIP. Por ser múltiples y de variada naturaleza, se considera oportuno

clasificarlas de acuerdo con su objeto. Al no ser objetivo de este trabajo de investigación el análisis detallado de estas atribuciones, su clasificación se restringe a ser indicativa, por lo que se presenta los grupos de clasificación y las normas de referencia.

Control del SNRS: Impugnación de decisiones sobre régimen penitenciario (Arts. 230.2 COFJ, 668 y 726 COIP); aplicación del protocolo facultativo a la Convención contra la tortura (Art. 230.7 COFJ); vigilancia y control (Art. 669 COIP); y, atención de peticiones, reclamaciones o quejas (Art. 670 COIP).

Beneficios penitenciarios: otorgamiento de beneficios penitenciarios y régimen de rehabilitación social semiabierto y abierto (Arts. 230.3 COFJ y 696 COIP). Por temporalidad aplicación de normas del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, derogado.

Procedimiento penitenciario: excarcelación por cumplimiento de pena (Arts. 230.4 COFJ y 669 COIP); cómputo de pena (Art. 667 COIP); ordenar internamiento de la persona que se encuentra en libertad (Art. 667 COIP).

Modificación o extinción de pena: unificación y prescripción de penas (Arts. 230.5 COFJ y 55 COIP); control de cumplimiento de indultos (Art. 230.6 COFJ); aplicación de ley posterior más benigna (Art. 230.9 COFJ); ejecución de repatriación (Art. 728 COIP); y, control del cumplimiento de suspensión condicional de la pena (Art. 631 COIP).

No ejecución penal: garantías jurisdiccionales (Art. 230.1 COFJ); conocer violaciones del estatus de liberado (Arts. 230.8 COFJ y 692 COIP); visita a víctimas de delitos (Art. 669 COIP); incumplimiento de reparación integral (Art. 670 COIP); remisión de la persona ofendida (Art. 671 COIP).

Como se aprecia, las atribuciones del JGPT son de distinta naturaleza y de la clasificación

planteada se puede considerar la existencia de distintos mecanismos de protección de derechos. Las atribuciones de control del SNRS se relacionan con la competencia de supervisión del SNRS, y permiten un mecanismo de protección mediante la impugnación de decisiones de la administración encargada de la ejecución penal, del funcionamiento del sistema y del cumplimiento de sus fines. Se considera que este mecanismo tiene una gran importancia en la protección colectiva de derechos de las personas sentenciadas penalmente, especialmente a través de la atribución de vigilancia y control, que implica visitas del JGPT a los centros de privación de libertad.

Por su parte, las atribuciones sobre beneficios penitenciarios tienen una relación directa con el principio del DEP de rehabilitación, que encuentra fundamento en el sistema progresivo de rehabilitación social que rige el SNRS (COIP, Art. 695); en tanto que, las atribuciones clasificadas como procedimiento penitenciario tienen relación con acciones judiciales de obligatorio cumplimiento en todos los casos, especialmente en el inicio y fin del proceso de ejecución penal.

Las atribuciones relacionadas con modificación o extinción de pena encuentran sustento también en el sistema progresivo de rehabilitación social, así como en el principio de legalidad de la ejecución penal y por tanto se enmarcan en la protección de derechos de las personas sentenciadas penalmente. Por último, las atribuciones denominadas “no ejecución penal” no tienen relación directa con las consecuencias de responsabilidad penal y las penas impuestas, sino con aspectos distintos a la ejecución penal y en tal razón plantean un ámbito amplio de competencia del JGPT.

III. Análisis estadístico de la actividad del juez de ejecución penal

Determinada que ha sido la competencia y atribuciones del JGPT, con la finalidad de identificar cómo en la práctica se está desa-

rollando esta jurisdicción especializada, se analiza información estadística proporcionada por la Dirección Nacional de Estudios Jurídicos y Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura, correspondiente a los procesos de garantías penitenciarias registrados en el año 2021.

La información proporcionada por el referido ente administrativo de la función judicial se basa en registros de procesos de garantías penitenciarias constantes en el Sistema Automático de Trámite Judicial del Ecuador, SATJE, parametrizado por identificación de número de proceso, fecha de ingreso, provincia, cantón, judicatura, tipo de acción o garantía penitenciaria y estado de la causa, diferenciando si a la fecha de reporte, que corresponde al mes de agosto de 2022, se encuentra resuelto o pendiente.

Durante el año 2021 las distintas judicaturas que a nivel nacional conocieron causas de garantías penitenciarias registraron un total de 16.709 procesos, con un promedio mensual de 1.392 procesos, registrando el mayor ingreso mensual en el mes de julio y el menor en febrero. De la totalidad de procesos al mes de agosto de 2022 el 85.8% se encontraba resuelto y el 14.2% en trámite. Por otra parte, se debe señalar que en el 52.3% de casos conocieron los procesos jueces de garantías penitenciarias, mientras que en el restante 47.7% actuaron mediante ampliación de competencias jueces de garantías penales, cuestión que afecta el principio de especialidad del JGPT.

Respecto de la intervención de jueces de garantías penales en esta jurisdicción especializada debemos señalar que, si bien la CRE, el COFJ y el COIP determinan la necesaria existencia de al menos un JGPT en cada cantón en que exista un centro de privación de libertad, solamente en 7 de 26 cantones existen estas judicaturas especializadas, cuestión que como se dijo afecta el principio de especialidad y configura un incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales.

Si bien no se ha cumplido con la creación de la totalidad de judicaturas necesarias, las existentes se encuentran en los cantones que albergan mayor población penitenciaria, ubicándose en Guayaquil, Latacunga, Cuenca, Portoviejo, Santo Domingo, Quito y Machala, lo cual justifica que el 52% de procesos hayan sido conocidos por jueces de garantías penitenciarias.

En consideración de la cantidad de procesos por cantón, es en Guayaquil en donde se registra el mayor número de casos con 5.316 procesos, que representan el 31.8% del total anual a nivel nacional, cantón que es seguido por Latacunga con 11.2% y luego se encuentra Portoviejo con 6.51%; entre estos tres cantones se alcanza el 50% de la demanda de servicios de la jurisdicción de garantías penitenciarias, cuestión que se relaciona con la población penitenciaria ubicada en estos cantones.

Luego de esta revisión general de cifras, pasamos a analizar la incidencia por cada tipo de acción o garantía penitenciaria, de acuerdo con la clasificación antes realizada. En cuanto al *control del SNRS* existen 224 procesos, de los cuales 220 corresponden a impugnación de decisiones de traslado y 4 a impugnación de sanciones administrativas, procesos que representan el 1.34% del total nacional.

Respecto de los procesos identificados como vigilancia y control, que fueron clasificados como acciones de control del SNRS, existen 2.815 procesos; sin embargo, se considera que estos registros no se corresponden con la real actividad que debe ser reportada bajo este tipo de procesos. Conforme se señaló, el artículo 669 del COIP determina como actividad de *vigilancia* y control las visitas que los jueces realizan a los centros de privación de libertad, pero del análisis de los procesos reportados con esta categoría en el sistema SATJE, se identifica que corresponden a diversas cuestiones y distintos tipos de incidentes de ejecución penal, cuestión que demanda un

análisis exhaustivo de la información, examen no previsto para este análisis indicativo, por lo que estos procesos no se los considera en la categoría de control del SNRS.

En cuanto a los beneficios penitenciarios, en el año 2021 se registraron 175 procesos de cambio a régimen abierto, 3.224 casos de cambio a régimen semiabierto y 31 procesos de prelibertad, registros que suman 3.430 casos y representan un 20.5% del total anual, es decir la quinta parte de la actividad jurisdiccional de los JGPT.

En las acciones clasificadas bajo la denominación de procedimiento penitenciario, que son las de mayor incidencia, en el año de estudio se registraron 7.596 procesos, que significan el 45.4% del total anual y corresponden a 4.444 casos de cómputo de pena y 3.152 casos de excarcelación por cumplimiento de pena. Respecto de estas acciones es evidente que incumben casi al 50% de la actividad judicial, siendo cuestiones esenciales en los procesos de ejecución penal que demandan el mayor tiempo de los JGPT.

Por su parte, el control de la suspensión condicional de la pena registra 1.631 procesos, la ejecución de indulto 33 casos, favorabilidad 67 casos, prescripción de la pena 96 casos, repatriación 14 procesos y la unificación de penas mantiene 199 registros, procesos que suman 1.973 casos y que representan 12.2% del total, siendo estas acciones clasificadas como modificación o extinción de pena.

Finalmente, se observa que no existen registros de procesos por las atribuciones denominadas "*no ejecución penal*"; en tanto que se evidencia la existencia de 604 registros bajo la denominación de *ejecución de sentencia*, cuestión que no está determinada como una atribución del JGPT, pero que en el sistema SATJE se ha habilitado como un asunto de este juez especializado. Para comprender la razón de esta acción sería necesario un análisis detallado de una muestra de los procesos bajo estos registros, cuestión que no se ha

considerado en el presente trabajo y que por tanto no son incorporadas a ninguna de las clasificaciones antes mencionadas.

De la revisión de la actividad de los JGPT en el año 2021 se advierte que existe una gran cantidad de procesos que corresponden a cuestiones de *procedimiento penitenciario*, referentes a ingreso y salida de personas privadas de libertad; al respecto debemos considerar que, si bien estas cuestiones requieren control judicial por implicar el inicio y fin de la privación de libertad, su alta incidencia repercute en un importante empleo de tiempo de los JGPT, lo cual relacionado con el dilatado procedimiento de incidentes de ejecución penal, puede generar una reducción en la eficiencia de esta jurisdicción especializada, por lo que se considera necesaria una determinación normativa de procedimientos distintos para estos casos, en los que no se requiera el desarrollo de una audiencia.

Del análisis estadístico se destaca que no hay precisión en la información recopilada en el sistema SATJE, toda vez que no se verifica la existencia de registros de la atribución de peticiones, reclamaciones o quejas, en tanto que existen otros tipos de registros no previstos en la norma como el de ejecución de sentencias. En este sentido se identifica la necesidad de adecuar el sistema SATJE a lo previsto en la norma, para poder llevar registros más adecuados, siendo necesario también la supervisión del trabajo de ingreso y registro de procesos para transparentar y mejorar la información.

IV. Consideraciones sobre el procedimiento de incidentes de ejecución penal

Habiendo reconocido cuestiones sobre competencia y atribuciones del JGPT, así como la forma en que estadísticamente se presenta el funcionamiento de esta jurisdicción especializada, corresponde con estos elementos y con base en una revisión norma-

tiva analizar el procedimiento previsto para las garantías penitenciarias e identificar los aspectos críticos del mismo.

El artículo 670 del COIP determina el procedimiento aplicable a los incidentes relativos a la ejecución de la pena, señalando que es oral y público, por lo que se realiza en audiencia, en la que deberán comparecer la persona privada de libertad, su defensa técnica, así como los testigos y peritos que sean necesarios. El desarrollo de esta audiencia se deberá adecuar a las reglas generales previstas en el artículo 536 *ibidem*.

Asimismo, la norma comentada determina que este procedimiento es aplicable a los incidentes relativos al incumplimiento total o parcial de la reparación integral, pudiendo el JGPT establecer la forma en que se cumplirá la indemnización, en caso de haberla; y, que esta autoridad judicial ante el incumplimiento total de los mecanismos de reparación deberá informar a la Fiscalía para que inicie una acción penal por el delito previsto en el artículo 282 del COIP.

El procedimiento para los incidentes de ejecución penal plantea ciertos inconvenientes que pueden afectar directamente la eficacia de esta justicia especializada, por lo que se plantea la discusión de los siguientes aspectos problemáticos: (i) jurisdicción y competencia (ii) sujetos procesales (iii) indeterminación de plazos y/o términos, (iv) ejecutoriedad y ejecución de las decisiones, (v) impugnación. De estas cuestiones se comentará el aspecto normativo, el asunto problemático y una posible solución desde la comprensión del Derecho de ejecución penal y los fundamentos del control jurisdiccional de la ejecución penal.

En este análisis debemos partir de que, como se mencionó, el control judicial de la ejecución penal pretende ser un límite al poder de la función ejecutiva en la ejecución de las sanciones penales y de esta forma garantía de los derechos de las personas sentenciadas

penalmente y del cumplimiento de los fines del sistema de rehabilitación social, así como garantía de los derechos de las víctimas. Bajo esta idea rectora, esta justicia se orienta fundamentalmente por los principios de legalidad, especialidad, resocialización e inmediación (Guillamondegui, 2004, p. 4).

La legalidad en la ejecución de la pena precautela que la ejecución de las sanciones se restrinja al contenido de la sentencia de condena, limitando la posibilidad de que administrativamente este contenido sea modificado; el principio de especialidad pretende que el control judicial sea cumplido bajo la concepción de una autoridad que protege derechos de las personas sentenciadas penalmente y que abandona una posición de castigo o reproche por la infracción; la inmediación exige una proximidad de la autoridad judicial reforzada, necesaria por la grave afectación de derechos en la ejecución penal, especialmente en caso de las penas privativas de libertad; y, el principio de resocialización se enmarca en la finalidad de la pena y del SNRS.

(i) Jurisdicción y competencia. El control judicial de la ejecución penal crea una jurisdicción especializada para el conocimiento y resolución de incidentes que se presenten en la ejecución penal, de manera que esta potestad de administrar justicia encuentra fundamento en la protección de derechos de las personas sentenciadas penalmente y de las víctimas de los delitos. Esta jurisdicción se ejerce de forma exclusiva y excluyente por parte del JGPT, sin que exista posibilidad de que un juez distinto o una autoridad administrativa asuman sus atribuciones.

Sin perjuicio de lo mencionado, actualmente en la mayoría de cantones en que existen centros de privación de libertad no se cumple con la especialidad y exclusividad en la administración de esta justicia especializada, puesto que son jueces de garantías penales quienes, por ampliación de competencias, conocen y resuelven procesos de incidentes de ejecución penal, esto conforme

resoluciones 018 y 032 del Pleno del Consejo de la Judicatura. Esta cuestión problemática encuentra razón en dificultades presupuestarias y administrativas, puesto que compete al Consejo de la Judicatura crear estas judicaturas especializadas, aspecto que se ha cumplido parcialmente y que afecta el principio de especialidad, generando dificultades para esta justicia.

La CRE, el COFJ y el COIP determinan que en los cantones en donde existan centros de privación de libertad habrá al menos un JGPT, cuestión que delimita la competencia en razón de territorio, siendo competente para conocer los procesos de incidentes de ejecución penal el juez del cantón en que se encuentra el centro de privación de libertad (CPL) en que cumple pena la persona privada de libertad.

Si bien la regla de competencia es clara, no considera a las personas que cumplen penas no privativas de libertad, a las personas a quienes se ha suspendido condicionalmente la pena, ni a las víctimas, respecto de quienes no se puede fijar competencia por el lugar en que se encuentra un CPL al no estar privados de libertad. En este sentido, se considera que en virtud del principio de inmediación lo deseable es que asuman esta competencia los JGPT del cantón en que se encuentra el domicilio de estas personas, cuestión que se adecúa a reglas de competencia de materias no penales previstas en el COGEP (Art. 9), siendo esta norma supletoria en materia penal.

Ahora bien, en el caso de las personas privadas de libertad se identifica otra situación problemática, pues por la dinámica del sistema penitenciario es posible que durante la ejecución de la pena la persona sea internada en distintos CPL. De acuerdo con la regla de competencia en materia de territorio esto implica que varios jueces conozcan incidentes respecto de una misma persona, cuestión que puede significar dificultades administrativas y procesales.

Para solventar estos aspectos problemáticos el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en atención a dudas planteadas por diversas juezas y jueces a nivel nacional, en aplicación de su atribución de expedir resoluciones con efectos generales y obligatorios en casos de duda u oscuridad de la ley, prevista en el numeral 6 del artículo 180 del COFJ, dictó la Resolución 01-2022 de 26 de enero de 2022, en la que en lo principal determina aspectos procedimentales y de competencia del JGPT.

El artículo 1 de la mencionada Resolución ratifica que en los procesos de cambio de régimen de rehabilitación social se debe verificar exclusivamente los requisitos establecidos en la ley y el reglamento respectivo, sin que se pueda exigir requisitos distintos. Esta disposición ratifica la vigencia del principio de legalidad en la ejecución penal, aspecto que no se advierte que haya sido confuso en la normativa, pero que finalmente afianza y aclara los requisitos exigibles para este tipo de procesos.

Por otra parte, el artículo 2 *ibídem* establece como regla de competencia que el JGPT que previno en el conocimiento de un proceso de cambio de régimen de rehabilitación social, será competente para conocer todo el sistema de progresividad de la PPL, incluidos los incidentes; en tal razón, si otro juez recibe una nueva solicitud de cambio de régimen de rehabilitación, deberá remitir el proceso al juez que previno en el conocimiento de la causa.

En cuanto al artículo 3 de la Resolución comentada, esta disposición determina que, en los procesos de cambio de régimen de rehabilitación social en caso de que el informe de la autoridad penitenciaria sea favorable y que se verifique que no existen inconsistencias en el expediente, se resolverá en mérito del expediente, sin que sea necesario convocar a audiencia; mientras que, siendo negativo el informe o de encontrar inconsistencias, sí se convocará a audiencia. Por su parte, el artículo 4 la Resolución 01-2022 establece que

en estos procesos de cambio de régimen de rehabilitación social que se convoque a audiencia, no se deberá convocar a la Fiscalía.

De la lectura de la Resolución 01-2022 se evidencia que ha sido intención de la Corte Nacional de Justicia, en garantía de los derechos de las personas sentenciadas penalmente y en búsqueda de una justicia pronta, aclarar algunos aspectos confusos u oscuros del procedimiento de incidentes de ejecución penal, especialmente en lo referente al cambio de régimen de rehabilitación social; sin embargo, se advierte que existen aún cuestiones por aclarar y mejorar.

Respecto de la continencia del proceso y las reglas previstas en el artículo 2 de la Resolución comentada, se debe señalar que, si bien puede ser correcta la intención de conjugar un solo proceso judicial para controlar la ejecución de la pena, esto por la naturaleza propia de la ejecución penal no es del todo posible, considerando especialmente los múltiples traslados de que puede ser objeto la persona privada de libertad (PPL).

Hay razón y necesidad de que los incidentes de ejecución penal de una PPL se concentren en un solo expediente judicial, pero para no contravenir el principio de inmediación y la norma de competencia territorial, el expediente judicial deberá ser trasladado junto con la PPL, pues no es pertinente que por ejemplo una PPL que se encuentra en Cuenca deba comparecer ante el JGPT de Guayaquil; por lo que no siempre se podrá actuar ante el juez que previno en el conocimiento de un proceso de ejecución penal.

Por otro lado, en relación a lo determinado en el artículo 3 de la Resolución 01-2022, más que aclararse una norma de procedimiento, se establece una regla procesal distinta a lo que la norma dispone. La regla general del artículo 670 del COIP es que todo proceso de incidente de ejecución penal cuente con una audiencia; sin embargo, el referido artículo establece un "procedimiento expedito"

en el que se prescinde de la audiencia, con base en una decisión previsible en favor de la PPL.

Para llegar a determinar que se puede prescindir de la audiencia, la Resolución 01-2022 en sus considerandos señala que la necesidad de una audiencia se fundamenta en la contradicción de las partes de forma oral y pública, de manera que en el caso puntual del cambio de régimen de rehabilitación social en que existe informe favorable de la autoridad penitenciaria, al no haber contradicción con la pretensión de la PPL, sería innecesario realizar una audiencia.

Si bien el fundamento es correcto, se considera que el artículo 670 del COIP es claro y expreso en la determinación de que todo proceso de incidente de ejecución penal debe realizarse en audiencia, por lo que no sería procedente una interpretación que varíe dicha disposición normativa; sino que es necesaria una reforma legal, que permita establecer diversos procedimientos para los distintos tipos de acciones y garantías penitenciarias, de manera que se pueda construir un sistema eficaz y eficiente.

Para finalizar este breve comentario sobre la Resolución 01-2022, se debe reconocer que con acierto la Corte Nacional de Justicia establece que en los procesos de cambio de régimen de rehabilitación social – y agregamos que en todos los procesos de incidentes de ejecución penal – no debe convocarse a la Fiscalía General del Estado. Esto encuentra fundamento en que Fiscalía no es sujeto procesal en los procesos de ejecución penal, pues la ejecución penal tiene sustento en una relación administrativa entre la persona sentenciada penalmente y la administración pública, entre la PPL y la administración penitenciaria; y, la pretensión punitiva de Fiscalía finaliza cuando culmina el proceso penal, no teniendo participación en la ejecución penal.

En este aspecto se considera oportuno manifestar que las mismas razones señaladas

para Fiscalía, hacen que la víctima y/o acusación particular no sean sujetos procesales en los incidentes de ejecución penal, por lo que no se les debe convocar a estos procesos; y, en caso de hacerlo, no se podrá tener como fundamento de la decisión judicial la pretensión de Fiscalía, víctima o acusación particular. Como se ha dicho, para las víctimas la propia norma establece la posibilidad de acudir ante el JGPT, exclusivamente respecto del cumplimiento de las medidas de reparación integral.

Definidas estas cuestiones sobre la competencia en razón de territorio, debemos señalar que en razón de materia esta competencia responde únicamente a esta justicia especializada para el control de la ejecución penal; en tanto que en razón de personas el ordenamiento jurídico no diferencia la competencia del JGPT, por lo que se prevé que no existe fuero en esta justicia especializada. Sobre este aspecto en caso de duda se deberá considerar la regla prevista en el numeral 3 del artículo 168 del COFJ, que determina que ante la duda prevalecerá el fuero común.

Finalmente, la competencia en razón de grado tampoco está definida adecuadamente. Si bien en primera instancia son competentes los JGPT, no se tiene claridad de qué jueces son competentes para conocer estos procesos en segunda instancia en virtud del recurso de apelación; sin perjuicio de ello, por la relación de esta justicia especializada con la justicia penal, quienes asumen competencia en segundo grado sobre los incidentes de ejecución penal son las salas especializadas de lo penal.

(ii) Sujetos procesales. En el segundo aspecto de análisis, se evidencia que existen problemas en cuanto al reconocimiento de quiénes son los sujetos procesales en los incidentes de ejecución penal. Como se ha dicho, esta cuestión incluso ha sido objeto de consulta a la Corte Nacional de Justicia, la cual en la Resolución 01-2022 determinó que para el caso de procesos de cambio de

régimen de rehabilitación social no se deberá contar con Fiscalía General del Estado.

Para el análisis de esta temática es menester iniciar por identificar cuál es la relación de las personas sentenciadas penalmente con el Estado. Siendo la función ejecutiva la que tiene la competencia para ejecutar las sanciones penales, existe una relación administrativa entre las personas sentenciada y la administración pública, que en el caso de la pena de prisión se denomina relación jurídica penitenciaria. Esta relación se sustenta además en la responsabilidad de custodia que tiene el Estado respecto de las PPL.

Siendo competencia exclusiva del Estado la ejecución de sanciones penales, esta relación jurídica administrativa genera exigencias entre el administrado y la administración pública, siendo estos los únicos sujetos procesales de esta relación, por lo que son los únicos habilitados para intervenir en todos los procesos de incidentes de ejecución penal, sin que pueda Fiscalía, la víctima y/o la acusación particular intervenir.

Para comprender esta limitación de intervención de Fiscalía y las víctimas debemos tener claridad respecto de que el proceso de ejecución penal es distinto y separado del proceso penal. Si bien el ejercicio del poder punitivo se extiende desde la formulación de cargos hasta el cumplimiento total de la pena, la pretensión punitiva se agota con la sentencia condenatoria, siendo este el ejercicio de reproche que se hace al infractor, mientras que la ejecución de las penas tiene como finalidad la rehabilitación de las personas sentenciadas penalmente y responde al cumplimiento de las penas legalmente impuestas en sentencia.

Al ejecutoriarse una sentencia condenatoria se agota la pretensión punitiva, por lo que Fiscalía no puede continuar su intervención en el proceso de ejecución penal, correspondiendo este proceso exclusivamente a la administración pública a cargo del sistema na-

cional de rehabilitación social, actualmente el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores, SNAI.

Como se mencionó anteriormente, esta exclusión de la víctima no implica vulneración de sus derechos, puesto que para la tutela de los derechos derivados de la reparación integral la norma establece un procedimiento específico a cargo del JGPT, en el que se discutirá el cumplimiento de las medidas impuestas sentencia.

La determinación de los sujetos procesales se considera como una cuestión problemática que nace de la incompreensión de la relación jurídica administrativa de las personas sentenciadas penalmente y la administración pública, afectando los procesos en tanto se pierde eficacia y se puede prolongar indebidamente la pretensión punitiva de Fiscalía y víctima, a través de la oposición a los legítimos requerimientos de las personas sentenciadas, cuando esta oposición corresponde exclusivamente a la administración pública encarga de la ejecución penal.

(iii) Indeterminación de plazos y/o términos. Dada la naturaleza de la ejecución penal, especialmente en cuanto al sistema penitenciario, la protección de los derechos de las personas privadas de libertad y la supervisión del funcionamiento del sistema nacional de rehabilitación social, exigen que la intervención del JGPT sea inmediata, puesto que los derechos limitados o que necesitan protección principalmente son el derecho a la libertad, vida e integridad.

A pesar de esta necesidad de una justicia especializada y ágil, la norma no determina plazos o términos para la atención de los procesos de incidentes de ejecución penal, dejando a discrecionalidad del juzgador el tiempo de gestión de los procesos, lo que repercute en la eficacia de esta justicia como un mecanismo de protección de derechos de las personas sentenciadas penalmente.

Ante estas dificultades se espera un comportamiento diligente de los juzgadores, sin embargo, para limitar la discrecionalidad y posible arbitrariedad, es necesario que la norma señale plazos específicos para la atención de los procesos de ejecución penal, que deben ser condicionados a sanciones administrativas para lograr un real cumplimiento por parte de los JGPT, cuestiones que se lograrán a través de una reforma normativa, considerando la necesidad procesal y la demanda de servicios existente, para lo cual se estima necesario un detallado estudio del funcionamiento de estas judicaturas.

(iv) Ejecutoriedad y ejecución de las decisiones. Un aspecto que plantea serios problemas es el límite del poder de decisión de los JGPT y los mecanismos de ejecución de sus decisiones. En el análisis de estos elementos debemos señalar que no todas las garantías penitenciarias inciden en esta problemática, pero si aquellas que se han identificado con la denominación de control del SNRS.

Estas garantías configuran realmente el *control judicial de la ejecución penal* como un sistema de protección de derechos de las personas sentenciadas penalmente y de supervisión del SNRS, puesto que plantean directamente la discusión de la vulneración de algún derecho de estas personas o incumplimiento de las funciones del SNRS, ya sea a través de impugnación de decisiones de la administración de ejecución penal, de la vigilancia y control, o de la atención de peticiones, reclamaciones o quejas, entre otras.

En este sentido, cuando el JGPT a propósito de alguna de las garantías penitenciarias identifique la vulneración de derechos de una PSP, debe dictar las medidas que sean necesarias para que dicha vulneración cese y/o sea reparada; sin embargo, la norma no establece qué medidas puede dictar ni el límite del poder del JGPT. Pensemos por ejemplo cuando a una PPL se le vulnera el derecho de educación, ¿podría el JGPT ordenar el traslado de la PPL a un

centro en que se garantice este derecho?

Evidentemente estas decisiones causan una tensión entre la decisión de la autoridad judicial y la decisión de la autoridad penitenciaria, puesto que por vía judicial se puede cuestionar, impugnar y eventualmente modificar una decisión administrativa. Al respecto se considera absolutamente necesario que entre los JGPT y la administración de ejecución penal existan mecanismos de coordinación que permitan al juzgador de manera informada tomar decisiones, esto en consideración de las reales capacidades del SNRS, sin que esto signifique limitación de los derechos de las PSP.

Al no existir un límite a las decisiones judiciales, se considera oportuno que el propio SNRS advierta sobre la posible existencia de decisiones que impliquen riesgos para las personas sentenciadas penalmente o para el sistema, estableciéndose un mecanismo de control de doble vía que permitiría por un lado garantizar los derechos de las personas sentenciadas y por el otro evitar la posible generación de decisiones arbitrarias y de la creación de espacios expuestos a prácticas deshonestas o corruptas. Asimismo, se estima que sería necesario una reforma normativa que determine expresamente las acciones que los JGPT pueden disponer para la protección de derechos y la supervisión del SNRS.

En cuanto a la ejecución de las decisiones, se comprende que el propio JGPT es el encargado de verificar que sus decisiones se ejecuten, esto de conformidad con el artículo 142 del COFJ. Sin perjuicio de la mencionada disposición normativa, para contar con un sistema más efectivo y eficiente, se debería establecer una disposición expresa que señale la competencia para la ejecución de las decisiones del JGPT y las consecuencias de su incumplimiento.

Con base en lo señalado, se debe considerar que el control judicial de la ejecución penal cumplirá con su finalidad solamente en

la medida en que las decisiones de los JGPT se cumplan en la forma y plazo que determinen, puesto que lo contrario desacreditaría esta justicia especializada como un mecanismo eficaz para precautelar derechos, convirtiéndose en una justicia declarativa.

(v) Impugnación. Por último, corresponde la discusión de la forma en que deciden los JGPT y los medios de impugnación de estas decisiones. Sobre esta temática el artículo 670 aporta claridad en tanto determina que la forma de decisión en los procesos de incidentes de ejecución penal es la resolución, y que contra estos autos procede el recurso de apelación.

En cuanto a la forma de decisión, se debe considerar que si bien el COIP no realiza una definición expresa sobre sentencias y resoluciones, de manera sistemática les da a estos dos términos comprensiones distintas, no pudiendo ser considerados como sinónimos. Al respecto, el artículo 652 del COIP, que establece las reglas generales de impugnación en materia penal, señala que las sentencias, resoluciones o autos definitivos son impugnables solamente en los casos y las formas expresamente determinados en el Código; y en esta misma lógica el artículo 653 *ibídem* al tratar la procedencia del recurso de apelación identifica con distintos términos a ciertos autos, resoluciones y sentencias.

Bajo estas consideraciones terminológicas, la forma de decisión en los incidentes de ejecución penal es la resolución, mediante la cual el juzgador decide sobre el fondo del asunto que motivó el proceso, y estas resoluciones son impugnables mediante el recurso de apelación; pero no podrán ser impugnables en sede casacional, toda vez que el recurso de casación procede solamente contra sentencias, conforme lo determina el artículo 656 del COIP.

Pero la improcedencia del recurso de casación no se considera solamente por el aspecto terminológico, sino también por la natura-

leza de los incidentes de ejecución penal. La dinámica propia de la ejecución penal implica que durante el proceso de cumplimiento de las sanciones penales se puedan presentar diversos incidentes, lo que demanda una justicia ágil y oportuna.

Para graficar lo dicho pensemos nuevamente en la vulneración al derecho a la educación. En un CPL de Guayaquil se vulneró el derecho de educación de una persona y se restringió que continúe sus estudios secundarios. Planteado un incidente el JGPT corrige esta situación a través de un traslado a un centro que cuente con los medios para garantizar este derecho y el SNAI lo cumple. Tiempo después se vuelve a vulnerar el derecho de educación, ante lo cual no se puede alegar la existencia de cosa juzgada, pues existen nuevos hechos sobrevinientes que han configurado una nueva vulneración y en tal razón sería procedente un nuevo proceso de incidente de ejecución penal.

Por otro lado, se ha generado discusión respecto de la posibilidad de interponer recurso de apelación respecto de las garantías penitenciarias de *"apelación de decisiones de traslado"*, *"impugnación de sanciones administrativas"*, e *"impugnación de decisiones sobre el régimen penitenciario"*. Esta discusión se genera en tanto se presupone que la apelación y/o impugnación de las decisiones administrativas ya satisfacen el derecho de recurrir y que atender recursos de apelación de las decisiones judiciales sería un doble recurso de apelación.

Lo señalado puede aclararse con la interpretación literal del artículo 670 del COIP, que señala que las resoluciones del JGPT son apelables, esto en términos generales, sin que se diferencie las resoluciones por tipo de proceso de incidente de ejecución penal. Por otro lado, el derecho de recurrir previstos constitucionalmente (CRE, Art. 77) exige en caso de decisiones judiciales un doble pronunciamiento judicial. Adicionalmente, es necesario que se realice un análisis es-

tractural de nuestro ordenamiento jurídico, considerando la particular configuración del Derecho de ejecución penal.

Las decisiones de la administración pública corresponden al ámbito del Derecho administrativo y generalmente son impugnables en vía administrativa y luego en vía judicial (COA, Art, 217). En el caso de las decisiones de la administración pública encargada de la ejecución penal (SNRS), la norma no prevé la posibilidad de impugnación administrativa, esto en razón de la existencia de este especial control judicial de la ejecución penal, por lo que en vía judicial se debe garantizar la posibilidad de impugnación, como así ha sido prevista en la norma. En consideración de lo señalado, se debe tener claridad respecto de que todas las resoluciones del JGPT son impugnables mediante recurso de apelación, que será conocido por las salas penales de las Cortes provinciales de justicia.

Agotados los temas de discusión, es necesario insistir en la advertencia inicial de este artículo, debiendo señalar que en estas líneas se ha pretendido plantear de forma breve una aproximación al funcionamiento del control judicial de la ejecución penal y a sus principales cuestiones problemáticas, explicando posibles soluciones en consideración de aspectos teóricos y normativos, siendo este un análisis que invita a debatir esta novel temática de suma importancia en nuestro actual momento de profunda crisis penitenciaria.

Conclusiones

Del análisis realizado se advierte que existen serias dificultades en la previsión normativa del control judicial de la ejecución penal, principalmente en lo relacionado con la competencia del JGPT, las atribuciones asignadas a esta figura jurisdiccional y el procedimiento aplicable a los incidentes de ejecución penal,

aspectos problemáticos que demandan una necesaria reforma normativa.

Sin perjuicio de la limitación de las competencias del JGPT en la CRE y el COFJ, se considera que, en virtud de una interpretación integral y sistemática de la norma, que prioriza el efectivo cumplimiento de los derechos constitucionales y la aplicación del principio de especialidad, el JGPT es un juez de ejecución penal con amplia competencia para controlar el cumplimiento de las penas, supervisar el funcionamiento del sistema nacional de rehabilitación social, proteger los derechos de las personas sentenciadas penalmente y de quienes cumplen medidas cautelares; y, proteger los derechos de las víctimas.

La señalada reforma normativa debe considerar en lo principal la aclaración de las competencias del JGPT tanto en el COFJ, cuanto en el COIP, la determinación expresa de la imposibilidad de interponer recurso de casación, el señalamiento claro de quienes son sujetos procesales en los incidentes de ejecución penal, el establecimiento de plazos y términos expeditos, la consideración de diversos tipos de procedimientos para construir una justicia ágil y oportuna; y, el establecimiento claro de las medidas que pueden tomar los JGPT para la protección de derechos de las personas sujetas a esta jurisdicción, así como las consecuencias ante el incumplimiento de estas decisiones.

Esta necesidad de reforma legal debe ser discutida desde una concepción esencial de lo que es un juez de ejecución penal, determinando solamente atribuciones que impliquen que este mecanismo de control judicial sea efectivo y eficiente en el cumplimiento de sus fines, siendo el eje central la protección de los derechos de las personas sentenciadas penalmente y la supervisión del funcionamiento del sistema nacional de rehabilitación social.

Bibliografía

- Alonso de Escamilla, A. (1986) La institución del Juez de Vigilancia en el Derecho comparado: Sus relaciones con la administración penitenciaria. Anuario de derecho penal y ciencias penales, n.º 39-1.
- Cervelló, V. (2016). Derecho Penitenciario, 4ª ed. Valencia: Tirant lo blanch.
- Constitución de la República del Ecuador [CRE]. 20 de octubre de 2008. Registro Oficial No. 449 (Ecuador)
- Código Orgánico Administrativo [COA]. 07 de julio de 2017. Registro Oficial No. 31 (Ecuador).
- Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. 22 de mayo de 2015. Registro Oficial No. 506 (Ecuador).
- Código Orgánico Integral Penal [COIP]. 10 de febrero de 2014. Registro Oficial No. 180 (Ecuador).
- Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ]. 9 de marzo de 2009. Registro Oficial No. 544 (Ecuador).
- Foucault, M. (2009). Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión. México: Siglo XXI.
- García Valdés, C. (1986) Introducción al Derecho penitenciario español: Notas sistemáticas. Comentarios a la Legislación penal, t. VI, dir. Manuel Cobo. Edersa.
- Guillamondegui, L. (2004). Los principios rectores de la ejecución penal. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, n.º 12, 1104-1118.
- Larrauri Pijoan, E. (1997). La reparación. En Cid Moliné, J. y Larrauri Pijoan, E. (Coords.). Penas alternativas a la prisión. Barcelona: Bosch
- Manzanares Samaniego, J. (1981) La problemática actual del Juez de Vigilancia. Revista de Estudios Penitenciarios, n.º 232-235 (1981), 232-235.
- Mapelli Cafarena, B. (1999). Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed. Madrid Civitas.
- Organización de Naciones Unidas. (1955). Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos (Reglas Nelson Mandela).
- Resolución No. 018-2014 [Consejo de la Judicatura]. Por la cual se amplía la competencia de los jueces de garantías penales para conocer garantías penitenciarias. 03 de febrero de 2014.
- Resolución No. 032-2014 [Consejo de la Judicatura]. Por la cual se ratifica la Resolución No. 018-2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura. 20 de febrero de 2014.
- Téllez Aguilera, A. (2015). El Libro primero del Código Penal tras la Ley Orgánica 1/2015", en La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, nº 114, pp. 1-18.

IGUALDAD DE ARMAS Y PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO



Ab. Kevin Cabezas Páez*

RESUMEN

Se aborda en el presente estudio el análisis del principio de igualdad de armas en el proceso penal, particularmente cuando una persona está en prisión preventiva donde, según el voto concurrente del ex juez constitucional Ramiro Ávila Santamaría en la Sentencia No. 8-20-CN/21 de 18 de agosto de 2021, no se garantizará el principio de igualdad de armas, sino se priva simultáneamente de su libertad a los fiscales y personas procesadas, o si ambos sujetos procesales se encuentran en libertad.

Palabras claves: Inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad procesal, igualdad de armas.

ABSTRACT

The present study deals with the analysis of the principle of equality of arms in criminal proceedings, particularly when a person is in preventive detention where, according to the concurring opinion of former constitutional judge Ramiro Ávila Santamaría in Judgment No. 8-20-CN /21 of August 18, 2021, the principle of equality of arms will not be guaranteed, unless prosecutors and accused persons are simultaneously deprived of their liberty, or if both procedural subjects are at liberty.

Keywords: Immediacy, contradiction, right to defense, procedural equality, equality of arms.

* Abogado por la UNACH, Especialista en derecho penal, Magister en derecho penal, Especialista en derecho procesal, Maestrante en derecho procesal por la UASB - Ecuador, docente universitario, miembro del banco de elegibles de jueces en Delitos de Corrupción y Crimen Organizado.

Introducción

Una de las grandes conquistas del Derecho procesal moderno es haber puesto límites precisos al Estado en el juzgamiento de las personas, de manera tal que se ha ido construyendo alrededor de ésta una barrera que le protege de cualquier acción u omisión que ponga en riesgo sus derechos y garantías, y obligue a la entidad que ejerce la acción penal pública a llevar al juez a un grado de convicción más allá de toda duda razonable antes de establecer la existencia material de una infracción y la responsabilidad de la persona procesada. En general, esos derechos y garantías se pueden expresar de diferentes formas, pero de manera más común en forma de principios procesales cuya materialización corresponde a diferentes sujetos del proceso, pero singularmente al juez como director del mismo.

Entre esos principios en este ensayo interesa analizar el de igualdad de armas, con base en el cual se debe garantizar que tanto el ente acusador como la persona procesada deben tener las mismas oportunidades de intervenir en cada diligencia que se realice, así como participar en el proceso de investigación y recabar indicios y medios de prueba necesarios para acreditar sus respectivas pretensiones ante el juzgador, que sería demostrar la culpabilidad o que se ratifique la inocencia de acuerdo con los roles procesales asignados.

Del principio de igualdad de armas se ha escrito bastante y es prácticamente inabarcable el contenido analítico y doctrinal existente, por lo que se toma como punto de partida algunas ideas expresadas por el ex juez constitucional Ramiro Ávila Santamaría en su voto concurrente a la Sentencia No. 8-20-CN/21 de 18 de agosto de 2021, donde se refiere al principio de igualdad de armas en el contexto de la prisión preventiva, una medida cautelar de máximo rigor que deja en una desigualdad de armas evidente a la persona procesada frente a la Fiscalía. Afir-

ma concretamente que “la prisión preventiva otorga una ventaja injustificable a favor de la fiscalía y en desmedro de la persona procesada” (párr. 9 del voto concurrente).

A partir de esa presunta desigualdad de armas, en el texto se hace un análisis de los principios procesales relacionados con la igualdad de armas, como son el principio de inmediación y el principio de contradicción, que en ambos casos exigen la intervención y presencia de los sujetos en el proceso en condiciones de igualdad para ejercer sus respectivos derechos y garantías. Seguidamente se profundiza en el principio de igualdad de armas en cuanto a su origen, definición, manifestaciones actuales y relación con el ejercicio del derecho a la defensa de la persona que se encuentra privada de libertad. La idea a defender es que no solo no existe igualdad de armas entre la persona procesada y el ente acusador, sino que tampoco debería existir para garantizar la investigación imparcial y diligente de los hechos, que no sería posible si en todas las fases o etapas de un proceso penal existiera la igualdad de armas en su contenido esencial.

Principios del proceso penal

Esta última idea no es nueva en los estudios de Derecho procesal penal, pero es minoritaria en las publicaciones revisadas, y el hecho de que aparezca reflejada en una sentencia de la Corte Constitucional la tesis negativa de que no existe una igualdad de armas entre la Fiscalía y la defensa en el proceso penal, no hace sino llevar una idea confusa a un plano en el que se suele tomar por cierto lo que se afirme o niegue. Frente a la tesis expresada en la sentencia cabe expresar aquella otra según la cual:

No puede existir, de manera alguna, igualdad de armas entre imputado y ofendido en la relación procesal penal. La faz jurídico penal del procedimiento penal se refiere al problema de la existencia de la pretensión punitiva del Estado. El acusado es, por ello,

aquel para quien, en este sentido, todo está en juego; el ofendido, en cambio, alguien para quien, en relación con ello, sólo poco está en juego (Hirsch, 1992, p. 100).

Ciertamente esa tesis general admite variaciones según en contexto, como sería la situación concreta de la persona que se encuentra privada de libertad de manera preventiva, donde el contacto con su abogado patrocinador puede no ser el más adecuado, o las condiciones de limitación de la libertad ambulatoria suponga un obstáculo para obtener y presentar medios de prueba de descargo, o pueda estar de hecho constreñido su derecho a la defensa por la forma en que actúe su abogado o el interés que ponga en el caso. Sin embargo, de ahí a afirmar que no existe, en ese contexto, igualdad de armas, es dar por supuesto lo que debería probarse; es decir, que solo estando en libertad una persona podría estar en iguales condiciones y oportunidades para su defensa.

Sin embargo, la igualdad de armas puede considerarse también como un principio intraprocesal; y se manifiesta en que los sujetos procesales deben estar presentes ante el juez al momento de realizar cualquier diligencia procesal, y que todo medio de prueba incorporado al proceso y producido en la audiencia puede ser impugnado por aquellos, pero especialmente por la persona procesada contra la cual se formulan los cargos y se presenta la acusación. Desde el ese punto de vista el principio de igualdad de armas puede asociarse, en el Ecuador, con el artículo 76 literal c) de la Constitución de la República donde se establece que una de las garantías que incluye el derecho a la defensa es la de "ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones".

Antes de avanzar en el análisis en profundidad del principio de igualdad de armas y su manifestación concreta en el derecho a la defensa es preciso establecer el contenido y alcance de otros dos principios estrechamente relacionados, que son el de inmediación y

el de contradicción antes mencionados. En la exposición que sigue abordan ambos principios desde el punto de vista del principio de la igualdad de armas con la finalidad de sustentar más adelante de mejor manera la idea a defender antes expresada.

Principio de inmediación

Hablar del principio de inmediación en el Derecho procesal penal moderno supone adentrarse en una compleja red de definiciones, ideas y categorías que configuran el proceso penal, las cuales se manifiestan principalmente a través de principios que deben estar presentes en la legislación y ser observados por el juez como garantías para el procesado frente al poder punitivo del Estado. También en este nivel de análisis se superponen derechos, garantías y principios que por lo general son distinguibles por la función abstracta o concreta que realizan en un contexto particular, siendo que una categoría jurídica como la inmediación puede cumplir la función de un derecho subjetivo, una garantía frente al Estado o un principio que debe realizarse en la mayor medida posible.

El proceso penal moderno tiene como característica principal la obligación de las partes de presentar las pruebas en que fundamentan sus pretensiones y excepciones, y asegurarse de que sean apreciadas y valoradas por el juzgador según los estándares aplicables. El Estado a través de la Fiscalía, debe hacerlo para probar la culpabilidad del procesado, y la defensa técnica de éste para que no se desvirtúe su estado de inocencia como presunción, ya que solo una sentencia condenatoria ejecutoriada puede decretar su culpabilidad en los hechos que se le imputan; en ese contexto el juez está bien distante del antiguo inquisidor que actuaba como juez y parte, para presentarse como un tercero imparcial que dirige el proceso, analiza los hechos, las pruebas, las normas aplicables y dicta una sanción fundada en las circunstancias fácticas, jurídicas y probatorias allegadas al proceso.

Como corolario de esos cambios con respecto al antiguo proceso inquisitorial aparece el juicio oral, donde las partes deben presentar en audiencia y frente al juez sus alegatos, las pruebas de que disponen y los argumentos que se derivan de ellos en relación con la tipicidad de los hechos, la responsabilidad del procesado y la sentencia que debería imponerse si fuera encontrado culpable. De la oralidad se derivan una serie de principios que son consustanciales al proceso penal como son la identidad física del juez durante el proceso, la concentración, la inapelabilidad de las resoluciones interlocutorias, la publicidad y la inmediación; según Devis (2008), esos principios configuran el proceso penal y a ellos debe agregarse el de contradicción, celeridad, dispositivo y el derecho al debido proceso como elementos esenciales para garantizar los derechos de la persona que se encuentra inmersa en el proceso.

Sin desconocer la interdependencia entre todos los principios y derechos mencionados, el análisis se centra de preferencia en el principio de inmediación, por cuanto se relaciona directamente con el derecho a la defensa y el principio de igualdad de armas. En cuanto a su ámbito de aplicación, el principio de inmediación es común a todas las ramas del Derecho procesal y no solo en el Derecho penal, y su mayor incidencia está en la etapa procesal que corresponde la presentación, producción y exposición de la prueba, pues es allí donde el juez puede obtener los criterios de valoración para llegar al grado de convicción necesario para tomar una decisión, tal como afirma Devis (2008) "la inmediación es un principio general del proceso, pero su importancia se acrecienta en relación con la prueba, tanto en el proceso civil como en el penal" (p. 128).

Al tratarse de un principio común al Derecho procesal, autores de cualquier ciencia jurídica particular lo estudian como aplicable a cualquier tipo de proceso que se guía por el principio de la oralidad como sucede actualmente en el Ecuador, ya que su aplicación permite al juzgador una mejor apreciación de

la prueba, especialmente en materia de testimonios, inspecciones judiciales, indicios, interrogatorios a las partes, peritos y en general todas aquellas que pueden ser percibidas por los sentidos para una correcta valoración. Por esa razón, aunque esta investigación se refiere específicamente al proceso penal, en su estudio teórico se analizaron autores provenientes también del Derecho procesal civil cuyo aporte al estudio de los principios procesales y en particular del principio de inmediación es innegable. Esos autores se refieren básicamente a dos cuestiones relacionadas con este principio: en primer lugar, a su definición y a las características esenciales que deben estar presentes para que se pueda hablar de dicho principio; y en segundo lugar a sus fundamentos teóricos, es decir las razones que justifican este principio dentro del proceso penal y su utilidad práctica.

Un aspecto importante de cualquier investigación, así como de la presente es definir los términos básicos implicados en el análisis, pues de ello depende la correcta interpretación de los fenómenos o procesos particulares a los que se aplique el método inductivo. Previamente ha de indicarse que definir el concepto de inmediación como principio del Derecho procesal es casi una obligación para todo autor que se inicie en el tema, y aún de los más experimentados. Ello explica que en cualquier estudio de ese carácter abunden las definiciones, ajustadas en cada caso a la perspectiva analítica o interés teórico en que se enmarque el autor.

La definición más elemental que se pueda encontrar del principio de inmediación consta en cualquier diccionario de la lengua española o en los diccionarios jurídicos especializados. El Diccionario de la Real Academia Española (2022) contiene tres acepciones del término inmediación: "cualidad de inmediato"; "proximidad en torno a un lugar", y en el derecho se refiere a la "presencia de un juez o magistrado en la práctica de diligencias probatorias, en la comparecencia de las partes y en las vistas".

Para este análisis es relevante esta última acepción, donde se hace referencia a tres elementos importantes: el juez o magistrado, las diligencias probatorias y la presencia de las partes. En consecuencia, la inmediación supone la coincidencia del juez y las partes procesales en un mismo espacio físico con el propósito de presentar las pruebas, realizar una comparecencia o efectuar una visita. Excepcionalmente algunas de esas diligencias se pueden realizar por vía telemática, y por tanto no se materializa en su máxima expresión el principio de inmediación si falta cualquiera de esos tres elementos o su presencia se ve sustancialmente disminuida en la audiencia.

Sin embargo, como es sabido, el lenguaje jurídico puede utilizar los mismos términos del lenguaje cotidiano sin que implique atribuirle el mismo significado. De manera que para una mejor comprensión del concepto se debe recurrir a un diccionario jurídico especializado, como es el Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales de Ossorio (2019), en la entrada del término inmediación el autor define la inmediación de la siguiente manera:

Principio de Derecho Procesal encaminado a la relación directa de los litigantes con el juez, prescindiendo de la intervención de otras personas. Constituye el medio de que el magistrado conozca personalmente a las partes y pueda apreciar mejor el valor de las pruebas, especialmente de la testimonial, ya que todas ellas han de realizarse en su presencia. (p. 948).

El autor establece una relación directa entre el principio de inmediación y la presencia física de las partes ante el juez, para que éste pueda apreciar mejor las pruebas presentadas o producidas en la audiencia, especialmente aquellas donde las reacciones de los sujetos procesales al realizar la actividad probatoria pueden ser un indicio importante para llegar a la convicción necesaria para decidir. También existe esa relación intrínseca entre el principio de inmediación y la oralidad,

porque el juzgador no solo debe recibir la prueba, sino hacerlo en audiencia oral con independencia de que su contenido sea reducido a escrito, y escuchar de la misma manera los alegatos de cada uno de los intervinientes en el proceso bajo los principios de igualdad y contradicción.

Una vez más, la inmediación se configura cuando entre las partes y el juez están presentes al unísono en las diligencias y trámites procesales que se realizan en la audiencia, que debe realizarse con la presencia física de los sujetos procesales mencionados; es decir, del juez y las partes. Así lo señala enfáticamente Gallegos (2019): “el principio de inmediación en el sistema procesal oral implica la interacción del juez en la recepción de la prueba, las partes, testigos y peritos, permitiendo una decisión judicial, con la información de calidad obtenida en la audiencia” (p. 120). Esa recepción de pruebas necesariamente debe realizarse necesariamente en igualdad de condiciones respecto a los sujetos procesales, con la debida alternancia y la disponibilidad de tiempo y oportunidades similares.

Por otra parte cabe señalar que el principio de inmediación es inherente al proceso penal oral y público que se realiza por audiencias, y constituye asimismo un mecanismo que garantiza su efectividad, por cuanto asegura una administración de justicia transparente, imparcial y pública basada en el principio de contradicción y presunción de inocencia del procesado, que debe ser desvirtuada con la prueba presentada, pues de lo contrario aquel conservará su estado de inocencia una vez concluido el proceso penal. En ese sentido, la presencia física de las partes ante el juez es una garantía para la administración de justicia en cuanto a su legitimidad, y para el procesado en cuanto al respecto a sus derechos y garantías frente al poder punitivo del Estado que se ejerce con la finalidad de mostrar la existencia material de la infracción que se le imputa y su responsabilidad en los hechos punibles.

Otra definición relevante es la de que aparece en la Enciclopedia Jurídica (2020), donde se señala que el principio de inmediación “es aquel que exige el contacto directo y personal del juez o tribunal con las partes y con todo el material del proceso, excluyendo cualquier medio indirecto de conocimiento judicial (escritos, informes de terceros, etc.)” (p. 120). En consecuencia, la relación entre las partes y el juez debe ser inmediata; es decir física, presencial y sin intermediarios, lo que facilita el conocimiento judicial de las pruebas presentadas y su apreciación y valoración por el juez, así como la posibilidad de escuchar a cada uno de los intervinientes, especialmente al ente acusador y a la defensa, en igualdad de condiciones y con las mismas oportunidades de presentar prueba y contradecir la que se presente en su contra.

Algo similar expresa Alvarado (2008): “inmediación: esta regla indica la exigencia de que el juzgador se halle permanente y personalmente en contacto con las demás personas que actúan en el proceso (partes, testigos, peritos, etc.) sin que exista entre ellos algún intermediario” (p. 269). Este autor va un poco más allá de las concepciones actuales que se refieren más concretamente a la presencia física del juez y las partes, mientras que para otros sujetos procesales como los testigos y peritos en ciertas circunstancias, se les permite intervenir vía telemática, siempre que se garanticen condiciones mínimas de audio y video simultáneo, así como la alternancia en la intervenciones, sin interrupciones que afecten el debido proceso y en general las garantías procesales inherentes al proceso penal moderno.

Las definiciones anteriores describen las características del principio de inmediación y lo que ello supone en relación al juzgador y las partes, que es su presencia física y personal durante la audiencia oral como exigencia del proceso penal moderno, así como la igualdad de oportunidades de ser oído en la producción de las pruebas y la réplica y contrarréplica autorizadas en la ley. Sin embargo,

en ninguna de ellas se hace referencia a las razones por las que debe ser así y no de otra manera. La respuesta radica, a nuestro juicio, en la necesidad de que se hagan efectivas las exigencias del derecho al debido proceso, y en especial el derecho a la defensa y a la contradicción de las pruebas que se presenten en la audiencia oral.

Una definición del principio de inmediación que incluye elementos descriptivos con las razones que justifican la existencia y aplicabilidad de este principio es la siguiente:

La inmediación es un elemento característico del proceso de tipo oral, que exige la comunicación directa entre el juez y las partes, sin interferencia de persona alguna, y el contacto directo con los factores personales y reales cuyo conocimiento es indispensable al juzgador para resolver con las debidas garantías de acierto. (De Pina & Castillo, 2007, p. 191)

El fundamento del principio, que exige la comunicación directa entre el juez y las partes, así como su contacto directo en torno a la prueba presentada, se fundamenta en que es indispensable para que el juzgador pueda apreciar debidamente las pruebas presentadas y llegar a la convicción necesaria para decidir que la presunción de inocencia como derecho fundamental del procesado debe ceder en favor de su culpabilidad probada en la audiencia. La inmediación, asimismo, exige que la presencia de los sujetos procesales ante el juez para cualquier diligencia o trámite procesal sea simultánea; es decir, que ambas partes tengan las mismas oportunidades y posibilidades de presentar pruebas en favor de sus alegatos y contradecir las que se presenten en su contra, siempre en igualdad de condiciones.

De esa manera el principio de inmediación se presenta como una garantía doble. Por un lado, para el juez, que le permite no incurrir en error al apreciar y valorar la prueba, tener contacto directo con las pruebas materiales,

la declaración del procesado si decide hacerlo, el testimonio de peritos y testigos y de la víctima si accede a declarar. Que esas acciones se realicen ante el juzgador es una garantía de que su juicio no estará afectado por interferencias ajenas al proceso durante la audiencia. Por otro lado, la inmediación es una garantía para el procesado, por cuanto le asegura una relación directa con los demás sujetos procesales al momento de presentar sus pruebas de descargo, la interacción presencial y personal con su abogado patrocinador, la posibilidad de que su declaración sea recibida directamente y sin intermediaciones por el juzgador y en general la realización del derecho al debido proceso en todos sus extremos.

Cualquier interferencia que se dé entre el juez y las partes en la audiencia oral debería ser suficiente para suspenderla hasta que se pueda materializar adecuadamente el principio de inmediación, pues de ello depende la garantía de una administración de justicia transparente e imparcial, la apreciación y valoración directa de la prueba por el juez y la oportunidad del procesado de presentar ante la autoridad que decidirá sobre sus derechos e intereses, las pruebas que puedan servir para ratificar su estado de inocencia.

Los mismos autores antes citados añaden más elementos en cuanto a los fundamentos del principio de inmediación. Según ellos este principio:

Se realiza cuando el contenido procesal se percibe directamente por el juez y los otros sujetos procesales, cuando el juez obtiene el propio convencimiento de pruebas que se producen en su presencia y que puede apreciar directamente, cuando el material que debe servir al juez para que dicte su sentencia se desarrolla delante de él. (De Pina & Castillo, 2007, p. 191)

En resumen, el principio de inmediación se fundamenta en la necesidad de que exista un contacto físico, directo y presencial entre el

juez y las partes como garantía de la adecuada apreciación y valoración de la prueba por parte del primero, al tiempo que garantiza al segundo la posibilidad de presentar ante el juez directamente las pruebas de descargo en que fundamente a su estado de inocencia. Ahora bien, como todo principio, el de inmediación admite excepciones que no hacen más que confirmarlo. Por ejemplo, no es imprescindible para receptar el testimonio de peritos o testigos, estos últimos cuando se encuentren fuera del país o en otras circunstancias que les haga imposible comparecer a la audiencia. Tampoco es imprescindible la comparecencia de la víctima si así lo ha decidido, ni la de la persona que da su testimonio de manera anticipada según lo dispuesto en la ley. Donde sí es obligatorio en todo caso el principio de inmediación, como se aprecia en las definiciones y fundamentos indicados, es en relación al procesado, la Fiscalía o el Juez.

De lo dicho se deduce que no es admisible, en principio, que el juzgamiento se realice fuera de la audiencia y sin la presencia física de esos tres sujetos procesales. Evidentemente podría considerarse la ocurrencia de circunstancias extraordinarias donde ello fuera posible, si es que así lo dispone la legislación vigente que regula las situaciones excepcionales en relación con los derechos fundamentales, como sería el caso de una declaratoria de estado de excepción prevista en la mayoría de las constituciones de las últimas décadas. De cualquier manera, se debe garantizar la igualdad de oportunidades de los sujetos procesales en cuanto a la obtención, producción y valoración de la prueba, con la finalidad de que no se produzca un desbalance que afecte a la parte más débil el proceso que es claramente la persona procesada asistida por su defensa técnica.

Principio de contradicción

El principio de contradicción como instrumento procesal consustancial a la actividad probatoria desarrollada en el proceso penal, no puede concebirse sin una dualidad de

partes, pues en todo debate procesal existen dos posiciones beligerantes, cada una de las cuales representan sus manifiestos intereses y acuden a un tercero imparcial, titular de la potestad jurisdiccional, que se concreta en la persona del juez, para que dicte la resolución que corresponda según los hechos que resulten probados (Montero, 1989). La contradicción debe estar guiada por la alternancia en la oportunidad para intervenir con las pruebas y alegatos de que intentan valerse los sujetos procesales ante el juzgador, así como en la presentación de argumentos en las diferentes fases del proceso que sea procedente según las normas aplicables.

En la doctrina procesalista se le conoce a este principio como de contradicción o principio de audiencia. Asencio (2004) sostiene que en aplicación del principio de contradicción o audiencia se asegura a toda persona, cualquiera que sea su posición, de una parte, el acceso al proceso; y de otra, la posibilidad de oír a ambas partes previamente y en relación con cualquier resolución que les pudiere afectar, de manera tal que puedan alternarse en sus respectivas intervenciones y presentar alegatos propios, así como contradecir los alegatos de la contraparte en un plano de igualdad de oportunidades.

Para Asencio (2004) sostiene que este derecho a la contradicción se plasma de manera preferente en tres exigencias:

1. Que deben ponerse siempre en conocimiento de la parte contraria los actos de su oponente a los efectos de que aquella, previo conocimiento de su contenido, pueda contradecirlos eficazmente;
2. Que ambas partes deben tener la posibilidad de conocer y examinar las pruebas de su oponente y, especialmente la parte demandada a los efectos de allegar al proceso las más apropiadas para combatir la pretensión, debiendo prohibirse por tanto todo tipo de pruebas aportadas en forma sorpresiva que no den lugar a ofrecer otras que las contrarresten;

3. En este sentido el principio de contradicción exige por sobre todo otorgar una posibilidad de audiencia y defensa. (p. 198)

De tal modo que para el tratadista en referencia el principio de contradicción se da cuando se reconoce el derecho de audiencia a todo sujeto que tenga necesidad de acudir a la vía jurisdiccional, para lo cual se ha de asegurar su derecho de acceso a la misma y el de actuar plenamente en el proceso. Sólo de este modo sostiene el autor es posible lograr una tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión y se genere un proceso con todas las garantías. Cabe indicar además que el principio de contradicción tiene profunda interconexión con el principio de igualdad procesal, lo cual explica que ambas partes utilizan en el proceso similares medios de ataque, defensa, alegación, prueba e impugnación, cuya base constitucional está en el derecho de igualdad de los ciudadanos ante la ley y en la garantía de ser oído por un juez imparcial en el momento oportuno y con respeto a todas las exigencias que se derivan del derecho al debido proceso penal.

Otro autor consultado es Azula (1986), quien, de modo similar al tratar sobre el principio de contradicción, expresa que éste se cumple cuando la parte procesal tiene la oportunidad de oponerse "a un acto realizado a instancia de la contraparte y con el objeto de verificar su regularidad" (p. 85). Este autor sostiene además que el principio de contradicción es propio "de la estructura bilateral del proceso, esto es, que sólo tiene aplicación en los de tipo contencioso, donde existe la presencia de las dos partes: demandante y demandado" (p. 86), en el caso del proceso penal el ente acusador que ejerce la acción penal pública y la defensa de la persona procesada.

En esa línea de argumentación Vescovi (1999), se refiere al principio de igualdad, bilateralidad y contradicción, al sostener que:

La igualdad supone la bilateralidad y la contradicción, esto es, que el proceso se desarrolla, aunque bajo la dirección del Juez, entre las dos partes, con idénticas oportunidades de ser oídas y admitida la contestación de una a lo afirmado por la otra, en forma de buscar, de esa manera, la verdad. El juez, al sentenciar, conoce los argumentos de ambas partes. (p. 54)

Por tanto, el principio de contradicción de la prueba es un componente que integra el principio de contradicción en general, y sobre este Devis (2008) sostiene que:

La parte contra quien se opone la prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes, lo que se relaciona con los principios de la unidad y la comunidad de la prueba. (p. 19).

Este procesalista que de igual modo sostiene que el principio de igualdad de oportunidades para presentar o producir la prueba se relaciona íntimamente con el principio de contradicción, y considera que sólo es posible que haya igualdad si ha precedido la contradicción, principio éste que en su esencia significa algo más y que es que las partes "dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas y para contradecir las aducidas" (Devis, 2008, p. 19). Si alguna de las partes ve coartadas o limitadas sus posibilidades de intervenir en la producción de la prueba puede decirse que se produce un desequilibrio procesal, y por ende se afecta el principio de igualdad procesal que asiste a todo sujeto que intervenga en el proceso, pero especialmente como procesado o imputado.

De manera similar Morello (2001) sostiene que:

En el horizonte de la prueba la manera correcta de corresponder a esa exigencia será cuando respete el derecho de de-

fensa, para lo cual ha de permitir, bilateralmente, el control efectivo, el derecho a contraprueba, la alegación sobre los medios de que disponga. (p. 361)

Por su parte De Santo (2005) expresa que este principio de contradicción significa que el litigante a quien se le opone una prueba, debe tener la oportunidad procesal de conocerla, discutirla y desvirtuarla con otras pruebas; "es decir que debe incorporarse al litigio con conocimiento y audiencia de todas las partes" (p. 72).

En resumen, se puede indicar que el principio de contradicción es un principio general del proceso, y como parte de su práctica está el principio de contradicción de la prueba que, como un derecho subjetivo de naturaleza procesal, le asiste a la persona procesada para oponerse a las pruebas que se presenten en contra, y presentar aquellas que le puedan favorecer para que se ratifique su inocencia respecto de los hechos que se imputan. Este principio se inserta en un contexto más general que es el proceso, y su punto crítico de realización es precisamente la presentación y producción de la prueba de se valen los sujetos procesales para llevar ante el juzgador los argumentos en que justifican sus pretensiones de condena o ratificación de inocencia, según el caso.

Las características y exigencias básicas de este principio son las siguientes: constituye una de las claves del proceso judicial en cualquiera de sus órdenes, ya sea civil, administrativo, laboral o penal; el juez y las partes implicadas en un proceso o sus representantes legales deben estar presentes durante la práctica de la prueba para evitar que se produzca indefensión, y participar en ello en condiciones de igualdad. Las pruebas que se soliciten y practiquen deben ser las que el ordenamiento jurídico permite, y deben solicitarse en tiempo y forma para que sean incorporadas al proceso y producidas en la audiencia finalmente, si las pruebas se practican en audiencia vulnerando el principio de

contradicción serán declaradas nulas, y no se tendrán en cuenta para dictar sentencia.

Principio de igualdad de armas

De lo explicado hasta el presente se puede colegir que el principio de igualdad de armas tiene un contenido difuso que se superpone con otros principios como el de igualdad procesal, intermediación y contradicción, por lo que es una tarea sumamente compleja discernir lo que correspondería al ámbito de aplicación exclusivo de cada uno de ellos, lo que no implica que sea imposible deslindar el contenido y alcance del principio de igualdad de armas en el concierto general de los principios que rigen el proceso penal en sus diversas fases o etapas, pero especialmente en la audiencia oral y pública que es el estándar vigente en la actualidad.

Respecto de este principio en las publicaciones consultadas se puede distinguir entre aquellos autores que consideran que al no existir igualdad de condiciones en el rol que cumple el ente acusador y la defensa técnica, se estaría vulnerando el principio a la igualdad de armas. La ora posición sostiene que no solo no existe tal igualdad, sino que en el diseño estructural del proceso penal moderno, dada la primacía del ente acusador respecto las condiciones institucionales y procesales que ejerce sus competencias, no puede materializarse el contenido mínimo que se exige de este principio, pero sí es importante que se desarrolle el proceso en igualdad de oportunidades de acuerdo con las normas vigentes, que no necesariamente son una expresión acabada de aquel principio.

Siguiendo esa distinción, en este apartado se realiza un análisis del principio de igualdad de armas desde el punto de vista de aquellos autores que consideran que constituye una falencia del proceso penal actual, y por otro los que sostienen que las diferencias institucionales entre la Fiscalía y la defensa técnica supone una diferencia o desequilibrio entre las armas con que cuenta cada uno de esos su-

jetos procesales para cumplir sus respectivos cometidos. Asimismo, cabe destacar que es preciso distinguir entre la descripción que se realiza de esa desigualdad institucional y los juicios de valor que se desprenden de ella, pues tanto puede dar lugar a una apreciación negativa como positiva.

Uno de los autores que se refieren a la posición distinta de la Fiscalía y la defensa técnica como una presunta violación del principio de igualdad de armas aseveran que en caso del Ecuador:

Existe una marcada disparidad institucional en nuestro sistema legal, ya que la Fiscalía General de la República se creó sobre la base de un mandato constitucional para llevar a cabo procesos penales y, por lo tanto, está dotado de cuestiones económicas, orgánicas y funcionales" (Cevallos, 2022, p. 543).

Ciertamente la defensa técnica no cuenta con esos medios institucionales y legales, lo que le coloca en una situación materia distinta a la del ente acusador que dispone de personal técnico especializado, de investigación, de búsqueda de pruebas e indicios e identificación y ubicación de los presuntos autores de un delito, mientras la defensa técnica debe contar para su trabajo con los resultados de aquellas diligencias, o solicitar que se realicen las que considere necesarias para una mejor defensa de su patrocinado.

El propio autor indica que "es evidente que el acusado se encuentra en una peor posición que el fiscal que, en el mejor de los casos, se ocupará de las pruebas que respaldan su trabajo y hará poco para reunir pruebas para ayudarlo en el caso" (Cevallos, 2022, p. 544). Aquí puede apreciar una comprensión quizás inadecuada el principio de objetividad y de la labor de la Fiscalía como titular de la acción penal pública. Tendenciosamente se omite el principio de objetividad previsto en el artículo 5 numeral 21 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), en virtud del cual:

En el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.

Visto desde esa perspectiva, la diferente posición institucional del Fiscalía como ente acusador de naturaleza estatal y la de la defensa técnica no necesariamente implica que aquella no aporte al proceso aquellos medios de prueba que puedan beneficiar a la persona procesada; antes bien, con base en el principio de objetividad está obligada constitucional y legalmente a recabar todo indicio o medio de prueba relevante para el proceso, sin distinguir si puede beneficiar su pretensión punitiva o contribuir a que se ratifique la presunción de inocencia de la persona procesada. Decir que ese desequilibrio institucional automáticamente implica desconocer el principio de igualdad de armas demuestra una vaga comprensión de la estructura y funcionamiento de las normas procesales vigentes, donde las garantías previstas en favor del procesado se interrelacionan de tal manera que no podría violarse una sin incidir de manera negativa sobre las demás.

Otro autor que considera que la diferencia institucional entre el ente acusador y la defensa técnica es Grunauer (2016), quien indica que:

La Fiscalía General del Estado quien tiene la facultad exclusiva de obtener elementos de convicción en la investigación, pedir información a todas las instituciones tanto públicas como privadas, practicar experticias con el auxilio de la Policía Judicial, solicitar al juez de garantías penales la autorización para realizar ciertas diligencias que por limitar derechos fundamentales necesitan de la misma, entre otros; mientras que si la defensa requiere recabar cualquier tipo de información, practicar

alguna experticia, o diligencia que limite algún derecho, solamente puede hacerlo a través del titular de la acción penal y si éste lo considera oportuno y pertinente para su investigación (p. 85).

Esa diferente consideración entre la posición institucional del ente acusador y la dependencia de la defensa técnica respecto a cualquier diligencia que considere oportuna o necesaria, no constituye en sí misma una violación del principio de igualdad de armas, por cuanto esta última tiene la oportunidad de acceder a todas las diligencias realizadas y presentar su propia interpretación de los hechos con base en ellas, así como contradecir las conclusiones a que llegue el ente acusador y cuestionar dentro de los límites legales tanto los medios de prueba e indicios recabados como su incorporación al proceso y su interpretación lógica o jurídica.

Una vez aclarada esta posición corresponde adentrarnos en las cuestiones de concepto y contenido del principio de igualdad de armas, para luego analizarlo en el contexto específico de la prisión preventiva y las circunstancias en que la defensa técnica y la propia persona procesada pueden actuar. Si bien no es objetivo del presente estudio hacer un recuento del origen histórico de este principio, sí cabe anotar que tanto en su denominación como en su contenido tiene su base en la práctica medieval del juicio por ordalías, donde la culpabilidad o inocencia de un hecho se dejaba a la consideración de la lucha entre los contradictores, quien resultaba vencedor se consideraba inocente por haber demostrado su inocencia mediante el uso de las ramas, que en tal circunstancia debían ser iguales para garantizar un juicio justo (Moreno, 2014).

En cuanto a su origen etimológico se sitúa en el Derecho romano, donde la expresión latina *audi alteram partem* significaba "escúchese a las partes", y consistía entonces como ahora, en un "principio procesal mediante el cual se formula que para juzgar

con imparcialidad es preciso escuchar a ambas partes” (Cisneros, 2003, p. 15). Así, la igualdad de armas no se configura como una igualdad de hecho en cuanto a disponibilidad de armas, sino en una igualdad de oportunidades a ser oído por un juez competente con todas las garantías del debido proceso, pero especialmente en la producción y valoración de la prueba, así como en la contradicción de las que presenten los sujetos procesales para hacer valer sus pretensiones ante el juzgador.

Respecto a la naturaleza jurídica del principio de igualdad de armas se manejan diferentes concepciones en la doctrina, donde se lo considera como parte del derecho a la tutela judicial efectiva; en otras se afirma que hace parte del derecho a un proceso con todas las garantías, y en otras fuentes se lo ha tratado como una consecuencia del derecho de defensa; en general se considera como uno de los elementos esenciales del derecho a un juicio justo, aunque también se lo ha equiparado con el derecho a la defensa técnica, y en tal sentido hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso (Moratto, 2020).

Por lo que se refiere a las exigencias que se derivan del principio de igualdad de armas se pueden encontrar en las fuentes consultadas diferentes contenidos, pero en general se relaciona no con la igualdad de medios en sentido estricto, sino con la igualdad de oportunidades para los sujetos procesales que sostienen la acusación y la defensa, respectivamente. Así, para Kraug (2018) “la igualdad de armas requiere que los sujetos procesales tengan el mismo nivel de información antes de la valoración y decisión de la medida cautelar” (p. 37), ello en referencia a la medida cautelar de prisión preventiva y su imposición como medida cautelar prevista para asegurar la comparecencia de la persona procesada ante el juez, el cumplimiento de una eventual sentencia y los derechos de las víctimas.

También al contenido de este principio se refiere Grunauer (2016), al indicar que:

La igualdad de armas es sin duda una de las garantías básicas del derecho a la defensa y por tanto del debido proceso, que garantiza que las partes enfrentadas-fiscalía y defensa- dentro del proceso penal, cuenten con las mismas posibilidades, herramientas y oportunidades de participar activamente en el proceso, sin ningún tipo de desequilibrio y restricciones a una de las partes.(p. 84)

Acá el centro de gravedad se coloca en la igualdad de oportunidades, posibilidades y herramientas a utilizar dentro del proceso para incidir sobre la convicción del juez; sobre estas últimas evidentemente el ente acusador está en una mejor posición relativa por su papel institucional, pero no necesariamente en mejor posición respecto al juzgador que es en definitiva quien debe valorar el material probatorio y tomar la decisión que corresponda.

En referencia al contenido Díez (2020) señala que el principio de igualdad de armas:

Ordena que el ente acusador y el acusado se encuentren en una misma posición procesal, para que ambas merezcan una misma disciplina jurídica, tanto en lo que se refiere a cargas y deberes como al tratarse de los derechos y potestades que otorga la ley con ocasión de las causas penales”. (p. 318)

La igualdad en las respectivas posiciones debe ser, entonces, una igualdad de tipo procesal, la cual no es necesariamente una igualdad de hecho o institucional como sostienen algunos autores que presumen una violación del principio de igualdad de armas únicamente a partir de las diferentes posiciones del ente acusador y la defensa técnica.

Bravo (2022) refuerza esa interpretación, cuando indica que el “principio de igualdad de armas persigue garantizar a las partes iguales posibilidades para el ejercicio de derechos y facultades previstas en la legislación procesal penal” (p. 2763). Esas posibilidades,

por otra parte, no tienen que materializarse todas, o en la misma medida, pues su actuación dependerá el rol de cada uno de los sujetos procesales y la manera en que se desempeñen al interior del proceso, de manera que posibilidad y realidad son aquí dos términos que pueden acercarse o alejarse en dependencia del despliegue que hagan de sus armas el ente acusador o la defensa técnica, con base en las pruebas incorporadas al proceso, y su interpretación y valoración por el juzgador.

Hay autores que van un poco más allá de lo convencional, y sostienen que el principio de igualdad de armas en el proceso penal no solo es inadecuado sino además peligroso, por cuanto induce a creer que entre sujetos procesales tan distintos como la Fiscalía y la defensa técnica pueda existir igualdad, del mismo modo que existe entre las partes en un proceso de Derecho privado, por ejemplo. Esta es la opinión de Guzmán (2021), cuando indica que:

La imposibilidad de condenar únicamente con prueba de referencia, pero sí de obtener una sentencia de absolución con ella, entre otros, son factores que determinan que el concepto de igualdad de armas en el proceso penal no solamente puede ser inadecuado, sino que, en ciertos casos, puede resultar contraproducente predicarlo en relación con una persona que es señalada de haber cometido un delito. (p. 19)

En resumen y para cerrar este apartado, puede decirse que la aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal no es del todo pacífica, ya que dada su complejidad existe un espectro de posiciones que va desde su interpretación como un componente del derecho a la igualdad hasta una concepción inadecuada dentro de dicho proceso, por cuanto la diferencia institucional entre el ente acusador y la defensa técnica se aleja de la idea de igualdad de armas inherente al proceso civil, y lo acerca más a un proceso de naturaleza adversarial donde las

diferencias institucionales deben ser acortadas o suprimidas con base en la igualdad de herramientas, posibilidades y oportunidades.

Prisión preventiva e igualdad de armas

Prisión preventiva y derecho a la libertad personal

El principio de igualdad de armas puede ser de aplicación en diferentes fases o etapas procesales; en esta parte del estudio interés únicamente en relación con la imposición de la prisión preventiva y a la investigación de los hechos previo a la audiencia de juicio oral. En esa fase evidentemente el ente causador dispone de tiempo, medios y talento humano especializado para recabar los medios probatorios e indicios necesarios para la formulación de cargos, pero la defensa técnica puede ver limitada su intervención por las condiciones de encierro de su representado, las dificultades de desplazarse hasta el lugar de reclusión o la carga de trabajo que pueda tener, por lo que las diferencias entre lo que haga uno y otro sujeto procesal puede ser determinante en cuanto a las posibilidades de su actuación en la audiencia de prisión preventiva como en la que eventualmente se realice para la modificación de dicha medida.

El hecho es que la igualdad de armas se manifiesta de preferencia en los "actos de investigación que puede desplegar el ente acusador, en comparación con los realizables por la parte acusada" (Díez, 2020, p. 311), por lo que mientras la Fiscalía dispone de una posición privilegiada la defensa técnica debe esperar a que aquella presente los resultados de las diligencias que realice para consolidar su teoría del caso, o solicitar que se realicen determinadas diligencias no contempladas inicialmente pero que puedan resultar útiles para el esclarecimiento de los hechos, al individualización del autor y para fijar el nexo causal entre el resultado de daño o peligro y la acción u omisión punible.

Pero esa diferente posición institucional y material ente el ente acusador y la defensa técnica no es necesariamente una desventaja para esta última, al, menos por dos razones. En primer lugar, porque la defensa técnica solo debe desplegar un esfuerzo mínimo para el análisis y la interpretación de las diligencias realizadas por la Fiscalía y utilizarlas en favor de su representado; y segundo porque, en virtud del principio de objetividad el ente acusador debe recabar y presentar tanto las pruebas de cargo como de descargo, lo que reduce considerablemente las diferencias en cuanto al punto de partida y potencia la igualdad procesal con base en los principios de contradicción, oralidad e inmediación.

En este punto interesa hacer un análisis de la prisión preventiva como medida cautelar que se aplica de manera recurrente en el Ecuador, para luego reflexionar acerca de la tesis sostenida en el voto concurrente Ávila Santa María en su voto concurrente a la Sentencia No. 8-20-CN/21 de 18 de agosto de 2021, en el sentido de que la prisión preventiva constituye automáticamente una vulneración del principio de igualdad de armas. Como punto de partida cabe indicar que el uso excesivo de la prisión preventiva es para la Comisión interamericana de Derechos Humanos un signo evidente del fracaso del sistema de administración de justicia de un país, constituyéndose en un problema estructural, inaceptable para una sociedad democrática donde se deben respetar los derechos fundamentales y en particular a la presunción de inocencia.

Por consiguiente, es obligación de los defensores de los derechos humanos, así como también de los jueces, aplicar la jurisprudencia internacional en cuanto a la protección de los derechos individuales que pueden verse afectados con la aplicación de la prisión preventiva. La evolución del Derecho internacional de los derechos humanos se convierte en una poderosa herramienta que estimula la conciencia de los derechos del hombre y el rol que el Estado tiene frente a cualquier actuación que vulnere sus principios. Lograr el

respeto a los derechos fundamentales es uno de los principales objetivos del Estado constitucional de derecho y justicia, el reconocimiento de derechos humanos y su desarrollo en el constitucionalismo y en el mundo son una garantía que las personas tenemos frente a eventuales abusos de poder. Entre esos derechos se encuentra la libertad individual, que solo puede ser afectado por una decisión judicial dictada con todas las garantías del caso.

Sin embargo, en casos excepcionales, aun si existir una sentencia condenatoria se puede privar de la libertad a la persona a través de la prisión preventiva, con una grave afectación a otros derechos fundamentales como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el principio de mínima intervención penal. Por esas razones interesa en este epígrafe analizar con mayor detenimiento la prisión preventiva y sus características principales. La prisión preventiva es una especie dentro del género de las medidas cautelares que puede imponer el juez con la finalidad de asegurar la comparecencia del procesado cuando sea requerido, o para evitar su fuga para no responder ante la justicia, que son las dos razones fundamentales que se alegan en la doctrina y la legislación para justificar su aplicación.

En tal sentido Figueroa (2017) define las medidas cautelares como “disposiciones de protección y de salvaguarda que dispone la administración de justicia para evitar perjuicios a los sujetos procesales y a la actividad procesal como tal, las que se dictan sobre la persona sobre la que se imputa los cargos” (p. 31). Desde el punto de vista histórico, puede considerarse que la prisión en general, como institución inherente al Derecho penal para asegurar la presencia del imputado en el proceso, se remonta al Derecho público Romano, si bien en esa etapa estaba concebida más bien con fines de aseguramiento del imputado que como una forma de sanción imponible. Así lo señala Cárdenas (2014): “en el Derecho Romano la prisión no se estableció

para castigar a los delincuentes, sino solo para custodiar a los procesados hasta que se dictara sentencia, así la denominada prisión preventiva se anticipó a la prisión es sentido estricto" (p. 5).

De lo dicho se deduce que tanto desde el punto de vista histórico como doctrinal la prisión preventiva tiene una misma finalidad, que es la de asegurar la comparecencia del procesado ante el juez hasta que se dicte sentencia, o bien evitar la fuga y consecuente afectación a la administración de justicia, que no podrá cumplir sus fines si no tiene un procesado a quien juzgar, excepto en los casos en que procede hacerlo en ausencia, donde también existe el riesgo de que la sanción impuesta no sea cumplida efectivamente.

Una sistematización de la finalidad de la prisión preventiva es la que realiza Llerena (2010). Según el autor esa institución jurídica tiende esencialmente a:

Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse riesgo de fuga. Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las pruebas. Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima y de la comunidad en general. Evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos. (p. 36)

En todos los casos, como puede apreciarse, se trata de evitar o prevenir acciones futuras del presunto responsable de un delito, de las que no se tiene certeza de que efectivamente ocurrirán, pero existe una alta probabilidad de que tengan lugar si la persona no es retenida mientras se desarrolla el proceso de investigación. El principio de presunción de inocencia opera en sentido contrario a esa presunción como se verá más adelante.

En tal sentido, como afirma La Rosa (2017), la privación preventiva de la libertad, sin que exista una sentencia condenatoria que declare la responsabilidad penal del procesado:

Se justifica, en consecuencia, para evitar que de ahora en adelante el imputado perturbe la actuación de la justicia para aplicar el derecho, haciendo residir el problema no en lo que el prevenido hizo antes del hecho del proceso, sino en lo que probablemente hará después. (p. 1)

Por tanto, uno de los problemas fundamentales que debe enfrentar quien solicita o impone, como fiscal o juez, respectivamente, la prisión preventiva, es asegurarse de que las posibilidades de que ocurra un hecho futuro que permita al imputado obstruir o evadir la acción de la justicia, es más fuerte que los argumentos en contra de su participación voluntaria en el proceso. De ahí que por lo general el legislador establece requisitos que se deben verificar objetivamente antes de afectar el derecho a la libertad individual mediante la prisión preventiva con fines procesales.

Una vez planteados esos pormenores corresponde enfocarse en la definición de la prisión preventiva como medida cautelar, un ejercicio que es común encontrar en los libros y artículos científicos sobre el tema. Por ejemplo, Figueroa (2017) hace una sistematización de varias definiciones clásicas y contemporáneas de esa institución donde pone de relieve sus aspectos más importantes, algunos de los cuales ya se han mencionado anteriormente.

Por nuestra parte nos parece oportuno presentar algunas definiciones y determinar las características principales de esa institución, así como las divergencias que puedan existir entre los autores consultados, a los fines de precisar de mejor manera el significado que en la presente investigación se le atribuye a la prisión preventiva como una afectación a la libertad individual que debe estar justificada legalmente.

Una definición relevante es la formulada por Medoza y Carrillo (2000), quienes se refieren a la prisión preventiva como:

Un acto procesal de carácter preventivo, provisional que limita la libertad personal del sujeto pasivo del proceso, cuando al reunirse los presupuestos exigidos por la ley el Juez, objetiva y subjetivamente, considera necesario dictarlo con la finalidad de asegurar la realización del Derecho violentado por el delito (p. 159).

De esa definición interesa resaltar lo siguiente: en primer lugar, que la prisión preventiva es un acto procesal, consecuentemente solo puede ser impuesta por un juez dentro de un proceso con todas las garantías inherentes al debido proceso. En segundo lugar, que es provisional, sujeto a un límite de tiempo que debe ser siguiente pero razonable, para que se realicen todos los actos procesales necesarios para que se efectúe la audiencia de juzgamiento y se dicte sentencia.

El tercer aspecto relevante es la justificación de la prisión preventiva, una medida cautelar, que evidentemente afecta el derecho a la presunción de inocencia, aunque de manera temporal. Los autores refieren tres elementos específicos: presupuestos exigidos por la ley, la apreciación de las circunstancias objetivas y subjetivas que tome en cuenta el juez para decretarla, y finalmente el objetivo, que sería la necesidad de asegurar la presentación del procesado ante el juez cuando sea requerido.

Otra definición que nos parece esclarecedora es la Cárdenas (2014), quien citando a Horvitz y López indica que "la prisión preventiva consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal con el objeto de asegurar los fines del procedimiento" (p. 5).

Además de la coincidencia en el carácter temporal y su aplicación con fines de aseguramiento de la presentación del procesado ante el juez cuando sea requerida, el autor incluye como elemento de la prisión preven-

tiva el ingreso de la persona a un centro penitenciario. A nuestro juicio es un elemento accidental de la institución, ya que la privación de libertad temporal decretada por lo general se cumple en centros distintos a los destinados las personas que cumplen sentencia ejecutoriada.

Que se cumpla la prisión preventiva en un centro penitenciario va en contra de los preceptos básicos de la protección de los derechos individuales y en particular de los del procesado, quien por su estado de inocencia que mantiene, aun cuando esté bajo prisión provisional, debe cumplir la medida en centros distintos los de los sentenciados, y especialmente habilitados para que alcance su finalidad de aseguramiento, que es distinta al cumplimiento de una sanción.

En el caso de Figueroa (2017), en lugar de formular una definición de la prisión preventiva, realiza una valoración cuantitativa, indicando que "es una de las medidas cautelares personales de mayor aplicación en el ámbito penal" (p. 21). Por lo menos a nivel teórico esa afirmación parecería un contrasentido, ya que la prisión provisional debe ser aplicada de manera excepcional cuando las otras medidas cautelares son insuficientes para cumplir su objetivo, algo que desmiente la realidad con la aplicación excesiva de la prisión preventiva como medida de aseguramiento del procesado.

A su carácter excepcional se refiere Garzón (2008), cuando indica que "la prisión preventiva, es una medida cautelar de carácter personal que afecta el derecho de libertad personal durante un tiempo, la cual sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal." (p. 38)

También Figueroa (2017) emite un juicio de valor cualitativo, cuando afirma que la prisión preventiva es "sin lugar a dudas es una de las de mayor eficacia en lo relacionado con asegurar la comparecencia de la persona

imputada en el proceso penal" (p. 21). Evidentemente, al colocar a la persona bajo la custodia del Estado, limitando su movilidad y colocándola a disposición de los que decida la autoridad competente, es una medida efectiva para asegurar la presencia del imputado ante el juez cuando sea requerido, ya que en tal sentido no tiene una decisión propia.

Ahora bien, si se ponen en relación las dos partes de lo expresado por el autor, se explica que sea la prisión preventiva la medida cautelar más aplicada, y la razón es que una vez decretada el procesado que a disposición del Estado hasta que se realice la audiencia de juicio, sea revocada o sustituida la medida o caduque por el paso del tiempo prescrito en la ley. De esa manera se comprende mejor la relación entre la recurrencia en la aplicación de la prisión preventiva con su eficacia para asegurar al procesado.

Una definición más amplia es la que ofrece Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales (2010). El autor resalta los siguientes aspectos: es una medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia. Su adopción requiere determinadas condiciones de apreciación conjunta sin las cuales la medida sería ilegal, dado que por su propia naturaleza la prisión preventiva es contraria a la presunción de inocencia que asiste al imputado, hasta que no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Para que proceda la imposición de la prisión preventiva Ossorio (2010, p. 772) menciona como requisitos que esté justificada la existencia del delito cuando menos por prueba semiplena; que el procesado se haya negado a prestar declaración sobre los hechos o su responsabilidad, habiéndole indicado los hechos que se le imputan y sus posibles consecuencias, y que existan indicios suficientes para creer que el imputado es responsable.

En cualquier caso, la consecuencia de la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, es que "través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente" (Hassmer, 1995, p. 105). En este punto precisamente se centran las principales críticas que se dirigen a la institución, ya que supone a restricción del derecho a la libertad de movimiento de la persona a causa de unos hechos cuya existencia material no ha sido probada en juicio, como tampoco se ha probado de manera indubitada y con todas las garantías, su participación en ellos como autor o cómplice.

Según Llerena (2010), las críticas a la prisión preventiva presentan diversos matices, "desde quienes desean ampliarla invocando como justificativo alcanzar una administración de justicia eficiente", hasta quienes "la consideran lesiva respecto del derecho fundamental a la libertad personal y al principio de la presunción de inocencia, considerando inclusive a la prisión preventiva como una pena" (pág. 5). En esas posiciones doctrinales se muestran los aspectos más polémicos del tema. La primera idea apunta a que debe ampliarse su uso con base en su eficacia, mientras la segunda sugiere restringirla bajo el argumento del respeto a los derechos de imputado, y en particular de la presunción de inocencia.

Para hallar un punto medio entre el eficientismo de la administración de justicia que persiguen los primeros y el garantismo que exigen los segundos, es imperativo sistematizar los fundamentos de la institución, así como su finalidad procesal. Como afirma La Rosa (2017), el tema de las medidas cautelares de carácter personal como la prisión preventiva, se fundamentan en un análisis de probabilidades futuras y no de hechos pasados, respecto a la conducta del imputado: "sea quien sea el encargado de contestar esa pregunta deberá imaginar qué es lo que puede ocurrir más adelante y no evaluar sobre lo ocurrido." (p. 1)

El fundamento último de la prisión preventiva, como estableció hace algunos años la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1996), es que su imposición debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad, siendo obligatorio tomar en cuenta además el interés del individuo que ha delinquido en rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad. Abuso de la libertad en ese contexto, significa que no se presente cuando sea requerido por el juez, o de alguna manera busque evadir la acción de la justicia que requiere su presencia para ser procesado.

Para concluir con esta parte es oportuno a hacer referencia algunos principios delineados en la doctrina, para determinar cuándo procede, a nivel teórico, imponer la prisión preventiva como medida cautelar. Esos principios son los siguientes:

- Principio de jurisdiccionalidad. Exige que la prisión preventiva solo procederá únicamente por orden escrita de jueza o juez competente, lo cual impide la arbitrariedad, el abuso de poder, la liberalidad en la aplicación de la medida y la privación ilegítima de la libertad individual (Garzón, 2008).
- Principio de inocencia. Este principio permite salvaguardar tanto los derechos de las víctimas del delito como los de la sociedad en general, al castigar con elementos de prueba irrefutables y conforme a derecho a quien verdaderamente corresponda, sin dejar por ello de respetar el principio de presunción de inocencia que es una garantía en favor del imputado, que solo transitoriamente puede ser privado de libertad hasta que exista una sentencia de lo declare culpable o ratifique su estado de inocencia (Alfonso, 2009).
- Principio de excepcionalidad. Con este principio se busca evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo, así como prevenir su aplicación en caso de infracciones leves, con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el

acusado es propenso a huir u obstaculizar la marcha de la justicia (O'Donnel, 1982).

Para complementar el análisis doctrinal de la prisión preventiva es pertinente revisar de manera breve algunos de los estándares fijados en el sistema interamericano de derechos humanos sobre esa medida cautelar, particularmente en referencia a algunos casos emblemáticos conocidos y resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), donde ha fijado como criterios a considerar la excepcionalidad de la prisión preventiva, su duración razonable, la justificación del peligro de fuga y la revisabilidad periódica de esa medida cautelar de máximo rigor.

Excepcionalidad de la prisión preventiva

En el Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras la Corte expresó que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente; la regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal. La aplicación de la regla o su excepción depende de otros factores que se analizan más adelante.

Por otro lado, en el Caso Tibi vs. Ecuador, donde fue declarado responsable el Estado ecuatoriano, la Corte expresó que en el Ecuador la prisión preventiva no se utiliza de manera excepcional, sino constituye una regla. Por supuesto que esa afirmación de hecho corresponde al año en que se dictó la sentencia, cuando estaba vigente el Código Procesal Penal de 2000 cuyo análisis en cuanto a la prisión preventiva se realizó anteriormente. Ya en el informe de 2013 se menciona que el país corrigió algunas de las normas que contenían una inadecuada configuración jurídica de esa institución.

En el mismo caso determinó que la prisión preventiva es la medida cautelar más severa

que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, y debe justificarse en los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad para alcanzar sus fines sin afectar los derechos de la persona procesada más allá de lo estrictamente necesario. Esta última precisión aparece en el Caso López Álvarez vs. Honduras, donde afirmó que la restricción de derechos del detenido, como consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de ésta, debe limitarse de manera rigurosa.

Duración razonable de la prisión preventiva

Aun cuando se justifique la prisión preventiva en un caso concreto, su duración debe ser por el tiempo mínimo necesario para que el procesado sea presentado ante el juez y se dicte una sentencia que reafirme o desmienta su estado de inocencia. Así lo estableció en la sentencia del caso Reeducación del Menor vs. Paraguay, donde determinó que la prisión preventiva no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla.

El problema en este caso sería lo que debe entenderse por plazo razonable, que debe ser fijado en cada caso por el juez cuando realiza control de constitucionalidad y convencionalidad concurrente como es obligatorio en el Ecuador para los jueces y el resto de los poderes públicos. Fue la propia Corte IDH quien el Caso Suarez Rosero vs. Ecuador fijó criterios básicos para determinar cuándo un plazo judicial es razonable.

Esos criterios fijados en el caso mencionado y recogidos en varias investigaciones doctrinales son la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales. A partir del Caso Valle Jaramillo vs. Colombia, la Corte IDH consideró que a los anteriores criterios debe agregarse (Rodríguez & Andrade, 2011) en el "análisis de razonabilidad se debe

tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia" (CIDH, Caso Valle Jaramillo vs. Colombia, 2008, p. 48).

Volviendo al Caso Reeducación del Menor vs. Paraguay (CIDH, 2004), en el mismo la Corte expresó que no cumplir con los requisitos del pazo razonable equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios del derecho universalmente reconocidos. Finalmente, sobre este punto, en el Caso Bayarri vs. Argentina expresó que aun cuando cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7 numeral 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos garantiza que la persona bajo prisión preventiva sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable.

Justificación en el peligro de fuga u obstrucción de la justicia

La finalidad de la prisión preventiva, como del resto de las medidas cautelares, es que se garantice que el procesado sea presentado ante el juez cuando sea requerido en el proceso. En dependencia de las posibles afectaciones a ese objetivo se define la medida cautelar aplicable, prefiriendo siempre aquellas que no implican una privación de la libertad ambulatoria. Así lo determinó la Corte en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, donde argumentó que aún verificando el riesgo de fuga la prisión preventiva no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en asegurar que el acusado no impedirá el curso el proceso.

En el Caso Acosta Calderón vs. Ecuador determinó la Corte que la prisión preventiva tiene como límite la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido, más allá de los límites estrictamente necesarios

para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, ni eludirá la acción de la justicia. Los argumentos que conducen a esa conclusión se refieren tanto a los hechos, la posible sanción a aplicar y el posible riesgo de fuga.

La misma tesis está en el Caso Barreto Leiva vs. Venezuela argumentó que la prisión preventiva solo puede fundamentarse en un fin legítimo, que no es otro que asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. El juez debe hacer un examen cuidadoso del material probatorio, las circunstancias del hecho y las características del autor, para determinar la medida cautelar que de mejor manera contribuya a ese fin. Si la única posible es la prisión preventiva la aplicará con todas las previsiones del caso y bajo una adecuada motivación de las razones que excluyen las menos gravosas en favor de esta última.

Revisabilidad de la prisión preventiva

El carácter excepcional de la prisión provisional supone además que ésta pueda ser revisada de oficio o a petición de parte, siempre que existan indicios que pudieran modificar las razones que determinaron su imposición, básicamente las circunstancias del hecho presuntamente delictivo y la responsabilidad del procesado bajo prisión preventiva. En el Caso Bayarri vs. Argentina la Corte expresó que en cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface las condiciones bajo las que fue impuesta, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.

Ese criterio lo amplió en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, donde estableció que, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar, aunque sea en forma mínima, las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse. Este criterio evidentemente corresponde fijarlo por vía legislativa

a cada Estado, ya que, si bien debe revisarse periódicamente la prisión preventiva, deben existir elementos objetivos derivados de la investigación que lo justifiquen.

Igualdad de armas y derecho a la defensa

Hemos mencionado en ocasiones anteriores que el principio de igualdad de armas suele ser identificado por algunos autores como un elemento esencial del derecho a la defensa, en la medida en que permite a la persona procesada defenderse la acusación que se presenta en su contra, presentar las pruebas que le permitan ante el juez ratificar su estado de inocencia, o conseguir que se le imponga una sanción menos gravosa por los hechos cuya responsabilidad quede demostrada en la audiencia. En ese contexto, la igualdad de armas supone igualdad de oportunidades, posibilidades y herramientas para contradecir las pruebas que se presentan en su contra y potenciar las virtualidades probatorias de aquellos medios que puedan excluir la tipicidad del hecho y la culpabilidad del imputado (Moratto, 2020).

Con base en esa estrecha relación entre el derecho a la defensa y el principio de igualdad de armas, en este apartado del estudio se hace una breve incursión en el precitado derecho, para dimensionar las exigencias que se derivan de su configuración teórica y jurídica, así como los requisitos que deben cumplirse para garantizar su efectividad durante todo el proceso judicial, pero especialmente en la audiencia oral y pública. De entrada cabe decir que el derecho fundamental de toda persona "a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal", como se reconoce tanto en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Rodríguez, 2017) como en la Constitución ecuatoriana de 2008, significa la posibilidad de que esta pueda exponer dentro del proceso, cuantos argumentos y medios de prueba fácticos y argumentos jurídicos fueren necesarios para sostener su causa frente a las actuaciones procesales de la otra parte o del ente acusador (González, 2019).

Entendido de esa manera, el derecho a la defensa supone entonces la capacidad y posibilidad de intervención activa de los interesados en el proceso, pero especialmente de la persona procesada, en virtud de que la carga de la prueba recae sobre la Fiscalía y al imputado le corresponde ejercer su defensa mediante abogado particular o defensor público; desde el punto de vista estructural el derecho a la defensa está constituido por otras garantías mínimas de naturaleza instrumental, que son el derecho a ser informado, la posibilidad de formular las alegaciones que le permitan acreditar su inocencia ante el juez, el derecho a proponer pruebas y el derecho a impugnar la decisión del juez o tribunal (Barnés, 1993).

El derecho a ser informado de la causa iniciada en su contra, de los cargos que se le imputan y las circunstancias de modo, tiempo y lugar donde se presume que ocurrieron, así como los derechos que le asisten y todos los demás elementos necesarios para ejercer su defensa (Cruz, 2015). Debe incluir la notificación, además, la información de aquellos hechos que, aunque fueren manifiestos, pudieran ser desconocidos a una de las partes; los hechos y los medios de prueba admitidos por el tribunal; los hechos constatados que tengan su origen en otro proceso y corresponde al tribunal hacerlo efectivo, sin que sea necesaria instar la información (Montero & Salazar, 2018).

En cuanto a la posibilidad de formular las alegaciones que tenga por conveniente la persona procesada, se refiere a los hechos presuntamente delictivos y a los principios y normas aplicables al caso, así como los plazos que se dispongan para presentar las alegaciones, los que deberán ser objetivamente suficientes y proporcionales a la finalidad de la defensa, para que la persona señalada pueda obtener y presentar los medios de prueba en que basa sus alegaciones y disponer del tiempo necesario y suficiente para ejercer su derecho a la defensa. Este derecho incluye la posibilidad de proponer pruebas o diligen-

cias adicionales a las realizadas por el ente que lleva a cabo la investigación preprocesal y procesal, siempre que se trate de aquellas admitidas en Derecho y sean útiles, pertinentes, conducentes y en relación con las cuales se acredite su legitimidad en el proceso.

Otra de las garantías que incluye el derecho a la defensa es la posibilidad de impugnar las decisiones del órgano jurisdiccional mediante los recursos que determine la ley (Rosales, 2010); esta garantía se justifica básicamente en la posibilidad de que el juez o tribunal de primera instancia haya incurrido en un error de interpretación de las normas aplicables y de la apreciación y valoración de la prueba, por lo que un juez o tribunal superior puede revisar la decisión y de ser pertinente ratificarlo, corregirlo o declarar con lugar el recurso y dictar una nueva sentencia de acuerdo con las normas vigentes para ese tipo de procesos. Lo que sí es importante señalar en este punto que también en el trámite del recurso son aplicables los mismos principios de inmediación, contradicción e igualdad de armas.

El ejercicio del derecho a la defensa en materia penal tiene dos modalidades: en primer lugar la autodefensa, que supone la comparecencia y ejercicio personal de las actuaciones procesales por el interesado, en la medida que así lo permita la ley, como puede ser en casos de ejercicio privado de la acción penal o en garantías jurisdiccionales no es preciso el patrocinio de abogado; y la forma más común que es la defensa técnica, que se realiza mediante la asistencia letrada que de manera profesional realiza esa actividad en beneficio de la persona procesada y en el marco de los principios y normas que delimitan el ejercicio de su profesión; la defensa técnica debe ser de elección el interesado o proporcionada por el Estado para garantizar en todo caso que haya un defensa del imputado frente a la acusación que realiza el Estado (González, 2019).

Se trata de un derecho subjetivo de carácter instrumental del derecho a la defensa,

incluido dentro del grupo de garantías del debido proceso y cuya finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas resultado de indefensión; por lo que en algunas ocasiones constituye exigencia estructural del proceso y garantía de su correcto desarrollo.

Ahora bien, respecto de la defensa técnica debe distinguirse entre la exigencia procesal de asistencia letrada y el derecho a designar y hacerse representar por abogado (Caamaño, 2000). El requisito procesal de asistencia letrada viene determinado precisamente por la finalidad misma del derecho a la defensa técnica, esto es, la de garantizar el equilibrio entre las partes y con ello la contradicción efectiva en el debate procesal; pero ello no debe tener un carácter absoluto, en el sentido de negar el derecho a la autodefensa (Rosales, 2010). Así, se haría necesaria desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva la exigencia procesal de asistencia letrada, sólo cuando la complejidad técnica de la materia controvertida o de los procedimientos a seguir conviertan la autodefensa en un medio inadecuado o inútil para garantizar la justicia.

La posibilidad de las partes de deducir ante el juez personalmente sus pretensiones por la ausencia de obligatoriedad del requisito de la postulación letrada en algunos procesos, no hace decaer el derecho a la defensa técnica, pues en tales supuestos no se obliga a las partes a defenderse personalmente, sino que les concede el poder para escoger entre la autodefensa y la asistencia del abogado, quedando por en tanto a salvo el mencionado derecho que puede renunciar o ejercer, según estime conveniente.

El derecho a la defensa técnica no implica, a diferencia de los procesos penales, que el

Estado deba proporcionar la asistencia jurídica gratuita. La obligación existiría cuando la asistencia jurídica resulte indispensable para poder acceder de forma efectiva a los órganos jurisdiccionales, ya sea porque es legalmente exigida la asistencia de letrado o cuando no siéndolo, la complejidad del proceso, la capacidad intelectual y la situación económica del solicitante comprometan la posibilidad de defender efectivamente su caso, ante la imposibilidad de costear los servicios de un abogado de su elección.

Un aspecto importante que debe considerarse dentro de este apartado de la asistencia técnica gratuita como garantía de la tutela judicial efectiva, tiene que ver con la calidad de la defensa. Si bien la conducta procesal del abogado es de su entera responsabilidad, la designación e intervención de un abogado en virtud de la asistencia jurídica debe responder imperativamente a normas de calidad - lo mismo con la defensa suministrada por el Estado, el que debe adoptar las medidas adecuadas a ese fin, de lo contrario se estaría privando a los justiciables de la tutela efectiva a la que tienen derecho (CIDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 2006, párr. 159).

Otro de los componentes del derecho a la defensa se expresa en el derecho específico a recurrir el fallo dictado por un juez de instancia ante un juez superior. La disponibilidad de medios de impugnación contra las sentencias no penales, a diferencia de las previstas para las de materia penal, no constituye una garantía del derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de las convenciones americana y europea de Derechos Humanos, por lo que, en principio, este derecho quedaría garantizado con el acceso a la primera instancia.

Por lo tanto, el derecho a recurrir la sentencia, contrariamente al derecho de acceso a la jurisdicción, no tiene un carácter universal y se integra al derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que así lo prevean

los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales (Rosales, 2010). En algunos, como España, dependerá de configuración que reciba de cada una de las leyes de enjuiciamiento, como una cuestión de legalidad ordinaria, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso, siendo incluso posible que no existan -salvo que la interpretación o aplicación de los requisitos procesales llevada a cabo por el Juez o tribunal resulte manifiestamente arbitraria, irrazonable o incurso en error patente.

En otros, como Ecuador, a pesar de tener una dimensión constitucional como parte de las garantías de todo proceso (en el artículo 76 numeral 7 literal m), la Corte Constitucional lo ha matizado, al establecer que:

La posibilidad de recurrir de una decisión judicial no tiene el carácter de absoluto, en el sentido de que no en todo proceso y no toda decisión judicial es susceptible de ser impugnada, apelada o recurrida sin que esto traiga consigo una evidente vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de recurrir la decisión judicial o el derecho a la doble instancia puesto que, la posibilidad de recurrir estará regulada por la norma legal pertinente, de acuerdo a la naturaleza y alcance de cada uno de los procesos jurisdiccionales que nuestro ordenamiento jurídico reconoce. (CCE, 2017, p. 15)

Igualdad de armas, derecho a la defensa y prisión preventiva

En este último apartado de la investigación se analizan los tres aspectos esenciales abordados en las páginas anteriores; es decir, el principio de igualdad de armas, el derecho a la defensa y su ejercicio en el contexto de la prisión preventiva como se anunció desde el inicio. El principio de igualdad de armas puede ser entendido al menos en dos sentidos distintos y con consecuencias diferentes en cada caso. En sentido estricto implica que

los sujetos procesales deben tener los mismo medios, herramientas y posibilidades para intervenir en el proceso judicial, si uno de ellos tiene una ventaja ya sea estructural o funcional sobre los demás habría un desequilibrio, y por tanto no habría igualdad de armas.

El segundo sentido de este principio es más amplio, y supone que la igualdad de armas no es una cuestión fáctica sino normativa o procesal, en el sentido de que lo que debe garantizarse es que en la obtención, incorporación y valoración de la prueba los sujetos procesales tengan las mismas oportunidades, con independencia de las diferencias estructurales o funcionales, o de los medios de que disponga para parte para acceder a la prueba, solicitar pericias o realizar cualquier diligencia probatoria.

Es esta segunda dimensión del principio de igualdad de armas la que resulta compatible con el proceso penal moderno, que atribuye constitucional y legalmente la competencia para investigar a la Fiscalía o en general al ente que ejerce la acción penal pública, así como los recursos materiales, financieros y de talento humano necesarios para ello, a la vez que a la defensa técnica le limita considerablemente cualquier posibilidad de realizar diligencias de investigación por su cuenta o recabar indicios o medios de prueba que entren bajo la potestas del ente acusador.

Ello no significa, sin embargo, que las diferencias estructurales y funcionales entre el ente que ejerce la acción penal pública y la defensa técnica exista por definición o por naturaleza una desigualdad de armas que afecte los derechos de la persona procesada o incida de manera negativa en el derecho al debido proceso; muy por el contrario, la obligación que para la Fiscalía dimana del principio de objetividad le obliga a obtener y presentar ante el juez tanto los medios de prueba que permiten acreditar la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, como todos aquellos que puedan servir para acreditar su

estado de inocencia, pues además de ser un órgano interesado en el resultado del proceso es una institución pública que debe velar en cada una de sus actuaciones por el respeto irrestricto a los derechos fundamentales.

De ahí que presumir una violación del principio de igualdad de armas por las potestades, medios y recursos de que dispone la Fiscalía frente al marco de actuación más limitado de la defensa técnica parecer a primera vista un error de comprensión del funcionamiento de la justicia penal moderna, donde el Estado ha monopolizado para sí la investigación penal, la persecución del delito y la presentación de los presuntos responsables ante el juez competente, dejando a la defensa técnica un amplio marco de derechos, principios y garantías para oponerse al ejercicio de la acción penal, proponer diligencias o medios de prueba no presentados por la Fiscalía, y contradecir la prueba que se presente en contra de su patrocinado e incluso cuestionar la legitimidad de su obtención, incorporación al proceso o valoración judicial.

Por otra parte, postular una aplicación estricta del principio de igualdad de armas en el proceso penal puede ser un contrasentido, en la medida en que las diferencias estructurales y funcionales del sistema procesal penal contemporáneo está cada vez más enfocado en combatir la impunidad, por lo que la Fiscalía es dotada de medios sofisticados, técnicas de investigación de avanzada, modernos laboratorios de criminalística y ciencias forenses y personal ampliamente capacitado para investigar el delito, algo que es totalmente ajeno a la defensa técnica que debe trabajar con los medios de prueba aportados por el ente acusador y hacer de ellos su menor interpretación posible para que el juez ratifique el estado de inocencia de la persona procesada o le imponga una sanción lo menos grave posible de acuerdo con el marco sancionador previsto para el delito imputado.

En todo caso, si debiera predicarse una desigualdad de armas en el actual proceso

penal sería en perjuicio de la Fiscalía y no de la defensa técnica, ya que mientras la primera debe realizar todo el trabajo de investigación, recabar indicios, desplegar su personal especializado, medios y recursos de toda índole, además de soportar la carga de la prueba, la defensa técnica realiza un mínimo esfuerzo y se mantiene a la espera de que el ente acusador realice su trabajo para utilizar los resultados que obren a favor de su defendido y establecer su teoría del caso. Sin embargo, tanto desde una perspectiva estructural como procesal, la desigualdad de armas en el punto de partida entre el ente acusador y la defensa técnica no se convierte, automáticamente en una desigualdad inherente a todo el proceso penal; antes bien, después de la formulación de cargos contra la persona señalada como presunta responsable del hecho punible, el proceso penal sitúa a ambas partes en un plano de igualdad en diferentes sentidos.

El principal de ellos es que la propia Fiscalía debe aportar al proceso los medios de descargo de que puede valerse la defensa técnica para formular su teoría del caso en sus elementos fácticos, normativos y probatorios, así como solicitar que se realicen otras diligencias, presentar requerimientos, cuestionar la legitimidad de los medios de prueba en cuanto a su obtención e incorporación al proceso mediante la cadena de custodia, e incluso darle a los indicios y pruebas presentadas una interpretación distinta y favorable a la presunción de inocencia de su patrocinado. En segundo lugar, la defensa técnica tiene el derecho de contradecir la prueba que se presente en su contra, a disponer de las mismas oportunidades, posibilidades y herramientas con que cuenta la Fiscalía al interior del proceso, y el derecho a que toda diligencia sea realizado frente al juez y los sujetos procesales.

Ahí, al interior del proceso, es donde se configura el principio de igualdad de armas en su sentido más amplio; es decir, donde las diferencias estructurales y funcionales entre

la defensa técnica y el ente acusador se disminuyen o anulan en favor de un proceso penal garantista que provee a la persona procesada de un amplio abanico de derechos sustantivos y procesales que obligan al Estado por intermedio del ente acusador, a desplegar una amplia actividad de investigación, recolección de pruebas e indicios, formulación de hipótesis y su demostración para conseguir que el juzgador llegue más allá de toda duda razonable para determinar la existencia del hecho punible y la responsabilidad de la persona señalada como infractora.

Entonces puede decirse que esa igualdad procesal entre el ente acusador y la defensa técnica se mantiene a lo largo de todo el proceso; es decir, desde la audiencia de formulación de cargos hasta la sentencia en primera instancia y todos los procesos de impugnación que eventualmente se realicen, por lo que la aplicación de medidas cautelares no debería, en principio, modificar de manera significativa la igualdad procesal en cuanto a herramientas, posibilidades y oportunidades respecto a la presentación de la prueba, su valoración y la presentación de alegatos con base en ella. Sin embargo, la circunstancia particular de que al apersona procesada se le imponga la más grave de las medidas cautelares que es la prisión preventiva, puede que tenga cierta incidencia en el ejercicio del derecho a la defensa, y consecuentemente sobre el principio de igualdad de armas en su dimensión fáctica o estructural.

La prisión preventiva, como se explicó oportunamente, comporta una limitación máxima de la libertad ambulatoria, y coloca a la persona procesada, aun cuando conserva su estado de inocencia, bajo la custodia del Estado hasta que se realice la audiencia de juicio y un juez imponga la sanción pertinente o ratifique el estado de inocencia. La pregunta acerca de si, en esas circunstancias, se podría hablar de una vulneración del principio de igualdad de armas como se afirma en la Sentencia No. 8-20-CN/21 de 18 de agosto de 2021 que dio lugar a este texto es discu-

tible, por cuanto habría que distinguir entre una circunstancia fáctica que es la prisión preventiva, y una circunstancia jurídica que es la necesidad de asegurar la presencia del procesado ante el juez cuando sea requerido, así como el cumplimiento de la eventual sanción y la reparación integral a la víctima.

Por lo que se refiere a la circunstancia fáctica, en la sentencia se dice que "la defensa procesal de una persona no es igual si está privada de libertad una de las partes o si está en libertad. Cuando está en libertad, puede presionar a su abogado defensor en su oficina, puede buscar las pruebas, puede tener mejores condiciones para sobrevivir y preparar su defensa. Esto, por ejemplo, lo hacen los fiscales" (párr. 26 del Voto concurrente) Ello es enteramente cierto, pero de ahí no se deduce que exista una vulneración del principio de igualdad de armas, por cuanto lo que hacen los fiscales no tiene únicamente la finalidad de recabar pruebas para lograr la condena de la persona que guarda prisión preventiva, sino que además debe recabar aquellas que obren en favor de su presunción de inocencia.

Seguidamente se afirma en el Voto concurrente que:

Quando una persona está privada de libertad preventivamente, no puede visitar a su abogado o abogada, está a la merced de lo que quiera hacer el abogado (que muchas veces ni visita ni informa a la persona procesada), sus posibilidades de vida digna se limitan, si está sobreviviendo en la cárcel difícilmente pensará de forma adecuada en su defensa (párr. 27).

Esta reflexión está enfocada en los fines de las medidas cautelares, concretamente de la prisión preventiva, que como se analizó oportunamente debe ser excepcional, justificada y revisable periódicamente; en tal sentido, si la imposición de la medida cautelar se hizo cumpliendo los requisitos constitucionales y legales vigentes, y si el juzgador encontró

méritos suficientes para ello, la limitación de la libertad ambulatoria de la persona procesada tiene como consecuencia que no puede defenderse en libertad. Pero ello no significa que la defensa sea más efectiva, que el abogado sea más diligente o que se ocupe del caso de manera más profesional si la persona no está privada de libertad.

Se trata de una cuestión que no está determinada por el diseño institucional del proceso penal y los roles del ente acusador y de la defensa técnica, sino por una deficiente defensa técnica que no se ocupa adecuadamente de su labor que es precisamente estar pendiente de toda diligencia, actuación o trámite que se realice respecto de su caso y cliente, así como es su obligación profesional visitar a su patrocinado, entrevistarse con él, ponerlo al tanto de los avances del proceso y recibir las instrucciones que considere pertinentes. En resumen, las dificultades señaladas en cuanto a la defensa técnica deficiente no son consustancial al sistema procesal, sino a una forma de ejercer la profesión que no se corresponde con las exigencias que implican asumir la defensa de una persona procesada.

En el párrafo 28 del Voto concurrente se afirma que “cuando fiscales y personas procesadas se les prive simultáneamente de su libertad durante el proceso, o en ningún caso se les prive de libertad mientras se desarrolla el proceso, entonces se garantizará la igualdad de armas en el proceso penal”. Para empezar, es preciso decir una obviedad: a la persona procesada se la priva de libertad porque existen indicios de su participación como autor o cómplice en un hecho punible, y esos indicios son más fuertes que aquellos que pudieran excluir tanto la existencia material de la infracción como el nexo causal entre el resultado de daño o peligro producido y la acción u omisión del imputado. Si se dan esas circunstancias la privación de libertad es legítima, y la persona procesada deberá permanecer internada hasta que se modifiquen los hechos en que se basó el juzgador para imponer esa medida cautelar, o nuevas prue-

bas modifiquen su relación con los hechos.

Por otro lado, pensar que cuando una persona es puesta en prisión preventiva la única forma de conseguir que se materialice el principio de igualdad de armas es que también se prive de libertad al fiscal es una manera distorsionada de entender el proceso penal, el rol de los sujetos procesales y la naturaleza y funciones de la Fiscalía. En primer lugar, porque el fiscal está realizando en nombre del Estado una función absolutamente basada en las normas y principios constitucionales y legales vigentes, por lo que mal podría ser privado de libertad por cumplir sus funciones. En segundo lugar, la igualdad de armas no significa igualdad de circunstancias fácticas, sino igualdad procesal, por lo que la defensa en libertad o en prisión preventiva de la persona procesada no implica automáticamente una desigualdad procesal que debiera ser subsanada, sino una situación jurídica donde las oportunidades deben ser actualizadas por la defensa técnica, que si lo hace bien o mal ya no es por causa del diseño del sistema procesal, sino por un ejercicio profesional inadecuado o deficiente.

Conclusiones

Del estudio realizado se derivan las siguientes conclusiones. El proceso penal moderno se caracteriza por ofrecer cada vez más derechos y garantías a las personas procesadas, tanto en los instrumentos internacionales de derechos humanos como en la Constitución en el caso del Ecuador. Algunos de esos principios son el de inmediación, contradicción e igualdad de armas, los que a pesar de contemplar exigencias distintas tanto para los sujetos procesales como para el juzgador, tiene un ámbito de aplicación específico dentro del proceso penal. así, el principio de inmediación exige que toda diligencia procesal se realice o sea discutida por las partes en presencia del juez; el principio de contradicción exige que tanto el ente acusador como la defensa técnica puedan presentar pruebas y contradecir las que se presenten en la audiencia, mientras el principio de igualdad de

armas exige que para los sujetos procesales existan las mismas posibilidades y oportunidades de presentar alegaciones, pruebas y toda diligencia pertinente al caso.

Este último principio es el centro de análisis de este texto, y en el mismo se pone de manifiesto que la igualdad de armas debe entenderse en sentido procesal y no fáctico, pues evidentemente el sistema procesal actual está diseñado sobre el presupuesto de que el Estado tiene el monopolio de la investigación penal, la persecución y detención de los infractores y su presentación, vía formulación de cargos, ante el juez competente para que determine la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada. En esa dinámica sistemática se inserta la defensa técnica, que sin bien no cuenta con los recursos materiales, financieros y de personal especializado de que está dotada la Fiscalía, al interior del proceso se encuentra en un plano de igualdad (igualdad de armas en sentido procesal), y puede solicitar pruebas o diligencias, presentar las que favorezcan a su representado y contradecir las que se presenten en su contra, todo ello reforzado con el principio de objetividad que

obliga a la Fiscalía a obtener, conservar y presentar ante el juzgador tanto las pruebas de cargo como aquellas que obran en favor de la persona procesada y podrían servir para que se ratifique su estado de inocencia.

Luego de realizado ese análisis se concluye en que en el Voto concurrente de la Sentencia No. 8-20-CN/21 de 18 de agosto de 2021 se parte de un presupuesto equivoco de la igualdad de armas, al confundirse la igualdad de armas en sentido fáctico con la misma igualdad en sentido procesal que es la correcta a tono con la organización sistemática del proceso penal. Esa comprensión inadecuada del principio de igualdad de armas lleva a la idea inaceptable de que de que la única forma de garantizar dicha igualdad en el proceso penal es colocando al fiscal y a la persona procesada en las mismas circunstancias fácticas; es decir, ambos sujetos procesales en prisión preventiva, o ambos en libertad mientras dure el proceso, lo que no se corresponde ni con la doctrina ni con la más elemental idea del funcionamiento del proceso penal, el rol de los sujetos y la finalidad de la prisión preventiva.

Bibliografía

- Alfonso, A. (2009). Presunción de inocencia: El régimen constitucional mexicano frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En H. Fix-Zamudio, & J. Carpizo, Protección internacional de los derechos humanos (págs. 77-97). Platense.
- Alvarado, A. (2008). Introducción al estudio del Derecho Procesal. Rubinzal-Culzoni.
- Asencio, J. (2004). Introducción al Derecho Procesal. Tirant Lo Blanch.
- Azula, J. (1986). Curso de teoría general del proceso. Librería Jurídica Wilches.
- Barnés, J. (1993). La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art. 19.IV). En J. Barnés, La justicia administrativa en el Derecho Comparado. Civitas.
- Bravo, C. (2022). Preclusión procesal y principio de igualdad de armas. Ciencia Latina. Revista Multidisciplinar, 6(1), 2763-2780. https://doi.org/https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i1.1688
- Caamaño, F. (2000). El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar medios de prueba pertinentes. Cuadernos de Derecho Público (10), 113-132.
- Cárdenas, J. (2014). La indebida aplicación de caducidad de la prisión preventiva. Quito: Universidad Central del Ecuador. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3485/1/T-UCE-0013-Ab-216.pdf>
- Sentencia No. 208-17-SEP-CC. (30 de junio de 2017), Corte Constitucional del Ecuador
- Sentencia No. 8-20-CN/21, 8-20-CN (18 de agosto de 2021), Corte Constitucional.
- Cevallos, E. (2022). La violación de igualdad de armas en la declaración anticipada de las víctimas de delitos sexuales. Digital Publisher, 7(1), 537-547. <https://doi.org/doi.org/10.33386/593dp.2022.1-1.991>
- CIDH. (2019). Cuadernillo de Jurisprudencia No. 7. San José: CIDH. Retrieved 29 de septiembre de 2019, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>
- CIDH. (2020). Cuadernillo de Jurisprudencia No. 8. San José: CIDH., <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo8.pdf>
- Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (CIDH 26 de septiembre de 2006), CIDH.
- Caso Bayarri vs. Argentina (CIDH 30 de octubre de 2008), CIDH.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (CIDH 23 de junio de 2006), CIDH
- Caso Valle Jaramillo Vs Colombia (Corte IDH 27 de noviembre de 2008), CIDH.
- Reeducación del Menor vs Paraguay (CIDH 2 de septiembre de 2004), CIDH. REVISAR FORMATO
- Suárez Rosero Vs. Ecuador (CIDH 22 de noviembre de 1997), CIDH.
- Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras (7 de junio de 2003), CIDH.
- Caso Tibi vs Ecuador (7 de septiembre de 2004), CIDH.
- Caso Caso López Álvarez vs. Honduras (1 de febrero de 2006), CIDH.
- Caso Acosta Calderón vs. Ecuador (24 de junio de 2005), CIDH.
- Caso Barreto Leiva vs. Venezuela (17 de noviembre de 2009), CIDH.
- Cisneros, G. (2003). Diccionario de frases y aforismos latinos. Una compilación sencilla de términos jurídicos. Universidad Nacional Autónoma de México.
- CNDH. (2017). Pronunciamiento sobre el plazo razonable en la prisión preventiva. México: CNDH. Retrieved 2 de enero de 2021, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Informes/Especiales/PRONUNCIAMIENTO-PP.pdf>
- Código Orgánico Integral Penal (10 de febrero de 2014). Asamblea Nacional. Registro Oficial de 10 de febrero.

Comisión CIDH. (1996). Informe 12/96. Nueva York: CIDH.

Comisión IDH. (2009). Informe 86/09. Nueva York: CIDH.

Constitución de la República del Ecuador (20 de octubre de 2008). Asamblea Constituyente. Montecristi: Registro Oficial de 20 de octubre.

Cruz, O. (2015). Defensa a la defensa y abogacía en México. UNAM.

De Pina, R., & Castillo, J. (2007). Instituciones de Derecho Procesal Civil. Porrúa.

De Santo, V. (2005). La prueba judicial. Editorial Universitaria.

Devis, H. (2008). Teoría General de la Prueba Judicial, tomo I. P. De Zavalía Editor.

Devis, H. (2019). Teoría general del proceso. Temis.

Díez, M. (2020). El acusador privado y el principio de igualdad de armas: una crítica al ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 50(133), 309-339. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v50n133.a04>

EJ (2020), Enciclopedia Jurídica, <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/principio-de-inmediaci%C3%B3n/principio-de-inmediaci%C3%B3n.htm>

Figueroa, I. (2017). La aplicación excesiva de la prisión preventiva y el. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/8732/1/T-UCSG-POS-MDC-98.pdf>

Gallegos, R. (2019). El principio de intermediación y la actividad probatoria en la normativa procesal ecuatoriana. *INNOVA Research Journal*, 4(2), 120-131.

Garzón, E. (2008). La prisión preventiva: medida cautelar o pre-pena. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. <https://core.ac.uk/download/pdf/159775216.pdf>

González, A. (2019). La vulneración del derecho a la defensa en el procedimiento directo [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/7067>

Grunauer, E. (2016). El cumplimiento de los parámetros del debido proceso en el procedimiento directo del Código Orgánico Integral Penal. [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4758>

Guzmán, C. (2021). A propósito de la idea de "igualdad de armas" en el proceso penal. *Revista Nuevo Foro Penal* (96), 13-55.

Hassemer, W. (1995). Crítica el Derecho penal de hoy. Ad-Hoc.

Hirsch, H. (1992). Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales. En J. Maier, *De los delitos y de las víctimas* (92-128). Ad-Hoc.

Kraug, S. (2018). La prisión preventiva en Ecuador. Defensoría Pública del Ecuador.

La Rosa, M. (2017). Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Quito: Defensoría Pública del Ecuador.

Llerena, J. (2010). La prisión preventiva desde el enfoque de los derechos humanos. Cuenca: Universidad de Cuenca. <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/3000/1/td4371.pdf>

Medoza, L., & Carrillo, R. (2000). Diccionario jurídico. Nueva Luz.

Montero, D., & Salazar, A. (2018). Derecho a la defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. CIDH.

Montero, J. (1989). Derecho Jurisdiccional. Bosch.

Moratto, S. (2020). El principio de igualdad de armas: un análisis conceptual. *Revista Derecho Penal y Criminología*, XLI (110), 177-202.

Morello, A. (2001). El Proceso Civil Moderno. Librería Editora Platense.

- Moreno, E. (2014). Observaciones acerca del uso de las ordalías durante la Antigüedad tardía (siglos IV-VII d.C). Cuadernos de Historia del Derecho (21), 167-188. https://doi.org/10.5209/rev_CUHD.2014.v21.47720
- O'Donnel, D. (1982). Protección Internacional de los Derechos Humanos. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Ossorio, M. (2010). Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Panamá: Datascan.
- RAE (2022), Diccionario de la Real Academia Española. RAE. <https://dle.rae.es/inmediaci%C3%B3n>
- Rodríguez, C., & Andrade, D. (2011). El plazo razonable en el marco de las garantías judiciales. Memorando de Derecho, 113-125.
- Rodríguez, L. (2010). ¿Inferioridad de armas de la defensa en el proceso penal? Especial referencia al derecho a la prueba. Revista Teorder (8), 52-66.
- Rodríguez, V. (2017). El debido proceso legal y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. CIDH.
- Rosales, F. (2010). Derecho a recurrir. Revista Regional de Derechos Humanos (2), 125-145.
- UCC. (2010). Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Teoría general del proceso. Universidad Católica de Colombia.
- Véscovi, E. (1999). Teoría general del proceso. Temis.

EL COIP NO SABE CONTAR. PROLEGÓMENOS DE LA TEORÍA DEL CONCURSO DE DELITOS



Ab. Edgar Leonel Córdova Ortega*

RESUMEN

El Derecho Penal regula la respuesta punitiva con la que el Estado responde ante las infracciones penales, particular relevancia tiene el complejo escenario de la concurrencia delictiva. El presente trabajo realiza un análisis doctrinario y normativo de las figuras de concurso real, concurso ideal y conexidad con el objetivo de identificar el alcance de las figuras y más importante aún como es su aplicación. Para esto, se analizó la normativa integralmente, inclusive se comparó con la legislación penal de otros países para evidenciar sus fallas. Esto para llegar a la conclusión de que necesitamos sentar bases sólidas en lo dogmático, luego pasar a lo normativo y finalmente a una aplicación eficaz.

Palabras claves: Concurso real, concurso ideal, concurso medial, conexidad.

ABSTRACT

Criminal Law regulates the punitive response with which the State responds to criminal offenses, particularly relevant is the complex scenario of criminal concurrence. The present work carries out a doctrinal and normative analysis of the figures of real contest, ideal contest and connection with the objective of identifying the scope of the figures and more importantly how their figures are being applied. For this, the regulations were analyzed comprehensively, even compared with the criminal legislation of other countries to show their failures.

Keywords: Real contest, ideal contest, medial contest, connection.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Máster en Argumentación Jurídica Universidad de León, Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales Universidad Pompeu Fabra/Universidad de Barcelona. Investigador Jurídico Independiente.

Análisis Concurrencia de infracciones y Conexidad

Antecedentes

La Teoría del delito “es aquella teoría que pieza a pieza elabora el concepto básico y perfila los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de delito” (Iberley, 2012) tales como las categorías dogmáticas (acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), y, con estas construcciones se puede valorar si determinada conducta se enmarca o no dentro de un tipo penal, en sus ámbitos objetivos y subjetivos, con la finalidad de imponerle una pena. No obstante, lo más común es realizar este análisis de la forma más simplificada posible, es decir, tomando en cuenta un solo hecho que encuadra en un solo tipo penal y que le corresponde una pena (Lascano, 2000, p. 277) por ejemplo: el que se dice es el primer delito de la historia, el homicidio doloso consumado de Abel a manos de su hermano, Caín.

Ahora bien, si a ese mismo caso se le añade la particularidad de que para ese homicidio Caín colaboró con alguien, se complica el análisis, ya que se debe aplicar la normativa respecto de la participación para determinar el grado de responsabilidad que le corresponde a cada interviniente.

“Distinto será el análisis que deberemos practicar si en el supuesto estudiado un mismo sujeto lleva a cabo una conducta o una secuencia de conductas que resulten encuadrables en varios tipos delictivos” (Conti, 2006, p.2) por ejemplo: Una persona quiere matar a su hermana y la espera a que salga del trabajo en la noche y cuando la ve subir a su auto dispara repetidas veces rompiendo los vidrios del auto (delito de daños) cuya consecuencia es la muerte su hermana (asesinato) y severas lesiones al novio de su hermana que también estaba en el auto (lesiones) y con el objetivo de no ser capturado, amenaza con matar (intimidación) al dueño de un res-

taurante cercano si no lo deja esconderse en el lugar.

En casos más complejos como el previamente expuesto es “donde cobra suma importancia la cuestión del concurso de delitos, ya que la conducta se adecúa a la descripción de varios tipos delictivos, por lo que habrá que determinar en qué relación se encuentran esos tipos penales” (Creus, 1992, p. 283).

Lo que le atañe a la presente investigación será precisamente la concurrencia delictiva, o lo que se conoce también como, el concurso de delitos, donde “la adecuación de una conducta a un tipo legal exige establecer previamente si existe una relación entre diversos tipos aplicables y determinar si hay unidad o pluralidad de acciones realizadas” (Villavicencio, 2003, p. 680).

Así, en la teoría, los concursos de delitos son casos donde concurren varios tipos penales y esta concurrencia es relevante a la hora de la aplicación de la pena. Si bien se ha debatido mucho si estudiar estas instituciones dentro de la teoría del delito o la teoría de la pena, parece haber consenso en que se las puede ubicar en cualquiera (Choclan Montalvo, 1997, p. 48).

Ante las múltiples conductas prohibidas previstas por la legislación penal, como es lógico, existen diversas respuestas, en cuanto a procedimientos, investigación y sanción aplicable, los casos de concurrencia delictiva no son la excepción, por esta razón es importante saber qué hacer frente a los diversos escenarios que la teoría concursal contempla.

Lo vital en cualquier caso de concurrencia delictiva es reconocer si se trata de un solo delito (que se subsume en uno o varios tipos penales) o de varios, debido a que de esto dependerá la “cuantificación de la pena aplicable al sujeto, respecto del plazo de prescripción de la acción penal y de la pena, de la reincidencia y del momento en que podrá solicitarse la libertad condicional” (Conti, 2006,

p.3), es decir, según el tipo de concurso ante el que nos encontremos las repercusiones a nivel penológico serán distintas.

Este ejercicio de identificación de concurrencia de delictiva es importante a la hora de aplicar la normativa penal adecuadamente, y así, no vulnerar principios como el non bis in ídem que "consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, supone que no se imponga duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento" (Martínez, 2011), o el de proporcionalidad de las penas, que se define como "el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)" (Fuentes, 2008, p. 19).

Estos principios entran en juego en vista de que en la mencionada concurrencia resultan implicadas varias normas, así que, la teoría y aplicación de figuras concursales debe regirse a estos principios, que, si bien no es el tema principal de este trabajo, mencionarlos resulta inevitable porque son transversales en el Derecho Penal.

Asimismo, el Derecho Penal busca tutelar los bienes jurídicos y sancionar su vulneración además de actuar como "herramienta de protección de los sujetos frente al poder punitivo estatal" (UNAM, s.f, p. 18), de tal manera dicta algunos escenarios de actuación frente a la concurrencia delictiva. Alrededor de esto se funda la teoría concursal que "encuentra justificación en la necesidad del intérprete (en especial del juzgador) de contar con un esquema conceptual que haga más segura y racional la aplicación de la ley penal al caso concreto y no vulnerar el non bis in ídem" (Zaffaroni, 2003, p. 857) como se mencionó previamente, y así evitar "imposición de castigos que puedan resultar o excesivos o insuficientes" (Pessoa, 1996, p.33).

En cuanto a esto, se menciona que la teoría concursal es la muestra de "la tensión existente entre los principios de legalidad y de respeto de la dignidad que se resuelve a favor de este segundo, el de respeto de la dignidad" (Sánchez-Ostiz, Íñigo, Ruiz de Erenchun, 2015, p. 115) por lo que es pertinente analizar a profundidad las respuestas que presenta esta teoría.

Es decir, la teoría de los concursos estudia cual debería ser la respuesta del ordenamiento jurídico penal frente a casos donde a un mismo sujeto le son atribuibles varias infracciones penales. Básicamente reglas de aplicación de pena, dependiendo si las infracciones son producto de una o varias acciones, dado que de eso dependerá su tratamiento penal (Cuello, 1979, p. 73).

En este sentido es de suma importancia abordar las situaciones previamente detalladas, en las que entra en juego más de un tipo penal, sobre lo que la teoría concursal diferencia dos situaciones:

La pluralidad de hechos es portadora de una gravedad tal que no quedaría suficientemente abarcada aplicando un solo delito o tipo. Ello puede suceder cuando los hechos se han sucedido en el tiempo: se aprecian entonces todos los delitos por separado (concurso real de delitos). También puede suceder que, aun coincidiendo en el tiempo, sea preciso dar entrada a más de un precepto para que el contenido de injusto del hecho quede satisfactoriamente cubierto (concurso ideal de delitos). (Sánchez Ostiz et al, p. 116)

Nuestro ordenamiento jurídico contempla las figuras del concurso real, concurso ideal mencionadas en la doctrina, así que es necesario tener claro como están reguladas y cuando se aplica cada una de ellas, y, para esto se debe ahondar en la naturaleza jurídica de las instituciones, las discusiones dogmáticas respecto al tema, de tal manera viendo cómo nacen y cómo se configuran, tener un

acercamiento a su correcta aplicación, saber contar.

A continuación, se abordará estas figuras con todas sus consideraciones a nivel dogmático que servirán como base para entender cómo aterrizan estos conceptos en nuestro ordenamiento jurídico.

Unidad y Pluralidad de Acciones

Previamente se mencionó los conceptos de unidad y pluralidad de acción dado que son importantes a la hora del análisis de la teoría concursal, en la medida de que sirven como parámetros para analizar la conducta y poder determinar si esta se encuadra dentro de los supuestos de concurso real o concurso ideal. Si bien es un tema cuya discusión aún no está zanjada en la doctrina, se presentarán los conceptos que resulten útiles a la hora del desarrollo del presente trabajo.

Primero, hay que hacer una precisión de naturaleza conceptual importante sobre este tema, y es "que cuando puede afirmarse que existe unidad de hecho, puede sostenerse que existe unidad de conducta; es decir, unidad de hecho y unidad de conducta son lo mismo" (Zaffaroni, 2003, p. 862).

Entonces, ¿cuándo estamos ante un hecho? y ¿cuándo ante una pluralidad de hechos?, la respuesta simple sería hay tantos hechos como delitos, lo que incurre en lo que se denomina petición de principio, dado que, si afirmamos que existe pluralidad de delitos en función de la pluralidad de hechos, aún desconocemos en que consiste esta última (Sánchez-Ostiz et al, 2015) por tal razón lo primero que se debe definir es la unidad y pluralidad de acciones o hechos.

Sobre el tema de la unidad o pluralidad existen varias posiciones, una de ellas es la de la unidad de acciones basadas en el número de intervenciones musculares, es decir, tantas acciones como movimientos, misma que es abandonada por carecer de sentido

jurídico y de utilidad en la práctica (Villavicencio, 2003, p. 681) debido a que en una acción pueden estar inmersos muchas intervenciones musculares.

Otra posición es la del de número de resultados, la cual tampoco es adecuada a la hora de hablar de unidad de acción, ya que de una acción pueden provenir varios resultados y esto causar confusiones. Para evidenciar esto se plantea el siguiente escenario: si un sujeto arroja una granada a un lugar donde hay varias personas y mata a dos y lesiona a otras cuatro, no por ello puede afirmarse que haya seis delitos; cuando, en realidad, se trata de una sola conducta, un solo hecho, ergo un solo delito (Zaffaroni, 2003, p. 857). Mientras que, otros autores como Jescheck (1955) (citado por Cuello 1979) consideran que por tratarse de bienes jurídicos personalísimos como la vida debe dársele un tratamiento jurídico múltiple, es decir, se diría que hay pluralidad de acciones.

Estos ejemplos son importantes porque si bien parecen límite, es a partir de ellos que se podrá delimitar los conceptos jurídicos de unidad y pluralidad de acciones, y tener pautas claras que nos permitan aprender a contar si se cometió un delito -que se subsume en uno o varios tipos- o varios delitos (Conti, 2006, p. 3). En última instancia los concursos de delitos son como conjuntos que nos indican los problemas subsumidos en ellos, en el concurso real la pluralidad de acciones y en el concurso ideal la unidad de acción.

Justamente la dificultad de definir si hay unidad o pluralidad se da porque si intentamos separar las acciones y hechos en función de lo que logramos percibir con los sentidos, simplemente estaremos frente a múltiples secuencias de acciones que no constituirán un hecho y que no tendrían sentido por sí mismas, por esto lo que se debe identificar es una unidad de sentido dentro de la pluralidad de acciones, y esa unidad de sentido es el hecho, y ahí podremos hablar de unidad o pluralidad de acciones o hechos (Sánchez-Ostiz

et al, 2015). Esta teoría de la unidad de sentido busca encontrar algún factor que nos permita ligar una pluralidad de acciones para entender que hay unidad de acción o por el contrario pluralidad de acciones, teoría que queda un poco sin sustento, dado que no se define cual es la unidad de sentido.

En la misma línea de pensamiento, hay posiciones que realizan formulaciones sobre cuál es esta unidad de sentido, que son más aceptadas, como la posición doctrinal de la unidad jurídica de acción que según "Jakobs (1955) es una unidad determinada desde una interpretación jurídico-penal y que existe cuando se da unidad subjetiva y unidad en la ejecución del comportamiento típico" (citado por Villavicencio, 2003), siendo la unidad subjetiva, cuando el autor pretende desde el principio una secuencia de actos y la unidad de ejecución cuando los actos realizados (precedentes) tienen como consecuencia la realización del acto subsiguiente.

En la misma línea de ideas sobre la doctrina de la unidad jurídica de acción Mir Puig (1990) señala que el "concepto de unidad de hecho es valorativo, en el sentido de que depende de una determinada valoración según la cual varios movimientos musculares deben contemplarse como formando una unidad" (p. 721) por esto, se plantea que el criterio más adecuado para entender la unidad de acción es el jurídico en tanto implica analizarlo desde la perspectiva del tipo penal infringido. Esto atiende a la razón de que en un mismo tipo penal pueden existir varias conductas, pero todas estas configuran un solo hecho, es decir, unidad de acción.

Frente a estas teorías lo correcto sería afirmar que para determinar la unidad o pluralidad de acciones se debe atender a un criterio valorativo y que este, a su vez, tenga como base lo normativo como unidad de sentido, porque eventualmente lo normativo es lo que atiende a las realidades sociales y en definitiva a lo que la sociedad valora, por ejemplo:

Un primer criterio al que se ha acudido en la doctrina es el de la «concepción natural de la vida», es decir, lo que comúnmente adquiere sentido en nuestras relaciones vitales. Así, si vemos que alguien se dirige contra otro empuñando un revólver y se producen tres detonaciones seguidas, tras las cuales, de inmediato, alguien cae al suelo... decimos: «A ha matado a V». Es decir, según nuestras concepciones naturales de la vida, según aquello a lo que estamos acostumbrados a valorar cada día, que alguien encare un arma frente a otro y dispare se llama matar. De este modo, el conjunto de movimientos musculares, secuencias, acontecimientos, se considera o valora como un solo hecho de matar a otro, que podrá ser considerado como «homicidio». No es que haya matado tres veces a la misma persona, no es que le haya lesionado y además matado, sino que todo ello se llama «matar a otro». Lo sucedido, mero fenómeno en el mundo exterior (tres detonaciones, varias heridas, alguien tendido en el suelo...) se valora como un hecho de matar u homicidio. Dicha decisión valorativa no es nada extraño, sino que forma parte de nuestro modo corriente de comportarnos en la vida social. (Sánchez-Ostiz et al, 2015, p. 108)

Efectivamente hay coherencia en lo que se mencionó, lo uno condiciona a lo otro (lo normativo a lo valorativo), por ejemplo: "los tres disparos que como espectadores percibimos constituyen un hecho de matar precisamente porque al valorar lo sucedido tenemos ya a la vista la posible aplicación de una ley penal, de una descripción típica, de un tipo" (Sánchez-Ostiz et al, 2015, p. 109) y ahí tiene sentido la teoría de que la unidad o pluralidad de acciones surge por la valoración y que tiene en cuenta criterios dados por la misma norma (criterio de unidad jurídica) y también la teoría de la unidad de sentido en tanto "identificamos lo sucedido como un hecho y procedemos a valorar el fenómeno con arreglo a ciertas pautas (tipos penales). De este modo, se procede a aunar bajo una misma unidad

de sentido y denominación típica una variada pluralidad de procesos" (Sánchez-Ostiz et al, 2015, p. 109).

Parecería simple el hecho de entender cuando hay unidad de acto y cuando no, pero la dificultad surge cuando hay varios movimientos o acciones involucradas, como se ejemplificó previamente en el supuesto de quien dispara tres veces.

Complementando estas teorías se menciona que para hablar de unidad de hecho debe existir unidad de resolución o factor final, que considera la voluntad orientada hacia una finalidad delictual. La unidad de plan y la unidad de resolución son requisitos de la unidad de acción y configuran el factor final (Zaffaroni, 2003, p. 486), por ejemplo, una persona planea realizar una serie de homicidios y no por eso habrá unidad de acción en dichos homicidios, sino que habrá tantas acciones como homicidios (Zaffaroni, 2003, p.858).

Entonces, para que una pluralidad de movimientos deban ser entendidos como unidad de acto debe haber ese factor final y este debe coincidir con la desvalorización del hecho en conjunto mediante un factor normativo (Muñoz Conde, 2000, p. 530) que tiene que ver con la estructura del tipo en cada caso particular y nos informa cuando a ojos de la ley penal varios una única resolución que da sentido a varios movimientos físicos se considera como unidad de acción por el tipo penal (Hurtado Pozo, 1987, p. 571). Por ejemplo: el delito de uso doloso de documento falso entiende que hay una falsificación de documento y un uso de este, son varias acciones, pero un solo hecho.

En definitiva, las teorías de la unidad y pluralidad han abandonado criterios naturalísticos y se ha adoptado una visión propia desde el derecho, tendiente a realizar una valoración normativa que debe tener el factor final como unidad de sentido a la hora de valorar si exista unidad o pluralidad de acciones y que a su vez nos permita sub-

sumir o excluir las acciones en los concursos de delitos (Sánchez-Ostiz et al, 2015, p. 108).

Otra aclaración sobre la unidad de acción, cuando se valora ésta desde el hecho jurídico, es que a una misma conducta se le puede dar la característica de varias veces prohibida, no obstante, esto no significa que la conducta se multiplique dado que "el desvalor múltiple no multiplica el objeto desvalorado" (Conti, 2006, p.5) y para ejemplificar esto Zaffaroni (2003) "como el ejemplo dado por Mezger quien dijo que un caballo blanco y de carreras no son dos caballos distintos, sino un sólo caballo que tiene dos calidades o cualidades distintas: la de ser blanco y la de ser de carreras" (p.853).

Asimismo, cabe otro supuesto, y es cuando "se verifiquen dos o más acciones llevadas a cabo con un único propósito, pero realizadas en momentos diferentes, y que, a su vez, infrinjan una misma norma jurídica, estamos frente a lo que la doctrina ha dado en llamar delito continuado" (Conti, 2006, p.4), figura que se tratará a detalle en el siguiente acápite, antes de entrar de lleno a las consideraciones conceptuales sobre los concursos, sin embargo, es importante mencionarlo dentro del tema de unidad de acción.

Estas teorías son relevantes dado que sobre estos conceptos de unidad y pluralidad de acciones se sienta las bases de la teoría concursal, en el concurso ideal sería la "unidad de acción que resulta típica de varias figuras penales" (Conti, 2006, p. 4) y en el concurso real "varias acciones que transgreden varios tipos penales, lo que motiva un solo pronunciamiento judicial al respecto" (Conti, 2006, p. 4).

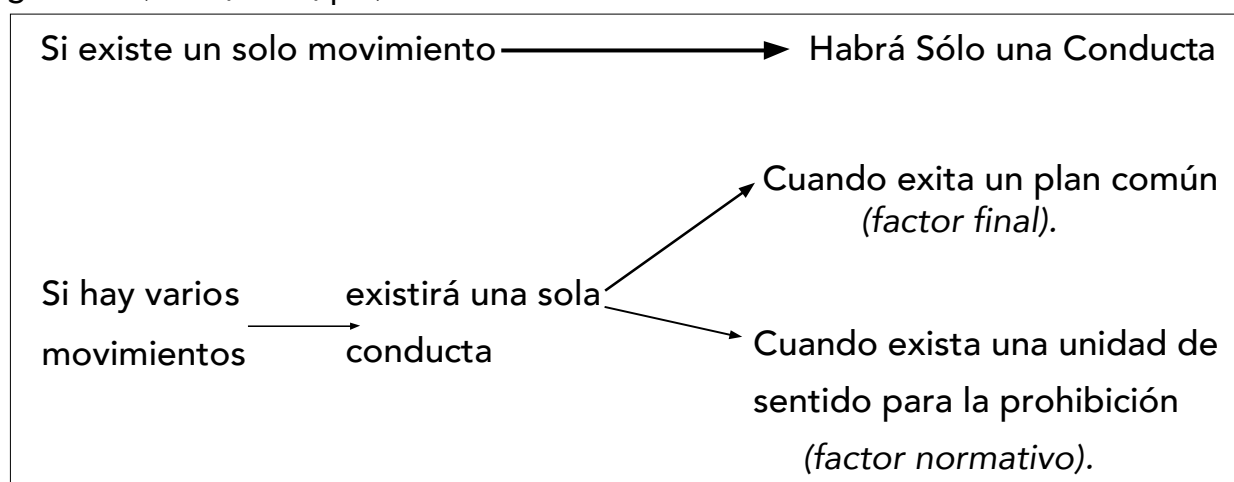
Para Posada Maya (2012) "estas teorías son interpretativas o hermenéuticas, y tienen la finalidad de facilitar la labor de los operadores jurídicos en cada caso concreto" (pp. 60-61), es decir, no son imperativas y variará según el caso concreto, además, se

debe valorar los bienes jurídicos tutelados y su necesidad político-criminal de protección para considerar la existencia de uno o varios delitos y su correspondiente sanción (Posada Maya, 2012, p. 172).

actos ejecutivos de la misma resolución criminal" (Jiménez de Asúa, 2002, p. 584) nace con la idea de apreciar varias acciones como una sola, para su juzgamiento y sanción (Muñoz Conde, 2000, p. 491) y

Sintetizando, y con el afán de entender de mejor manera cuando se puede decir que existe unidad de acción podemos remitirnos al gráfico 1 (Conti, 2006, p.8):

Tiene su fundamente en el Digesto cuando señala: cuando el hurto es uno solo (*furtum est unum*), como en el caso en que un individuo roba muchas cosas en un mismo con-



(GRÁFICO 1)

Delito Continuado

Ya se adelantó que "existen supuestos en que la repetición de conductas típicas no implica un concurso real, sino un mayor choque de la conducta típica llevada a cabo por el sujeto contra el derecho positivo; es decir, un mayor contenido de injusto" (Zaffaroni, 1994, p. 622). "Tras dicha noción se acoge la idea (con variados matices) de que es posible apreciar la comisión de un solo delito (una sola realización típica punible) en una reiteración de hechos o sucesos fácticos independientes" (Garrido, 2007, p. 342) aun cuando estos, por separado, "pudieren ser objeto de una calificación típica individual y por ello penalizados en forma autónoma bajo las reglas del concurso real de delitos" (Etcheberry, 2004, p. 111).

Es decir, el delito continuado que "consiste en varias violaciones de la misma ley o disposición penal, cometidas en el mismo momento de acción o en momentos diversos con

texto de acción, y cuando diversos hechos se computan por uno, a causa de la continuación (*facta diversa pro uno computantur ratione continuationis*). (Carrara, 2004, p. 344)

Se ve que la teoría de la continuación surge para evitar penas excesivas y plantea "considerar los diversos delitos como un solo delito continuado con el objeto de aplicarles una imputación global, más grave que la atribuible al delito único, pero nunca equivalente a la suma de cada infracción" (Carrara, 2004, p. 348).

La figura del delito continuado, evidentemente, es una de las primeras respuestas que da la dogmática penal (previo a la teoría concursal) sobre cómo tratar los distintos supuestos de unidad y pluralidad de acción con arreglo a la proporcionalidad y racionalidad de las penas, toma una pluralidad de acciones que por sus características pueden ser valoradas y sancionadas a la luz de la unidad de acción, la doctrina justifica la utilidad de esta figura en base a ejemplos

El que realiza, durante una noche, varios actos sexuales con una mujer casada, incurre en un solo delito de adulterio. Igualmente sucede con la falsificación de moneda, en la que el ladrón recoge varios billetes diseminados y se los mete al bolsillo uno después del otro. Descubrir la conducta única no es tarea fácil [...] ¿Se debería ir a escudriñar si el acusado de ultraje violento al pudor se limitó a un solo tocamiento, o puso reiteradamente la mano impúdica sobre la reticente doncella? ¿Se irá a buscar si el que subió sobre el árbol ajeno cogió una sola manzana y con ella quedó satisfecho, o tomó varias de ellas? ¿Si el que injurió o amenazó, profirió una sola palabra ofensiva o más de una? En verdad, los actos fueron varios, y cada uno de ellos tiene en sí cuanto se necesita para representar un delito completo. Pero se caería en el ridículo con esta rigurosa exactitud, haciendo equivaler la multiplicidad de los actos a la multiplicidad de las acciones, sólo porque cada acto representa un delito completo. (UJCM citado por Cruz, 2017, p. 16)

En este sentido, para dotar de contenido al delito continuado la doctrina menciona que los requisitos a cumplirse son los siguientes:

1) Un dolo unitario (factor final o plan común). 2) Repetición de la afectación típica del mismo bien jurídico, el que debe admitir grados de afectación (ej., la propiedad, no así los bienes jurídicos personalísimos como la vida, entre otros). 3) Realización de cada acción de forma similar, circunstancia que denote la dependencia de estas. 4) Que la conducta implique una injerencia física en la persona del titular; es decir, debe haber identidad física del titular. (Zaffaroni, 1994, p.624)

La dependencia entre las acciones que integran el delito continuado es clave, a diferencia del concurso real que presentan independencia. Esta dependencia o lo que se denomina unidad delictiva se evalúa en base a dos factores:

1) Que la totalidad de esos hechos merezcan la misma calificación delictiva; es decir, por ejemplo, que cada uno de esos hechos pueda ser calificado como hurto. 2) Que, no obstante poder existir varios ofendidos o víctimas de los delitos cometidos en forma continuada, la naturaleza de los bienes jurídicos afectados debe permitir la unificación delictiva (por ej., bienes jurídicos que son incompatibles con la continuidad delictiva son los personalísimos -la vida, por ej.-; en cambio, si admite dicha posibilidad, por ejemplo, el bien jurídico propiedad). (Zaffaroni, 1994, p.625)

En el mismo sentido se manifiesta otro sector de la doctrina que refiere los siguientes requisitos para que exista delito continuado:

Se requiere, cuando menos, una unidad de sujeto activo (individual o colectivo); estar frente a un caso compuesto por una pluralidad de hechos o acciones que satisfagan individualmente las exigencias del tipo respectivo; una distancia o separación cronológica entre ellas y que se trate de delitos que afecten bienes análogos mediante una forma de comisión semejante (o, a estos efectos, delitos de la misma especie). (Garrido, 2007, p. 340)

El único elemento discordante entre estas exigencias postuladas por la doctrina viene a ser lo denominado como dolo unitario o factor final y que como se mencionó previamente hace referencia a que las acciones realizadas sean preconcebidas y apunten a un solo plan, de tal forma se pueda entender que existe unidad de acción y por ende un delito continuado si es que se cumplen el resto de los requisitos. Mientras que, coinciden en el hecho de que "los hechos individuales cometidos por el autor deben haber realizado el mismo tipo básico y haber lesionado el mismo bien jurídico" (Bacigalupo, 1996, p. 246).

La aplicación o la concepción de varios actos como un delito continuado dependerá de "constatar la concurrencia de un vínculo de

conexión entre dichos sucesos que sea de tal naturaleza que habilite a apreciar esta única realización delictiva a partir de todo el conjunto, dando forma a un caso de unidad jurídica de acción" (Cury, 2005, p. 653), en esta virtud, se considera acertado el requisito de factor final en tanto es el vínculo que se menciona.

En síntesis, el delito continuado nace como una institución que surgió para beneficiar al reo y no aplicar los efectos del concurso real de infracciones en caso de concurrir los requisitos ya analizados.

Concurso Ideal

Analizar las teorías y consideraciones dogmáticas que se han planteado acerca de los concursos de delitos es imperativo a la hora de abordar una investigación que versa sobre esos temas. Este trabajo tiene el objetivo de entender a las instituciones en su real dimensión y conocer cuáles son los fundamentos y pilares en los que basan su existencia, en esta línea de ideas, la primera figura que se abordará será la del concurso ideal de infracciones.

El concurso ideal o concurso formal como se conoce en la doctrina "es la confluencia de dos o más infracciones delictivas ocasionadas por una sola acción del sujeto" (Mir Puig, 2004, p. 640) y dependerá de la unidad de acción que se configure o no, y "existe unidad de acción aún haya mediado una sola acción o varios movimientos, en tanto y en cuanto estén unidos por una decisión común (unidad final), con más de un único desvalor jurídico o prohibición legal (unidad normativa)" (Conti, 2006, p. 12).

Para profundizar sobre la naturaleza jurídica del concurso ideal nos vemos avocados a señalar dos de las teorías que se han formulado respecto al tema: la primera la teoría de la unidad y la segunda la teoría de la pluralidad. Sobre la teoría de la unidad postulada por Von Liszt refiere que "si bien en el concurso

ideal concurre una sola acción, considera únicamente hay un solo delito aunque sean aplicables varios tipos penales" (Choclán Montalvo, 1997, p. 61); Mientras que, la teoría de la pluralidad postulada por Binding, Von Buri establece que "aunque externamente haya una sola acción, la infracción de pluralidad de leyes penales llevan a la estimación de varios hechos punibles (...) adopta como punto de referencia el número de tipos realizados por el agente y no la cantidad de hechos" (Choclán Montalvo, 1997, p. 60).

La diferencia entre estas dos teorías radica en que la de la unidad concibe que ante una sola acción que se subsumen en varios tipos penales existe un solo delito; por otro lado, la de la pluralidad considera que una sola acción no puede vulnerar varias leyes así que expresa hay más de un delito. Sin embargo, la doctrina coincide en que hay varios tipos penales en juego, es decir, "los tipos penales en juego prohíben aspectos diferentes de la conducta, pero existe una mínima superposición de espacios típicos entre ellos, sin que uno de ellos esté contenido (o forme parte) del otro" (Conti, 2006, p. 12), de tal suerte que la teoría de la pluralidad es la que consideramos presenta mayor sostén, así se justifica una respuesta penológica más grave que aplicar un solo delito, por el mayor contenido de injusto, lo que solo es factible afirmar desde esta tesis.

Antes de entrar de lleno al concurso ideal cabe hacer mención de que además del concurso real e ideal, existen otras teorías referentes a la concurrencia de infracciones como la del concurso de leyes, que se abordará posteriormente- sin embargo, es pertinente mencionarla en tanto brinda un acercamiento a las instituciones concursales, y a veces es confundida con el concurso ideal.

Sobre este concurso de leyes y su diferencia con el concurso ideal se explica lo siguiente:

El concurso de leyes lo que trata de saber es como aplicar la ley cuando es

aparentemente posible un encuadramiento múltiple de hechos. En cambio, en el concurso formal o ideal de delitos, se trata de una acción que efectivamente viola varios preceptos penales; y, por tanto, no existe apariencia, sino que el hecho cae bajo dos o más tipos que no son incompatibles entre sí. (Fontán Balestra, 1995, p. 247)

Este concurso de leyes que se menciona también se denomina concurso aparente, debido a que no concurre efectivamente más de un delito, el problema es interpretativo para dilucidar que norma es la aplicable.

Para clarificar un poco cuando existe concurso ideal se puede revisar la jurisprudencia, como por ejemplo la peruana, donde se aplicó la figura del concurso ideal en casos donde entran en juego lesiones y fallecimiento debido a conducción temeraria y negligente, o, la persona que desaloja violentamente a su arrendatario, y se considera que hubo justicia por mano propia y usurpación (Villavicencio, 2003, p. 696).

Otro aspecto relevante para tomar en cuenta en el concurso ideal es que se fundamenta "en la evitación de castigar dos veces el mismo hecho por dos o más normas, o sea, para no violar el principio non bis in ídem, cuando una sola de las concurrentes es suficiente por sí misma para aprehender el desvalor total de la conducta" (Hernández Plasencia, 1994, p. 116), por cuanto se basa en la unidad de acción y en virtud de la teoría de la unidad deberá sancionarse como si fuera un solo delito.

Como mencionabas la teoría de la pluralidad hace más sentido como fundamento del concurso ideal, ya que de no existir varios delitos simplemente nos encontramos ante un problema de interpretación, de tal forma se resolvería como concurso de leyes. Sobre esta formulación la doctrina se ha pronunciado:

Cuando un sujeto es condenado por varios delitos, esto obligará a decidir previamente cuando concurre unidad y pluralidad de delitos, lo que presupone la cuestión de unidad y pluralidad de acción, además de distinguir los dos casos de pluralidad de delitos que son: el concurso real y el ideal. En cambio, cuando se suscita la concurrencia de varias disposiciones penales aparentemente aplicables a un hecho cuando, sin embargo, solo una debe aplicarse, se plantea el tema del concurso de leyes. (Mir Puig, 1990, p. 590)

Ahora bien, la doctrina señala algunos requisitos para que podamos hablar de concurso ideal, los cuales se desarrollarán a continuación:

• Unidad de acción

o La acción o conducta del sujeto debe estar encaminada a varios resultados, la manifestación de voluntad debe corresponder a una sola acción encaminada a una pluralidad de fines. (Villavicencio, 2003, p. 698) o lo mismo que decir que "haya unidad de acción con entidad para lesionar una pluralidad de leyes" (Conti, 2006, p. 12)

• Doble o múltiple desvaloración de la ley penal

Requisito que establece que dicha acción debe producir una pluralidad de infracciones legales.

• Identidad del sujeto activo

o Debe ser el mismo sujeto a quien se le imputa la acción que generó la múltiple desvaloración penal.

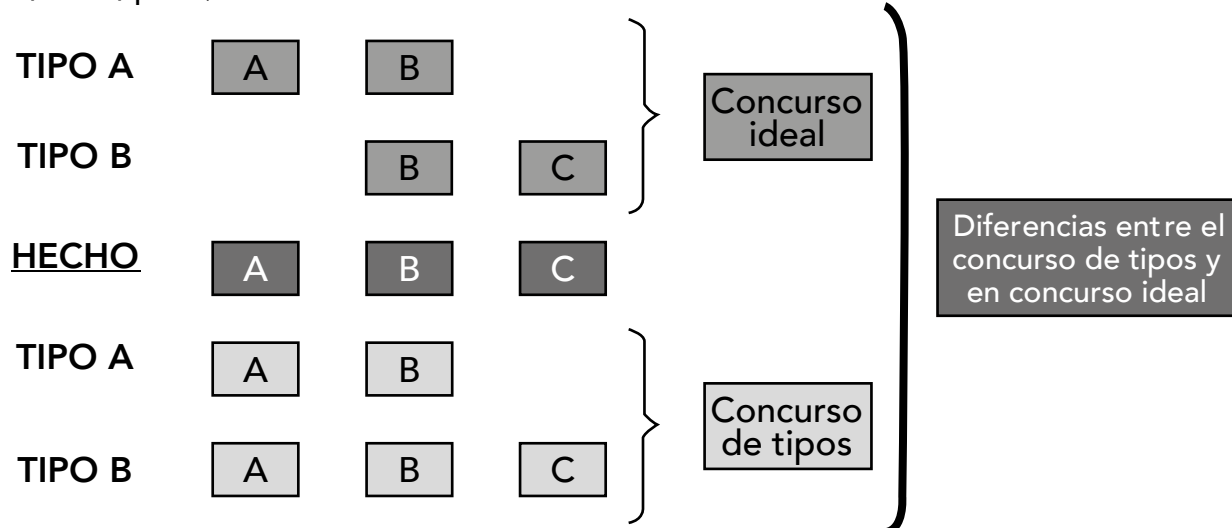
Los siguientes gráficos permitirán clarificar los supuestos del concurso ideal y en qué se diferencia con un concurso aparente de leyes, que básicamente responde a "la diferente forma en que los tipos convergen sobre el hecho" (Pessoa, 1996, p. 52), a continuación, los gráficos 2 y 3:

Ejemplo Concurso Ideal (Conti, 2006, p. 12):

HECHO	Abuso sexual con acceso carnal	Víctima menor de 16 años seducida (no violencia)	Grave daño en la salud física o mental de la víctima
TIPO A	Abuso sexual con acceso carnal		Grave daño en la salud física o mental de la víctima
TIPO B	Abuso sexual con acceso carnal	Víctima menor de 16 años seducida (no violencia)	

(GRÁFICO 2)

Diferencia con el Concurso de Leyes (Conti, 2006, p. 13):



(GRÁFICO 3)

Como se indicó, es relevante identificar cuándo nos encontramos ante concurso ideal de delitos en tanto tal calificación influirá en la determinación de la pena.

En el tema de los concursos se precisa comprender que efectivamente hay pluralidad delictiva y que esta es "portadora de una gravedad tal que no quedaría suficientemente abarcada aplicando un solo delito o tipo"

(Sánchez-Ostiz et al, 2015, p. 115) y el concurso ideal se da cuando a una sola acción se la puede subsumir en varios tipos penales y se deben considerar ambos para que el con-

tenido de injusto del hecho quede abarcado (Sánchez-Ostiz et al, 2015, p. 115), esto debe quedar muy claro para poder diferenciar el concurso ideal del concurso de leyes.

La discusión doctrinal sobre el concurso ideal radica en la posición que se quiera adoptar, para quienes son partidarios de la teoría de la unidad que dice que existe un solo delito que absorbe al otro, la solución del caso no diferirá del concurso de leyes (como se verá más adelante) y se aplicará la

pena de uno solo; Mientras que, para quienes son partidarios de la teoría de la pluralidad que considera que hay más de un delito a ser tomado en cuenta la solución deberá ser una que tome en cuenta los delitos concurrentes.

Concurso Real

De la misma forma que se abordó el concurso ideal se abordará el concurso real, por ser otra de las instituciones de concurrencia de infracciones que prevé nuestro ordenamiento y cuyas discusiones doctrinales son parte esencial del presente trabajo.

A diferencia del concurso ideal que contemplaba como presupuesto la unidad de acción, este concurso tiene como presupuesto la pluralidad de actos, es así que "el concurso real o material se presenta cuando un sujeto realiza varias acciones punibles de las que se derivan la comisión de otras tantas infracciones penales" (Berdugo, 1996, p. 302) en el concurso real "concurren varias acciones o hechos, cada uno constitutivo de un delito autónomo" (Muñoz Conde, 2000, p. 488) y para brindar una última definición es que Goldstein (1983) lo define como "un caso de reiteración delictiva, que presupone una delincuencia real y normativamente plural, sin que las distintas unidades dependan entre sí" (pp. 139-140).

Además, se señala que este es el único caso donde a múltiples actos se le atribuyen múltiples delitos "pues el agente comete varios hechos independientes. Así, en estos casos los tipos penales en juego prohíben aspectos diferentes de la conducta, sin tener elementos comunes, porque no existe repetición alguna de prohibición" (Lascano, 2000, p. 303) pues "habrá pluralidad de acciones cuando haya varios movimientos o impulsos volitivos que vayan dirigidos a satisfacer varias decisiones (pluralidad final), los que deben resultar desvalorados jurídicamente por varias normas (pluralidad normativa)" (Conti, 2006, p. 11).

De tal manera, entendiendo que el concurso real tiene su origen en la pluralidad de acciones o hechos, caben dos tipos de concursos reales, el homogéneo y el heterogéneo, cuya diferencia radica en que en el primero, los hechos se adecuan al mismo tipo penal, mientras que, si esos varios hechos independientes se adecuan a distintos tipos penales, se verifica un concurso real heterogéneo (Velásquez, 2009, p. 1117). Ejemplo del primer caso: una persona mata hoy y vuelve a matar mañana, ejemplo del segundo caso: una persona mata hoy y en una semana roba un banco.

La discusión respecto del concurso real no es tan profunda como la que hay respecto del concurso ideal, en tanto todos los autores coinciden que, ante varias acciones, hay varios tipos penales. Es evidente que "el concurso real no parece crear excesivos problemas y discusiones en la dogmática penal, al menos no al nivel de las demás tipologías concursales. El problema será, pues, la decisión del castigo a imponer" (Díaz, 2012, p. 313).

Lógicamente la doctrina también ha formulado ciertos requisitos que se deben cumplir para poder establecer que existe un concurso real de delitos:

• Pluralidad de acciones

- o Para que se configure el concurso real deben existir varias acciones las cuales deben ser punibles e independientes entre sí (Bacigalupo, 1996, p.557), es decir, varias conductas (independientes entre sí) a las que les sean atribuibles varios delitos.

• Pluralidad de lesiones de la ley penal

- o El concurso real al estar configurado por varias acciones delictivas indefectiblemente vulnerará varias veces la ley penal, pudiendo afectar varias veces la misma disposición penal o diferente.

Además, no es necesario que las infracciones se lleguen a consumar, cabe que alguna de las acciones se quede en el grado de tentativa (Velásquez, 2002, p. 593).

• **Existencia de una unidad de sujeto activo y la unidad o pluralidad del sujeto pasivo**

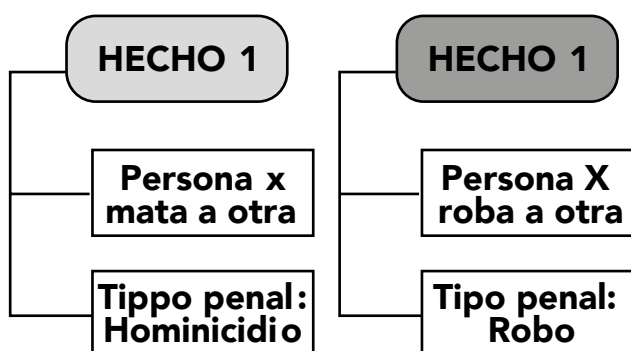
- o Debe existir un solo sujeto activo que ejerza las acciones, sin importar en la calidad que haya actuado y el sujeto pasivo puede ser único o plural lo que significa que los afectados por la conducta del sujeto activo pueden ser uno o varios sujetos (Mantilla Nougues, 1999, p. 260).

• **Que sea o pueda ser juzgado en un mismo proceso penal**

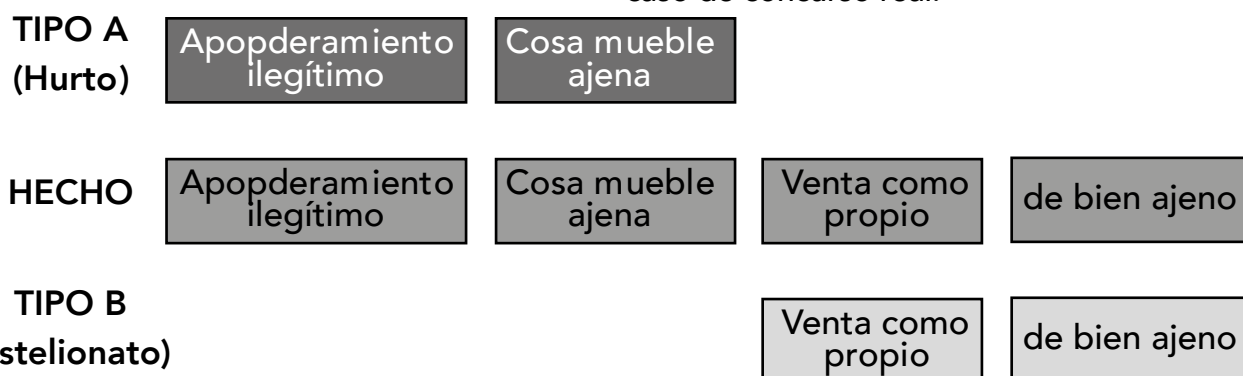
- o "Es necesario que el agente sea (o pueda ser) objeto de juzgamiento en un mismo proceso penal" (Velásquez, 2002, p. 475) de no ser así y uno de los delitos ya haya sido sancionado haría imposible aplicar el concurso real.

El gráfico 4 permitirá clarificar los supuestos de cuando nos encontramos ante un supuesto de concurso real (Conti, 2006, p. 18):

deliberadamente para analizar. Entonces, el ejemplo plantea una serie de hechos los cuales podríamos decir que son dos: Apoderamiento ilegítimo de cosa mueble (Hecho A) y venta como propio de bien ajeno (Hecho B) y tenemos un tipo penal para el hecho A y otro tipo penal para el hecho B sin embargo los hechos A y B no son independientes entre sí, es más, este gráfico y este caso parecería que se encuadra al gráfico del mismo autor donde bien graficaba el concurso ideal, por este motivo se considera que el gráfico no es del todo acertado. No obstante, se usó para clarificar los conceptos y se propone otro gráfico para identificar los supuestos de concurso real.



En este último gráfico se ve como hay pluralidad de acción (este es el error que presentaba el gráfico previo al solo relatar un hecho y no varios) que son independientes entre sí, que generan múltiples vulneraciones a la ley penal y que son perpetrados por el mismo sujeto activo, siendo así, se está frente a un caso de concurso real.



(GRÁFICO 4)

Llegados a este punto, se hará una crítica al gráfico del autor, el cual se ha incluido

Otros ejemplos que podemos encontrar de cuando una pluralidad de acciones genera delitos independientes, lo que da cabida a la aplicación del concurso real, lo encontramos

en la jurisprudencia peruana que aplicó esta figura en el caso de agentes de la ley que sometieron sexualmente a la víctima con uso de armas de fuego, luego de lo cual proceden a apoderarse de diversos bienes muebles del domicilio fingiendo ser miembros policiales, ingresando en la noche y con armas de fuego (Villavicencio, 2003, p. 703).

De la misma forma existen casos límites que plantea la doctrina y habrá que analizarlos a la luz de la unidad y pluralidad de actos para efectivamente dilucidar ante qué caso de concurso nos encontramos:

El disparo alcanza a tres víctimas, la bomba afecta al estallar a una pluralidad de personas... ¿Concurso real de delitos? De entrada, no se dan las circunstancias para aunar todos los efectos de la actuación bajo un solo delito (es decir, no cabe apreciar delito continuado, o de hábito, etc.), pues supondría tratar la vida humana e integridad física como algo meramente cuantificable, sumable, lo cual sería incoherente con la dignidad que el ordenamiento jurídico dice que tienen. [...] Podría tratarse como concurso ideal, pero eso supondría tratar la vida humana o la integridad física de las personas como objetos de menor entidad. Es defendible por tanto que estemos ante un caso de concurso real de delitos. (Sánchez-Ostiz et al, 2015, p.118)

Para casos como estos es crucial conocer la teoría sobre la unidad y pluralidad de acciones, de tal forma podamos analizarlo y dar una solución jurídica que determine el tipo de concurso aplicar y de esa forma la pena respectiva.

En la doctrina existe una figura interesante que deriva del concurso real, conocida como el concurso medial que "es un caso especial del concurso real de delitos en el que un delito es medio necesario para cometer otro delito" (San Martín Castro, 2001, p. 140). Este concurso medial básicamente plantea una relación medio fin, es decir la existencia de un delito que servirá como medio para la

consumación de otro delito que será el fin, figura que resulta interesante porque no está contemplada en otras legislaciones o ha sido desarrollada bajo otro nombre, como conexidad ideológica que es

Cuando el sujeto activo del delito realiza una infracción penal como instrumento medio para poder perfeccionar el delito fin que realmente es el que interesa y que finalmente lo lleva a cometer a él, o los diversos hechos punibles, instrumentales, que sean necesarios para conseguir su ilícita finalidad. (San Martín Castro, 2001, p. 140)

El concurso medial se abordará posteriormente, empero, consideramos relevante mencionar este dentro del concurso real ya que la doctrina lo trata como una de sus derivaciones.

Sintetizando, el concurso real es cuando un mismo sujeto ejerce varias acciones delictivas en cualquier calidad, las que son independientes entre sí y que vulneran la ley penal, las cuales pueden ser juzgadas en un mismo proceso penal cuyo resultado será el de acumulación de las penas en tanto el derecho penal no debe dejar ninguna infracción en la impunidad y que se debe abarcar todo el contenido del injusto penal.

La consecuencia penal del concurso real más aceptada y la prevista por nuestro ordenamiento es la acumulación jurídica, "en el sentido que se aplican todas las penas correspondientes a los distintos delitos mediante una acumulación aritmética" (Bustos, 2004, p. 712), y jurídica en tanto es el ordenamiento quien da los máximos de pena a imponer.

Concurso de Leyes o Aparente

Como bien se refirió en las páginas previas, existe una figura que se conoce como el concurso de leyes o concurso aparente que es un tema que da vida y forma a las instituciones del concurso real e ideal, también

se lo conoce como unidad de ley en tanto se presenta "cuando una conducta cometida aparece comprendida en varios tipos penales, pero su contenido de injusto está definido completamente por uno solo de dichos tipos penales" (Bustos, 2004, p.588) y este "encuadramiento típico múltiple que es tan sólo aparente, pues en definitiva, se aplica a ella un solo tipo delictivo" (Conti, 2006, p.5).

Inicialmente puede parecer que el concurso ideal y la unidad de ley son lo mismo, sin embargo, la diferencia radica en que en el primer caso hay pluralidad de leyes, es decir, múltiples calificaciones al mismo acto; mientras que en el segundo caso hay unidad de ley, una sola ley que rige al acto y por ende excluye a otras (Mezger, 1990, p. 345) y en el mismo razonamiento se manifiesta Zaffaroni (2003) "en estos casos, la aplicación de un tipo penal excluye al otro u otros, por lo que la concurrencia queda descartada" (p. 853).

Una de las primeras discusiones en la teoría concursal sobre concurso aparente de leyes es ¿estamos ante una cuestión de interpretación o un verdadero caso de concurso? (Peñaranda, 1991, p. 182), sobre esto Stratenwerth (1982) "sostiene que se trata de un verdadero concurso, en el sentido de que la conducta del autor se subsume bajo varios supuestos de hecho típicos penales" (p. 343).

Sin embargo, se llega a la conclusión de que el problema en el concurso de leyes es que "entre los tipos que concurren existe una superposición de espacios típicos, es decir, elementos comunes en sus composiciones, razón por la que uno de ellos aprehende en forma total el hecho y el otro u otros lo hacen de manera parcial" (Pessoa, 1996, p. 52) y que esto solo sucede cuando "uno de los preceptos baste por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes" (Mir Puig, 1990, p. 736) es decir, no hay una concurrencia de delitos efectiva, sino que esta es solo aparente, dado que solo una norma es la que contiene la conducta.

En resumen, la doctrina ha sido clara en establecer que el concurso de normas es una cuestión de interpretar que norma debe aplicarse a determinada situación. Si bien se puede llegar a confundir con los concursos real o ideal, con ellos solo tiene en común que tratan de abarcar totalmente el desvalor de una conducta, no obstante, la diferencia se marca en la medida que, en el concurso de normas, una sola será la que abarque el desvalor de la conducta, a diferencia de los concursos donde necesariamente entran en la ecuación más normas (Sánchez-Ostiz et al, 2015, p. 121).

En esta línea de ideas, de que el concurso aparente es una cuestión de interpretación, es imposible dejar de mencionar que los criterios rectores de la interpretación tienen por base leyes lógicas (la lógica de clases). En el caso del concurso de leyes o aparente las relaciones lógicas surgen a partir de la concurrencia de más de una norma y son limitadas. En este sentido, se graficará dichas relaciones para que se entienda de mejor manera.

Imaginemos que los tipos penales son conjuntos que abarcan un grupo de supuestos de hecho, entonces, sabiendo que para que haya concurrencia deben confluír dos tipos penales, las relaciones pueden ser las siguientes:

- Caso 1: identidad, conjuntos iguales. =
- Caso 2: subordinación, uno es subconjunto del otro.
- Caso 3: interferencia, elementos en común y otros no.
- Caso 4: heterogeneidad, conjuntos distintos. ≠

Ahora bien, solo los casos dos y tres son casos de concurso, porque son los casos en los que los tipos penales tienen un solapamiento, así que, existen dos casos de concursos de normas, cuando hay subordinación o interferencia, y, para su respectiva solución, surgen principios dados por la interpretación y lógica, los cuales se explicarán a continuación (Sánchez-Ostiz et al, 2015 p. 123):

Especialidad (*Lex specialia derogat lex generalis*)

Surge para solucionar los casos de subordinación, cuando un conjunto es parte de otro, y significa que entre dos tipos penales el más específico se aplicará sobre el general. Es decir, se debe buscar al precepto legal que incluya la mayor parte de los hechos (Bacigalupo, 1996, p. 538) en tanto es “fenómeno que tiene lugar en razón de un encerramiento conceptual que un tipo hace del otro y que presupone una relación de subordinación entre los tipos” (Conti, 2006, p.9).

Se usará el Gráfico 5 (Conti, 2006, p.9) para que haya claridad respecto de cómo opera el principio de especialidad:

TIPO A
(Robo somple)

Apoderamiento
ilegitimo.

Cosa mueble, total o
parcialmente ajena.

Con fuerza en las cosas
o violencia física sobre
las personas.

TIPO A
(Hurto somple)

Apoderamiento
ilegitimo.

Cosa mueble, total o
parcialmente ajena.

(GRÁFICO 5)

Vemos que una acción que involucra factores ABC está enmarcada en el tipo que prevé factores ABC (Tipo A) aunque también cumple con el tipo que tiene factores AB (Tipo B), pero por principio de especialidad debemos irnos por la norma que sea más específica respecto de los hechos y así el tipo de robo desplazará al tipo de hurto.

Subsidiariedad (*Lex primaria derogat legi subsidiariae*)

Surge para el caso de interferencia y consiste en aplicar una norma subsidiaria cuando no se puede aplicar la norma principal. Existe subsidiariedad expresa cuando el mismo texto de la norma penal nos remite a otro tipo, y, la subsidiariedad tácita que surge de

la interpretación del tipo, como por ejemplo la tentativa es subsidiaria respecto de la consumación (Velásquez, 2002, p. 478), mientras que la subsidiariedad expresa refleja que cuando existe esta interferencia y no se llega a cumplir el tipo, se aplique otra norma, por ejemplo en la oferta de tráfico de influencias la tentativa se sanciona como delito autónomo (Rodríguez, 2019).

Es principal la norma que “contempla un supuesto fáctico que directa y primordialmente es subsumible en ella, mientras que la norma secundaria es aquella que sólo puede ser aplicable en defecto de la primera” (Rodríguez, 2019, p. 525).

Consumción (*Lex consumens derogat legi consumptae*)

Surge también otro principio que no necesariamente resuelve una de las relaciones entre los conjuntos y “consiste en que el precepto más amplio o complejo absorba a los que castigan las infracciones consumidas en aquel” (Berdugo, 1999, p. 309). A diferencia del principio de especialidad donde el problema era conceptual, aquí el encerramiento es material, “estamos frente al caso de consumción cuando un hecho posterior resulta consumido por el delito previo” (Conti, 2006, p. 10) en esta medida se plantean tres ejemplos de consumción:

- a) ej., el caso en que el delito previo sea la obtención de una cosa mediante ardid -estafa- y el hecho posterior sea la retención indebida de esa cosa obtenida mediante ardid. Aquí, la tipicidad de la estafa descarta (o implica) la de la retención indebida.

- b) Otro ejemplo de consunción se verifica en el supuesto de un hecho copenado o hecho típico acompañante, es decir, cuando un resultado eventual ya está abarcado por el desvalor que de la conducta hace el otro tipo penal (ej., las lesiones leves provocadas durante un robo, un abuso sexual con acceso carnal, una resistencia a la autoridad, etc.).
- c) otro supuesto de consunción tiene lugar cuando una tipicidad va acompañada de un eventual resultado que es insignificante frente a la magnitud del injusto principal; por ejemplo, el daño que puede provocárseles a las ropas que lleva puesta la persona que resulta víctima de un homicidio o una violación. (Conti, 2006, p. 10)

La regla de consunción en todos sus casos implica que una norma abarca el desvalor total de la conducta y por ser más grave abarca consume a las otras normas, sin perjuicio de que se puedan aplicar los concursos auténticos, el principio de consunción solo se puede aplicar cuando la gravedad de la norma que se desea aplicar sea mucho mayor a la que se pretende consumir (Rodríguez, 2019).

Concurso Medial

El concurso medial también conocido como: instrumental, teleológico, delito complejo, delito compuesto, delitos conexos, concurso ideal impropio, delito medio. (Galván, 2010, p. 633) es la última figura concursal que se analizará en el presente capítulo.

Las primeras concepciones del concurso medial se dan en el sentido de tratarlo como concurso aparente, en la medida "que cuando un delito es medio necesario para cometer otro que es el principal en la mente del autor, el primero se subsumirá al segundo, es decir que formará parte de su descripción típica" (Morales, 2005, p.271) por ejemplo las lesiones para cometer robo (que tiene violencia en su descripción típica) o la falsificación

de firma en el delito de falsificación y uso de documento falso.

Estos intentos por enmarcar al concurso medial dentro de otras figuras se daban debido a que la figura del concurso medial no estaba regulada expresamente, así que posteriormente se comenzó a tratar al concurso medial o como concurso real o como concurso ideal, ejemplo de esto son las legislaciones de algunos países, por ejemplo en Cuba "se considera un solo delito: a) los distintos actos delictivos cuando uno de ellos sea medio necesario e imprescindible para cometer otro" (Cp. Cuba, 1987, Art. 10), Chile de igual forma sanciona solo con la pena más grave cuando "un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro" (Cp. Chile, 2011, Art. 75) o El Salvador donde se tipifica en los siguientes términos "Hay concurso ideal de delitos cuando con una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos o cuando un hecho delictuoso sea medio necesario para cometer otro, pero en todo caso no se excluirán entre sí." (Cp. El Salvador, 1997, Art. 40). Los países que hacen mención del concurso medial lo incluyen como si de un caso de concurso ideal se tratase.

Por otro lado, existen países donde no se hace mención del concurso medial expresamente, sin embargo, su definición, se incluye dentro de las otras figuras concursales.

Hay unidad de actos y pluralidad de delitos. Un hombre falsifica un cheque poniéndole determinada firma ajena, y con ese cheque solicita dinero, realizando una estafa. Para la ley ha realizado dos delitos con un solo acto: la falsificación del cheque y la estafa. Sin embargo, lo primero es sólo un medio para realizar lo segundo. Esto es lo que se llama concurso ideal de infracciones, a que alude al art. 54 de nuestro Código Penal: Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor. (Galván, 2010, p. 640)

En el ejemplo referido líneas anteriores se incluye al concurso medial como si fuera un concurso ideal, mientras que otros países como el Perú, que tampoco contempla al concurso medial, se lo incluye dentro del concurso real

Concurso medial. Es un caso especial del concurso real de delitos en el que un delito es medio necesario para cometer otro delito. Entre ambos delitos hay una relación de medio a fin, por lo tanto, aquí hay dos delitos: delito medio y delito fin. Sin embargo, a diferencia del Código Penal español (artículo 77), nuestra legislación no contempla una regulación expresa sobre esta materia, y creemos que está relacionada con el artículo 5°. (concurso real de delitos). Ejemplo: quien lesiona gravemente a otro para robarle una gran suma de dinero; el delito medio es el de lesiones y el delito fin es el del robo. (Villavicencio, 2003, p. 706)

De las legislaciones traídas a colación se denota que no hay una postura clara de donde se debe incluir al concurso medial dentro de la legislación, y precisamente esta variada regulación sobre el concurso medial denota el conflicto que existe para definir cuál es su naturaleza jurídica, sobre la que existen varias posturas, que se explicarán a continuación y que entienden al concurso medial como un tipo de: concurso ideal o concurso real y otras que dicen que es: una figura mixta o una figura autónoma.

Concurso medial como concurso ideal

La doctrina española mira al concurso medial como una forma de concurso ideal, esto se evidencia con su legislación, donde el supuesto de que un delito se haya cometido como medio para ejecutar otro se considera concurso ideal (Cp. España, 1995, Art. 77.3). En este contexto los autores se han pronun-

ciado diciendo que “también hay concurso ideal cuando se comete un delito como medio para la ejecución de otro. En este caso, se ha dicho, existen dos delitos, pero se unifican en la conciencia del agente por razón del vínculo que enlaza al uno con el otro” (Cuello, 1981, p. 700) y sobre esta teoría el mismo autor plantea el ejemplo sobre “el funcionario de correos que abre una carta para sustraer los valores que contiene (...) En este caso, se ha dicho, existen dos delitos, pero se unifican en la conciencia del agente por razón del vínculo que los enlaza” (Cuello, 1981, p. 702).

Muñoz Conde (2002) explica que en estos casos “no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados; pero la conexión íntima entre los delitos cometidos, que es una relación teleológica de medio a fin, hace que el legislador los equipare, al concurso ideal propiamente dicho” (p. 173). De esta manera, queda claro que el argumento principal para decir que el concurso medial es un tipo de concurso ideal, es la relación que tienen, algo así como el factor final del que hablábamos previamente, y en consecuencia tiene como sanción la absorción de las penas, y ese argumento también lo desarrolla la doctrina para definir al concurso medial como ideal

Sea de ello lo que se quiera, es lo cierto que el legislador ha tratado el supuesto de conexión teleológica o medial entre delitos con el mismo sistema punitivo de la absorción, aplicando la pena del delito más grave en su grado máximo, salvo que sea más favorable la punición separada. Se trata por consiguiente de una limitación a la acumulación material de penas más enérgica que la establecida para el concurso real. Es decir, que el caso de conexidad instrumental de delitos es tratado por el legislador como si también fuera una hipótesis de concurso ideal y esto debe bastar. (Díaz Palos, 1991, p. 134)

Concurso medial como concurso real

La siguiente explicación a la naturaleza jurídica del concurso medial es la que lo define como una modalidad de concurso real, esto porque nos encontramos ante más de un delito, al menos en principio. La misma jurisprudencia española ha mencionado que el supuesto de cometer más de un delito en relación medio-fin se pena como si de concurso ideal se tratase, es un caso de concurso real

Nos encontramos, pues, ante un caso más en el que hay que aplicar el concurso medial, también conocido como teleológico o instrumental, que es una modalidad del concurso real (pluralidad de acciones en correspondencia con una pluralidad de delitos), sancionada como si se tratase de un concurso ideal (unidad de acción con pluralidad de delitos, véase Sentencia de 27 de julio de 1998 [...]. (STS 1632/2002, Sala de lo Penal, 2002)

Es más, esta se considera la opinión dominante en lo que refiere a doctrina ya que las formulaciones son claras al momento de analizar el tema de la unidad o pluralidad de acción para luego pasar a darle la calificación de concurso ideal o no

[...] Obsérvese que no estamos ante un caso de unidad de acción, pues la acción es doble, como lo es también la infracción delictiva. Dicho, en otros términos: el concurso medial es una modalidad del concurso real, con la única peculiaridad de que entre los delitos existe una estrecha relación. (Berdugo Arroyo, Serrano, García y Ferré, 1999, p. 306)

Naturalmente las críticas vienen dadas en ese sentido, sobre que "ya se ha advertido que, aunque reciba el mismo tratamiento penológico que el concurso ideal (unidad de hecho y pluralidad de infracciones), se trata en realidad de un claro supuesto de concur-

so real de delitos (pluralidad de hechos y de infracciones" (González Cussac, 1996, p. 442) y que a más de que "exista una única unidad de fin a perseguir, estamos en presencia de dos o más acciones que constituyen otras tantas infracciones, lo cual es propio de un concurso real" (Arlucea, 1999, p. 172).

Con estos elementos se denota que la principal crítica a la teoría de entender al concurso medial como un concurso ideal, es que no existe unidad de hecho, sino que, existen dos delitos relacionados entre ellos como medio-fin, y por esta estrecha relación, el legislador español lo incluye en el tratamiento de concurso ideal. Sin embargo, materialmente no hay unidad de hecho, y la legislación tampoco dice que lo haya, por lo que se considera erróneo catalogar al concurso medial como concurso ideal. (Sáinz Cantero, 1998, p. 224) siendo que sus elementos se aproximan más a los del concurso real.

Concurso medial naturaleza mixta

Con el objeto de superar las críticas de los planteamientos que se expusieron previamente, también se ha desarrollado la teoría de que el concurso medial tiene una naturaleza mixta en el sentido de que efectivamente es un concurso real sancionado como un concurso ideal. Dado que una de las diferencias entre concurso ideal y real, es que en el uno estamos ante un supuesto de unidad hecho y en el otro a un supuesto de pluralidad de hecho, se dice que este es "un caso intermedio –un «tertium genus»–, que comparte la naturaleza de este último concurso y las reglas punitivas del primero, es el concurso medial en que las infracciones concurrentes están en una relación de medio a fin" (Maqueda, 2002, p. 881).

Concurso medial como figura autónoma

Otro sector de la doctrina sostiene que el concurso medial tiene sus propias características y que es otra clase de concurso

de delitos además del ideal y real. La explicación viene dada desde la misma legislación española, que en un momento dado -Código penal de 1848- dejó de reconocer al concurso medial y le aplicó el régimen del concurso ideal. Sin embargo, se considera que es una figura autónoma en el sentido de que

Si la relación medial se debe a la propia naturaleza de los hechos, como sucede a la secuencialidad entre las lesiones y el homicidio, entonces corresponde aplicar las reglas del concurso de leyes y entender consumido un injusto en otro; si, por el contrario, la medianidad es circunstancial y responde al plan como el autor diseñó los acontecimientos, en este caso carece de justificación hacerle extensivo el privilegio de las reglas del concurso ideal. (Mapelli, 2010, p. 381)

Es decir, no comparten el criterio de asemejar la institución del concurso medial a la del concurso ideal por algunos motivos, el primero porque el supuesto de unidad de hecho que prevé el concurso ideal conlleva una menor culpabilidad (Llorca, 2005, p. 611) y siendo que el concurso medial responde, o, a la misma naturaleza de los hechos y un delito absorbe al otro, donde se debería aplicar las normas del concurso de leyes, o, es un plan del mismo autor (existe pluralidad de hechos), en cuyo caso no cabría aplicar el beneficio penológico del concurso ideal, por así decirlo, porque significaría afectar principio de vigencia de la norma penal (González, Matallín, Orts y Roig, 2007, p. 144).

Se sigue aunando en el hecho de que el concurso medial que consiste en una relación medio-fin entre delitos implica que "existe un concurso material integrado por dos acciones delictivas que pueden coexistir separadamente" (Frías, Codino y Codino, 1993, p. 488).

El problema de esta teoría del concurso medial como figura autónoma es que algu-

nos autores han propuesto su desaparición y que los códigos no la regulan expresamente para dotarla de un contenido propio, sino que se valen de los concursos ya existentes para sancionarla.

En concordancia con lo expresado y con el afán de darle un contenido propio al concurso medial, se desarrolló el factor de la necesidad como uno de los elementos de la institución, en el sentido de que entre el delito medio y el delito fin debe mediar una necesidad material, nacida de las particulares circunstancias del caso, y no de la estructura de las figuras delictivas, es así como nacen las primeras formulaciones que exigen elemento necesidad como parte del concurso medial

El concurso medial que se contempla, parte de que las diversas acciones no sólo aparezcan concatenadas por un propósito delictivo penal, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales, o, cual expresa el Texto Legal, que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, conexidad de medio a fin de que dota de unidad a la plural iniciativa delictuosa. (Garberí et al, 2006, p.439)

Sobre su definición ya se ha mencionado previamente, el concurso medial "se da cuando el sujeto realiza dos o más acciones, cada una de las cuales constituye aisladamente un delito, pero uno de ellos es medio necesario para cometer el otro u otros" (Sáinz, 1998, p. 223) y es importante saber que "tiene lugar cuando un delito es medio necesario para cometer otro" (Llorca, 2005, p. 429) y se entiende que es distinto a las figuras del concurso ideal y real.

Sobre el requisito de medio necesario se debe precisar cuándo se cumple, y, de igual forma es pertinente mencionar que este requisito solo se exige en las formulaciones que entienden al concurso medial como figura autónoma o como un concurso ideal,

en la primera porque dota de contenido propio a la figura, y en la segunda porque es el vínculo entre los dos delitos lo que hace que la sanción sea menos grave que apreciando los delitos de forma autónoma. En este sentido la jurisprudencia ilustra que

El precepto no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, o sea, real y concreto, con referencia a la particular situación fáctica. Necesaria se ofrecerá una de las acciones cuando aparezcan, en apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción. (Garberí et al, 2006, p. 391)

Asimismo, la doctrina coincide en que el medio necesario debe ser interpretado bajo criterios objetivos en concordancia con la situación fáctica, valorando que

El término “necesario” equivale a imprescindible o indispensable, en sentido objetivo, real, material y concreto. Esto es (...). No cabe duda, pues, que la necesidad se establece con parámetros exclusivamente objetivos, como vinculación por un nexo de medio a fin, de modo que aparezcan ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales, no siendo suficiente que aparezcan concatenadas por un propósito delictivo, plan o intención del sujeto (STS de 7 de julio de 1992). Así por ejemplo se ha negado su estimación entre una falsedad y un hurto por el prolongado lapso de tiempo transcurrido entre la comisión de uno y otro delito (STS 14 de septiembre de 1992) o entre un robo y un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor, porque no es siempre imprescindible para robar proporcionarse la huida mediante la sustracción de un vehículo (STS de 30 de marzo de 1987), ni tampoco es necesaria la previa

perpetración de un delito de tenencia de armas (STS de 7 de julio de 1992). (González Cussac, 1996, pp. 443-444)

Esta necesidad debe implicar que un delito no pueda producirse sin la comisión del otro, de este modo, la voluntad del sujeto no va directamente encaminada a la producción del delito medio, sino a la consecución del delito final, a pesar de esta apreciación hay quienes sostienen que la apreciación del medio necesario debe hacerse independientemente del plan del actor y lo explican con el siguiente ejemplo:

Si el agente corta los cables telefónicos de la línea de servicio existente entre dos localidades, con la finalidad de obtener mayores facilidades para la comisión del robo, resulta evidente que existirá, entre el delito de desórdenes públicos y el de robo, medialidad psíquica o subjetiva (conexión finalística), pero no se dará la conexidad objetiva, puesto que la actividad auxiliadora de cortar los cables para la mejor realización del ataque patrimonial no es un condicionamiento necesario. Ahora bien, tampoco cabe aquí un objetivismo exacerbado. La necesidad instrumental también podrá venir propiciada por las particularidades fácticas del caso concreto, esto es por los factores teleológicos, temporales y espaciales, incluso por los psicológicos del agente, a través de una unidad resolutiva y dolosa, a la que se hace mérito a continuación. (Llorca, 2005, p. 271)

Ahora el conflicto se centra en ¿cuándo el medio es necesario?, y podemos decir que el quid de la cuestión viene a ser que el delito fin no hubiera podido cometerse sin el delito medio, es decir, “en la valoración del delito medio el juicio debe ser similar al de la teoría de la equivalencia de las condiciones: si el delito-medio desaparece y el delito-fin se puede realizar, entonces, el delito medio no es necesario ni en abstracto ni en concreto” (Galván, 2010, p. 661).

Cabe la aclaración de que el presente trabajo busca entender cómo se conjugan en la práctica el concurso real e ideal, que son reglas de determinación de la pena, con la conexidad, que es una regla procesal. Se analizó al concurso medial dentro de este acápite porque está contemplado en nuestro ordenamiento, es decir, se trató doctrinalmente al concurso medial, mientras que las implicaciones procesales que trae consigo la conexidad se tratarán posteriormente.

Concurrencia de infracciones y Conexidad en la legislación y su tratamiento

Concurso Real

Una vez abordadas las distintas posiciones doctrinales respecto de las figuras de concurrencia de delitos es menester entender como dichas teorías aterrizan en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuáles son sus implicaciones procesales, y, en qué medida se cumplen o no. En esta línea de ideas la primera figura que se abordará será la del concurso real de infracciones.

El concurso real se encuentra recogido en el COIP: "Art. 20.- Concurso real de infracciones. - Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años" (COIP, 2014).

La normativa ecuatoriana se adecua a las formulaciones doctrinarias de Zaffaroni y Muñoz Conde, es decir, que el concurso real se dará cuando haya varias acciones independientes que constituyan delitos independientes. La consecuencia jurídica de este concurso en Ecuador es la acumulación jurídica de penas, en tanto dicha acumulación tiene ciertos límites fijados por el ordenamiento, que en nuestro caso es el doble de la pena más grave o 40 años.

No obstante estar reconocida esta figura, existen evidentes conflictos a la hora de aplicar esta norma por cuanto no existe normativa sobre el procedimiento que se debe seguir en casos de concurso real. Surgen preguntas como: ¿Deben conocerse todas las infracciones en un mismo proceso? ¿Es el fiscal quien debe solicitar la aplicación del concurso real? ¿Los procesos deben nacer como independientes y acumularse?, estas son algunas de las dudas que surgen respecto de la aplicación del concurso real y a las que se intentará dar respuesta.

El primer punto que se abordará respecto del concurso real es, si en un mismo proceso se pueden conocer todas las infracciones independientes que han generado la concurrencia. En esta medida, lo primero será conocer cómo Fiscalía inicia una investigación, quien es la titular de la acción penal pública, y en esta medida es quien tiene la responsabilidad de iniciar las investigaciones para determinar los delitos que se hayan cometido y sancionar a sus responsables.

La forma en que Fiscalía conoce del posible cometimiento de una infracción penal es mediante la noticia criminis que puede ser: denuncia, informes de supervisión y providencias judiciales; una vez recibida alguna de estas, deberá iniciar la etapa pre-procesal de investigación previa (COIP, 2014), no sin antes haber determinado cuál de las fiscalías especializadas es la competente. Según el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de 2012 (No 03-A-FGE-2012).

Entonces, la Fiscalía encargada de la investigación dependerá del delito, en tanto existen fiscalías especializadas, así que, no hay claridad respecto al procedimiento a seguir en el caso de que a una misma persona se le imputen varios delitos, parecería que cada fiscalía llevará a cabo la investigación solo del delito que le corresponde.

Una vez concluida la etapa pre-procesal, la investigación previa, donde Fiscalía

debe recabar elementos de convicción, cargo y descargo que le permitan formular o no cargos, se continua con la audiencia de formulación de cargos, luego de la cual da inicio el proceso penal a tenor de lo que señala el Art. 591¹ (COIP, 2014), esta audiencia es donde el fiscal hace su imputación y el acusado conoce el delito por el cual se le acusa, aquí es donde se podría hablar de la posibilidad de un concurso real si se formulara cargos por más de un delito, ¿es esto posible?

La norma establece que la formulación de cargos del fiscal debe contener, entre otros, "la infracción o infracciones penales que se le imputen" (COIP, 2014, Art. 595), así que, inicialmente, tomando en consideración la redacción del artículo se puede decir que cabe formular cargos por más de una infracción; no obstante, veamos si esto es constante en las siguientes etapas.

Acto siguiente, concluido el tiempo de la instrucción, fiscalía está en el deber de emitir un dictamen acusatorio en caso de que haya encontrados los elementos suficientes para ir a juicio o contrario sensu un dictamen abstentivo. Con un dictamen acusatorio lo que sucederá es que el juez deberá fijar fecha para la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio donde el fiscal sustanciará su acusación que debe contener: "La relación clara y sucinta de los hechos atribuidos de la infracción en un lenguaje comprensible" (COIP, 2014, Art. 603).

Particular relevancia tiene analizar la redacción de los artículos, en específico, lo que llama la atención del artículo 603 es que menciona a la infracción en singular, de lo que resulta evidente que no existe la posibilidad de acusar por varias infracciones. Complementando esto, el Art. 608.2² del código establece que una vez el juez haya decidido dictar un auto de llamamiento a juicio, este auto debe contener el delito acusado, otra vez en singular, dejando de lado la posibilidad de que una persona pueda ser llamada a juicio por más de un delito (COIP, 2014).

Hay claramente una discrepancia entre la normativa, dado que según el COIP cabe formular cargos por más de un delito, sin embargo, el auto de llamamiento a juicio deberá ser por un solo delito y de la misma forma la sentencia, que deberá contener "la determinación de la existencia de la infracción y la culpabilidad de la persona procesada" (COIP, 2014, Art. 619), es decir, por una sola infracción. El legislador no incluye la posibilidad de que haya sentencia por más de un delito en el mismo proceso como si lo hace cuando habla de la individualización de la pena de cada una de las personas procesadas, dando a entender que en un mismo proceso puede existir más de un acusado (COIP, 2014).

En este punto se advierte que la norma no presenta claridad en cuanto a cómo debe aplicarse el concurso procesalmente, en otros países como el Perú es sumamente claro que debe haber un solo proceso donde se conozcan todas las infracciones en concurso,

¹ Artículo 591.- Instrucción. - Esta etapa se inicia con la audiencia de formulación de cargos convocada por la o el juzgador a petición de la o el fiscal, cuando la o el fiscal cuente con los elementos suficientes para deducir una imputación.

² Artículo 608.- Llamamiento a juicio.- La resolución motivada de llamamiento a juicio incluirá: La determinación del o los hechos y el delito acusado por la o el fiscal, así como el grado de participación establecido en la acusación fiscal, la especificación de las evidencias que sustentan la decisión, la cita y pertinencia de las normas legales y constitucionales aplicables.

en tanto su Código de Procedimiento Penal dispone como un caso de conexión “Cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos, aunque cometidos en ocasión y lugar diferentes” (Código de Procedimientos Penales Perú, 2004, Art. 21), es decir, al concurso real; y, la conexión tiene como consecuencia procesal que “se acumularán ante el Juez Instructor competente para conocer el delito más grave y en caso de duda, ante el Juez competente respecto del último delito, salvo lo dispuesto en el artículo 22” (Código de Procedimientos Penales Perú, 2004, Art. 20). El concurso real es un caso de conexión para que se acumulen procesos que pueden o no nacer por separado, pero es claro que en un mismo proceso se conocerán las infracciones en concurso real, al contrario que en nuestra legislación.

¿Entonces cuál es la realidad en el sistema de justicia ecuatoriano a la hora de intentar aplicar el concurso real? Pues dada la falta de claridad en la legislación, puesto que el concurso real no está dotado de operatividad procesal, se infiere que no es correcta. El concurso real implica que las infracciones puedan juzgarse en un mismo proceso penal y dicha posibilidad dependerá de la legislación, que, en nuestro caso parece que no ser posible, aunque en la realidad jurídica tenemos criterios diversos.

Catedráticos como el Dr. Eduardo León Micheli profesor titular de la cátedra de Teoría del Delito y la Pena en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador desde su experiencia profesional considera que cabe formular cargos por más de un delito siempre y cuando sean conexos -de lo que se hablará posteriormente-. Sin embargo, manifiesta que so-

bre la aplicación del concurso real no conoce un caso donde se haya formulado cargos, llamado a juicio y luego procesado por delitos autónomos e independientes (Comunicación personal, agosto de 2019). Mientras que, para el Dr. Felipe Rodríguez Moreno profesor titular de la cátedra de Delitos en Particular en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador si cabe que se formule cargos por más de un delito y que en un mismo proceso penal se evacuen los mismos, y, en caso de que quepa, aplicar concurso real de delitos y acumular las penas según las reglas del código (Comunicación personal, agosto de 2019).

Órganos de administración de justicia como la Corte Nacional de Justicia también han emitido criterios sobre la materia, en una absolución de consultas criterio no vinculante, sobre la acumulación de penas manifestó que:

Concurso real se da cuando a un mismo sujeto activo le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes, los cuales deben ser a su vez conexos según lo establecido en el artículo 406 del COIP. En este caso, las penas se acumularán hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que se exceda de los cuarenta años, regla que se encuentra reiterada en el art. 55 del COIP. (No. 1101-P-CNJ-2018)

El problema de dicho criterio es que intentan enmarcar al concurso real en el primer numeral del Art. 406³ (COIP, 2014) sobre que serán conexos los delitos perpetrados con unidad de tiempo lo que es incorrecto por la siguientes razones: ¿Qué sucede si no hay unidad de tiempo? seguirá habiendo concurso real porque la unidad de tiempo no es uno

³ Artículo 406.- Conexidad: [...] 1. Se imputa a una persona la comisión de más de un hecho punible con una o varias acciones u omisiones realizadas con unidad de tiempo.

de sus requisitos. Lo incorrecto de esta consideración radica en que no siempre que haya concurso real habrá conexidad (tal y como está la normativa actualmente), por lo que, se considera desacertado el criterio emitido por la Corte Nacional.

Además, la misma Corte Nacional de Justicia trató este tema mediante resolución que declara un precedente jurisprudencial obligatorio en los siguientes términos:

Al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, sicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia sicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal. (No. 12-2015)

La importancia de esta la Resolución No 12 -2015 de la Corte Nacional recae en que, se determinó que en los casos del artículo 220.1⁴ no existe concurso real de infracciones, ni concurso ideal, lo cual es parcialmente correcto. Sin embargo, también se llegó a la conclusión de que hay tantos delitos como

sustancias -distintas- sujetas a fiscalización y por ende es posible la aplicación del artículo 55 del COIP sobre acumulación de penas.

Resulta absurdo descartar el concurso real de infracciones y permitir que se aplique la acumulación de penas, figura propia del concurso real, pues de la simple lectura del artículo 20 y del artículo 55 se entiende que la acumulación de penas es una consecuencia cuando existen delitos autónomos e independientes. Aplicando esta resolución se llegaría a absurdos tales como alguien hallado con variedad de drogas se le podría imponer una pena mayor a 30 años, mientras que, a alguien encontrado con 3 toneladas de la misma droga, el máximo de la pena sería 13 años (García Falconí, 2015), lo que demuestra un claro desconocimiento de las reglas de aplicación de la pena.

Actualmente la Corte ha rectificado este precedente, donde establecía que se podían acumular penas, mediante otra resolución

En los casos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y cuya conducta delictiva se realice por medio de uno o varios verbos rectores constantes en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, atribuibles a una misma persona en unidad de tiempo y acción, se debe aplicar el concurso ideal de delitos, por el que se punirá únicamente la conducta más severamente sancionada en el tipo penal, conforme

⁴Artículo 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente: 1. Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera: a) Mínima escala de dos a seis meses. b) Mediana escala de uno a tres años. c) Alta escala de cinco a siete años. d) Gran escala de diez a trece años.

el principio de absorción que rige este modelo concursal. (No. 02-2019)

Este criterio es más acertado y va acorde a los planteamientos doctrinales, sin embargo, denota que el máximo órgano de administración de justicia ordinaria tiene confusión respecto a las figuras concursales, y, por efecto irradiación generará que los órganos inferiores no tengan claridad al aplicar dichas figuras.

Poco es el tratamiento jurídico que se le ha dado al tema del concurso real en los tribunales de justicia, por eso es difícil encontrar sentencias que abarquen esos temas, sin embargo, se encontró un caso donde se condena aplicando concurso real por 2 contravenciones de primera clase, escándalo en la vía pública y de cuarta clase ofensas a otra persona, en este sentido se acumularon los máximos de las penas de ambas contravenciones (Unidad Judicial Penal con Sede En el Cantón Babahoyo, Juicio No. 2015-0251, 2015) lo que es erróneo, dado que la acumulación requiere que se fije una pena para cada una y luego se suman, la regla de acumulación no implica que se sumen los máximos.

Esta escasez de casos de concurso real puede deberse a que, precisamente, por la carencia de la norma la costumbre jurídica no sea la de imputar varios delitos, como señala la Dra. Diana Fernández, Jueza de Tribunales de Garantías Penales del cantón Quito, que ella no ha conocido casos de concursos reales ni en su tribunal ni otros, debido a que cuando hay varios delitos se juzga solo el que sea más grave (2017).

Sin embargo, se puede contrastar esto con información de la propia Fiscalía donde se observa que últimamente si hay casos de concurso real como, por ejemplo: la sentencia del Tribunal de Garantías Penales del Azuay donde se condenó "a Neisa S. -por concurso real de infracciones- a 16 años de privación de libertad como autora de los delitos de secuestro extorsivo y alteración de la

identidad del niño Sebastián" (FGE, 2019) o la formulación de cargos a Alexis Mera en el caso Sobornos 2012-2016 por los delitos de cohecho, asociación ilícita y tráfico de influencias (FGE, 2019).

Es evidente la contradicción entre los criterios emitidos por, órganos de administración de justicia desde primera instancia hasta el más alto como la Corte Nacional, juristas y academia.

Frente a la manifiesta carencia en la legislación, se puede decir que ningún criterio es erróneo, empero, se debería corregir esta deficiencia en la legislación para que haya seguridad jurídica, y que este clima de incertidumbre sobre el concurso real no devenga en vulnerar principios como la proporcionalidad de las penas, debido proceso, indubio pro reo y non bis in ídem.

Lo que buscan las figuras concursales es establecer preceptos de aplicación de la pena que vayan en concordancia con las garantías y fines del derecho penal.

Concurso Ideal

De la misma forma que se analizó la figura del concurso real se analizará la del concurso ideal, es decir, cómo está regulado y cómo se aplica en la realidad junto a sus principales problemáticas.

El concurso ideal se encuentra recogido en el COIP: "Art. 21.- Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave" (COIP, 2014). Se adecua a las formulaciones de la dogmática que nos dicen que un concurso ideal, consiste en unidad de acción y pluralidad de vulneraciones a la ley penal.

Sentado esto, lo primero en lo que debemos fijarnos es en la consecuencia jurídica aparejada a dicha figura y porque esta es la principal causa de su inaplicabilidad. Esta es, la absorción, que "consiste en la imposición

de una sola pena, que se corresponda con la más grave de todas las individuales" (De la Palma, 2007, p. 452) y más precisamente una absorción simple en la que "el juzgador determina la pena imponible teniendo en cuenta toda la extensión de la pena disponible" (De la Palma, 2007, p. 452). Este sistema presenta desventajas tales como que puede resultar demasiado benévolo y que en la determinación de la pena se deja sin sanción los otros delitos que concurren.

Por otro lado, existe otro tipo de absorción, la agravada, que consiste en "la que la individualización judicial se haya limitada a una parte de la pena disponible" (De la Palma, 2007, p. 452) y que parece resultar más viable, en tanto si se llega a considerar las otras infracciones como una especie de agravante con el fin de aplicar la máxima pena. Recordemos, la teoría de la pluralidad es la que da sostén al concurso ideal, caso contrario sería confundirlo con un concurso de normas.

Entonces, para continuar el análisis se debe tener en cuenta que las reglas del procedimiento penal que se explicaron en la figura del concurso real son las mismas. De igual forma resulta importante recordar la discrepancia que presenta la legislación, que en la formulación de cargos habla en plural (infracciones) mientras que, en el dictamen acusatorio, auto de llamamiento a juicio y sentencia habla en singular (infracción), lo que permite concluir que se puede juzgar solamente un delito.

Tomando en cuenta lo previamente mencionado, es evidente que el concurso ideal presenta los mismos problemas que el concurso real para su aplicación, esto es, una normativa poco clara que dificulta su aplicación.

Sin embargo, al igual que lo que ocurría con el concurso ideal, esto no impide que se encuentren casos donde se aplica esta figura. Por ejemplo, a "Dos años y ocho meses de privación de libertad debe cumplir Carlos Alberto C., tras haber sido declarado culpa-

ble de los delitos de ataque o resistencia y daño al bien ajeno, en concurso ideal de infracciones" (FGE, 2019) donde vemos que se sancionó tomando la infracción más grave que es la de resistencia cuya pena es de seis meses a dos años (COIP, 2014, Art. 283) y en vista de que se le aplicó agravantes, se impuso la máxima pena aumentada en un tercio, dando como resultado dos años ocho meses.

Otro de los problemas que encuentra el concurso ideal para su aplicación, como se mencionó, es su consecuencia jurídica, motivo por el cual son tan escasos los casos de concurso ideal, se encontró el citado y poco más.

Para explicar la afirmación de que el mayor problema del concurso ideal es su consecuencia jurídica, basta recordar que, en casos de concurso real donde la consecuencia es la acumulación de penas, los fiscales tienen la costumbre de investigar solo el delito más grave y a los jueces no les llegan ese tipo de casos (concurso real), es evidente que, si a términos de determinación de la pena, el hecho de que haya delitos en concurso ideal no representa un aumento en la misma, con más razón solo se investigará y procesará por el delito más grave.

Es cuestión de simple lógica que, si el esfuerzo que conllevará probar otro delito no representa un aumento en la pena, solo se procesará por el delito más grave, en tanto se llega al mismo resultado, la absorción simple. Con relación a esto, se puede decir que en la práctica se observa una distorsión de la verdadera concepción del concurso ideal, y básicamente tiene como consecuencia que, en nuestro país el concurso ideal se resuelva como si de un concurso de leyes se tratase, una cuestión interpretativa, aunque niquiera eso porque nos da un criterio: la pena del más grave.

Determinar adecuadamente cuando nos encontramos ante supuestos de concurso real, ideal o aparente es vital para la determinación de la pena, por lo que, si la

determinación no es adecuada, se rompe con los preceptos del Derecho Penal. Para explicar este punto cabe recordar la diferencia entre el concurso de leyes y el ideal que radica en que, en el concurso de leyes que solo es aparente, una norma excluye a otras y se aplicará, mientras que en el ideal la concurrencia es real y entran en juego más de una norma y por eso es importante determinar cómo se sancionará de tal forma entren en juego todas las normas vulneradas y abarquen el total contenido de injusto.

Otro factor por considerar es que, los concursos son una cuestión de injusto, es decir, se valora cuando un tipo penal es capaz de abarcar todo el injusto de la conducta delictiva. Los concursos son casos en los que esta conducta no se puede abarcar con un solo tipo, inferencia lógica de esto, es, que la sanción del concurso ideal deba ser superior a la de unidad delictiva e inferior a la de concurrencia real (Cuerda Riezu, 1991, p. 849), por estos motivos concluyo que la absorción simple no es una consecuencia jurídica viable ni dogmática ni procesalmente, evidencia de esto, su nula aplicación en el sistema jurídico ecuatoriano.

Finalmente, por las razones expuestas es que se considera que sancionar al concurso ideal con el sistema de exasperación como en otros países, es decir, elevando la pena más grave, puede hacer viable su aplicación, en vista de que ahí sí tendrá sentido juzgar dos infracciones en concurso ideal debido a que la pena será mayor, y ya no se hará una valoración a priori donde excluyo una infracción para solo aplicar la más grave. Esto junto a una reforma a la legislación, que dote a la figura de operatividad sería lo adecuado y favorecería a la correcta aplicación del concurso ideal.

Conexidad

Una vez analizadas las figuras del concurso real e ideal, es momento de examinar la institución que debe dotar de operatividad a dichas figuras, y que resulta vital a la hora de

aplicar las figuras concursales, esta es, la conexidad. Se encuentra tipificada en el COIP en los siguientes términos:

Artículo 406.- Conexidad. - Cuando se cometen infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se consumó la infracción más grave. Hay conexidad cuando:

1. Se imputa a una persona la comisión de más de un hecho punible con una o varias acciones u omisiones realizadas con unidad de tiempo.
2. Se imputa a una persona la comisión de varios hechos punibles si se han cometido con el fin de consumir u ocultar otros. (COIP 2014)

Resulta importante mencionar que la conexidad se encuentra recogida dentro del COIP en el Libro segundo titulado "Procedimiento", en el capítulo segundo titulado "Competencia", porque como se expresó previamente, la conexidad es una regla de competencia.

En este sentido, la conexidad es la respuesta (adjetiva) del ordenamiento ante hechos que por presentar vínculos estrechos deben ser juzgados en un mismo proceso, haciendo lugar al aforismo "continentia causae dividi non debet" que "arguye una idea apriorística sobre el objeto del proceso y resulta ser una condensación de aquellos casos en que se intuye la necesidad o la conveniencia de hacer entrar en una única causa diversos objetos o materias" (De la Oliva, 1972, pp. 74-78). En la legislación comparada se observa que distinguen entre delitos conexos-subjetivos (mismo hecho cometido por varios sujetos) y conexos-objetivos (mismo sujeto ha cometido más de un hecho) (Balmaceda, 2014, p. 2).

En cuanto a esto, la legislación que más desarrollo presenta en este tema es la española, cuya Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) fue reformada en 2015 justamente en lo respectivo

vo a la conexidad, y a la que se hará mención debido a que dará luces de cómo debe ser la correcta aplicación de esta figura.

La LECr se reformó en el sentido de brindar eficiencia a los procesos penales, en lo relativo a la acumulación de procesos, lo que buscaba era “una racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación” (Reforma LECr, 2015).

Siendo que, la regla en España es que los delitos conexos deban conocerse en un mismo proceso, esta reforma apuntaba a conseguir dos cosas: conveniencia a la hora del juzgamiento conjunto en lo que refiere a pruebas o esclarecimiento de los hechos, y, que esta acumulación no genere dilaciones (Cubillo, 2017, p. 6), es decir, “seguridad jurídica, con es el fin de evitar sentencias contradictorias; y las otras razones están ligadas con la economía procesal, o el ahorro y simplificación de las actuaciones” (Cubillo, 2017, p. 45), con estas premisas en mente queda claro cuál es el objetivo de la regla de competencia conexidad.

Existen otras razones que expone De la Oliva (1972) para justificar la acumulación como: que investigar circunstancias ligadas puede ayudar a la determinación de los hechos, o que puede servir a distinguir situaciones donde sea complicado determinar unidad o pluralidad delictiva, además de que la economía procesal es un principio indefectible de la administración de justicia (pp. 81-83).

Asimismo, otra reforma importante fue que la conexidad ya no es obligatoria, sino que, dependerá de la valoración que el juez instructor haga, en el sentido de si es conveniente o no acumular, es decir, está en las manos del juez, haciendo lugar a criterios valorativos, decidir si se debe acumular o no determinados procesos.

Posterior a la reforma, los delitos conexos en la LECr de España son los siguientes:

1. Los cometidos por dos o más personas reunidas.
2. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.
3. Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.
4. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.
5. Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.
6. Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos. (LECr, 2016, Art. 17)

Los dos primeros son los supuestos de conexidad subjetiva, que en nuestra legislación no existen al igual que los supuestos 5 y 6 en vista de que son casos especiales. Ahora bien, los supuestos 2 y 3 de conexidad objetiva son los similares a nuestro ordenamiento, porque están reconocidos en nuestra legislación en el Art 406.2 como uno solo, además, es la definición de lo que se conoce como concurso medial que ya se abordó previamente.

La normativa española servirá como parámetro de comparación con nuestra legislación, así se verá si nos acercamos a conseguir esta seguridad jurídica y eficiencia procesal que persigue la conexidad.

En contraste, nuestra legislación no es clara respecto a que sucede cuando estamos ante infracciones conexas, si bien señala que habrá un solo proceso penal, no hay normas referentes a una acumulación de causas como en España o Perú, y, como ya se vio tampoco se menciona si en ese proceso penal deberá juzgarse solo la infracción más grave de las conexas o todas.

Con lo previamente expuesto podemos inferir que son todas, sin embargo, de la lectura del artículo, aunado a que, la legislación

respecto del proceso penal no es clara respecto a si la imputación puede ser múltiple, no se llega a esa conclusión. Además, para aplicar la Ley a lo primero que debemos atender es a su tenor literal (Código Civil, 2005, Art.18.1) (COIP, 2014, Art. 13), así que, frente a una legislación que no es clara no podemos esperar una aplicación correcta.

Otro error que presenta nuestra legislación es que recoge al concurso medial en el Art. 406.2 serán conexos los delitos “si se han cometido con el fin de consumir u ocultar otros” (COIP, 2014), sin embargo, no le da una consecuencia jurídica a esa situación. Ya vimos que hay múltiples soluciones a esto, y que dependerán a que formulación doctrinaria se allanen, España, por ejemplo, contempla al concurso medial como una modalidad de concurso ideal (Cp. España, 1995, Art. 77.3) y lo sanciona con el sistema de exasperación, mientras que, antes lo sancionaba como concurso ideal.

Consecuencia de que en nuestra legislación no haya una consecuencia jurídica para el concurso medial, es que se presenta la interrogante de que sanción aplicar ante este supuesto, ¿se debe aplicar la sanción del concurso real o la del concurso ideal?, y, la respuesta es que no lo sabemos. Dependerá de la interpretación que haga un juez, en caso de que llegue a presentarse un caso por conexidad en virtud de su segunda causal, cosa que parece imposible.

Es discutible el hecho de que un concurso medial deba sancionarse como concurso real o como ideal, o que este contemplado como supuesto de uno de ellos (lo que sucede en otros países) pero sancionado con la consecuencia de otro, lo que no es discutible es lo inadecuado de contemplarlo como supuesto de conexidad, sin ninguna regla de determinación de la pena que le corresponda.

Se analizará también las otras causales de conexidad: Del 406.1, delitos cometidos con unidad de tiempo, que con lo estudiado que

da claro que es un supuesto de concurso real, aunque no abarca todos los supuestos de este; y, el 406.2 en su segundo inciso, cuando un delito se comete para ocultar otro, esto no es una relación medio-fin, lo que significa que dogmáticamente no es un concurso medial, aunque esto también dependerá de cómo se regule en el país a dicho concurso, sin embargo, prima facie no lo es.

En cuanto a lo analizado del artículo 406 y lo que se ha contrastado con otras legislaciones, parece que es un artículo incompleto, que no tiene una implicación procesal clara, lo que resulta peligroso, ya que una acumulación de causas es sumamente necesaria para una correcta determinación de la pena, y un correcto juzgamiento.

Tanto es así que los jueces deben acudir al Código Orgánico Integral de Procesos como norma supletoria para hacerlo, como sucedió en el Caso “Sobornos 2012-2016” No. de proceso 17721-2019-00029G donde frente al pedido de fiscalía de acumular las causas en contra de Pamela Martínez y Laura Terán los jueces el 19 de junio de 2019 hacen el siguiente análisis:

Con la reformulación de cargos realizada en esta diligencia, los delitos por los que se le investigan a los procesados desde hoy guardan identidad objetiva con los delitos que se investigan en la instrucción fiscal que se sigue en contra de Pamela Martínez y Laura Terán. En consecuencia, se verifica las circunstancias de hecho previstas en el artículo 406 del COIP, por lo que, en cumplimiento del primer inciso del artículo referido, debe existir un solo proceso penal. En virtud del artículo 16.2 del COGEP, en la presente causa procede la acumulación de procesos, al tratarse sobre los mismos hechos acusados. A fin de no angustiar la defensa técnica de los procesados, no vulnerar indebidamente su derecho a un tiempo suficiente para preparar su defensa y acceder a los elementos

constantes en ambas instrucciones; los plazos previstos para la instrucción fiscal serán los de la presente causa, estos, hasta el 29 de septiembre de 2019, improrrogables. (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO, 2019)

Resumiendo, vemos que la legislación referente a conexidad resulta insuficiente para atender a los fines que debe cumplir, no tiene una implicación procesal clara, no es completa respecto a sus casuales, y recoge figuras concursales que no están recogidas en nuestro ordenamiento, lo que hace que sea ineficiente.

Finalmente, lo que debe quedar claro es la diferencia entre las figuras concursales y la conexidad, es que las unas son supuestos que marcan reglas de determinación de la pena, mientras que la otra es una regla de competencia que debe terminar en una acumulación de procesos para garantizar seguridad jurídica y economía procesal.

De las causales de nuestro ordenamiento y la legislación comparada se infiere lo siguiente:

Para que haya conexión debe haber varios delitos, y estos pueden formar o no un concurso, en función de si se cumplen las reglas de los concursos delictivos; en la conexión objetiva o instrumental, si hay concurso, éste será medial, cuando un delito sea medio necesario para cometer otro, y habrá concurso real en el resto de los supuestos. (Muerza, 2015, pp. 36)

Esto debe quedar sumamente claro, la diferencia entre reglas de determinación de pena y una regla de competencia.

En esta medida, es que, primero se deben tener las reglas de concurrencia claras, figuras definidas y dotadas de alcance, refiriéndonos al concurso real, ideal y medial; una vez logrado esto se debe dotar al ordenamiento de

funcionalidad, las figuras concursales no tendrían sentido si no pudieran juzgarse juntas, y es ahí donde nuestro ordenamiento presenta serias deficiencias a todos los niveles, y el más grande lo encontramos aquí en la conexidad, que se traduce en que, en la práctica, las figuras de concurso no sean aplicables y se rompan con principios del Derecho Penal, que incluso están constitucionalizados, como proporcionalidad de las penas, non bis in ídem, e incluso otros generales a todos los procesos como lo son el de economía procesal y seguridad jurídica.

Conclusiones

La teoría concursal surge como respuesta del ordenamiento frente a escenarios de pluralidad delictiva, como respuesta punitiva, es decir, reglas de determinación de la pena.

En esta medida surgen en la doctrina las figuras del concurso aparente, y figuras auténticas de concurso, concurso real y concurso ideal. La diferencia entre estas dos figuras radica en que mientras en el concurso aparente, una norma descartará la aplicación de otras, en los concursos auténticos se deben aplicar todas las normas subsumibles a los hechos.

El concurso aparente se soluciona con reglas lógicas, principios de especialidad, subsidiariedad y consunción. Es decir, el problema es interpretativo, y los principios surgen para brindar herramientas a quienes apliquen el derecho y puedan solucionar este tipo de concurso.

Para identificar los casos de concursos auténticos se debe acudir al concepto de unidad y pluralidad de hechos, en este sentido el criterio más aceptado es el valorativo, y se debe valorar las acciones desde lo normativo, así se podrá saber si un conjunto de acciones puede ser vistas como unidad o no, a la luz de los tipos penales.

El concurso real tiene su fundamento en la pluralidad de acciones y genera múltiples infracciones a la ley penal, puede haber unidad o pluralidad de sujeto pasivo, pero debe existir unidad de sujeto activo, además estas infracciones deben ser independientes entre ellas; este tipo de concurso se sanciona con la acumulación de las penas de los delitos en concurso.

El concurso ideal tiene su fundamento en la unidad de acción, y se da cuando una acción es subsumible en varios tipos penales, pero se debe tomar en cuenta todas las infracciones a la hora de sancionar, y su sanción más común es la absorción simple, aunque hay sistemas que optan por una absorción agravada.

Existe otra figura concursal llamada concurso medial, se da cuando un delito se comete como medio para perpetrar otro, su sanción dependerá del sistema jurídico, en algunos sistemas se lo trata como concurso ideal y en otros como concurso ideal, aún no se llega a un consenso de cuál es su naturaleza jurídica.

En el sistema jurídico ecuatoriano se reconocen estas dos figuras concursales y el concurso medial está incluido como supuesto de conexidad, sin embargo, no tiene ninguna sanción jurídica que le corresponda.

La conexidad a diferencia de los concursos es una regla de competencia, y tiene que ir encaminada a garantizar la economía procesal y la seguridad jurídica, en esa virtud servir a que haya enjuiciamiento conjunto de casos en los que este beneficie al sistema y a sus usuarios. Por este motivo es que la conexidad en la legislación comparada es la regla que permite acumular procesos, así que se

debe detallar bien los casos de conexidad.

En nuestro país solo se encuentran consagrados los supuestos de conexidad objetiva, sin embargo, no es claro al momento de decir que permite el enjuiciamiento conjunto se sus supuestos.

Esta deficiencia de la normativa genera que no se pueda aplicar las figuras concursales adecuadamente, normativa que tiene fallas en todas las etapas del proceso penal y que se confirman en el hecho de que ni Fiscales, ni Jueces, ni la Academia llegan a un consenso de cómo aplicar las figuras, de si es o no posible una imputación múltiple.

La conexidad siendo norma de competencia y que en la teoría debería ser para operativizar los enjuiciamientos conjuntos en materia penal es una figura a los concursos, para que se entienda, cuando haya concurso hay conexidad más no al revés, aunque eso también dependerá de la normativa. De igual manera nuestra regulación de conexidad es deficiente en tanto el concurso medial está contemplado como supuesto, pero no tiene una sanción jurídica.

En la práctica las opiniones son divididas respecto de cómo aplicar los concursos, no obstante, es una realidad que mientras no haya uniformidad en la aplicación de estos no habrá seguridad jurídica.

Se le avoca esta falta de seguridad jurídica a dos factores, a la deficiente normativa y a la incorrecta comprensión del alcance de las instituciones concursales y conexidad.

El Código Orgánico Integral Penal no sabe contar.

Bibliografía

- Anselmino, V. (2013). Anales No. 43. "Ne bis in idem" Lo prohibición contra la doble persecución penal. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33710/Documento_completo.pdf?sequence=1
- Arlucea, E. (1999). Lecciones de teoría jurídica del delito. Granada, España.
- Código Penal El Salvador. (10 de junio de 1997). Decreto No. 1030.
- Código Orgánico General de Procesos. (11 de mayo de 2015). RO. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015
- Código Orgánico Integral Penal. (3 de febrero de 2014). RO. No. 180 de 10 de febrero de 2014.
- Código Penal de Cuba. (29 de diciembre de 1987). Ley No. 62.
- Bacigalupo, E. (1996). Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi
- Balmaceda, J. F. (2014). Sentencias contradictorias y delitos «conexos-subsiguientes». IUS Revista de investigación de la Facultad de Derecho, (8), 177-223. <http://repositorio.usat.edu.pe/handle/usat/1334>
- Berdugo, I. (1996) Lecciones de Derecho Penal. Praxis.
- Berdugo, I., Arroyo, L., Serrano, J., Ferré, J. (1999) Lecciones de derecho penal Parte general. Barcelona, Iustel.
- Bustos, J. (2004). Nuevo sistema de Derecho Penal. Trotta.
- Carrara, F. (2004). Programa de Derecho Criminal Volumen I. Temis.
- Choclan Montalvo, J. (1997). El delito continuado en la teoría del concurso. Marcial Pons.
- Código de Procedimientos Penales de Perú. (29 de julio de 2004). Ley 9024.
- Código Penal de Perú. (8 de abril de 1991). Decreto legislativo No. 635.
- Código Penal de España. (23 de noviembre de 1995). Boletín Oficial del Estado núm. 281.
- Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. (5 de octubre de 2015). Boletín Oficial del Estado núm. 239.
- Código Penal de Chile Reformado. (13 de agosto de 2011). Ley 20526.
- Código Civil. (10 de mayo de 2005). RO. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Código de Procedimiento Penal (derogado). (11 de enero de 2000). RO. Suplemento 360 de 13 de enero del 2000.
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). 2da Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. REVISAR FORMATO
- Conti, N. (2006). Pensamiento Penal. Algunas consideraciones acerca de la teoría del concurso de delitos, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/05/doctrina30625.pdf>.
- Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. (19 de junio de 2019). No. de expediente 17721-2019-00029G. [MP. Daniella Camacho Herold].
- Corte Nacional de Justicia. Absolución de Consultas Criterio no Vinculante. (1101-P-CNJ-2018). (13 de septiembre de 2018)

Corte Nacional de Justicia. FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN. (No. 02-2019). Suplemento del Registro Oficial No. 454 de 26 de marzo de 2019.

Corte Nacional de Justicia. FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN. (No. 12-2015). Suplemento del Registro Oficial No. 592 de 22 de septiembre de 2015.

Corte Provincial de El Oro, Sala de lo Penal. (16 de noviembre de 2016).

Creus, C. (1992). Derecho Penal Parte General. Astrea.

Cruz, E. (2017). La viabilidad del concurso real o material en los delitos de lavado de activos y asociación ilícita. (Trabajo de grado de abogado, USFQ). <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/6590>.

Cubillo, I. (2017). Estudios de Deusto 65. Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la Ley 41/2015. n.º 2: 00-00. DOI: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp39-83](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp39-83).

Cuello Calón, E. (1981). Derecho penal Parte General Tomo I. España.

Cuello Contreras, J. (1979). Anuario de derecho penal y ciencias penales. La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función normativa concursal, Tomo (32), (pp. 45-92). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2796430>.

Cuerda Riezu, A. (1991). Anuario de derecho penal y ciencias penales. El concurso de delitos en el borrador de anteproyecto de código Penal de 1990. Tomo 44, Fasc 3, (pp. 821-866). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46398>

Cury, E. (2005). Derecho Penal Parte General 7ma edición. Ediciones Universidad Católica de Chile

De la Oliva, A. (1972). La conexión en el proceso penal. EUNSA.

De la Palma, M. (2007). El concurso ideal de delitos. (Tesis doctoral, Universidad de Granada). <https://hera.ugr.es/tesisugr/16792786.pdf>.

Díaz Palos, F. (1991). La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal.

Díaz, A. (2012). Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja. Acumulación y refundición de penas: notas sobre la necesidad de superar estos conceptos. DOI: <http://dx.doi.org/10.18172/redur.4116>

Espinosa, B. (2017). Concurso real de infracciones frente a la proporcionalidad de la pena en un estado constitucional de derechos y justicia. (Trabajo de grado de abogada, PUCE). <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/123456789/13019>.

Etcheberry, A. (2004). Derecho Penal Parte General 3era edición. Jurídica de Chile.

Fernández, D. (2017). Comunicación Personal con Brenda Espinosa. <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/123456789/13019>

Fiscalía General del Estado. (18 de septiembre de 2019). Boletín de Prensa FGE N° 391-DC-2019. <https://www.fiscalia.gob.ec/caso-sobornos-2012-2016-se-mantienen-medidas-cautelares-para-alexis-m-y-du-yeon-ch/>

Fiscalía General del Estado. (26 de julio de 2019). Boletín de Prensa FGE N° 211-DC-2019. <https://>

www.fiscalia.gob.ec/3-sentenciados-por-secuestro-extorsivo-y-alteracion-de-identidad-de-ni-no-venezolano/

Fiscalía General del Estado. (3 de julio de 2019). Boletín de Prensa FGE N° 167-DC-2019. Recuperado de <https://www.fiscalia.gob.ec/por-ataque-o-resistencia-y-dano-al-bien-ajeno-2-anos-y-8-meses-de-prision/>

Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos. (8 de febrero de 2012). Registro Oficial Suplemento 268 de 23-mar-2012

Fontán Balestra, C. (1995). Tratado de Derecho Penal Parte General 2da edición. Abeledo-Perrot.

Frías, J., Codino, D., Codino, R. (1993). Teoría del delito. Principios fundamentales de la teoría del delito. Presupuestos filosóficos y epistemológicos. Acción o conducta. Tipo y tipicidad. Antijuridicidad o ilicitud y justificación. Imputabilidad e inimputabilidad. Culpabilidad y no culpabilidad. Formas ampliadas de subordinación. Concurso de delitos, de tipos y de persona. Hammurabi.

Fuentes, H. (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. Revista Ius Et Praxis, No. 2 pp. 15-42. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n2/art02.pdf>

Galván, F. (2010). Concurso de Delitos Análisis Comparado entre España y México. (Tesis doctoral, Universidad de Salamanca). https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/108969/DDPG_Galvan_Gonzalez_F_ConcursoDeDelitos.pdf;jsessionid=28F1D9A40B0B67DC5D2FB5BCA8C467F-C?sequence=1

Garberí, J., Martínez, R., Díaz, J., Villarejo, J., Blanco, A. (2006). Práctica jurisprudencial del código penal Análisis temático y sistemático de jurisprudencia penal tomo I.

García Caveró, P. (2012). Derecho Penal Parte General. Jurista Editores.

García Falconí, R. (28 de septiembre de 2015). Grueso error de la CNJ. El Universo. <https://www.eluniverso.com/opinion/2015/09/28/nota/5153195/grueso-error-cnj>

Garrido, M. (2007). Derecho Penal Parte General 4ta edición. Jurídica de Chile.

Goldstein, R. (1983). Diccionario de derecho penal y criminología 2da edición. Astrea.

González, J., Matallín, A., Orts, E., Roig, M. (2007). Esquemas de la parte general de derecho penal tomo VI.

González Cussac, J. (1996). Comentarios al código penal de 1995 volumen I.

González Rus, J. (2000). Comentarios al código penal Tomo III.

González, A. (1999). Derecho penal mexicano Parte general y parte especial Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales.

Guinarte, G. (1989). Estudios penales y criminológicos. El concurso "medial" de delitos. No. 13, (pp. 153-206). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2104233>.

Hernández Plasencia, J. (1994). Anuario de Derecho Penal, Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?, Tomo XLVII, Fascículo I, (pp. 111-140) <http://www.cienciaspenales>.

net/files/2016/11/1994_fasc_I.pdf

Hurtado Pozo, J. (1987). Manual de Derecho Penal 2da edición. PUCP.

Iberley. (2012). Elementos de la teoría del delito: sujetos activos, sujetos pasivos, acción y omisión, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y penalidad o punibilidad. iberley.es/temas/elementos-teoria-delito-47501

Jescheck, H. (1955). La concurrencia. Revista Jurídica Alemana. (pp. 529-555)

Jiménez de Asúa, L. (2002). Introducción al derecho penal. Editorial jurídica Universitaria.

Lascano, C. (2000). Lecciones de derecho Penal. Parte General. Adocatus.

Llorca, J. (2005). Manual de determinación de la pena.

Mantilla Nogués, M. (1999). Compendio de derecho penal: parte general. Grupo editorial Leyer.

Mapelli, B. (2010). Comentarios al código penal.

Maqueda, M. (2002). Tema 44 El concurso de delitos.

Martínez, J. (2011). El principio non bis in ídem y la subordinación de la potestad sancionadora administrativa al orden jurisdiccional penal. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4617-el-principio-non-bis-in-idem-y-la-subordinacion-de-la-potestad-sancionadora-administrativa-al-orden-jurisdiccional-penal/>.

Mezger, E. (1990). Derecho penal Parte General 2da Edición. CED.

Mir Puig, S. (1990). Derecho Penal Parte General. PPU.

Mir Puig, S. (2004). Derecho Penal Parte General. Tirant lo Blanch

Morales, J. (2005). Nuevo curso de derecho penal. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát

Muerza, J. (2015). Las reformas procesales penales de 2015. Aranzandi.

Muñoz Conde, F. (2000). Derecho Penal Parte General 4ta edición. Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, F. (2002). Teoría General del Delito.

Peña Cabrera, A. (1985). Derecho Penal Parte General 6ta edición. Idemsa.

Peñaranda, E. (1991). Concurso de leyes, error y participación en el delito. Civitas.

Pessoa, N. (1996). Concurso de delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva I concurso de tipos penales. Hammurabi.

Posada Maya, R. (2012). Delito continuado y Concurso de Delitos. Ibáñez y Universidad de los Andes.

Quintero, M., (s.f.). Concurso de Delitos. https://www.academia.edu/8503483/CAP%C3%8DTULO_12_CONCURSO_DE_DELITOS

Rodríguez, F. (2019). Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II. Cevallos Editora Jurídica.

Sáinz Cantero, J. (1989). Lecciones de derecho penal Parte General Tomo III Culpabilidad Punibilidad Formas de Aparición.

San Martín Castro, E. (1999). Derecho Procesal Penal- II Tomo. Grijley.

Sánchez-Ostiz, P., Íñigo, E. y Ruiz de Erenchun, E. (2015). Unidad y Pluralidad de Delitos Concurso

de Normas. <http://www.unav.es/penal/iuspoenale/leccion6.html>.

Soriano, M. (2018). USFQ Law Review. La admisibilidad del recurso de casación: análisis desde el enfoque constitucional. Volumen V Recuperado de https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion006/law_review_006_009.pdf

Stratenwerth, G. (1982). Derecho penal Parte General, El hecho punible 2da edición. [Traducido al español de Strafrecht]. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

Tribunal de Garantías Penales de El Oro. (30 de junio de 2016). [Voto de Mayoría]

Tribunal Supremo Español, Sala Segunda de lo Penal. (9 de octubre de 2002) 1632/2002 [MP Julián Sánchez Melgar]. <https://supremo.vlex.es/vid/-15194517>

UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México). (s.f). Garantismo y derecho penal. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3392/5.pdf>.

Unidad Judicial de Garantías Penales con Sede en el Cantón Machala. (19 de septiembre de 2016). [MP Cynthia Tandazo Loayza].

Velásquez, F. (2002). Manual de derecho penal: parte general. Temis S.A

Velásquez, F. (2009). Derecho Penal: Parte General Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.

Vidal, H. (1995). El concurso ideal. Marcos Lerner Editora.

Villavicencio, F. (2003). Concurso de delitos y concurso aparente de leyes. San Marcos.

Zaffaroni, E. (1994). Manual de Derecho Penal. Parte General 6ta edición. Ediar.

Zaffaroni, E. (2003). Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar.

Zaffaroni, E. (2009). Estructura Básica del Derecho Penal 1era edición. Ediar.

LA REINCIDENCIA EN MATERIA PENAL



Dra. Brenda Viviana Guerrero Vela*

RESUMEN

La reincidencia en materia penal más que un concepto normativo, constituye una circunstancia agravante para modificar el quantum de la pena, por lo que se destaca su importancia por las dimensiones jurídicas los efectos en la sentencia del procesado a consecuencia de la culpabilidad y la aplicación de la pena.

Palabras claves: Reincidencia, habitualidad, agravante, proceso, pena.

ABSTRACT

Recidivism in criminal matters constitutes an aggravating circumstance to modify the significance of the sentence. Its importance stands out due to the legal dimensions of the effects on the sentence and the application of the criminal law.

Key words: Reincidence, habituality, aggravating, process, penalty.

* Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador, Magister en Derecho Penal y Criminología, Magister en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena. Directora de Posgrado de Jurisprudencia. Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Introducción

Reincidencia, para algunos autores la misma se entiende como “la recaída en el delito por parte de un sujeto precedente y ejecutoriamente condenado por otro delito comprendido en el mismo título y de la misma naturaleza del que es objeto de la actual condena” (Real Academia de la Lengua Española).

La reincidencia ha servido para referirse a la persona que ha infringido la ley, al sujeto activo de la infracción a quien, mediante un juicio previo, agotadas las fases del proceso penal por la carga incriminatoria de la prueba se ha declarado la culpabilidad y la responsabilidad penal. El juzgador para emitir su pronunciamiento en sentencia condenatoria, tomará en cuenta la reincidencia de conformidad a la norma procesal vigente; para modificar la pena aumentándola en un tercio. Amerita un análisis cabe aquí hacer diferencias conceptuales entre habitualidad y reincidencia; clases de reincidencia causas y consecuencias que inciden en la población carcelaria: La reincidencia en materia penal evitando una interpretación errónea de la ley; para el sistema de justicia penal, puesto que el poder punitivo debe someterse al control constitucional y al principio de legalidad, para una correcta aplicación para efectos de la sanción penal para evitar que se emitan sentencias erróneas y contrarias al derecho constitucional.

La reincidencia penal, es uno de los mayores indicadores de que las políticas penitenciarias son deficientes, sobre la rehabilitación en derecho penitenciario, varias son las causas que hacen que la población carcelaria sea absorbida por la criminalidad, por lo que es necesario establecer las principales, por tanto no es suficiente que el autor de un delito haya cometido una nueva conducta delictiva o simplemente haya vuelto a delinquir; el juzgador quien aplica la norma e interpreta quien debe circunscribirse a lo que establece la norma procesal penal, para que surta los efectos legales acorde a la normati-

va vigente, para poder transformar la pena o agravarla. Es necesario diferenciar entre un infractor habitual, de un infractor reincidente respetando el principio de legalidad, el principio constitucional de la inocencia, principio de culpabilidad y proporcionalidad junto con los demás principios penales al momento de aplicar la pena, ya que la mayoría de estudios solamente se ha centrado en la discusión sobre la pena en cuanto a la restrictiva de la libertad, dejando de lado otras formas de sanción menos drástica de acuerdo a la naturaleza del delito.

Roxin (1997), distinguido profesor alemán de Derecho Penal, sostiene que: El ordenamiento jurídico no solo 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 excesiva del Estado Leviatán (p.137).

En un Estado de Derecho garantista como el Ecuador, actualmente denominado por la transformación del paradigma constitucional, desde el 2008, Estado de Derechos y de Justicia donde la norma constitucional, establece la relación jurídico penal entre los derechos fundamentales, los principios de garantías mínimas y efectos de la misma para los justiciables al momento de la imposición de penas. Una de las tareas del derecho penal junto con el aparato de reprehensión del Estado para quienes han cometido delitos, debe circunscribirse a la norma constitucional, sobre el límite para imponer el derecho a castigar del Estado en su tarea de mantener el orden social. Pero, cabe analizar si con la drasticidad de las penas o el aumento de la misma, en virtud de la presencia de los agravantes ¿Hemos conseguido un equilibrio social? ¿Se habrá minimizado la criminalidad, con el efecto intimidatorio en penas en las personas? ¿Se ha reducido el incremento de la población carcelaria por ejemplo? Esta son varias interrogantes que merecen una

respuesta responsable, que nos permita vislumbrar si se cumple con los fines de la pena y el restablecimiento del orden social, sin olvidar del derecho de las personas que infringen la ley al derecho a la rehabilitación, a la reinserción social.

Principales causas de la reincidencia delictiva.

Un Derecho penal “crítico” tiene que corresponder a enfoques criminológicos de la misma orientación y esto lleva de modo inevitable, como señala Zaffaroni, a un enfoque crítico del poder punitivo como tal y cuya totalidad y consistencia es más policiva que legislativa y judicial, y se mueve, como las masacres (que constituye el grueso no siempre visto de la criminalidad mundial) (Fernandez Carrasquilla, p.141)

La reincidencia es un fenómeno multicausal de orden social, familiar y criminológico, por lo tanto, tratarlo es necesario para redefinir la política criminal, para que sea más efectiva, a fin de que no se centre únicamente en la represión del derecho penal y su drasticidad, sino también que se pueda rescatar a quien infringe la norma con la rehabilitación social.

Podemos citar que la mayoría de familias que se desarrollan dentro de los cinturones de pobreza, más el maltrato familiar sufrido desde las edades tempranas, hace que abandonen los hogares en forma extrema debiendo los menores desarrollarse ya en situación de calle, esto, sumado a la falta de educación y orientación familiar los hace proclives a caer en la delincuencia incluso en edades tempranas por lo general. Así también, podemos decir que se educa al niño en edades tempranas con el ejemplo, muchas familias absorbidas por la criminalidad presentan situaciones de antecedentes familiares que constituyen una imagen nociva dentro del ambiente familiar, llamado a orientar y rescatar al menor por lo menos en la enseñanza de valores conforme al libre desarrollo de su personalidad, siendo

la célula esencial del Estado, la familia, lastimosamente los ejemplos nocivos de antecedentes familiares influyen en el desenvolvimiento en edades tempranas.

Otros factores también como el alcoholismo, la drogadicción, que hacen que las personas no puedan discernir en la toma de decisiones de tener por lo menos una vida en condiciones normales que no afecte la estructura social, familiar, sobre todo, hace que se den condiciones de abandono que agudizan la pobreza, sobre estos fenómenos que agravan la condición de las familias, de los menores, y de quienes ya se les hace imposible abandonar la criminalidad, puesto que, bajo estas circunstancias no puede lograrse concientizar de la realidad nefasta que enfrenta; sin poder desarrollarse como una persona normal. Esto también, agrava el ambiente familiar y puede afectar a los niños, niñas y adolescentes en estas condiciones, apareciendo otros factores que representan inseguridad para el desarrollo del menor y que se haga efectiva la supremacía constitucional en cuanto a su protección.

Hay realidades en nuestro país que no puede desconocerse, que sobre estos antecedentes muchos de los niños son explotados en las calles, tanto para la mendicidad, como para el trabajo infantil, por la falta de una estructura en el hogar en cuanto a la falta de su padre o madre que puedan rescatarlos de la situación de calle y puedan desarrollarse en condiciones normales acudiendo al sistema educativo, en casas de acogida, donde pudieran ser concientizados a fin de no agrandar las cifras de criminalidad. Por lo que, lo poderes públicos y los organismos de asistencia social deberían preocuparse de estos sectores vulnerables, especialmente de los niños, niñas y adolescentes que puedan ser acogidos por el Estado, por ejemplo, la DINAPEN, implementando otros organismos, sean públicos o privados, que puedan rescatar a los menores en situación de vulnerabilidad.

Ya que, los adultos que no han podido abandonar la criminalidad, se entiende que son otros factores de orden económico, social, y familiar que en edades tempranas ya no se pudieron intervenir a tiempo, por lo tanto, en su mayoría conforman las cifras proclives a la delincuencia, haciendo que sea difícil el abandono en cuanto a las brechas de criminalidad.

Puesto que, la justicia humana es falible, el acervo probatorio muchas veces es imperfecto, por lo tanto, la pena funciona de manera desigual, por eso se justifica la institución del indubio pro reo, de tal manera que la pena no afecte más allá de los límites de la propia culpabilidad, que es lo que justamente merece vedando la responsabilidad objetiva y las penas excesivas ilimitadas o crueles, de tal forma que la pena merecida sea ajustada a la pena justa (se limite por criterios de utilidad social y específicamente por necesidades de la prevención general y especial). De tal forma que no se puede medir la pena en términos exactos, por lo tanto, es cuantitativamente graduable en comparación de la gravedad del injusto cometido, porque sus criterios de medición solo son aplicables dentro del marco de máximos y mínimos previstos por los tipos. (Fernandez Carrasquilla, p.145)

De esta manera, se establece que la medida de los criterios para las penas y la proporcionalidad dependen estrictamente del legislador en cuando a la criminalización de las conductas que se considera punibles, de acuerdo a la afectación de los bienes jurídicos tutelados por la norma penal.

Por lo tanto, se establece que la sociedad necesita de la protección previa contra las conductas punibles, o delitos que refieren a los comportamientos dañosos que amenazan gravemente a los bienes jurídicos, pero también se establece que la pena criminal es la consecuencia severa de la intervención estatal sobre quien ha infringido la norma y debe ser en lo posible que no afecte al culpable más allá de lo que merece en cuanto a sus

derechos y garantías contra el poder punitivo estatal.

De otra parte, la política criminal corresponde a proveer el criterio material y general de la teoría del delito y de la pena, a saber, el concepto de “merecimiento de pena” elaborado sobre todo por SAX y desarrollado por HASSEMER, que resume los criterios de justicia y utilidad con que han de trabajar el legislador como el juez penal (aquel para crear la ley general y este para determinar su aplicabilidad en el caso concreto) (Fernandez Carrasquilla, p. 146)

Actualmente por la realidad que se desprende del sistema carcelario en el Ecuador, parecería una utopía, puesto que, es necesario que el Estado cree las condiciones para cumplir con los fines establecidos en la norma constitucional, para efecto de cumplir con los derechos que asisten a los privados de la libertad, mientras se encuentren cumpliendo la pena, condiciones que les permitan desarrollarse como personas, puesto que, únicamente están privados de la libertad, bajo el principio de dignidad humana, y la aplicación de agravantes, bajo la drasticidad del sistema punitivo y la aplicación de agravantes que agudiza el problema, con una sobrepoblación carcelaria que desborda los límites de la capacidad del sistema de rehabilitación social dando origen a otros fenómenos sociales, que agravan la condición de los internos. Lo que amerita repensar la política criminal y tener la posibilidad en el sistema de justicia, por lo menos para los delitos menos graves buscar la aplicación del derecho penal mínimo.

La reincidencia es una circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal, que opera dentro de los límites de tiempo legalmente determinados, a partir de la recaída en el delito por parte de un sujeto precedente y ejecutoriamente condenado por otro delito comprendido en el mismo título y de la misma naturaleza del que es objeto de la actual condena (Agudo, 2005)

Varios son los factores que inciden en las personas a delinquir, una vez identificados en forma gradual, serán los poderes públicos los que con programas estratégicos acorde a la necesidad social tiendan a tratarlos e incida de manera significativa en las personas que cumplen una condena; incluso se plantea la necesidad de la transformación de la política criminal que tienda a combatir, prevenir y erradicar el cometimiento de los delitos. Habrá que analizar por ejemplo ¿quién delinque en forma asidua, únicamente por delitos de bagatela? qué tipo de tratamiento debería recibir para aplicar la pena, entonces es necesario remitirnos al principio de culpabilidad.

En líneas anteriores se establece la aplicación de un derecho penal mínimo que busque la reinserción social y la aplicación menos gravosas a las personas, en relación a los delitos de menos gravedad, puesto que no todo conflicto jurídico puede solucionarse con encarcelamiento y privación de la libertad, será de aplicar otros procedimientos o salidas alternativas al proceso, que tiendan a reducir el aumento de la población carcelaria minimizando también el riesgo de criminalidad al interno de los centros de privación de libertad.

Con la aplicación de agravantes en la conducta directamente se modificará la pena aumentándola, incrementándola, siendo uno de los detonantes de la sobrepoblación y hacinamiento carcelario, en torno de la crisis del sistema de rehabilitación, cuyos resultados desde que surgió la pandemia son de conocimiento público, puesto que, se llegó a decretar al sistema carcelario en situación de Emergencia, por Decreto ejecutivo número 1125 con fecha 11 de agosto del 2020 y el segundo Decreto ejecutivo con número 1169 con fecha 10 de octubre del 2020, este es un problema estructural, que ha venido agravándose desde la implementación del COIP, pese a que en los últimos años se habían creado más centros penitenciarios de máxima seguridad, por los resultados execrables de las últimos decesos propios de una descomposición so-

cial, empezaremos diciendo que uno de los detonantes de este problema es el nivel de hacinamiento según los reportes del SNAI es alrededor del 40% dentro del sistema carcelario, es decir, existe sobrepoblación carcelaria en niveles máximos que no son cifras, no son números, ni estadísticas, son personas, titulares de derechos humanos, habría que referirse a la historia del sistema penitenciario en el Ecuador, en la cárceles de mayor peligrosidad, no se han presentado delitos de tal magnitud. Esta es una alerta para el Estado, para el sistema de justicia para que vía política-pública se retome el control en el sistema penitenciario.

Entonces pensamos que hay que replantearse otras formas de aplicación de las penas, que vayan siempre ligadas a tratamientos correccionales, donde no se descuide al ser humano, como persona, para que pueda recibir el apoyo del Estado al interno, dentro del cumplimiento de la pena, que le permita aun en condiciones de limitación de la libertad personal, el apoyo estatal, implementando acciones de reeducación para que no recaiga en la criminalidad y en si el infractor tenga la posibilidad de comprender las consecuencias de la sanción y pueda reinserirse a la sociedad, como tarea fundamental de la política criminal, del discurso oficial .

Los agravantes en la pena

Reincidencia

Circunstancia agravante que se aplica al momento de cometer un delito el autor está sentenciado en sentencia en firme ejecutoriamente, por otro delito cometido en el mismo título del código penal, y de la misma naturaleza del que se comete siempre que el antecedente penal no esté cancelado o sea cancelable (Diccionario Panhispánico del español jurídico, 2019).

La reincidencia constituye una circunstancias agravante modificatoria de la pena, en

el caso de la reincidencia se toma en cuenta que quien ha infringido la ley, el procesado mediante un juicio previo penal, aplicado el debido proceso no ha podido desvirtuar la acusación, por tener pruebas contundentes en su contra, para quien se ha emitido una sentencia de culpabilidad, es decir sentencia condenatoria en firme, agotados los mecanismos de impugnación, la sentencia se ha confirmado por el ministerio de la ley, constituyendo un antecedente penal, que afectará los antecedentes personales de la persona procesada, circunstancia que determina que si llegare a delinquir posteriormente afectará el nuevo cometimiento de un delito, donde ya ha existido una causa penal que ya ha sido sometida ante el sistema de justicia penal, donde se verifica una sentencia de condena anterior en firme pudiendo incluirse el agravante dentro de la pena, como consecuencia de su actuar anterior dentro del proceso. Cumpliendo con el proceso de criminalización del derecho penal y la represión propia del aparato de justicia estatal, incrementando la drasticidad de la pena aumentándola en un tercio, a efectos de la condena.

De este modo se cumpliría con una de las formas de prevención general a la sociedad, a través de la imposición y agravamiento de la pena en el procesado, dando el mensaje a la sociedad en forma ejemplificadora en forma tácita; que se impondrán mayor pena, en caso que el condenado vuelva a cometer delitos, que provoquen el desorden social, que en la actualidad cobra mayor vigencia en la mayoría de ordenamientos jurídicos, donde el mensaje es para todos los destinatarios de la norma en sociedad.

Analizando el crecimiento alarmante de la población carcelaria a nivel nacional, podemos afirmar que ha fracasado esta política criminal que impone mayores penas, a consecuencia de la gravedad de delitos, donde se evidencia que no se minimiza la brecha de criminalidad, sino más bien los delitos aumentan, así también la peligrosidad de los delitos al interno de las cárceles, en torno a delitos

graves contra la humanidad e incluso de la vida de algunos internos, por lo que se ha declarado incluso estado de excepción en el sistema carcelario nacional, durante dos ocasiones desde hace más de un año a la fecha. Es decir que el aumento de las penas incide de manera negativa en la población carcelaria y deben buscarse otras alternativas de prevención para evitar la criminalidad.

La reincidencia, su abordaje en otras legislaciones de América Latina, han apostado por demandar la inconstitucionalidad de la reincidencia como en el caso de Argentina, puesto que sostienen en sus argumentos jurídicos que se opone a varios principios constitucionales como al de igualdad de las partes, al principio de resocialización del individuo, porque significa el aumento de la pena, donde resocialización es ínfima por los efectos de lo que significa aumentar en quantum de la pena.

Polaino-Orts considera que la habitualidad constituye un factor de desestabilización incomparablemente mayor que impide que los ciudadanos afectados puedan confiar tranquilamente en la vigencia de la norma y que, por ello, han de ser combatidos por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz (p.226).

Habitualidad tiene sus propios elementos a quien comete varias veces delitos pero que no ha recibido sentencias del sistema de justicia penal. La reincidencia se fundamenta en que por esa conducta desviada ya se ha cumplido una pena, y ha vuelto a delinquir porque no ha internado en su pensamiento los fines de la pena. Representan un riesgo, un peligro social, dentro del rango de tiempo.

Esta reincidencia puede ser genérica sobre la naturaleza de varios delitos o específica sobre el cometimiento de delitos de la misma naturaleza.

Entonces cabe la reflexión, la sociedad brinda la oportunidad de esa resocialización,

como uno de los fines de la pena a quienes delinquen, tendrán que abstenerse de delinquir para ganarse esa oportunidad, para que el condenado en el proceso del cumplimiento de la pena, haya podido profundizar, asimilar en su pensamiento, la posibilidad de un comportamiento distinto, responsable para con los demás, en su actuar frente al derecho, un proceso en que se haya concientizado y reflexionado sobre las consecuencias que atraviesa, mientras ha cumplido la pena para no decaer nuevamente en la criminalidad y dejar de representar un peligro social evitando que vuelva a delinquir, menos si ya ha cumplido la pena.

Recobrada la libertad, si el infractor ha vuelto a delinquir tendríamos que pensar que sucedería con los delitos graves, como el sicariato, violación, asesinato, por lo general con la aplicación del COIP, siempre va a imponerse la aplicación de agravantes, por lo que la tarea de la defensa técnica en la práctica será siempre luchar en el proceso, por introducir al menos dos atenuantes para no dar lugar al aumento de la pena.

La Pena

La pena no es otra cosa, que el tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa peligrosidad social, pudiendo ser o no un sujeto y teniendo como fin la defensa social (Liszt, 1881).

La pena a lo largo de la historia ha sido utilizada por el Estado para legitimar el poder punitivo y la represión del mismo, para quién ha cometido un delito y previo el juicio con las garantías mínimas para que el justiciable, merezca la imposición de la pena, también históricamente concebida como un castigo, para que el procesado una vez determinada su culpabilidad, conforme a las pruebas obtenidas en el juicio, sobre la certeza de culpabilidad, el juzgador impondrá la pena para que el procesado pague la deuda social por haber delinquido, como el efecto retributivo

a su comportamiento, así la pena se impone como un mal necesario, del que no puede prescindir el derecho penal para mantener el orden social, para quien ha violado el pacto de convivencia social. Mas los avances dogmáticos en cuanto al sentido y fin de la pena han superado esos conceptos otorgándole a la pena un giro humanista, para que pueda superar la persona condenada y tenga dentro de sus fines la reeducación, rehabilitación y rehabilitación para que el individuo se vuelva a insertar a la sociedad como persona en forma positiva, haciendo que en el proceso abandone la criminalidad.

La pena es un mal que, de conformidad con la Ley, el Estado impone a quienes con la forma debida son reconocidos como culpables de un delito (Carrara).

Actualmente la pena se impone también con fines humanistas, donde sea posible la reinserción social, pero cabe preguntarnos ¿Qué sentido tendría seguir manteniendo con penas excesivas? a quién los efectos de la pena en el tiempo influirán en el ser humano tornándolos distinto, ya que la cárcel impone aflicciones físicas y psicológicas que incidirán en su comportamiento social.

Objeto y fines de la pena

La pena para ser impuesta debe obedecer a fines y necesidades sociales por eso es que estos fines han ido evolucionando hasta nuestros días, podemos decir que las penas tienen fines principalmente correccionalistas preventivos y espaciales, así como la readaptación social, ese es el tratamiento histórico que se la ha dado a la pena tradicionalmente y por ello han surgido varias teorías que las analizaremos más adelante.

Franz Von Liszt sostuvo que la pena es coacción que se dirige contra la voluntad del delincuente y le proporciona los motivos necesarios para disuadirlo de cometer el delito, a la vez que refuerza los ya existentes. Liszt distinguió tres manifestaciones distintas de prevención especial en función del tipo de delincuente al cual se dirige la pena. En

primer lugar, para los delincuentes incorregibles propuso la inocuización o una pena de prisión por tiempo indeterminado (Meini, 2013).

El Estado, ni la sociedad no pueden prescindir del derecho penal, ni de la pena. El derecho penal no es solo un conjunto de normas jurídicas prohibitivas, sino que el legislador ha establecido la necesidad esencial de proteger bienes jurídicos necesariamente tutelados por la norma para garantizar la convivencia social. Por tanto, la pena siempre está presente en nuestra sociedad para que se logre el control social y se haga efectiva la potestad punitiva del Estado. Sin embargo, está demostrado que el aumento de las penas no disminuye la criminalidad, al contrario la aumenta, por lo que actualmente no se justifica la creación de más conductas penales, más drasticidad de las penas plasmando el pensamiento del expansionismo del Derecho Penal, para criminalizar a quienes violentan el orden social, esta forma de criminalización de creación de más tipos penales, que incrementan más conductas prohibitivas, obedecen más bien al orden político, al pensamiento del poder de turno, que no necesariamente establece en forma razonada control formalizado que requiere el derecho penal, esta forma de actuar del Estado está sometida por decir lo menos al escarnio público, al pronunciamiento ciudadano, para que la opinión de la ciudadanía pueda manifestarse justificando en su proceder de que está combatiendo la criminalidad, cuando en realidad se está imponiendo el populismo penal, que en varios países ha fracasado por cuanto escapa al control del mismo Estado.

Límites relativos al momento de ejecución de la pena. Según Calliess, la realización del Estado democrático impone una concepción resocializadora de la ejecución de la pena, en especial de la privativa de libertad, que tiende a crear en el condenado, posibilidades de participación en los sistemas sociales, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal (Mir Puig, 2003).

¿Se puede imponer la reincidencia de oficio como juzgador?

En la reincidencia básica, el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo de la pena conminada. En la reincidencia cualificada según la naturaleza del delito cometido (asesinato, robo agravado, violación de menor, etc.), el juez aumenta la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo de la pena conminada (Oré Sosa, 14, p. 18).

Dentro de las potestades jurisdiccionales propias del juez al administrar justicia, en el caso de emitir una sentencia condenatoria, estará vinculada al principio de culpabilidad y a los fines de la pena, la imposición de las penas a las personas condenadas para el hecho de infringir el orden social a quienes cometan delitos. El Estado a través del sistema penal, efectivamente, los jueces impondrán sanciones de manera efectiva, razonada, motivada y suficiente a quienes delinquen, deberán enfrentar el proceso de juzgamiento, mediante un juicio previo, respetando las garantías mínimas establecidas en el debido proceso, para el justiciable conforme a la norma suprema constitucional y a los instrumentos internacionales, para que tenga un juicio justo respetando el sistema de garantías de orden interno y de estricta aplicación del derecho. Únicamente mediante las pruebas que se haya encontrado culpable del delito, mientras no se haya declarado su responsabilidad penal, se deberá respetar la presunción constitucional de la inocencia que solo se afectará mediante sentencia ejecutoriada en firme; que no se encuentre pendiente la interposición de ningún recurso de impugnación que pueda suspender los efectos de la misma.

El derecho a castigar del Estado, está subordinado al control constitucional, y al principio de legalidad para que exista equilibrio del *Ius Puniendi* y su derecho a castigar del Estado mediante uno de los fines de la pena que se establece prevención general, el Estado quiere reafirmar su poder de represión

ante los desequilibrios sociales que se pudieran presentar y aun no se han resuelto para reafirmar el orden social.

Pero no cabe imponer la reincidencia de oficio al juzgador en la pena, principalmente porque dentro de nuestro sistema acusatorio no es quien ha perseguido la acción penal, sino que se constituye en garante de velar y hacer cumplir el debido proceso. Por lo tanto, es el fiscal quien debe sustentar el pedido de reincidencia en cuanto a la pena, su individualización, tiempo y medidas de reparación. Puesto que el juzgador si, en un supuesto no consentido, la impondría de oficio estaría vulnerando el principio de favorabilidad, que se encuentra consagrado tanto en la doctrina penal, en cuanto a la interpretación in bonam partem cuanto en la norma constitucional y el principio del reformatio in pejus al mismo tiempo. Por lo tanto, no cabría imponer de oficio la reincidencia por el juzgador. Aquí radica la responsabilidad del fiscal el momento de emitir su acusación en la audiencia de juzgamiento, deberá solicitar al juzgador la aplicación de la pena que corresponda en torno el hecho delictivo que ha investigado y que ha de probar conforme a su dictamen.

Prevención General Negativa (Feurbach)

La pena Feuerbach, esencialmente los elementos de la teoría del Estado, en estados naturales sin ley los hombres tienen a dañarse unos a otros. Se trata del *status bello ómnium contra omnes* en donde cada cual se encuentra abandonado a sus fuerzas y nadie está seguro (Feuerbach, p. 16 y 35).

En la prevención general negativa, algunos tratadistas del derecho sostienen que esta teoría se deriva del pensamiento de Gunter Jacobs, creador del derecho penal del enemigo, esta tesis establece esencialmente que la sociedad se abstendrá de delinquir bajo la amenaza de una pena, la imposición de penas ejemplificadoras que servirán bajo la intimidación para que la sociedad se abstenga del

cometimiento de delitos. Varios doctrinarios mantienen que no se estructuraría una teoría de la pena, sino la teoría de la amenaza penal, mediante lo que se conoce como la coerción psicológica, la intimidación social, mediante la pena, se pretende conseguir que quien delinque logre un equilibrio en su comportamiento, ante la consecuencia jurídica de la aplicación de penas, para quienes delinquen, deben estar conscientes que quien delinque e irrumpe con el orden social, necesariamente su actuar van a merecer la aplicación de una pena, por lo tanto nadie puede oponerse a la aplicación de las penas en el derecho penal, por cometer delitos contrarios la legalidad y al orden social.

Prevención especial positiva

Roxin por su parte hace una parcial censura a la teoría de la prevención especial, con la consideración de que esta "no quiere retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor".

La prevención especial positiva, uno de los defensores de esta teoría es Franz Von Liszt, de la escuela de Alemania, su pensamiento radica especialmente en quien ha delinquido, reflexionando en la posibilidad de que haya internado en su pensamiento la posibilidad de determinarse frente a la sociedad de manera positiva, considere el respeto a la sociedad, buscando esencialmente su rehabilitación penitenciaria. Esta teoría va íntimamente ligada a la reincidencia, puesto que ante la posibilidad de que el infractor o el penado, vuelva a delinquir habrá que apartarlo de la sociedad e internarlo, en un centro de privación de libertad donde puedan hacerse efectivas la corrección y reeducación para que a consecuencia de la pena, haya podido replantearse una realidad distinta positiva que le permita reeducarse, resocializarse y reinsertarse a la sociedad, buscando como objetivo el readaptar socialmente a los condenados nuevamente a la sociedad. Esta resocialización no puede prescindir de

la pena, como el instrumento del cual se sirve el derecho penal, para combatir el delito. Es innegable el aporte que había significado para el siglo pasado este pensamiento para el derecho penal.

La reincidencia en el Código Orgánico Integral Penal

Artículo 57.-Reincidencia. - Se entiende por reincidencia la comisión de un nuevo delito por parte de la persona que fue declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada.

La reincidencia solo procederá cuando se trate de la misma infracción penal o se haya atentado contra el mismo bien jurídico protegido en cuyo caso deberán coincidir los mismos elementos de dolo o culpa.

Si la persona reincide se le impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal incrementada en un tercio. (Código Orgánico Integral Penal, 2021)

El cambio normativo, refiere en la norma procesal penal puesta en vigencia y puntualiza que únicamente procederá en caso de que en el nuevo delito se afecte al mismo bien jurídico tutelado por la norma, es decir no se debe confundir con que únicamente el procesado haya vuelto a delinquir; sino que esa nueva conducta delictiva debe tenerse en cuenta que debe ser de la misma naturaleza, sobre los mismos elementos normativos del tipo penal, y sobre el mismo bien jurídico que es necesario que esa conducta sea dolosa o culposa. Pero hay que definir en qué tiempo puede operar la reincidencia para que pueda afectar al procesado por el nuevo cometimiento del delito, para agravar la pena. Esta tarea es exclusivamente del juzgador para que pueda imponer el agravante de la reincidencia cuando fiscalía haga su petición motivada en audiencia.

Es decir, no debemos confundir reincidencia, con habitualidad, puesto que el derecho

penal es personalísimo y para que se afecte al procesado sobre la imposición de la reincidencia deberá haber mediado antes, sentencia condenatoria, puesto que cabe recordar que la norma constitucional es muy clara en el artículo 11 numeral .2 de la Constitución de la República del Ecuador, sobre el uso progresivo de los derechos. La reincidencia limitará el derecho de beneficios procesales para el procesado, en nuestro ordenamiento jurídico vigente contamos en total con diez y nueve (19) circunstancias agravantes de modificatorias de la pena. Lo cual significa para las partes de manera específica a la defensa hacer uso de todo el arsenal normativo a fin de poder acreditar ante el juzgador por lo menos dos atenuantes para que no se imponga ningún agravante.

La Reincidencia para efectos de la caución.

El Código Orgánico Integral Penal puntualiza:

Art. 543.-Objeto y clasificación. -la caución se dispondrá para garantizar la presencia de la persona procesada y suspenderá los efectos de la prisión preventiva.

5. Será inadmisibles la caución cuando el presunto infractor haya sido condenado con anterioridad por un delito que atenta contra el mismo bien jurídico protegido.

La reincidencia como agravante modificatoria de la pena, cobra importancia de dimensiones jurídicas amplísimas, incluso durante el desarrollo de proceso penal, antes de emitirse la sentencia de culpabilidad, de acuerdo a la dinámica del derecho procesal penal, sobre los derechos de la situación jurídica del procesado que se hacen vigentes y se mantiene en todas las etapas del proceso desde el inicio del mismo, formulados los cargos que se imputa por el hecho delictivo al procesado conforme a las leyes procesales y constitucionales vigentes, garantizando el cumplimiento de garantías del debido proceso para la realización del ius puniendi

en condiciones de Justicia. Por ejemplo, al imponerse la prisión preventiva al procesado y esta, pese a haberse interpuesto la impugnación del auto que dicta la misma, esta hubiera sido ratificada por el tribunal de alzada cuando se ha impugnado el auto de prisión preventiva, dando curso al derecho a la defensa que asiste al procesado tal como lo establece la norma constitucional, donde en forma interna el Estado establece las garantías mínimas que han de respetarse en forma irrestricta en todo proceso penal, por las que el juzgador deber también, agotando la aplicación de la norma constitucional, aplicar los criterios de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad de la misma, en forma interna donde para motivar y argumentar en forma amplia, deberá también tomar en cuenta, los criterios de convencionalidad, norma subsidiaria, sobre los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que la limitación de la libertad personal como derecho fundamental no se torne arbitraria o ilegítima.

La persona procesada, a quien se le ha impuesto la prisión preventiva, podrá recurrir mediante impugnación y revisión de la medida cautelar, como medidas procesales para suspenderla en aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva, que sea menos gravosa, haciendo uso de su derecho a la defensa. Es el caso de la aplicación de las medidas cautelares sobre bienes, procederá únicamente para los delitos de prisión, como en el caso de la caución cuyo objeto procesal es garantizar la presencia del procesado al juicio y suspender los efectos de la prisión preventiva como máxima medida de aseguramiento por el que pueda limitarse la libertad personal y procederá únicamente en los delitos reprimidos con prisión, cuya pena no exceda de cinco años, siempre y cuando no sea reincidente. Es decir, fundamentada y probada la reincidencia no cabe la caución para el procesado, en estricto cumplimiento de la norma.

Endurecer las penas ¿en que contribuye al sistema carcelario para reducir la criminalidad en la sociedad? Se incrementa también la aplicación de prisión preventiva de oficio, lo cual es negativo para la sociedad, por lo menos los estudios establecen que no se minimiza el riesgo de la criminalidad. Aumentar la pena para evitar que vuelvan a delinquir, no contribuye a la seguridad ciudadana.

Conclusiones

- La reincidencia incidirá significativamente en los niveles de hacinamiento carcelario, lo que agrava las condiciones dentro de la cárcel para los internos, lo que no contribuye a la resocialización de quien ha delinquido, agravando la pena deja ver en forma deficiente que no es con la institución de la reincidencia que se logra concientizar a quienes cometen delitos, sino que vale pensar en procesos que minimizando los efectos de la pena puedan implementarse como políticas públicas los programas de capacitación educacional, laboral y social, combatiendo las deficiencias de la formación en la conciencia de los individuos.
- La reincidencia aplicada como agravante es causa que derivan en otros problemas de orden criminológico y social. Un sistema de rehabilitación que fracasa, más aún donde cobra vigencia el expansionismo del derecho penal. Por tanto, la posibilidad de abordar este tema que se traduce en el endurecimiento de la pena, debe abordarse científicamente desde la política criminal y el tratamiento de las conductas desviadas que alteran el orden social, de acuerdo a la gravedad de los delitos y al seguimiento de la valoración de la conducta de los internos, este fenómeno con toda seguridad pre delictivo de nuevos cometimientos de delitos aumenta la criminalidad. Para prevenir los delitos en razón del riesgo y su valoración.

Bibliografía

- Agudo, E. (2005). Principio de culpabilidad y reincidencia. Universidad de Granada.
- Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la República del Ecuador.
- Asamblea Nacional. (2021). Código Orgánico Integral Penal.
- Carrara, F. (s.f.). Programa de Derecho Criminal parte general volumen I . Temis.
- Diccionario Panhispánico del español jurídico. (2019). Reincidencia: <https://dpej.rae.es/lema/reincidencia>
- Fernandez Carrasquilla, J. (2014). Concepto y límites del Derecho Penal. Temis S.A.
- Feuerbach. (s.f.). Teoría de la pena.
- LECSCHE, H. H. (1999). La Función de la Pena. DPTO DE PUBLICACIONES Universidad Externado de Colombia.
- Liszt, F. V. (1881). Tratado de Derecho Penal.
- Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. Derecho PUCP, 141-16.
- Mir Puig, S. (2003). Introducción a las bases del Derecho Penal. B de F Ltda.
- Oré Sosa, E. (2021 de Junio de 14). Determinación Judicial de la Pena. Reincidencia y Habitualidad. Obtenido de Determinación Judicial de la Pena. Reincidencia y Habitualidad: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131108_03.pdf
- Polaino-Orts, M. (2009). Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo. Grijley.
- Roxin, C. (1976). Problemas básicos del derecho penal, trad. de Diego Manuel Luzón Peña. Reus S.A.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal.

LA PRISIÓN PREVENTIVA FRENTE A LA CRISIS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO¿MEDIDA O CASTIGO?



Ab. María de los Ángeles Briones Enríquez*

RESUMEN

El presente trabajo estudia la relación entre la crisis en el Sistema Penitenciario y el uso de la prisión preventiva. Se realiza un análisis de la incidencia de esta medida cautelar en el hacinamiento penitenciario ecuatoriano.

Palabras claves: Sistema penitenciario, prisión preventiva, medida cautelar.

ABSTRACT

This paper studies the connection between the crisis in the Penitentiary System and the use of preventive detention. It analyzes the incidence of this precautionary measure on prison overcrowding in Ecuador.

Keywords: Penitentiary system, preventive detention, precautionary measure.

* Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Maestrando en Derecho Penal por la Universidad de Guayaquil.

Introducción

No es algo nuevo el hecho de reconocer que, en América Latina, el sistema penitenciario ha ido en decadencia. Entre los factores destacados que han contribuido a este debilitamiento están: el cambio del modelo inquisitivo al acusatorio; las reformas a los Códigos Penales; los problemas en la infraestructura penitenciaria en general; y, el que más nos ocupa en este artículo, el uso excesivo de la prisión preventiva como medida cautelar.

La prisión preventiva en la región latinoamericana ha excedido sus límites en cuanto a su aplicación. Como respuesta a ello, se ha podido observar una sobrepoblación carcelaria que en su mayoría está integrada por prisioneros que se encuentran bajo esta medida personal que restringe la libertad sin contar con una sentencia condenatoria que obligue al cumplimiento de una pena.

En la actualidad, los prisioneros; sea que estén bajo la medida de prisión preventiva, sea que se encuentren cumpliendo una sentencia condenatoria, e inclusive que estén con boleta de apremio; no cuentan con establecimientos adecuados y seguros. Una verdad generalmente reconocida es que la prisión es el medio de ejecución de una pena, pero la pena es el producto de una sentencia, y tal parece (aunque en algunos casos provisionalmente) también puede ser producto de un auto. Por lo tanto, ser prisionero bajo cualquiera de estas calidades (procesado, condenado, apremiado) es la certeza de tener que enfrentar una pena en el sistema penitenciario ecuatoriano, del que se conoce, está atravesando una de las crisis más grandes dentro de la región, y que ha sido objeto de atención e investigación para la elaboración de diagnósticos e informes, resultantes de extenuantes y comprometidas investigaciones.

Si de por sí desde hace años ha sido un conflicto que estos centros de privación de libertad (llámesele cárceles o prisiones) coadyuven a la finalidad para la que fueron

creados; en lo principal: la rehabilitación social. El problema se agranda cuando caemos en cuenta que la actual crisis ha convertido el ideal de la rehabilitación; y por lo tanto los de reeducación, resocialización, y, reinserción; en algo utópico, especialmente por el estado actual del sistema penitenciario en Ecuador, cuya crisis ha venido desarrollándose desde hace más de dos décadas, pero que indudablemente en menos de dos años ha llegado a superar de manera exorbitante el deterioro del mismo, y que este no cumpliría con las condiciones para salvaguardar la integridad de los no condenados, ni la de los que sí lo están.

Desde el 2020, en Ecuador empezaron a suscitarse hechos que fueron objeto de preocupación (amotinamientos) porque iniciaron de manera secuencial y operan bajo la impredecibilidad (nunca se sabe cuál será el último). Las prisiones suelen ser establecimientos en donde la mayoría de los prisioneros negocian con líderes de bandas delictivas por su seguridad y comodidad, o incluso orillados por el temor.

El sistema penitenciario ha sido ausente en cuanto a las necesidades básicas de los prisioneros, y si bien algunos puedan unirse por afinidad a cierta banda delictiva, otros sienten que no les queda de otra que acceder y gozar de beneficios, entre ellos: la seguridad de mantenerse con vida en lo que dura la privación de libertad. Es una realidad sin opción a ocultarse, convirtiéndose así las prisiones en el sitio destinado a fortalecer a estos grupos delictivos que rivalizan entre sí en busca de la preponderancia de sus líderes. Pese a ello, no había existido ningún tipo de alerta respecto a algún enfrentamiento de rivales, al menos así fue hasta antes del 2020. Para diciembre del 2020, fue asesinado el líder de una de las bandas delictivas más grandes del país “los choneros”, siendo este el detonante que desencadenaría en múltiples amotinamientos carcelarios.

Los resultados son una cantidad preocupante de crímenes atroces, muertes que incluso recayeron en personas cuyo estatus de inocencia aún no se había quebrantado. Sí, exactamente, personas que estaban bajo la medida de prisión preventiva, personas procesadas obligadas a sumirse en el hacinamiento penitenciario ecuatoriano, mismo que por la sobrepoblación carcelaria en sus instalaciones y por otros factores desarrollados en estas, no son lugares adecuados en los que una persona, bajo medida privativa de libertad provisional, podría estar esperando a que se resuelva su situación jurídica en lo que llega la respectiva audiencia de juicio para desvirtuar o no los elementos de convicción que ya para esta etapa del proceso penal se encontrarían elevados a categoría de prueba.

Las prisiones hoy en día, no son lugares aptos para cumplir una condena, en razón de la infraestructura y organización. Infraestructura en cuanto a no contar con el espacio esencialmente necesario que garantice dignidad y acceso a condiciones básicas como el alimento, el descanso, la higiene, etc. En cuanto a la organización, quienes están bajo la dirección de estos centros privativos de libertad, no han sabido controlar situaciones como los motines carcelarios, lo que demostraría que existe falta de personal capacitado y falta de compromiso con el sistema.

El presente trabajo de investigación busca esclarecer la naturaleza y finalidad que tiene la prisión preventiva, a miras de desarrollar un análisis enfocado a una mejor aplicación de la misma, haciendo uso de ella como medida de ultima ratio y, de tal manera que coadyuve a frenar el hacinamiento, el cual ha incidido de manera significativa en la actual crisis del sistema penitenciario, de la que ya se muestra necesario poner asunto. La importancia es: principalmente, evitar un uso excesivo de la medida cautelar de prisión preventiva, invisibilizando a las demás medidas cautelares; y, complementariamente, que aquellas personas privadas de libertad en el cumplimiento de su sentencia puedan alcanzar una reha-

ilitación social y posteriormente se reinserten en la sociedad, a través de un sistema penitenciario en condiciones de cooperar con esa rehabilitación.

Podrá ser un proyecto utópico, o podrá generar reflexiones. Todo depende del cristal con el que se lo mire.

La crisis en el sistema penitenciario

El sistema carcelario de América Latina está en crisis. El incumplimiento de los derechos básicos de los presos redunda en motines y rebeliones. La situación general es preocupante y las propuestas políticas de reforma brillan por su ausencia. (Fondevila, 2017)

Sin lugar a dudas, uno de los principales factores que ha provocado la crisis y el desborde en los sistemas penitenciarios en América Latina, ha sido el increíble aumento de su población carcelaria. Vale recalcar que esta sobrepoblación tiene un génesis que, en palabras de varios autores coincide con la reforma al sistema penitenciario. La realidad durante estas dos décadas demuestra que, en vez de un avance respecto a la lucha contra el hacinamiento, lo que hay es un retroceso, y es que, no basta solo con la creación de penas más severas o la imposición de medidas de carácter personal para solucionar un problema que es producto de la incorrecta aplicación (no podría alegar el desconocimiento) de la ley.

Pese a que la prisión preventiva tiene una alta incidencia en el hacinamiento penitenciario, no es responsable del todo en lo que respecta a la desorganización, insalubridad, y demás situaciones que demuestran la falta de condiciones adecuadas para las personas privadas de libertad.

La base de datos del World Prison Brief muestra que desde el 2000 hasta el 2018, la población penitenciaria aumentó un 120% en nuestra región. Consecuentemente, la

posibilidad de una reinserción social, cada vez está más lejos. Kaleidos (2021) en su investigación acerca del Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador, indica que algunos agravantes de las condiciones del sistema carcelario son: la disminución de mecanismos legales como la excarcelación, la eliminación de rebajas por buena conducta y la prolongación indefinida de la prisión preventiva o la detención en firme.

La crisis penitenciaria en el Ecuador

En el Ecuador, según el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores (en sus siglas SNAI), los datos otorgados reflejan que para abril del 2021 la población carcelaria era de 39.000 personas aproximadamente, de las cuales el 56,80 % tienen sentencia, mientras que el 43,08 % están en proceso de obtener una sentencia (Kaleidos, 2021).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2022), (en sus siglas CIDH), elaboró un informe acerca de las Personas Privadas de Libertad en Ecuador. La CIDH o Comisión observa que la violencia intracarcelaria se enmarca en una crisis penitenciaria de carácter estructural, misma que se caracteriza por los elevados niveles de violencia y corrupción dentro de las prisiones, provocando así el debilitamiento del sistema penitenciario. Esta crisis penitenciaria viene desarrollándose desde hace por lo menos dos décadas bajo la responsabilidad de las diferentes funciones del Estado. Su origen responde al abandono del sistema penitenciario por parte del Estado y a la falta de una política criminal comprensiva que busque la prevención y control de la delincuencia, y a su vez se logre determinar las causas de la misma, todo esto bajo un enfoque de derechos humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2022).

Para la CIDH, los principales factores de la crisis penitenciaria son: el debilitamiento de la institucionalidad del sistema carcelario; aumento de penas y del catálogo de delitos que privilegian el encarcelamiento; la política

contra las drogas; el uso excesivo de la prisión preventiva; los obstáculos legales y administrativos para la concesión de beneficios e indultos; y, deplorables condiciones de detención.

Cuando se menciona el debilitamiento de la institucionalidad, la Comisión se refiere a que este sería el resultado de las gestiones gubernamentales y sus medidas adoptadas con el objetivo de recortar el gasto destinado para las cárceles. Consecuentemente, este recorte presupuestario ha provocado la precarización de recursos humanos y materiales, lo que daría paso a la expansión del fenómeno de la corrupción en todos los niveles. Recordemos que con la reforma del 2018 se eliminó el Ministerio de Justicia y Derechos humanos, creándose así dos entidades: la Secretaría de Derechos Humanos y el SNAI. Si bien es cierto, el SNAI es el principal ente técnico del sistema carcelario a cargo de la gestión penitenciaria, tal como su nombre lo indica se trata de un servicio, sin embargo, carece de rectoría y presencia territorial comparado con un Ministerio (CIDH, 2022).

En el aumento de penas y del catálogo de delitos que privilegian el encarcelamiento, se aborda el tema respecto al expansionismo del Derecho Penal, mismo que tiene la necesidad de criminalizar comportamientos que podrían llegar a afectar ciertos bienes jurídicos, esto con el objetivo de protegerlos. La creación de un tipo penal permitiría puntualizar determinado comportamiento antijurídico y garantizar la seguridad jurídica, es por ello que en la actualidad existe una tendencia hacia el maximalismo penal (Gálvez Puebla, 2015).

Respecto a la política contra las drogas, Paladines (2016) expresa que, en el Ecuador, así como hay políticas de drogas que inciden en la descarcelización, también las hay aquellas que inciden en la carcelización. Las que inciden en la descarcelización son aquellas políticas encaminadas a descriminalizar constitucionalmente el consumo de drogas y, la creación de umbrales para evitar la

criminalización de los consumidores. En cuanto a la carcelización, están aquellas políticas encargadas de tipificar la proporcionalidad de las penas en delitos relacionados con el tráfico de drogas.

Por ello resulta paradójico que tanto se permita como se prohíba. Se ha creado una necesidad de consumo que está constitucionalmente permitida bajo los umbrales que la ley establece, y a la vez, ese consumo sigue fomentando el tráfico de estos estupefacientes. Se ha aumentado tanto el número de consumidores como el de traficantes, siendo estos últimos los que son objeto de criminalización bajo la política contra las drogas. Es por ello que el mayor porcentaje de prisioneros provienen de delitos relacionados con el tráfico de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización, y, en consecuencia, son ellos los que sobrepoblaron las cárceles.

En cuanto a los obstáculos legales y administrativos para la concesión de beneficios e indultos. El acceso a los beneficios penitenciarios, cambios de régimen o prelibertad, dependen de la participación de cada persona privada de libertad en los ejes de tratamiento. Los ejes de tratamiento son unidades creadas por el SNAI para organizar las actividades de la población penitenciaria. Si una persona quiere cambiarse del pabellón de máxima seguridad al de mínima, debe cumplir con los ejes de tratamiento; si una persona cumple una sentencia en régimen cerrado y quiere pasarse al régimen semiabierto o al régimen abierto, debe cumplir con los ejes de tratamiento. Cuando una persona está en pabellón de mínima seguridad, cumpliendo con los parámetros, medidas y disciplina, tiene la oportunidad de solicitar el beneficio penitenciario para salir en prelibertad. Sin embargo, el trámite se ha convertido en un obstáculo para quienes pretenden aplicar a tales beneficios, principalmente por la inexactitud de la base de datos en donde se efectuarían los correspondientes registros para llevar un control. El sistema penitenciario cuenta con una base de datos en su mayoría desactuali-

zada. Respecto a la concesión de indultos, el trámite se restringe para aquellos que pertenecen a los grupos prioritarios, sin embargo, adultos mayores presos por delitos sexuales cumplían con las condiciones de vulnerabilidad, aplicaron al indulto, pero no obtuvieron respuesta por parte del personal encargado del SNAI (Kaleidos, 2021).

Y en lo que respecta a las deplorables condiciones de detención, se resume al debilitamiento de la infraestructura carcelaria. No hay un ambiente adecuado, muchas veces falta el agua potable, no hay suficiente personal de salud para el tratamiento de enfermedades, no hay acceso a medicamentos. Las familias de las personas privadas de libertad suelen ser extorsionadas para que a cambio no se les agrede o asesine a sus familiares detenidos (Kaleidos, 2021).

Son varias las situaciones que contribuyen al hacinamiento penitenciario ecuatoriano y por ende a las condiciones precarias de sus establecimientos. En su mayoría se responsabiliza a la falta de organización desde su misma estructura, cuyo Sistema de Gestión Penitenciaria debería mantener como finalidad la reinserción social que se reconoce en nuestra normativa vigente.

Es importante establecer lo que la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (1979), enuncia respecto a la integridad personal. En su artículo 5 numeral 4 establece que: Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

Guardando la misma relación, en la Constitución de la República del Ecuador (CRE), el Capítulo VIII acerca de Derechos de Protección, el artículo 77 numeral 12 indica que: Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social.

Hay que relucir dos lineamientos claves de este numeral: sentencia condenatoria ejecutoriada, y, centros de rehabilitación social.

Para una mejor comprensión de esta idea, debemos acudir al Código Orgánico Integral Penal (COIP), el Capítulo Tercero respecto a los Principios rectores de la ejecución de las penas y las medidas cautelares personales. El artículo 7 expresa que: Las personas privadas de libertad se alojarán en diferentes lugares de privación de libertad o en distintas secciones dentro de dichos establecimientos, tomando en cuenta aspectos clasificatorios como la edad, el sexo u orientación sexual, razón de la privación de libertad, entre otros.

Así también, en el Título II, Centros de Privación de Libertad, el artículo 678 del COIP expresa que estos centros se dividen en dos tipos: 1. Centros de privación provisional de libertad; y, 2. Centros de rehabilitación social. Los primeros están destinados para aquellas personas que están privadas de libertad de manera preventiva en razón de existir una medida cautelar o de apremio, estas personas aún conservan su estado de inocencia, porque no existe una sentencia en donde se les declare su responsabilidad y culpabilidad. Mientras que los segundos, son aquellos centros en donde permanecerán las personas a las que se les impuso una pena mediante una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Ahora bien, con los amotinamientos suscitados desde el 2021, y los datos revelados por el SNAI, podemos darnos cuenta de que tal división no ha existido. Personas privadas de la libertad (PPL) ya sea de manera provisional o a través de sentencia han estado en el mismo pabellón, y lo que resulta incluso más escalofriante es que, personas que aún contaban con su estado jurídico de inocencia, también resultaron víctimas mortales de esas atroces matanzas en manos de los mismos reos. Inclusive la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) ha podido concluir que las personas privadas de libertad no es-

tán siendo separadas de acuerdo con su situación procesal, ni tampoco conforme su grado de peligrosidad.

La CIDH ha manifestado que se privilegia el encarcelamiento para resolver los problemas de la seguridad ciudadana, pero, lo que se puede palpar en estos últimos tiempos es que, hay un incremento exponencial del encarcelamiento, un uso excesivo de la prisión preventiva, obstáculos para sustituir medidas alternativas a la privación de la libertad, e imposibilidad de garantizar la reinserción social de las personas detenidas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2022).

Cifras de personas privadas de la libertad en los centros penitenciarios

El acceso a los datos penitenciarios fue bajo el requisito de la firma del "Convenio Marco de Investigación y Cooperación Interinstitucional entre el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infractores, SNAI y la Universidad de las Américas, UDLA. Este convenio se firmó el 26 de abril del 2021. El equipo de investigación Kaleidos solicitó los datos penitenciarios al SNAI desde inicios de mayo, y estos fueron otorgados el 06 de junio del 2021. La base de datos está actualizada hasta abril del 2021 (Kaleidos, 2021).

Según los datos proporcionados por el SNAI, entre las 39.040 personas presas hasta abril del 2021, el 56,80 % (22.176 personas privadas de la libertad) tiene sentencia, y el 43,08 % (16.822 personas privadas de la libertad) está en proceso de obtener una resolución y posteriormente sentencia en donde o bien se le ratificará el estado de inocencia o se les declarará su responsabilidad. Debo aclarar que este 43,08 % está conformado tanto por personas con boleta de apremio, como también por personas bajo el régimen de prisión preventiva. También se hace mención que, la mayor parte de la población

penitenciaria son hombres jóvenes. El 39.3 % del total de varones tienen edades que comprenden desde los 18 a los 29 años, seguido por el 31.18 % de personas entre 30 a 39 años, el 16.32 % entre 40 a 49 años y el 6.98 % entre 50 a 59 años. Y por sexo, la población penitenciaria, se compone del 93.43 % hombres, y 6.57 % mujeres. (Kaleidos, 2021).

En el informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2022), de acuerdo con los datos otorgados por el Servicio Nacional de Atención Integral y Adolescentes Infractores (SNAI), hasta el 29 de noviembre había un total de 36.599 personas privadas de libertad. El 93.46 % corresponde a hombres, y, el 6.54 % a mujeres.

Entre las infracciones de mayor frecuencia por las cuales las personas están privadas de su libertad, se registra que el mayor número de población penitenciaria está concentrada en los delitos relacionados con drogas 28.19 %, delitos contra la propiedad 26.17 %. Delitos contra la integridad sexual y reproductiva 16.18 %, y delitos contra la inviolabilidad de la vida con 13.47 %. Siendo el mayor porcentaje de prisioneros aquellos que están por delitos relacionados con drogas (CIDH, 2022).

Estas personas privadas de libertad se encuentran alojadas en 36 centros de privación de libertad, distribuidos en "Centros de Privación Provisional de Libertad" (CPPL) y "Centros de Rehabilitación Social" (CRS), ubicados a lo largo del país en nueve zonas geográficas. Los Centros de Privación de la Libertad que más alojan personas, denominados "megacárceles", son Guayas No. 1, con 7.231 personas; Guayas No.4, con 4.978; y Cotopaxi No.1, con 4.890. En dichas megacárceles se han detectado los peores hechos de violencia (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2022).

La creación de esas megacárceles fue en el 2014, durante el gobierno de la Revolución Ciudadana, año en el que se llevó una reforma al sistema penitenciario que incluía la

construcción de estas instalaciones con mayores dimensiones como una solución al hacinamiento. Sin embargo, simultáneamente y de forma contradictoria, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) endureció las penas y se incrementó uso de la prisión preventiva (Aguirre Salas, León, & Ribadenera González, 2020).

En los periodos de expansión infraestructural del servicio penitenciario destacan los siguientes: el periodo del gobierno de Gabriel García Moreno (1859-1875); y, el periodo del gobierno de Rafael Correa Delgado (2007-2017). En ambos se generaron grandes inversiones para la construcción y ampliación de cárceles (Paladines, 2016).

Bajo las cifras previamente señaladas, se puede notar que indiscutiblemente existe una sobrepoblación carcelaria en cuanto a varones refiere, y que en su mayoría son jóvenes que no llegan a los 30 años. Aunque no hay exactitud acerca del rango de edad del 43,08 % de personas que están privadas de la libertad sin sentencia, con estas cifras se podría concluir que en su mayoría siguen siendo personas que no llegan a los 35 años, y que, en virtud de los últimos acontecimientos, su permanencia en esos centros de privación de libertad implicaría un riesgo a sus vidas. Resulta paradójico, estar en un establecimiento que asegura las óptimas condiciones para una reinserción social, pero al mismo tiempo no poseer la garantía de salir con vida. Resulta mucho más preocupante cuando ni siquiera existe sentencia de por medio y a la persona bajo el régimen de prisión preventiva le toca estar viviendo situaciones de insalubridad y riesgo, siendo aún jurídicamente inocente porque su estatus de inocencia no se ha desvirtuado.

El problema de inseguridad e insalubridad en las cárceles

En el último inciso del artículo 678 del COIP, se aborda acerca de las condiciones de las instalaciones penitenciarias, en donde la

seguridad de las personas privadas de libertad debe garantizarse a través de centros de privación de libertad que cuenten con una apropiada infraestructura y proporcionen protección. Esto coadyuvaría al cumplimiento de las finalidades que tiene el Sistema Nacional de Rehabilitación social a través del desarrollo de las actividades y programas previstos por el órgano competente, en este caso, el SNAI.

Art. 678.-Centros de privación de libertad.

-Las medidas cautelares personales, las penas privativas de libertad y los apremios, se cumplirán en los centros de privación de libertad (...) Los centros de privación de libertad contarán con las condiciones básicas de infraestructura y seguridad, para el cumplimiento de las finalidades del Sistema Nacional de Rehabilitación Social, adecuados para el desarrollo de las actividades y programas previstos por el órgano competente y considerando la especificidad de los grupos de atención prioritaria.

Sin embargo, la realidad ha sido otra, y sus resultados pueden atribuirse a varias circunstancias, entre ellas, el tamaño desproporcionado de las cárceles y la falta de personal altamente capacitado para las funciones que instalaciones de esta índole requieren. En estos centros contruidos durante la reforma penitenciaria fue donde tuvieron lugar las masacres carcelarias del 2021. Estas cárceles se volvieron ingobernables no solo en razón a su tamaño desproporcionado frente a las capacidades institucionales del SNAI, o por el deterioro acelerado de las condiciones de hacinamiento y sobrepoblación. El control de los centros penitenciarios por parte de sus autoridades se perdió porque la reforma desestabilizó los comités internos en donde se gestionaba la precariedad del encierro y los niveles de conflicto interno (Kaleidos, 2021).

El diagnóstico del sistema penitenciario elaborado por Kaleidos (2021) indica que la actual crisis carcelaria forma parte de un proceso complejo que incluye: a la fallida refor-

ma penitenciaria del 2014; la ampliación del catálogo de delitos a partir de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal ese mismo año, y la eliminación del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos en el 2019. Los esfuerzos del sistema penitenciario y la Policía Nacional para salvaguardar la seguridad dentro de las cárceles y frenar la actividad criminal que se desarrolla en estos lugares han fracasado de forma evidente, como lo demuestran los recurrentes episodios de violencia intracarcelaria y los niveles de extorsión reportados. Esto le da fuerza a la hipótesis de que el sistema penitenciario no está en las condiciones de garantizar la seguridad de las personas privadas de libertad a su cargo.

Mantener la paz al interior de las prisiones ecuatorianas ha sido un esfuerzo cotidiano y colectivo que requiere de trabajo logístico y cuidado por parte de la gente que vive dentro de las cárceles y de sus familias fuera de ellas. (Kaleidos, 2021)

Según el informe de la (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2022), las cárceles ecuatorianas se caracterizan –además de sobrepoblación y violencia intracarcelaria– por falta de separación por categorías; deficiente infraestructura; atención médica; alimentación inadecuada; obstáculos en el acceso al agua; insuficiente personal penitenciario; falta de perspectiva de género en el tratamiento penitenciario; y, obstáculos para la efectiva reinserción social.

El encierro con sobrepoblación agrava los efectos físicos y psicológicos en los internos. No solo abarca una cuestión de seguridad sino también de salud. Además de existir problemas sanitarios en el sistema penitenciario, también hay quejas por falta de alimento, agua potable y tratamientos médicos para enfermedades infectocontagiosas como la tuberculosis y el VIH; crónicas como el cáncer y la insuficiencia renal; y, las asociadas con las malas condiciones sanitarias y alimentación siendo estas las enfermedades de la

piel y los problemas gástricos. La crisis en el sistema penitenciario no es cosa de la actualidad, desde hace dos décadas se observaron estos problemas, y, en vez de mitigar con el tiempo, han aumentado desmesuradamente. (Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH), 2000)

Motines en los centros de privación de libertad en el Ecuador

Del informe sobre Personas Privadas de Libertad en Ecuador, elaborado por la CIDH, se obtiene que durante el 2021 un total de 316 personas privadas de libertad fallecieron y cientos de ellas resultaron heridas, producto de una sucesión de ataques violentos ejecutados de manera planificada por grupos organizados conformados por las mismas personas detenidas. Los fallecidos a nivel general eran personas jóvenes, que se encontraban bajo prisión preventiva acusadas por delitos menores; incluso, algunas de las personas que perdieron la vida en estos eventos violentos, contaban con boleta de excarcelación (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2022).

Durante el 2021, dentro de los primeros meses del año, fue el 23 de febrero, cuando se registró un primer ataque coordinado que consistió en una serie de enfrentamientos entre personas privadas de libertad que integran bandas criminales rivales. Dichos ataques ocurrieron de forma simultánea en los Centros de Privación de la Libertad de Azuay No. 1, Cotopaxi No. 1 y Guayas No. 1, y en el Centro de Rehabilitación Social Guayas No. 419. De acuerdo con información reportada por el Estado, estos hechos resultaron en la muerte de 78 personas privadas de libertad (CIDH, 2022).

El 28 de abril, ocurrió un motín en el Centro de Privación de Libertad (CPL) Guayas No. 1 en el que cinco personas privadas de libertad perdieron la vida y 15 resultaron heridas. Los días 21 y 22 de julio, tuvieron lugar nuevos ac-

tos de violencia en los Centros de Privación Guayas No. 1 y Cotopaxi No. 1. Según información oficial, estos hechos resultaron en al menos 26 víctimas fatales y 57 personas heridas, incluyendo personal policial (CIDH, 2022).

El 28 de septiembre, ocurrieron reiterados enfrentamientos entre personas privadas de libertad en el Centro de Privación de Libertad Guayas No. 1, que, según datos oficiales, ocasionaron la muerte de 122 personas, siendo así el amotinamiento con mayor número de pérdidas de vidas humanas en un solo recinto carcelario. Este evento se consolidó como la peor masacre carcelaria del país. Gran parte de las muertes se produjeron por impactos de armas de fuego y armas cortopunzantes. Las autoridades criminalísticas a cargo del levantamiento de los cuerpos informaron que 88 estaban completos pero que los demás presentaban diferentes tipos de mutilaciones y adicional a ello cuatro decapitaciones. En el mismo lugar, las autoridades recogieron más de 2400 casquillos de bala de diferente calibre, lo que demostraría que fue un enfrentamiento totalmente desenfrenado (CIDH, 2022).

Los días 12 y 13 de noviembre, tuvieron lugar nuevos hechos de violencia registrados en el Centro de Privación de Libertad Guayas No. 1, en los que, según información oficial, resultaron en al menos 65 personas fallecidas. Posteriormente, datos oficiales del SNAI reportaron que del ataque al pabellón F resultaron muertas 68 personas privadas de libertad y 25 resultaron heridas. Pese a estos sucesos, desde el ataque en septiembre hasta el 10 de diciembre, se registró que 64 personas privadas de libertad habían sido ingresadas al centro de privación Guayas No. 1 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2022).

El 3 abril del 2022, se registró una serie de enfrentamientos en el Centro de Rehabilitación Social Turi, ubicado en Cuenca, capital de la provincia del Azuay, donde hubo 20 personas privadas de libertad fallecidas (Romero, 2022).

En la madrugada del lunes 9 de mayo del 2022 se registró un nuevo motín carcelario que tuvo lugar en el Centro de Rehabilitación Social de Santo Domingo de los Tsáchilas y dejó un saldo de 44 personas privadas de libertad fallecidas (Romero, 2022).

Este tipo de noticias han hecho eco inclusive a nivel internacional. Portales como The New York Times publicó respecto al amotinamiento a principios de mayo de este año (2022) manifestando que, se trataría del incidente más reciente en una serie de sangrientos enfrentamientos dentro del violento sistema carcelario del país (Lopez, 2022).

Sin embargo, son acontecimientos que no dejan de suceder, en la tarde del 18 de julio del 2022, nuevamente estalló otra masacre carcelaria en Santo Domingo, que dejó como resultado 13 personas privadas de libertad fallecidas (Primicias, 2022).

El 3 de octubre en el Centro de privación de libertad de Cotopaxi, un enfrentamiento tuvo como resultado 16 fallecidos. Dos días después, el 5 de octubre, en el Centro de privación del Guayas, se da un amotinamiento que terminó en 13 fallecidos (Primicias, 2022).

El 7 de noviembre en la cárcel El Inca ubicada en Quito, se registraron 5 fallecidos. Posteriormente, el 18 de noviembre del 2022, en la misma cárcel, se registraron 10 fallecidos (Primicias, 2022).

Desde el 2021 hasta noviembre del 2022, se han dado once masacres carcelarias con aproximadamente 413 personas privadas de libertad asesinadas en estos amotinamientos y enfrentamientos intracarcelarios, en donde personas que no pertenecen a ninguna banda u organización delictiva que opera dentro de esas cárceles, también han sufrido las consecuencias que dejaron esos eventos desgarradores. Los mismos presos transmitían en vivo las masacres, varios videos se difundieron, y en esos contenidos se pudo observar de lo que son capaces los individuos cuan-

do no mantienen respeto alguno por la vida y por la dignidad humana. Indudablemente fueron eventos desgarradores, atroces, crueles, degradantes, vejatorios, alarmantes, en donde se hizo caso omiso a la integridad, a la dignidad, y a la vida humana. Lo que resulta más preocupante, es la incertidumbre que habita tanto los prisioneros como en sus familias, porque no se sabe con exactitud cuándo habrá de tener cabida algún motín más, y que este tenga como resultado nuevamente la muerte de personas privadas de la libertad sea que se encuentren bajo apremio, o bajo medida de prisión preventiva, o simplemente que ya están sentenciados y cumpliendo con la rehabilitación para posteriormente reinser-tarse en la sociedad.

El problema del cumplimiento de la prisión preventiva en el actual sistema penitenciario

Es en virtud de lo anteriormente expuesto, que en el presente artículo existe una estrecha relación entre la prisión preventiva y el sistema penitenciario. Primero, porque evidentemente se invisibilizan a las otras medidas personales que no tengan que ver con restringir la libertad, haciendo caso omiso al mandato constitucional en el que se expresa que "la privación de la libertad no será la regla general. Y, segundo, ya los organismos internacionales e informes investigativos han señalado la evidente crisis en el sistema penitenciario ecuatoriano, y entre los factores atribuidos al hacinamiento en las cárceles, es del uso excesivo de la prisión preventiva en el que debemos enfocar nuestra atención. Lo dicho es, con motivo de que la prisión preventiva se ha convertido en una medida que coadyuba a la sobrepoblación de esos centros de privación de libertad, de los cuales no se podría aspirar una rehabilitación social cuando en sus infraestructuras no se cuentan con las garantías necesarias que garanticen el cumplimiento de sus fines para los cuales han sido instaurados.

El artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador indica que la privación de libertad no será la regla general y que esta privación se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso; garantizar el derecho de la víctima a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones; y, para asegurar el cumplimiento de la pena.

Núñez Vega (2006) respecto a la situación de las personas reclusas, manifestó que: tres características definen la situación de las personas encarceladas en Ecuador: la corrupción del sistema penitenciario; la dependencia económica que tiene el preso/a de su familia para poder sobrevivir el encierro; y, la violación sistemática de los derechos humanos de las personas reclusas.

Si bien es cierto, el sistema penitenciario ha venido en decadencia desde hace un poco más de dos décadas, aun así, no puede negarse que durante los dos últimos años ha alcanzado niveles elevados de crisis. Mas que omitir una correcta rehabilitación para la persona que cumple una sentencia, se les priva a todos los reclusos las condiciones mínimamente básicas y necesarias para su comodidad. Algunos no pueden proveerse si es que no dependen de su familia. En otros abunda el temor al cerrar los ojos y que sea de manera permanente. Otros están en constante supervivencia. Sin embargo ¿qué sucede con las personas que van a estos centros de privación de libertad y que no tienen una sentencia? ¿automáticamente deben elegir su rol o el rol elige a estas personas?

No debería presentarse ningún escenario desventajoso. Ni la persona condenada debe enfrentarse a un precario sistema penitenciario mientras se rehabilita socialmente. Ni la persona inocente (sí, inocente porque aún no existe sentencia que declare su culpabilidad) debería estar enfrentando el peligro que implica estar en una prisión con un sistema penitenciario en crisis.

Resulta esencial entrar en contexto. De manera breve el lector a través de los informes de investigación realizados por organismos, así como de fuentes fidedignas para el caso, ha podido ponerse al tanto (si es que anteriormente no lo estaba) sobre la situación de las cárceles ecuatorianas. Es por ello que a continuación, se abordará el tema de la prisión preventiva con el propósito de esclarecer los lineamientos básicos que esta comprende, su naturaleza y finalidad, cuándo esta procede, y cómo llegó a convertirse en la medida más utilizada en el sistema procesal penal ecuatoriano.

Antecedentes

“La prisión preventiva es la privación de libertad en perjuicio de una persona inocente” (Hassemer, 1984)

Previo a señalar conceptos, definiciones y aspectos generales de la prisión preventiva, considero necesario inicialmente hacer una recopilación de la reseña histórica acerca de la prisión. Por ello, a continuación, me sirvo de compartirles información importante seleccionada para tal efecto.

1.1. ¿Qué es la prisión?

¿Qué es la prisión?

Es un hecho irrefutablemente conocido que, en materia penal la prisión –en la mayoría de los casos– es la consecuencia de la pena, y que esta última, en palabras del Dr. Santiago Mir Puig (2006) “constituye la sanción tradicional que caracteriza al Derecho Penal, y sigue siendo su arma fundamental”. El mismo autor nos expresó que la pena es un mal con el que amenaza el Derecho penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito.

Mir Puig (2006) manifestaba que podía discutirse cuál o cuáles sean las funciones que se atribuyen a la pena (retribución, prevención),

pero nadie niega que la imposición de la misma se halla prevista como un mal que se asocia, en cuanto tal mal, a la comisión de un delito; ya sea porque se considere que con tal mal se está haciendo justicia, o, porque con la amenaza del mismo se busque disuadir de cometer delitos (p. 43).

En palabras de la Dra. Herlinda Enríquez Rubio Hernández (2012), un primer acercamiento para definir a la prisión es conocer que esta es producto de la evolución de la pena; que su función primordial al igual que el resto de las penas es el castigo, y, que apareció en su momento para humanizar y hacer de lado las crueles prácticas realizadas en el pasado.

La evolución o transformación de la pena se ha dividido en cuatro fases en relación a su contexto histórico: Vindictiva, expiacionista o retribucionista, correccionalista y resocializante (Sandoval Huertas, 1982).

Fase Vindictiva

Surgió en los pueblos primitivos en donde la venganza era el primer antecedente de la pena. No existía la regulación por parte de institución alguna, era la venganza la que regulaba relaciones entre familias y clanes que integraban una comunidad, por lo que en sus inicios solo estaba basada en un acuerdo informal que emanaba de los particulares. Posteriormente, con el nacimiento de las incipientes formas de Estado, el derecho a castigar fue expropiado por el jefe del grupo social, quien era el que decidía por los demás, y con la existencia de este también aparecía un tercero que fungía como árbitro en la solución de los conflictos, asumiendo una función de control ante el acto de vengar, garantizando que el castigo fuera igual al daño causado (Flores Gómez, 1994). Es así que aparece la Ley del Talión (de talis, el mismo o semejante) "ojo por ojo, diente por diente, rotura por rotura" y "la Composición o Rescate del Derecho de Venganza" (Enríquez Rubio Hernández, 2012).

En esta época se conoció también la privación de la libertad, esta medida era aplicada al autor de conductas sancionables, pero no era comprendida como un instrumento de venganza, sino que era un recurso que buscaba asegurar que el ofensor no escapase de la sanción. García Ramírez (1975) menciona que "la cárcel no es dada para escarmentar los yerros, sino para quedar los presos en ella hasta que sean juzgados". La concepción de la cárcel como lugar de custodia donde el prisionero esperaba el momento de la ejecución, prevaleció dentro del derecho del Antiguo Régimen, de igual manera prevalecería la no extinción de la pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas por la muerte del trasgresor, aplicándose así la sanción sobre su cadáver o en el último de los casos, se extendía hacia sus descendientes (Enríquez Rubio Hernández, 2012).

Las ejecuciones podían consistir en mutilaciones, azotes, la vergüenza pública, y/o el servicio en galeras (Speckman, 2002).

Fase Expiacionista o Retribucionista

También conocida como la fase de la explotación oficial del trabajo recluso. Durante esta, la forma y función de la pena eran determinadas por las organizaciones religiosas, quienes desde su origen legitimaron al poder político la imposición de sanciones penales. Podría decirse que en esa época era acertado decir que la monarquía era un cuerpo político con poder divino en la tierra designado por Dios, porque de por sí, con la venia que otorgaba la religión a la corona, se reconocía la potestad de esta para la imposición de sanciones penales (Sandoval Huertas, 1982).

La ejecución de la pena era algo más político que jurídico. El infractor debía eximir o redimir su culpa mediante el dolor ante los representantes de la divinidad (rey o jueces) que obraban en su nombre o por las castas sacerdotales. Como el castigo era una expresión del poder divino no requería justificación alguna. El delito era considerado como un

atentado a Dios y al rey, y, como la injerencia de la iglesia era tan grande, hasta los actos contra la fe eran considerados delitos. El inquisidor estructuraba un sistema de penas orientado a producir dolor al cuerpo a través de la tortura con vías a la confesión. La pena era valiosa en función al dolor que causaba (Enríquez Rubio Hernández, 2012).

Fase Correccionalista

La expiación tuvo una modalidad distintiva como respuesta al momento económico y político de los siglos XV, XVI y XVII, tiempo en el que la expansión colonialista se dirigía hacia América y otros territorios. La redención se alcanzaba a través del trabajo, las ganancias que generaba este serían un lucro significativo para aliviar el daño producido a la colectividad por la conducta delictiva. Es entonces que la pena se instaura como parte de una cultura que comprendería lo racional, lo justo y lo útil. Surge la transición económica hacia el capitalismo y es ahí en donde el trabajo es adoptado como un instrumento para cubrir la necesidad de mano de obra del nuevo modelo económico. Las formas que acogió la sanción penal en esta fase fueron: las galeras, los presidios, la deportación y los establecimientos correccionales (Enríquez Rubio Hernández, 2012).

La finalidad retribucionista prevaleció a lo largo del siglo XVIII en los llamados establecimientos correccionales, siendo estos: instituciones de transición entre la aristocracia y la burguesía. El nombre les fue dado del primer establecimiento que existió en Londres en 1552, la House of Correction (Casa de Corrección) y aunque fue creada en el siglo XVI, tuvo como objetivo principal el aprovechamiento del trabajo de los reclusos (Enríquez Rubio Hernández, 2012).

Estos centros no sólo fueron destinados para trasgresores de la ley, sino que también eran destinados para mendigos, prostitutas, vagos, homosexuales, alcohólicos y enfermos mentales. Todos unidos por un elemento co-

mún: la desviación de la norma y de sus reglas. El loco y el delincuente representaban la parte del hombre que debía ser eliminada del comercio social (Enríquez Rubio Hernández, 2012).

La finalidad prevaleciente era la explotación de la fuerza de trabajo que coadyuvó en el proceso de acumulación del capital burgués. En síntesis, las casas correccionales desarrollaron una nueva forma de poder político, que, entendiendo lo manifestado por Michel Foucault, este autor indica que la disciplina debía entenderse como un nuevo tipo de poder, y para ejercer al mismo se debe implicar a todo un conjunto de instrumentos, técnicas, procedimientos, metas, tecnología asumida en diferentes instancias por instituciones especializadas (llámense también penitenciarias o casas de corrección) por instituciones que la han utilizado como un instrumento esencial para su fin (establecimientos educativos, hospitales) por instancias preexistentes que encuentran en la disciplina el medio para reorganizar sus mecanismos internos de poder (la familia), por aparatos que han convertido a la disciplina su principio de funcionamiento interno, ejemplo de ello: la disciplinarización del aparato administrativo, y por aparatos estatales que tiene por función principal hacer predominante la disciplina en el ámbito de la sociedad. Las casas correccionales constituyeron el antecedente más cercano a las prisiones, algunas de ellas han sido consideradas como instituciones de transición entre el retribucionismo y el correccionalismo (Enríquez Rubio Hernández, 2012).

Durante el siglo XVIII, en la época de la Ilustración, filósofos como Voltaire, Montesquieu, Morelly y Beccaria desarrollaron un interés por reformar la práctica judicial pugnando por la eliminación del catálogo de delitos y los actos contra la religión, y a su vez proponían la creación de criterios fijos para la administración de justicia, humanización de las penas y la aplicación de castigos proporcionales al delito, esto dio paso a que el Derecho Clásico o Liberal se consolidara en el

siglo XIX. La concepción del delito y castigo cambiaría. El delito dejaría de ser considerado como una ofensa al monarca o a Dios para ser considerado una falta al contrato social, es decir, a la sociedad, ergo, el transgresor, así como la colectividad resultaban beneficiados con la ejecución del castigo.

Fase resocializante

La transición de la fase correccionalista a la resocializadora inicia en los Estados Unidos a raíz del 'Congreso Nacional sobre la Disciplina de las Penitenciarias y los Establecimientos de Reforma' celebrado en Cincinnati, Ohio en octubre de 1870. En este se establece que:

El trato de los criminales por la sociedad tiene por motivo la seguridad social. Mas, como el objeto de él es el criminal y no el crimen, su fin primordial debe ser la regeneración moral de aquél. Por esta razón, la mira suprema de las prisiones debe ser la reforma de los criminales y no la imposición del dolor, o sea, la venganza. (Del Olmo, 1979)

Partiendo de ahí, la idea de la resocialización sería la principal legitimación que subsiste hasta la actualidad en las sanciones penales. Enríquez Rubio Hernández (2012) señala que: la diferencia entre la fase correccionalista y la resocializadora es que en la segunda se introduce un nuevo concepto de la ciencia médica: el "tratamiento", lo que significaría que en el ámbito médico y en el penitenciario, lo indeseable se halla en el sujeto y por lo tanto la acción terapéutica debe recaer en él.

El siglo XX abarcó un contexto impregnado por una visión medicalizada de la pena, reforzando la idea de la función intimidatoria y asumiendo que la utilidad del encierro es la readaptación social. Este contexto comprendía la idea de que la prisión debía ser la cura, y que en esta debería prevalecer el humanismo. A partir de esa concepción es que surge uno de los documentos más importantes a ni-

vel internacional en torno al encierro, este es "Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos", dado a conocer en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en el año 1955. Las reglas se aprobaron en 1957 y han permanecido vigentes hasta la actualidad (Enríquez Rubio Hernández, 2012).

Otros acuerdos internacionales respecto a la resocialización como principal función de las sanciones penales son: El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, mediante voto unánime por la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrado el 16 de diciembre de 1966, en este se expresa que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, misma que indica que las penas privativas de libertad tendrán el mismo fin que lo establecido en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Prisión Preventiva

A un hombre no se le puede llamar reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se la otorgó. ¿Cuál es, pues, el derecho, si no es el de la fuerza, que dé potestad a un juez para aplicar una pena a un ciudadano mientras se duda todavía si es reo o es inocente? (Beccaria, 1764)

Definiciones claves

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004) considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, y es por ello que su aplicación debe tener un carácter excepcional.

La prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad o, incluso, en una pena anticipada. Ni el proceso penal es un instrumento de política criminal, ni puede serlo tampoco cualquier tipo de resolución que en su seno se adopte. En definitiva, la prisión preventiva constituye una limitación del esencial derecho a la libertad, adoptada sin lugar a dudas con infracción del derecho a la presunción de inocencia, lo que exige que, a la hora de su acuerdo, se adopten todas las prevenciones posibles y se huya de fórmulas automáticas o de reglas tasadas (Asencio Mellado, 2005).

La prisión preventiva es un instituto problemático por el grado de injerencia en la libertad personal que implica a una persona que se presume inocente. Por ello tienen gran importancia los límites que de acuerdo al derecho constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos trazan los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad (Llobet Rodríguez, *LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO*, 2009).

La prisión preventiva en el contexto del sistema inquisitivo era la medida cautelar por excelencia en el sistema de enjuiciamiento inquisitivo, pues al no existir reglas de la presunción de inocencia el hecho que el procesado esté o no libre no iba a desvirtuar su 'presunción de culpabilidad', por lo que no había mayor reparo en privarlo de su libertad, pues de todas formas era culpable (Neyra Flores, 2011).

La prisión preventiva (o el sometimiento por parte del Estado de una persona sos-

pechosa de haber cometido un delito a una medida de privación de libertad previa a la comprobación judicial de culpabilidad) suele describirse como un enfrentamiento entre dos intereses igualmente valiosos: por un lado, la defensa del principio de presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta que sea comprobada su responsabilidad; por el otro, la responsabilidad del Estado de cumplir su obligación de perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos y la violación de valores jurídicos protegidos mediante la garantía de que el imputado estará presente durante el juicio en su contra, de que la investigación se llevará a cabo sin obstaculizaciones indebidas y de que aquellos que sean encontrados penalmente responsables cumplirán con la pena impuesta (De la Jara, y otros, 2013).

La prisión preventiva es una institución del Derecho Penal que afecta a un valor tan importante para las posiciones garantistas como lo es la libertad. Supone una inflexión del derecho fundamental a la libertad de un ciudadano que en el momento de su aplicación aún goza de la presunción de inocencia (Morillas Cueva, 2016).

Esta se configura como una medida de coerción de naturaleza personal cuya finalidad consiste en restringir de manera temporal la libertad del imputado, confinándolo a una cárcel pública para evitar que el sujeto se convierta en portador de riesgos que afecten el curso del proceso penal. Se busca evitar el peligro procesal: posible fuga del imputado u acciones de entorpecimiento de la actividad probatoria, garantizando con ello la posible ejecución de la pena (Carrión Díaz, 2016).

Se entiende a la prisión preventiva como una medida severa, una limitación al derecho a la libertad, una institución problemática por la injerencia que representa en la libertad de un individuo que aún sin pesar sentencia en su contra, se lo trata como si fuese culpable hasta que se compruebe que

verdaderamente es inocente. Esto de acuerdo con algunos doctrinarios sería contrario al principio de inocencia reconocido tanto en la Constitución como en los Organismos Internacionales.

Al respecto Dei Vecchi (2013) ha expresado que: La cuestión de resolver si un individuo ha de permanecer en libertad durante el proceso penal seguido en su contra o si, por el contrario, ha de ser encarcelado preventivamente, constituye una de las cuestiones más controvertidas a lo largo de la historia del derecho procesal penal.

Para autores como Muñoz Conde & Moreno Catena (1980), el que la prisión preventiva anule la libertad sin una sentencia firme condenatoria supone la más grande intromisión que puede ejercer el poder estatal en la esfera de la libertad del individuo.

Siguiendo la misma línea, se cita a Francisco Carrara, quien se mostró firmemente beligerante y crítico en su obra sobre la "Inmoralidad de la cárcel preventiva" a la que señala como perversa, injusta e intrínsecamente inmoral; trilogía de calificativos que lo conducen a la afirmación de que "tanta precipitación y tanta manía de cárcel antes de la condena definitiva por simples sospechas de faltas incluso ligerísimas, es una potente causa de desmoralización del pueblo". Desmoralización por su propia naturaleza y más por la forma de aplicarla (Carrara, 1881).

La Prisión Preventiva en Ecuador – Perspectiva General

La reforma procesal penal en Ecuador con la aprobación del nuevo Código de Procedimiento Penal se realizó el 13 de enero del año 2000. Esta norma puso en vigencia de forma inmediata algunos artículos que recogen en lo principal normas relativas al debido proceso, en tanto que la totalidad del nuevo sistema entró a regir el 13 de julio de 2001. El plazo de año seis meses que medió entre

la aprobación y la aplicación del modelo acusatorio-oral tuvo como objeto el otorgar la oportunidad a que las instituciones realizaran todo el trabajo de adaptación necesario. Es importante destacar que Ecuador no optó por una entrada en vigencia escalonada, el sistema procesal penal entró en vigencia en simultáneo en todo el país (Zalamea León, 2016).

En el año 2009, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) publicó su primer documento sobre prisión preventiva y reforma procesal en América Latina. En este se afirmaba que, la regulación de la prisión preventiva ha sido uno de los temas más controvertidos en las reformas a la justicia criminal que tuvieron lugar en casi todos los países de la región. Estas reformas comenzaron a implementarse a partir de la última década del siglo XX y según este informe intentaron ir en contra del uso extendido del encarcelamiento cautelar que por aquel entonces se encontraba naturalizado. Se trataba de dejar de ver a la prisión preventiva como una pena anticipada y empezar a considerarla como una medida excepcional que debía ser utilizada solo para los casos donde fuese imprescindible para el desarrollo del proceso (Kosstenwein, 2017).

Para el autor Ernesto Pazmiño Granizo (2018), el incremento desmesurado del número de privados de libertad en Ecuador debe llamar la atención de todas las instituciones del Estado. Al mismo tiempo señala que una sociedad no es más segura solo porque encarcele a más gente, sino que, por el contrario, son las mismas prisiones las que se erigen como los centros de círculo perverso que prolongan la inseguridad dentro de las sociedades que hacen un uso exagerado de la misma.

Bajo esta concepción, Pazmiño nos indica que, las reformas a los sistemas de justicia de América Latina se han orientado a tener un enfoque fundamentalmente punitivo. Son estas reformas las que han dado paso para que

en el Ecuador se dé la creación de las Unidades de Flagrancia (instalaciones judiciales de carácter emergente, para procesar a personas detenidas por el supuesto cometimiento de un delito in fraganti).

Bajo el pretexto de que los procedimientos sean rápidos y expeditos dentro de estas unidades, se han hecho reformas y creado nuevos procedimientos, dando lugar a la incorporación de figuras como el procedimiento directo y el procedimiento abreviado. Estos procedimientos especiales en palabras del autor, facilitan la condena de las personas con la autoinculpación de por medio, y que, llevado a cabo en esas unidades, se han convertido a su consideración, en "máquinas de producción de presos", porque es consecuencia de ello que durante los últimos años ha crecido de manera insólita la cantidad de privados de libertad (Pazmiño Granizo, 2018).

Krauth (2018) en su informe de La prisión preventiva en el Ecuador, ha manifestado que: El Derecho Penal tiene como misión fundamental: proteger a través de sus normas a una serie de bienes jurídicos que son de necesario respeto para mantener la convivencia social. Cuando alguno de estos bienes es vulnerado surge la pretensión punitiva del Estado, lo que significa el derecho-deber de aplicar al autor de la acción una pena previamente establecida en el catálogo punitivo (llámese también catálogo de delitos o Código Penal).

Ante ello, a mi parecer resulta importante traer a colación lo que ha expresado Santiago Mir Puig (2006) respecto al derecho penal objetivo y el subjetivo, que, explicado de manera breve, entenderíamos que el primero se refiere a las normas penales, mientras que el segundo sería la potestad que tendría el Estado para castigar, llámese también *ius Puniendi* (p. 42).

En este sentido, la prisión preventiva se configura cuando se priva de la libertad, durante el proceso por el que se investiga un

delito, a quien está acusado de la comisión del mismo pero que legalmente conserva su condición de inocente.

La inocencia puede configurarse como un principio o un estatus jurídico según la normativa a la que nos dirijamos, pero en ambos casos busca establecer el mismo mandato "toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario".

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76 numeral 2 establece que el debido proceso incluye entre sus garantías básicas la presunción de inocencia de toda persona, y que esta será tratada como tal hasta que exista resolución firme o sentencia ejecutoriada en la que se declare su responsabilidad.

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

El Código Orgánico Integral Penal al respecto, en el artículo 5 referente a los principios procesales, el numeral 4 sobre la inocencia, nos señala que toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.

Para Kostenwein (2015), esta medida tiene un propósito de cautela por lo que carece en sí misma de una finalidad, o, en otras palabras, debe ser utilizada como un medio para lograr otros objetivos, que son los del proceso penal.

El Doctor Jorge Zavala Baquerizo (citado por Mora Samaniego & Zamora Vázquez, 2020) describió que la prisión preventiva: "Es una medida cautelar procesal de

carácter personal, excepcional, subsidiaria, provisional, proporcionada, motivada y revocable, proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal; cuya definición es precisa en sus palabras por ser elocuente en su contenido”.

Desde que entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP), el 10 de agosto del 2014, se ha fomentado el abuso de la prisión preventiva, y, por mucho que se hayan creado enormes cárceles regionales con el propósito de solucionar el hacinamiento carcelario y la inseguridad dentro de las prisiones, estos dos fenómenos no tienen intención de erradicarse.

Pazmiño Granizo (2018) establece una visión de conjunto acerca de la fragmentada política criminal del Ecuador que durante la vigencia del COIP se ha reflejado en resultados negativos, siendo estos:

- (i) la creación de las unidades de flagrancia, constituidas como productoras permanentes de privados de libertad.
- (ii) la construcción de megacárceles que en poco tiempo ya presentaron problemas de hacinamiento e inseguridad.
- (iii) la asignación de funciones contradictorias a los jueces penales, para que sean además jueces de garantías penitenciarias. El mismo juez que condena, es también el mismo juez que debe garantizar los derechos de los privados de libertad. El artículo 666 del Código Orgánico Integral Penal establece que donde exista un centro de privación de libertad también debe existir al menos un juzgado de garantías penitenciarias. La ejecución de penas y medidas cautelares corresponderá al Organismo técnico encargado del Sistema de Rehabilitación Social, bajo el control y supervisión de las o los jueces de garantías penitenciarias.
- (iv) se promueven reglamentaciones internas del sistema de rehabilitación social, que restringen derechos y no permiten que se cumpla con el debido proceso.

Krauth (2018) expresa que, en la mayoría de los casos, el fiscal, sin el mayor esfuerzo es el que solicita prisión preventiva, y el juez la otorga sin la fundamentación legal requerida, sin la motivación del auto, y, sin considerar la excepcionalidad y la proporcionalidad de la medida.

Por ello, el autor Krauth (2018) en su informe, hace mención respecto a que la práctica de la administración de la justicia penal del Ecuador, muestra que la gran mayoría de las solicitudes carecen de la fundamentación debida. En este caso, será la tarea apremiante de los defensores solicitar el rechazo de la medida cautelar por falta de fundamentación.

De lo expuesto en el párrafo anterior, en la práctica se observa indiscutiblemente una discrepancia entre lo que prescribe la ley y como esta es aplicada. Se hace caso omiso a lo que dispone la Constitución respecto a que la privación de la libertad debe ser aplicada de manera excepcional. El uso de esta en la vida real dista demasiado de las finalidades para las cuales ha sido diseñada. Consecuentemente podemos observar a personas restringidas de su derecho a la libertad habitando lugares en donde la inseguridad, extorsión y corrupción están a la orden del día. Y en la mayoría de los casos, no solo ellos son los perjudicados, sino también sus familias. Conocer la realidad del estado actual de las prisiones a través de cifras gracias a los informes elaborados por Kaleidos y por la CIDH en el 2021 y 2022 correspondientemente, sirve para reflexionar acerca de cómo podría cambiar esta situación.

En la prisión se padece, se sufre, se paga una condena, pero ¿y los que aún no tienen sentencia? ¿por qué no existen verdaderamente las divisiones por grupos de prisioneros? Quizás hasta la pregunta está de más, es obvio que el hacinamiento es la principal respuesta. No pueden ser divididos por grupos porque ya no hay espacio, y mientras más grande es la cárcel, más oportunidad tiene

de saturarse de prisioneros, en su mayoría, por el abuso de la prisión preventiva e inutilizando a las otras cinco medidas existentes en nuestro Código Orgánico Integral Penal.

La Prisión Preventiva como medida cautelar en el Ecuador

Las medidas cautelares y de protección de acuerdo con el artículo 519 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) podrán ser ordenadas por la o el juzgador y estas persiguen cuatro fines:

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.
4. Garantizar la reparación integral a las víctimas.

La prisión preventiva forma parte de las medidas cautelares establecidas en el COIP, y es la medida cautelar objeto de estudio en el presente trabajo de investigación. Por ello, haciendo mención al artículo 522 acerca de las modalidades de las medidas cautelares, en este consta que, la o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad:

1. Prohibición de ausentarse del país.
2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.
3. Arresto domiciliario.
4. Dispositivo de vigilancia electrónica.
5. Detención.
6. Prisión Preventiva.

La o el juzgador, en los casos de los numerales 1, 2 y 3 de este artículo, podrá ordenar,

además, el uso de un dispositivo de vigilancia electrónica.

Como podemos observar en el artículo y en el orden de los numerales, vemos que la prisión preventiva está en el último lugar, en virtud de ser una medida de última ratio que debe ser aplicada bajo la necesidad extrema de que la persona tenga que comparecer al proceso, no obstaculizar al mismo, y, no exista un riesgo inminente de fuga. Para que esta medida sea concebible, su solicitud debe estar correctamente fundamentada, de igual manera la resolución del auto que la dicta debe contener una motivación apropiada.

La finalidad de la prisión preventiva, según el artículo 534 del COIP, se clasifica en dos: (i) para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso, y; (ii) para garantizar el cumplimiento de la pena.

La o el fiscal es el que podrá solicitar a la o al juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena.

Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente

motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.

4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

Importante es señalar que, la prisión preventiva puede revocarse o sustituirse por otra medida cautelar.

En los requisitos descritos en los numerales 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.

El artículo 535 del COIP, respecto a la revocatoria, indica que la prisión preventiva puede revocarse bajo 4 circunstancias:

1. Cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron.
2. Cuando la persona procesada ha sido sobreseída o ratificado su estado de inocencia.
3. Cuando se produce la caducidad. En este caso no se podrá ordenar nuevamente la prisión preventiva.
4. Por declaratoria de nulidad que afecte dicha medida.

En cuanto a la sustitución, el artículo 536 establece que la prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el artículo 522, pero, alega que no cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años (ejemplos más claros de esas infracciones sería el homicidio, desaparición involuntaria, la violación, asesinato, femicidio, etc.).

Cuando la medida sustitutiva se incumple, el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. La prisión preventiva tampoco podrá ser sustituida por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia.

El artículo 537 en cuanto a los casos especiales, indica que una vez en curso la prisión preventiva (sin perjuicio de la pena con la que se sancione la infracción) esta podrá sustituirse por arresto domiciliario y el uso del dispositivo de vigilancia electrónica en los siguientes casos:

1. Cuando la procesada sea una mujer embarazada y se encuentre hasta en los noventa días posteriores al parto. En los casos de que la hija o hijo nazca con enfermedades que por su naturaleza requieran de cuidados especiales de la madre, podrá extenderse hasta un máximo de noventa días más.
2. Cuando la persona procesada es mayor de sesenta y cinco años de edad.
3. Cuando la persona procesada presente una enfermedad incurable en etapa terminal, una discapacidad severa o una enfermedad catastrófica, de alta complejidad, que no le permita valerse por sí misma, y que se compruebe mediante certificado médico otorgado por la entidad pública correspondiente.
4. Cuando el procesado sea miembro activo de la Policía Nacional y de seguridad penitenciaria y el hecho investigado tenga relación con una circunstancia suscitada en el cumplimiento de su deber legal.

Debe tenerse en cuenta que, en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, el arresto domiciliario no podrá cumplirse en el domicilio donde se encuentra la víctima.

De acuerdo con lo que establece el artículo 538, en cuanto a la suspensión de la prisión preventiva, esta podrá suspenderse cuando la persona procesada rinda caución.

La Prisión Preventiva como solicitud fundamentada

Bajo el precepto del artículo 520 del COIP acerca de las reglas generales de las medidas cautelares, en las que se expresa la procedencia de la solicitud, el requisito formal prioritario es, que la solicitud sea fundamentada. Recordemos que el numeral 2 del mencionado artículo señala que “En delitos, la o el juzgador dispondrá únicamente a solicitud fundamentada de la o el fiscal, una o varias medidas cautelares”.

Lo que llama la atención es ‘solicitud fundamentada’. El autor Krauth (2018) al respecto, resalta que es el deber de la Fiscalía solicitar y fundamentar el pedido de la medida cautelar porque sin solicitud fundamentada no habrá disposición sobre la prisión preventiva. Es la Fiscalía quien debe presentar las pruebas de las cuales se desprende la necesidad de la prisión preventiva, en virtud de la regla general: el que afirma, tiene la carga de la prueba. La Fiscalía como titular del Estado, es la que debe aportar los elementos probatorios que demuestren la culpabilidad del imputado.

Al mismo tiempo nos explica que una solicitud debidamente fundamentada desprende la licitud de la medida cautelar, por ello, la alegación de la Fiscalía tiene que abarcar todos los requisitos materiales de la procedencia de la medida cautelar solicitada, su deber es hacer una exposición detallada de los fundamentos de su solicitud, y ya el juez decidirá si los hechos expuestos son suficientes para justificar o no la prisión preventiva, sin dejar de considerar la proporcionalidad de la medida solicitada (Krauth, 2018).

Si de los hechos se desprende que la prisión preventiva es necesaria porque las otras medidas no son suficientes, el juez accederá al pedido del fiscal. Si, por el contrario, la solicitud de Fiscalía no es coherente, el juez tiene el deber de rechazarla. La coherencia es la idoneidad de la exposición del sujeto pro-

cesal para provocar la consecuencia jurídica deseada (Krauth, 2018).

Deber del fiscal y deber del juez

Para resolver acerca de la prisión preventiva, es necesario aclarar cuál es el deber del fiscal y cuál es el deber del juez para que esta sea considerada lícita y procedente. Por ello, más allá de la fundamentación, el otro requisito primordial es la motivación del juzgador. La falta de una debida motivación es un reproche normativo por el hecho de existir el numeral 7 literal I del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador que establece claramente: Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas.

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

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

Krauth (2018) citando a la Corte Constitucional del Ecuador a través de la sentencia N° 011-14-SEP-CC, explica que la motivación hace referencia a que le corresponde a los jueces realizar un análisis objetivo, preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos presuntamente vulnerados. Así mismo, la Corte señala que motivar significa establecer una vinculación entre los hechos (los fundamentos fácticos) y las premisas (los

derechos afectados), lo que implicaría una coherencia entre las premisas y la conclusión.

Según el diccionario de la Real Academia Española, motivar significa “dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo”, y, fundamentar haría referencia a “establecer la razón de una cosa” Por lo que se resumiría que los hechos dan el fundamento para la conclusión, que tiene que ser explicada-motivada por el juez (Real Academia Española, 2022).

Da mihi factum, dabo tibi ius es un aforismo latín que puede traducirse como “dame los hechos, yo te daré el derecho” (Panhispanico, 2022).

El COIP utiliza “fundamentar” para las exigencias en las solicitudes de la Fiscalía, mientras que el juez tiene que “motivar” sus decisiones. La fundamentación no es solo una obligación o un requisito formal, sino que es una condición previa para considerar la prisión preventiva, pues tanto el juez como la persona procesada y su defensa, deben estar al tanto del por qué la Fiscalía ha solicitado la medida cautelar. La obligación de la Fiscalía de fundamentar su solicitud refleja la división de roles en el sistema acusatorio, pues antes en los sistemas inquisitivos no existía tal distinción, en una persona recaían los roles de perseguir-investigar, juzgar y castigar. Actualmente, con el sistema acusatorio se ha establecido que el acusador debe ser distinto al juzgador. El acusador requiere y el juzgador decide (Krauth, 2018).

La imposición de la prisión preventiva, como medida cautelar previa al juicio en el cual el procesado será condenado o absuelto, es un espacio importante para el ejercicio de la independencia judicial. Tanto el fiscal, que solicita la medida, como el juez que la dispone o no una vez formulada la solicitud, deben evaluar la condición del procesado y el grado en el cual se cumplen o no los supuestos o requisitos que la legislación dispone para aplicar la medida. Al efectuar esta eva-

luación, fiscal y juez deben proceder imparcialmente, esto es, en atención a las normas de derecho aplicables y a las circunstancias propias del procesado. Para que esa imparcialidad sea posible, es necesario que cada fiscal y cada juez dispongan de independencia (Pásara, 2013).

En síntesis, el deber jurídico de la fiscalía es fundamentar. El deber jurídico del juzgador es motivar. Si se falta en lo primero o en lo segundo, o en el más grave de los casos en ambos, la privación de la libertad es arbitraria.

La proporcionalidad y necesidad

El artículo 520 numeral 4 del COIP establece que “Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada”. Es decir, el juez debe tener la convicción absoluta de que la prisión preventiva es necesaria y que las medidas alternativas a la privación de la libertad son insuficientes (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Esta consideración le da paso al principio de la proporcionalidad y a sus subprincipios, siendo estos: idoneidad, necesidad y, proporcionalidad en sentido estricto.

Principio de proporcionalidad. Debe comprendérselo, en palabras de Stefan Krauth, como una metodología de interpretación jurídico-constitucional del conjunto de normas que hacen parte del derecho penal y los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente (Krauth, 2018).

Para Javier Llobert Rodríguez (2009), el principio de proporcionalidad, es también principio de prohibición de exceso, para aludir a su capacidad de control de las posibles restricciones que puedan ser impuestas al evaluar los presupuestos materiales de la prisión preventiva. Este opera como un correctivo de justicia material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería

como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera. Este principio explica la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado como requisito material de la prisión preventiva. Igualmente se deriva del principio de proporcionalidad de la prioridad de las medidas de aseguramiento, la prohibición de la prisión preventiva en asuntos poco graves y los límites temporales de duración de ésta (Carrión Díaz, 2016).

El principio de proporcionalidad ha sido considerado como "límite de todas las limitaciones de derechos fundamentales".

Subprincipio de Idoneidad. También conocido como 'principio de utilidad'. En este se establece que la motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la limitación del derecho fundamental (libertad personal) y la finalidad de la medida misma (comparecencia al proceso) en relación con la obtención de la prueba relevante (elementos de convicción suficientes) y los efectos del delito concreto (prisión preventiva hasta resolver su situación jurídica).

Para Javier Llobert Rodríguez, este subprincipio se refiere a que la prisión preventiva sea el medio idóneo para contrarrestar razonablemente el peligro que se trata de evitar.

Castillo Córdova (citado por Carrión Díaz, 2016), afirma que el subprincipio de idoneidad se trata de un juicio que tiene una doble exigencia. En primer lugar, que la medida restrictiva de derecho tenga un fin que sea constitucionalmente válido, y, en segundo lugar, que la medida en sí misma sea idónea para alcanzar el fin propuesto.

Como la prisión preventiva tiene entre sus finalidades la comparecencia del procesado al juicio, el aspecto de la idoneidad de la privación de libertad normalmente no será problemático porque siempre las intervenciones deben ser adecuadas para alcanzar la finalidad perseguida, o, dicho en otras palabras:

se admite que una medida es adecuada cuando no es totalmente inadecuada para lograr el fin (Krauth, 2018).

Este subprincipio es caracterizado por su flexibilidad, lo que implicaría que, la idoneidad debe hacer referencia a la causalidad del medio (causa) en relación con el fin propuesto (efecto). La medida es idónea si con su ayuda el éxito deseado puede ser facilitado.

Subprincipio de necesidad. También llamado de 'intervención mínima', 'de exigibilidad', 'de subsidiariedad', o, de 'alternativa menos gravosa'. El análisis de admisibilidad de la prisión preventiva pasa por un examen de necesidad. En el contexto del proceso penal, "necesidad" significa que solamente cuando el Estado no tenga a disposición algún otro medio que permita obtener el mismo resultado, es legítima la intervención. Para entenderlo mejor, dentro de la fundamentación de la Fiscalía al solicitar la medida de prisión preventiva, esta enuncia los hechos y los justificativos en cuanto a que no hay otra alternativa que aplicar prisión preventiva, porque las demás medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes para conseguir el resultado principal que es la comparecencia del procesado al proceso. Significaría entonces que, el medio seleccionado para alcanzar el fin propuesto, no puede ser reemplazado o sustituido por otro igualmente eficaz (Carrión Díaz, 2016).

La prisión preventiva debe justificarse objetivamente para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman. Esta medida es la excepción frente a la regla general de libertad de las personas, por ello debe adoptarse cuando se cumplan los fines que la justifican (Carrión Díaz, 2016).

Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. La proporcionalidad 'stricto sensu' obliga a que la medida considerada suficiente para el fin perseguido no suponga un tratamiento excesivo en relación, no con el riesgo para el proceso sino con el interés

que la justifica teológicamente (Carrión Díaz, 2016).

Se trata de ponderar hasta qué punto es admisible la limitación de un derecho fundamental frente a las exigencias constitucionales que tienen las autoridades para realizar su labor de administrar justicia. Es equilibrar la balanza de dos intereses en conflicto. Por un lado, las exigencias constitucionales de administrar justicia, y por el otro, los intereses situados en la esfera de la individualidad entendidos como Derechos Fundamentales (Carrión Díaz, 2016).

Para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (protección del bien jurídico) debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental como la salud. Tomando en cuenta la situación real de las cárceles ecuatorianas y el hacinamiento en ellas, si el juez va a dictar prisión preventiva debe tener presente las condiciones reales en la cárcel. Considerar si en las mismas hay acceso efectivo a la salud, porque de no ser así, los daños a la salud que sufra la persona procesada deben ser considerados. Krauth (2018) expresa que, como el derecho fundamental a la integridad física prevalece sobre el derecho del Estado a administrar justicia penal, la prisión preventiva no se puede dictar cuando el Estado no puede garantizar la integridad física de la persona procesada. No habría proporcionalidad en el sentido estricto. La relación entre medio y fin debe admitir una medida proporcional. Hay que ponderar los bienes e intereses colectivos e individuales y determinar si hay una relación razonable en función del fin que se promueve para evitar el exceso de injusticia (Krauth, 2018).

¿Cuál es el estado actual de la Prisión Preventiva en Ecuador?

De conformidad con el informe 'Personas privadas de la libertad en Ecuador' elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y publicado a inicios del 2022, este señaló que en cuanto al uso de la prisión preventiva el Estado reportó que hasta el 29 de octubre del 2021 más del 39% del total de la población carcelaria se encontraba bajo este régimen, (párrafo 17 del informe) (CIDH, 2022).

La prisión preventiva es la medida más utilizada en el Ecuador representando así el 95 %, mientras que las medidas alternativas a la privación de la libertad son utilizadas en un 5 % lo que demuestra que la barrera que invisibiliza a las demás medidas se ha fortalecido cada vez más y más, y, de no ser porque están plasmadas en nuestro Código, se creería que ni siquiera existen (Krauth, 2018).

En mayo del 2018, Stefan Krauth PhD e investigador, elaboró un informe respecto a la Prisión Preventiva en el Ecuador que fue publicado por la Defensoría Pública. El equipo de trabajo de la Defensoría Pública del Ecuador, con el apoyo de VICESSEI Vienna Centre for Societal Security, analizaron un total de 379 casos de flagrancia. En 19 de esos casos, observaron que el juez dictó medidas alternativas a la prisión preventiva, mientras que en 360 casos se dictó prisión preventiva. Bajo esa muestra se observó que en el 95 % de los 379 casos de flagrancia obtuvo como resultado la medida cautelar de prisión preventiva, mientras que en el 5 % se dictó una medida alternativa a la prisión preventiva. Si bien es cierto, es una muestra estadística representativa, pero de ello se puede inferir que, la prisión preventiva tiene mayor preponderancia dentro del proceso penal ecuatoriano (Krauth, 2018).

Presupuestos que justifican la prisión preventiva

Krauth (2018) indica que, la evaluación del concepto jurídico "insuficiencia" depende de la intensidad del riesgo procesal. Para

determinar este riesgo debe considerarse la gravedad del supuesto delito, porque la administración de justicia sufre más si un proceso por un supuesto homicidio se frustra, que por un supuesto hurto.

El concepto del peligro procesal tiene dos componentes: la probabilidad de la “non-presencia” (peligro de fuga como riesgo procesal en el sentido estricto), y, la gravedad del delito (Krauth, 2018).

Entre más grave es el delito, menos alta tiene que ser la probabilidad de la no comparecencia. Si no existe el riesgo de que la persona procesada evite el proceso, ni los delitos altamente graves podrán justificar la prisión preventiva. (Krauth, 2018)

En los casos de prisión preventiva, el peligro de fuga y la fuga son las únicas formas del peligro procesal, por lo que puede entenderse al riesgo procesal y al peligro de fuga como sinónimos (Krauth, 2018).

En Perú, un presupuesto material para ordenar prisión preventiva es que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad:

El Código Procesal Penal de Perú, establece en su Artículo 268°. - Presupuestos materiales: El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad. (Decreto Legislativo N°957, 2016)

En cambio, en Ecuador, de acuerdo con el artículo 534 numeral 4 del COIP, solo basta con que la infracción sea sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. Aquí el requisito importante sería que tanto el juzgador como el fiscal puedan comprender la proporcionalidad en cuanto a que exclusivamente en casos de alta intensidad del

peligro procesal, la prisión preventiva puede ser justificada. El numeral 3 del artículo 534 del COIP establece que deben existir indicios de los que se desprendan que las otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar la comparecencia del procesado en el proceso y el cumplimiento de la pena. Si el juez la otorga debe motivar su decisión y explicar las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.

El peligro procesal debe acreditarse, deben evaluarse las circunstancias concretas al margen de las consideraciones subjetivas. En un Estado de Derechos, tanto la evaluación de un riesgo como el pronóstico para la orden de prisión preventiva tienen que ser racionalizados, transparentes, comprensibles y sin errores lógicos (Krauth, 2018).

El punto de partida para evaluar el riesgo procesal da cabida para abordar el tema del arraigo social, en el sentido que, durante la evaluación de un riesgo, el fiscal se dirige hacia los indicios, siendo hechos que pueden verificarse. Ejemplo de ello sería: el retiro de grandes cantidades de dinero; comprar un boleto para salir del país; la venta de algún bien (Krauth, 2018).

La Real Academia Española señala que un indicio es un “fenómeno que permite conocer la existencia de otro no percibido” (Real Academia Española, 2022).

Por ello la exposición de la Fiscalía en la que fundamenta su solicitud, está basada en la exposición de tales indicios de los cuales podría desprenderse o no un riesgo procesal. El fiscal debe acreditar la existencia de los elementos suficientes que justifiquen la orden de la prisión preventiva, porque en virtud del principio de derecho procesal, quien afirma es el que tiene la carga de la prueba.

Al respecto, la Comisión Interamericana manifestó que:

Son las autoridades judiciales las que deben acreditar la concurrencia de las condiciones establecidas en la ley, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007)

En consecuencia, si los magistrados que atienden la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada (Krauth, 2018).

Ya tenemos claro que es el fiscal el que cuenta con la carga de la prueba, no obstante, en la práctica se ha podido observar en la mayoría de los casos que la defensa de la persona procesada debe aportar elementos que comprueben que su defendido tiene arraigo social y que no pretendería huir del proceso ni obstaculizar al mismo. Según el informe de La prisión preventiva en el Ecuador, por Stefan Krauth, el autor cita los hallazgos del estudio realizado por la Defensoría Pública, en donde en casi todos los casos de prisión preventiva, los juzgadores justifican su resolución con la falta del arraigo social del imputado mediante la frase: "la defensa no ha justificado el arraigo social". Lo que es más sorprendente, es que la defensa se ve obligada a ello, como que, si el arraigo social constara tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, por esa razón Krauth le ha denominado "el fantasma del arraigo social" porque este no existe como concepto jurídico, pero el defensor del procesado para que a su cliente no le dicten prisión preventiva debe buscar documentos que acrediten su arraigo laboral, familiar y domiciliario (Krauth, 2018).

El arraigo es usualmente sustentado a partir de tres componentes: elementos de prueba vinculados al domicilio del imputado, elementos de prueba vinculados a su estatus

laboral, y elementos de prueba vinculados a su estado civil y vínculos familiares, tanto padres y/o hermanos como esposa e hijos, habitualmente aludidos durante la audiencia como familia "propia" (De la Jara, y otros, 2013).

En síntesis, la prisión preventiva debe dictarse con los presupuestos de: perseguir un fin procesal; que se considere el principio de proporcionalidad; y, el principio de provisionalidad (Kostenwein, 2017).

Perseguir un fin procesal. En tanto a que como lo indica nuestra legislación, la finalidad de la prisión preventiva es la comparecencia del procesado y posteriormente el cumplimiento de la pena. Para lograr aquello, es necesario evitar el peligro de fuga o el entorpecimiento en la averiguación de la verdad, por eso, previo a ordenar la prisión preventiva se debe acreditar el peligro procesal (Kostenwein, 2017).

El principio de proporcionalidad. Es en donde surge la exigencia de que quien se encuentra encarcelado preventivamente no reciba el mismo trato, ni tampoco uno peor que aquel que ya ha sido condenado (Kostenwein, 2017).

El principio de provisionalidad. Este supone la necesidad de que todas las condiciones que hicieron posible la prisión preventiva se mantengan para que esta continúe, porque en caso de desvanecerse los indicios o los elementos de convicción que la motivaron, la prisión preventiva deberá ser revocada, tal y como lo indica el numeral 1 del artículo 535 del COIP.

Art. 535.- Revocatoria. - La prisión preventiva se revocará en los siguientes casos:

1. Cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron.

Vale recalcar que la provisionalidad es algo inherente a esta medida, porque también la prisión preventiva mantiene su carácter provisional incluso cuando ya durante el transcurso de las diligencias investigativas a la persona procesada se le ha emitido un auto de sobreseimiento o se le ha ratificado su estado de inocencia. Así mismo, esta medida mantiene su carácter provisional incluso en su tiempo de duración, porque una vez finalizado estos plazos, la prisión preventiva deberá revocarse. Para un mejor entendimiento, la Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 77 numeral 9, que la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

9.- Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.

La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con

la ley. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En la misma línea, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 541 numerales 1 y 2, indica que la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años, y que no podrá exceder de un año en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad mayor a cinco años.

Art. 541.- Caducidad. - La caducidad de la prisión preventiva se regirá por las siguientes reglas:

1. No podrá exceder de seis meses, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años.
2. No podrá exceder de un año, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad mayor a cinco años.

Nuestro Código Orgánico Integral es muy claro al respecto, la prisión preventiva tiene su naturaleza, finalidad, requisitos y duración. Es tarea de los fiscales fundamentar de manera correcta los indicios que justifican la necesidad de imponer esta medida, y, el juez debe motivar su resolución y explicar las razones del por qué accede al pedido del fiscal y considera que la prisión preventiva es procedente en determinado caso. También es necesario reconocer que la defensa del procesado cuando perciba estas irregularidades tiene el deber de manifestar su rechazo ante la solicitud cuando observe que la fundamentación del fiscal o la motivación del juez son vacías, ilegítimas, o ilegales.

Vacías en cuanto a que tanto fiscales como jueces tienen que realizar bien su labor de fundamentación y motivación respectivamente.

Ilegítimas en cuanto a que muchas veces se acceden a estos pedidos sin tomar en consideración que hay terceros afectados, sea en el caso de un jefe de familia que es el

único proveedor de su hogar; un hijo que tiene a cargo a su mamá con discapacidad; una madre soltera, entre otras situaciones que pueden darse en la vida real.

Illegales en cuanto a que, el artículo 160 del Código Orgánico Integral Penal acerca de la privación ilegal de la libertad hace mención especial a que “la o el servidor público que prive ilegalmente de libertad a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años” lo que quiere decir que tanto el juez como el fiscal pueden ser imputados en virtud de esta disposición normativa, porque el hecho de no fundamentar y motivar dentro de los términos que se consideren correctos, es motivo suficiente para argumentar que el otorgamiento de la libertad es ilícita. Además, recordemos que – y con esto soy muy reiterativa – en la Constitución de la República, el literal I del numeral 7 del artículo 76 expresa que “las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas”.

Reflexiones

La Prisión Preventiva frente a la crisis en el Sistema Penitenciario ecuatoriano ¿medida o castigo?

Es importante resaltar que, el sistema penitenciario desde hace mucho tiempo ha venido presentando deficiencias en todo lo que respecta estructura, organización, salud, alimentación, recreación, educación, y otros elementos más que contribuirían con la rehabilitación social. También es necesario aclarar que la corrupción dentro de los mismos centros penitenciarios es una de las razones proclives a mantener en crisis al mismo sistema, y de esta crisis, se desprende el mayor de los problemas existentes en la sociedad: la inseguridad.

El sistema penitenciario se haya en crisis porque no puede garantizar los mecanismos suficientes que coadyuven con la rehabilita-

ción para sus condenados. Desde lugares incómodos e inhabitables, falta de recursos básicos como agua potable, medicinas y alimentos, y la falta de políticas de salud que eviten que enfermedades se sigan propagando; como sociedad, seguimos viéndonos afectados. La afectación alcanza a la ciudadanía en general porque al momento en el que determinada persona cumpla su condena y posteriormente se reinsera a la sociedad, es muy probable que vuelva a delinquir, y muchas de las veces es porque durante su cumplimiento de la pena, en la cárcel, no tuvo la rehabilitación necesaria para comprender que los patrones de comportamiento criminal no deben repetirse.

Cuando hago mención a la prisión preventiva frente a la crisis en el Sistema Penitenciario, me refiero a lo que la mayoría de autores citados en este trabajo han manifestado: el hacinamiento.

El hacinamiento en las cárceles es el resultado de una sociedad potencialmente peligrosa. Cada día hay un nuevo crimen, algunos comprobados, otros por investigar y comprobar. Y es ahí, que, durante el curso de esa investigación, la mayoría de fiscales lo primero que hacen es solicitar prisión preventiva y el juez otorgarla, pero aquí la pregunta es ¿la prisión preventiva contribuye a que las cárceles estén sobrepobladas? Por supuesto.

Muchas de las veces, el pedido de esta solicitud es para no frustrar la investigación de un delito, pero ¿es necesario incluso solicitar prisión preventiva en delitos que no atentan contra la inviolabilidad de la vida, ni contra la integridad sexual y reproductiva, ni contra la seguridad pública? El Código Orgánico Integral Penal manifiesta que sí. La prisión preventiva procede en delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a un año. Quizás sea ahí el problema, o también lo hallamos en la falta de fundamentación dentro de la solicitud por parte del fiscal, o de la falta de motivación en la resolución por parte del

juez. Los escenarios pueden ser varios, pero depende detectar el problema para tener la capacidad de encontrar la solución.

Dentro de los medios de comunicación, en pocas ocasiones se han visto noticias en donde los jueces no acceden al pedido de prisión preventiva y son severamente criticados. La prensa la mayoría de las veces hace eco el disgusto de una sociedad que desconoce del proceso y piensa que el juez está haciendo su labor mal –con esto no quiero decir que no existen casos en donde verdaderamente los jueces también puedan equivocarse– lo que llevaría a que el juez sienta temor al querer hacer valer su decisión y las motivaciones de la misma, por ello resultaría más sencillo mantener a la ciudadanía feliz y no recibir cuestionamientos que surgen por lo que en los medios de comunicación se difunde. El juez accedería entonces sin mucho obstáculo a la petición del fiscal, incluso si esta contiene una fundamentación vacía.

Los titulares suelen ser llamativos, y para aquellos que conocen superficialmente de un hecho ya constituiría razón suficiente para dar su veredicto. Es en virtud de aquello que, la principal misión de la prensa debería ser informar con responsabilidad y con los términos adecuados, porque la sociedad no puede ser imparcial, pero es obligación de los medios sí serlo.

Hay ocasiones en las que los medios de comunicación logran tener un impacto positivo a partir de un reportaje que mantenga la objetividad, que respete la imparcialidad y el curso de las respectivas indagaciones. Es ahí cuando se podría contar con una labor periodística responsable, sin amarillismo ni subjetividades.

En cuanto a la gran cantidad de prisioneros bajo prisión preventiva, vale recalcar que, no todo es responsabilidad de los jueces, sino también de los fiscales que no solicitan otra medida alternativa a la privación de la libertad, convirtiendo así a las medidas res-

tantes en un espectro cautelar. Se puede evitar que el proceso se frustre sin necesidad de mantener al procesado tras las rejas. Existen medidas que pueden imponerse simultánea o paralelamente. Ejemplo de ello: la prohibición de salida del país y el dispositivo de vigilancia electrónica; y, el arresto domiciliario y el dispositivo de vigilancia electrónica, son las medidas que más se sugieren.

Ahora bien, es necesario enfocar nuevamente la atención en lo siguiente: ¿La prisión preventiva frente a la crisis en el sistema penitenciario ecuatoriano constituye una medida o un castigo?

La pregunta es clara, la respuesta quizás no tanto. La prisión preventiva se constituye como una medida cautelar, en eso no hay discusión, está en el Código Orgánico Integral Penal, y está en la Constitución. El problema surge cuando nos preguntamos si la prisión preventiva se constituye como un castigo, y a mi criterio personal, la respuesta sería sí, especialmente cuando esta es dictada para ser cumplida en los centros de privación de libertad actuales, en donde el procesado aparte de estar en condiciones de hacinamiento, también estaría en constante riesgo su vida – por los eventos que se han suscitado desde inicios del 2021 – es por ello que debe analizarse cuidadosamente el pedido y otorgamiento de esta medida, y evaluar si realmente es necesario hacer el cumplimiento de la misma o si esta puede reemplazarse por otra medida alternativa. Todo queda al criterio que mejor se ajuste en cada caso concreto, y por supuesto también a la evaluación minuciosa de proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la misma.

Conclusiones

- Entre los factores que han contribuido a la crisis del sistema penitenciario están: el aumento de la población carcelaria – mismo que no coadyuvaría en la lucha contra el hacinamiento –; el debilitamiento de la institucionalidad del sistema carcelario;

ENSAYOS PENALES 14^º

el aumento de penas en el catálogo de delitos, privilegiando el encarcelamiento; la política contra las drogas; la corrupción y la violencia dentro de las cárceles; y, el uso excesivo de la prisión preventiva.

- En las infracciones de mayor frecuencia con las que se identifican a gran parte de la población carcelaria se encuentran aquellos delitos relacionados con drogas.
- El debilitamiento del sistema penitenciario ha sido el resultado del recorte del gasto, la eliminación del Ministerio de Justicia, y la creación del SNAI, todo esto como resultado de la reforma del 2018.
- Ecuador durante los dos últimos años ha estado atravesando una grave crisis penitenciaria, caracterizada por violencia y corrupción dentro de las prisiones.
- Las cárceles ecuatorianas no separan a las personas privadas de libertad por categorías, en virtud de que cuentan con una deficiente infraestructura, misma que no garantiza las necesidades básicas de los privados de libertad.
- El sistema penitenciario no garantiza la salud de la población penitenciaria, principalmente porque no hay suficiente personal capacitado.
- La prisión preventiva ha incidido en el hacinamiento penitenciario en virtud de ser la medida cautelar más utilizada en el proceso penal, invisibilizando así a las demás. Las personas bajo esta medida cautelar, no cuentan con una sentencia condenatoria, siguen manteniendo su estado de inocencia, pero están en las cárceles como si fuesen culpables.
- Desde el 2021 hasta el 2022 se han registrado un total de 11 amotinamientos, con aproximadamente 413 personas privadas de libertad fallecidas en una sucesión de ataques violentos ejecutados por grupos organizados conformados por las mismas personas detenidas.
- Las personas privadas de libertad fallecidas, en su mayoría eran personas jóvenes, algunas se encontraban en prisión preventiva acusadas por la comisión de delitos menores, e incluso algunas de las personas que perdieron la vida en estos sucesos de violencia, contaban con la boleta de excarcelación.
- La situación en las cárceles ecuatorianas ha sido objeto de interés para la elaboración de informes de investigación orientados a demostrar datos relevantes que acercan a la realidad del sistema penitenciario.
- El abuso de la prisión preventiva incide en el hacinamiento carcelario, el hacinamiento incide en la violencia carcelaria.
- La solicitud de prisión preventiva debe estar correctamente fundamentada, y la decisión que conceda esta medida cautelar debe estar correctamente motivada. A falta de uno de estos requisitos, la defensa de la persona procesada está en la obligación de rechazar esta medida cautelar, tanto la solicitud como la decisión que la otorga.
- La prisión preventiva constituye una limitación del derecho a la libertad.
- La prisión preventiva no es la regla general. Debe aplicarse de última ratio, cuando se justifique que es necesaria esta medida cautelar y se compruebe que las demás medidas son insuficientes.
- Ante un ilimitado abuso de la prisión preventiva como medida cautelar, las otras medidas alternativas a la privación de libertad han sido invisibilizadas.
- Es preocupante que la medida cautelar más utilizada sea una que es de última ratio, especialmente cuando el sistema peni-

tencionario está en crisis. No hay necesidad de colapsar al sistema y sus centros con más detenidos, se debe frenar la sobrepoblación carcelaria y consecuentemente el hacinamiento, y esto sería posible si se le diera uso a las demás medidas cautelares que constan en el artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal.

- Mientras más personas entren a las cárceles (sin sentencia), será tarea difícil que las autoridades encargadas del SNAI puedan enfocarse en lograr la rehabilitación social de aquellos que ya cuentan con una sentencia y que están cumpliendo su respectiva pena para en lo posterior reinsertarse en la sociedad.

Bibliografía

- Aguirre Salas, A., León, T., & Ribadenera González, N. S. (2020). Sistema penitenciario y población penalizada durante la Revolución Ciudadana (2007-2017). *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 94-100.
- Asencio Mellado, J. M. (2005). LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL PERÚ. Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- Beccaria, C. (1764). *Dei delitti e delle pene*.
- Carrara, F. (1881). *Immoralità del carcere preventivo*. Opuscoli di Diritto Criminale.
- Carrión Díaz, J. (2016). Manual Auto Instructivo CURSO "PRISIÓN PREVENTIVA". Lima: ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA.
- CIDH . (2022). PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN ECUADOR. Organización de Estados Americanos.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Código Orgánico Integral Penal, COIP. Quito: Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb-2014.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2022). Personas Privadas de Libertad en Ecuador. OEA. Obtenido de https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí: Registro Oficial No. 449, 20 de Octubre 2008.
- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. (1979). Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). San José: Decreto Supremo No. 1883, Registro Oficial 452.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos . (2004). Caso Tibi vs Ecuador. Sentencia de 07 de septiembre del 2004, punto 106. CIDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- De la Jara, E., Chávez Tafur, G., Ravelo , A., Grández, A., Del Valle, Ó., & Sánchez, L. (2013). La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada? Lima: Instituto de Defensa Legal.
- Decreto Legislativo N°957. (2016). Código Procesal Penal . Perú.
- Dei Vecchi, D. (2013). Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. *Revista de Derecho (VALDIVIA)*, 189-217.
- Del Olmo, R. (1979). *Desarrollo histórico de la criminología en América Latina*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Enríquez Rubio Hernández, H. (2012). LA PRISIÓN Reseña Histórica y Conceptual. Universidad de Guanajuato, Departamento de Derecho. División de Derecho Política y Gobierno. Guanajuato:

CIENCIA JURÍDICA.

Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH). (2000). Las cárceles en el Ecuador.

Flores Gómez, G. F. (1994). Nociones de Derecho Positivo Mexicano. México: Porrúa.

Fondevila, G. (noviembre de 2017). Pánico, violencia y crisis en las cárceles de América Latina. (M. Schuster, Entrevistador)

Gálvez Puebla, I. (2015). El carácter expansionista del Derecho Penal. Sus retos y perspectivas para sostener la seguridad jurídica en pos de la seguridad ciudadana. En Las Ciencias Penales y Criminológicas frente al espejo del tiempo (págs. 21-41). La Habana : UNIJURIS.

García Ramírez, S. (1975). La prisión. Porrúa.

Hassemer, W. (1984). Der Strafverteidiger. Untersuchungshaft ist Freiheitsberaubung an einem Unschuldigen .

Kaleidos. (2021). Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador. Udla, Investigación y Vinculación .

Kaleidos. Centro de Etnografía Interdisciplinaria. (2021). Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador. udla. Investigación y Vinculación. Obtenido de <https://www.kaleidos.ec/diagnostico-del-sistema-penitenciario-del-ecuador-2021/>

Kostenwein, E. (2017). La prisión preventiva en plural | Pre-trial detention in plural. Direito & Práxis, 942-973.

Kostenwein, E. R. (2015). Prisión preventiva: entre los medios de comunicación y las autoridades políticas. Direito & Práxis Revista, 06(11), 54-79.

Krauth, S. (2018). La prisión preventiva en el Ecuador. SERIE JUSTICIA Y DEFENSA. Defensoría Pública del Ecuador.

Llobet Rodríguez, J. (2009). LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 114-148.

Llobet Rodríguez, J. (2009). LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO. (I. d. A.C., Ed.) IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.(24), 114-148.

Lopez, O. (9 de mayo de 2022). Decenas de muertos en un motín penitenciario en Ecuador. The New York Times, pág. 2022.

Mir Puig, S. (2006). DERECHO PENAL PARTE GENERAL (Octava ed.). Barcelona: Reppertor.

Mora Samaniego, L. G., & Zamora Vázquez, A. F. (Agosto de 2020). La inadecuada aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva en el Ecuador. Polo del Conocimiento, 5(08), 250-268.

Morillas Cueva, L. (marzo de 2016). REFLEXIONES SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA. ANALES de DERECHO, 1-38. Obtenido de <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/252111/193081>

Muñoz Conde, F., & Moreno Catena, V. (1980). La prisión provisional en el Derecho español. La reforma penal y penitenciaria. Santiago de Compostela.

Neyra Flores, J. A. (2011). PRISIÓN PREVENTIVA: APORTES PARA CONTAR CON MEJORES MÉTODOS DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN DE CALIDAD. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Gaceta Jurídica. Perú: Manual del Código Procesal Penal. Obtenido de <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3129/prisionpreventiva.pdf>

Núñez Vega, J. (2006). La crisis del sistema penitenciario en Ecuador. Flacso Sede Ecuador, 4-9.

Paladines, J. V. (2016). Cárcel y drogas en Ecuador: el castigo de los más débiles. Pensamiento penal.

Panhispánico. (2022). Diccionario panhispánico del español jurídico. Obtenido de [dpej.rae.es: https://dpej.rae.es/lema/da-mihi-factum-dabo-tibi-ius#:~:text=Gral.,tribunal%20conoce%20el%20derecho%](https://dpej.rae.es/lema/da-mihi-factum-dabo-tibi-ius#:~:text=Gral.,tribunal%20conoce%20el%20derecho%27)

Pásara, L. (2013). La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Análisis comparativo. Obtenido de https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140508_01.pdf

Pazmiño Granizo, E. (2018). Presentación . En S. Krauth, La prisión preventiva en el Ecuador. Quito: Defensoría Pública del Ecuador.

Primicias. (18 de Noviembre de 2022). Once masacres carcelarias y 413 presos asesinados en 21 meses. Obtenido de <https://www.primicias.ec/noticias/en-exclusiva/carceles-nueve-masacres-victimas-ecuador/>

Real Academia Española. (2022). dle.rae. Obtenido de Real Academia Española, significado de indicio: <https://dle.rae.es/indicio>

Real Academia Española. (2022). dle.rae.es. Obtenido de REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, significado de motivar: <https://dle.rae.es/motivar>

Real Academia Española. (2022). dle.rae.es. Obtenido de REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, significado de fundamentar: <https://dle.rae.es/fundamentar>

Real Academia Española. (2022). rae.es . Obtenido de <https://www.rae.es/>

Romero G., E. (10 de mayo de 2022). actualidad.rt.com. Obtenido de Más de 400 muertos en las cárceles de Ecuador desde 2020: ¿qué hay detrás de la crisis penitenciaria?: <https://actualidad.rt.com/actualidad/429368-ecuador-aumenta-muertos-motines-carcelarios>

Sandoval Huertas, E. (1982). Penología, Parte General. Universidad de Colombia.

Speckman, E. (2002). Crimen y Castigo. México: Colegio de México Centro de Estudios Históricos de la Unam.

Zalamea León, D. (2016). REPORTE DEL ESTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ECUADOR.

Zavala Baquerizo, J. (2005). Tratado de Derecho Procesal Penal. Guayaquil: Edino.



Gaceta
Judicial

