

# **Temas Penales**



Gladys Terán Sierra  
Editora

# Temas Penales



CORTE NACIONAL DE  
**JUSTICIA**  
*Verdad, Seguridad y Paz*  
*Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta*

Julio 2016

*Corte Nacional de Justicia*

*Temas Penales. Primera edición, julio 2016. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2016.  
396p.: 17cm x 23cm*

*Derecho de autor: 04-93-09*

*ISBN: 978-9942-22-062-2*

*1. Temas penales. Ecuador. Corte Nacional de Justicia.*

*CDD ab.14 347 R42514t*

*Catalogación en la fuente: Biblioteca Corte Nacional de Justicia*

## Corte Nacional de Justicia

**Dr. Carlos Ramírez Romero**

*Presidente de la Corte Nacional de Justicia*

### Editora      Autores

Gladys Terán Sierra

Galo Chiriboga Zambrano

Roxana Arroyo Vargas

### Comité editorial

Julián Sánchez Melgar

Carlos Ramírez Romero

Gladys Terán Sierra

Juan Montaña Pinto

Felipe Rodríguez Moreno

Gladys Terán Sierra

Carlos Künsemüller Loebenfelder

Cynthia Guerrero Mosquera

Jorge Blum Carcelén

Ana María Crespo Santos

José Cordero Acosta

Oscar Eduardo Bermúdez Coronel

Ernesto Pazmiño Granizo

María Paulina Aguirre Suárez

María del Carmen Espinosa Valdivieso

### Diseño y diagramación

Javier Leiva Espinoza

### Coordinación

Marco Tello S.

Juan Montaña Pinto

### Impresión

Revisión de Estilo

Jefatura de Biblioteca,

Juan Montaña Pinto

Gaceta y Museo de la CNJ

Marco Tello S.

Primera edición, julio 2016

Quito, Ecuador

# Índice

<b>Introducción</b>	<b>7</b>
Algunas consideraciones sobre el sistema penal ecuatoriano <i>Gladys Terán Sierra</i>	
<b>Primera parte</b>	<b>19</b>
Nuevas Conductas Punibles	
La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador <i>Galo Chiriboga Zambrano</i>	21
Consideraciones generales acerca del femicidio/feminicidio como delito autónomo y su contexto <i>Roxana Arroyo Vargas</i>	53
El principio de jurisdicción universal en la jurisprudencia española y su aplicación en diversos delitos en particular <i>Julián Sánchez Melgar</i>	87
<b>Segunda parte</b>	<b>119</b>
El Proceso Penal	
La víctima y su tratamiento en el Código Orgánico Integral Penal <i>Gladys Terán Sierra</i>	121
Medidas de protección, víctima y victimización terciaria <i>Felipe Rodríguez Moreno</i>	173

Los sistemas procesales penales vigentes en Chile <i>Carlos Künsemüller Loebenfelder</i>	207
<b>Tercera parte</b>	241
Constitucionalización del Proceso Penal	
La Constitucionalización del Proceso Penal <i>Jorge Blum Carcelén</i>	243
Una nueva visión de la casación penal desde la Teoría de la Impugnación: la casación penal y el principio de doble conforme <i>José Cordero Acosta</i>	301
Los principios constitucionales de proceso penal y la defensoría pública <i>Ernesto Pazmiño Granizo</i>	357

Temas Penales

# Introducción





## **Algunas consideraciones sobre el sistema penal ecuatoriano**

***Gladys Terán Sierra***

*Presidenta de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar,  
Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia*

Los integrantes de toda comunidad nos encontramos relacionados unos a otros por una cultura común y por criterios compartidos que históricamente han desarrollado nuestra identidad y nos han dado un sentido de pertenencia a determinado espacio vital. Con nuestra conducta mantenemos nuestra libertad, reflejada en la individual forma de enfrentar la vida, visible en nuestras actividades diarias. El Derecho tiene como finalidad normar aquellas actividades, en busca de la armonía, la seguridad, la justicia y la paz, y para ello, a lo largo del tiempo se ha ido adaptando a la realidad de cada sociedad, de cada Nación, de cada Estado, cuyas autoridades tienen la potestad de establecer las normas que lo regulan y entre éstas se encuentran algunas que describen ciertas conductas que en esa sociedad se entienden lesivas a bienes jurídicos

individuales o colectivos, y se las sanciona, y de ello, en pocas palabras, se encarga el Derecho Penal.

El Derecho Penal, tiene su origen en el momento mismo que esta interrelación se dio. Ciertamente es que en épocas primitivas encontramos más un cúmulo de prohibiciones y castigos violentos, que una ciencia penal como tal, empero, la noción que tenemos de ella la hallamos cuando observamos que en un principio, al momento en que se establecieron ciertas normas, igualmente se fijaron impedimentos y reprimendas a determinadas acciones, todo ello fundamentado en tabúes, en la magia y en las creencias religiosas. La conducta lesiva al interés del otro era castigada con la venganza, posteriormente los límites a aquella los encontramos en los Códigos de Hammurabi, y de Manú, el Zend Avesta, la Ley de Moisés o Mosaica y la Ley de las XII Tablas, donde ya existe una idea de proporcionalidad entre el daño sufrido y la pena, se empieza a equiparar la ley con la justicia, y se generan los primitivos conceptos del delito, la intención y el caso fortuito y se reconoce a la compensación. Posteriormente el Derecho Romano desarrolla la justicia a la que los griegos ya entendían como una virtud propia del ámbito político; es decir, de las autoridades, del juez; se hace propia la conexión entre la idea de justicia y el cumplimiento de la ley.

Luego de una larga etapa de oscurantismo, caracterizada por la fuerza y arbitrariedad de la justicia asimilada a un dogma divino, y la confusión entre el delito y el pecado, en el siglo XVIII el Derecho Penal se humaniza, se institucionaliza, se moderan las penas, John Howard y Cesare Beccaria, en un contexto de pensamiento liberal y humanista, plantean por

un lado la problemática de la población carcelaria y por otro la necesidad de otorgar garantías humanas y jurídicas a los procesados así como la necesidad de imponer límites al poder punitivo del Estado. A raíz de aquel momento, conocido como de iluminismo jurídico, se fueron estructurando verdaderas corrientes que dieron origen a diversas escuelas penales que han entendido, a su cuenta, al delito como entidad jurídica o como un fenómeno natural y humano, han mirado a la pena desde diferente óptica, al igual que al dolo, a la tipicidad, a la culpabilidad, a la proporcionalidad, a la política criminal, en fin posiciones y debates que han ido dando forma y fundamento al finalismo, al funcionalismo, al abolicionalismo y al garantismo, como modernas formas de pensamiento penal.

Como vemos, bastaría decir que el nacimiento del Derecho Penal viene de la mano con el nacimiento mismo del Derecho, que no es más que el de la propia sociedad y la noción que tenemos de ella, donde el individuo se desprende de parte de su libertad y la entrega a quienes velaran por la pacífica convivencia entre iguales. Empero, debemos hacer hincapié en que el desarrollo de la ciencia penal, como la del Derecho en sí, está dado por la capacidad de adaptación de sus instituciones al momento histórico en que se desenvuelve la sociedad, y de cómo esta se encuentra organizada, a los valores y principios que la condicionan, y por ende a ellos está ligada la significancia de los conceptos que trae el Derecho Penal Romano, el Germánico, el Canónico, los propios del absolutismo, o los de la ilustración, del iluminismo jurídico o los adaptados por las diferentes escuelas penales. Todas estas ideas, en su oportunidad, han sido promovidas y asumidas por cada organización social, entre ellas los estados, y

de éstos también el Ecuador, que en la actualidad cuenta con un sistema penal vigente, que trata de encontrar sintonía con las corrientes del pensamiento penal contemporáneo, y está en permanente construcción y desarrollo por intermedio de sus leyes, su jurisprudencia y con el aporte de la doctrina.

Sostener que el sistema penal ecuatoriano históricamente ha mantenido una unidad sistemática con tal o cual corriente jurídica determinada, resulta utópico, pues nuestra realidad, como ocurre en toda la región, dista mucho de aquel ideal; los argumentos que se han dado para buscar entender esa carencia son múltiples, y quizás se resumen en aspectos sociológicos y políticos propios de los Estados multidiversos como el nuestro. Ya desde la colonia encontramos que en nuestras tierras, por un lado se mantenía vigente el sistema predominante en Europa, de rasgos canónicos, caracterizado por la severidad de sus procedimientos y penas, y por otro regían para los americanos las Leyes de Indias. Ya en la República continuaban vigentes las leyes españolas hasta que nuestros legisladores dictaran las suyas propias. Los Códigos Penales de 1837 y 1872, teóricamente se posicionan con la escuela clásica, pero en realidad mantienen viejas instituciones penales. Cuando se vivía el proceso revolucionario liberal, con el Código de 1906 se abolió la pena de muerte y los delitos religiosos, más estas innovaciones se sumaron a las ideas clásicas. El Código de 1938, actualizó algunas instituciones penales, pero mantuvo un esquema clásico, lo que provocó nuevamente falta de coherencia. Sobre este cuerpo normativo se hicieron un sinnúmero de reformas contenidas en diferentes codificaciones, la de 1953, 1960 y 1971, a la cual se incorporaron más reformas que dieron como

resultado un “Código” completamente incongruente obsoleto, desordenado y asistemático, lo que sin lugar a dudas derivaba en inseguridad jurídica y debilitamiento de la administración de justicia como órgano transversal dentro de la institucionalidad del Estado.

La codificación de 1971 fue derogada con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el año 2014. Es evidente cual fue el principal reto al construir el COIP: buscar coherencia, coordinación y proporcionalidad entre la parte adjetiva, la sustantiva y la ejecutiva penal, con la finalidad de que este nuevo cuerpo normativo no sólo resulte efectivo sino también legítimo. Para ello se trató de realizar una reflexión teórica, y así se adaptaron las disposiciones jurídico-penales a los mandatos constitucionales, en coherencia a los compromisos internacionales adquiridos por el Ecuador. En lo procesal se mantuvo el sistema acusatorio oral, que entró en vigencia a partir del año 2010 con el ya derogado Código de Procedimiento Penal. El resultado es una codificación, que indudablemente ha significado un gran avance, es un documento amplio, en el que se articularon la teoría y la práctica, es decir la parte sustantiva y la adjetiva penal, como dos caras de la misma moneda, sumándose a esta unidad la ejecución de penas.

Ahora bien, habíamos dicho que el Derecho Penal se adapta a la realidad social y política de cada organización social en un momento histórico determinado, y hemos enunciado también que el nuevo sistema penal ecuatoriano se configuró al amparo de los preceptos contenidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de

Derechos Humanos. Resulta fundamental entonces, entender que el proceso constituyente que se dio en el cantón Montecristi en el año 2008, tuvo su génesis en la penosa situación en la que se desenvolvía la sociedad ecuatoriana en los años noventa, el derrumbamiento del sistema financiero nacional en complicidad con un modelo político y económico anacrónico, provocaron el colapso de toda la institucionalidad, entre ellas parte de la estructura de justicia, pues un disfuncional ordenamiento jurídico resultó en la inacción de los diferentes organismos de control. De todo ello, las principales víctimas fueron la población en situación más vulnerable, y de ahí que millones de ecuatorianos tuvieron que emigrar al exterior.

La instalación de la Asamblea Constituyente, fue muy singular, se caracterizó por ser un proceso impulsado por los movimientos sociales, tradicionalmente excluidos como son los colectivos indígenas, los feministas, de lucha de género, los ambientalistas, de migrantes, etc. Su resultado es la Constitución de la República, la cual determina que en el Ecuador todos los poderes y autoridades de cualquier índole, se encuentran sometidos a la Constitución, y son garantes del cumplimiento de los derechos y garantías que cobijan a las y los ciudadanos, pero en este modelo de Estado constitucional, los jueces y las juezas son los principales custodios de aquellos mandatos. Siguiendo con ese contexto, el Estado ecuatoriano, tiene la obligación de desarrollar progresivamente los preceptos constitucionales, a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. En apego con aquel mandato, el legislador al promulgar el COIP, ha denotado principal interés en diferentes áreas con el fin de adecuar el sistema penal al contenido constitucional, así por ejemplo:

En lo referente a la protección de los derechos humanos, las conductas que los violenten se las considera punibles, por ello se ha incorporado el catálogo de delitos contra el derecho internacional humanitario, tanto el genocidio, el etnocidio, el exterminio, la esclavitud, la deportación o traslado forzoso, la desaparición forzada, la ejecución extrajudicial, la persecución, el apartheid, la agresión, son conceptualizados y penados, y en el ámbito procesal se reconoce a la justicia universal como un mecanismo eficaz en procura de evitar la impunidad de aquellos crímenes. De igual forma, en desarrollo de los preceptos constitucionales se impulsa la protección de los derechos de las personas en especial estado de vulnerabilidad, entre ellas las mujeres, por ende, al ser evidente que la violencia contra ésta existe de forma transversal en todas las estructuras de la sociedad ecuatoriana, la tipificación del femicidio como delito autónomo resultó fundamental. Constitucionalmente el migrante también forma parte de un grupo de atención prioritaria y siendo la migración un derecho, el legislador crea normas que describen conductas que lo violentan y para esta tarea se han usado los parámetros desarrollados en la norma supranacional. La protección que da el Estado a los niños, niñas, adultos mayores y mujeres embarazadas, se ve materializada con la incorporación del tipo penal de abandono de personas.

Nuestra Constitución reconoce los derechos de la naturaleza, lo que representa un importante cambio hacia una concepción biocéntrica, pues se sostiene que más allá de la dignidad humana como sustento de los derechos y garantías, todo ser vivo tiene valor en sí mismo, y debe ser tratado dignamente. En respeto a esta nueva concepción el legislador

por intermedio del COIP desarrolla también un listado de delitos contra la naturaleza.

Igualmente se han incorporado conceptos propios de las nuevas formas de criminalidad, como es la responsabilidad penal de las personas jurídicas, o en relativo a los delitos contra la administración pública, enriquecimiento ilícito y delitos financieros y se tiene una nueva descripción que sanciona de forma diferente los delitos relacionados con el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Se afianza, además, el procedimiento penal acusatorio, el juez ocupa una posición de garante de los derechos de las partes, usan para ello, las herramientas constitucionales y es director del juicio oral; igualmente se articulan las funciones de la Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado en el desarrollo del proceso penal. Especial trato tiene la víctima, se le ha dado la calidad de sujeto procesal, se previene su revictimización y se reconoce la reparación integral, y para velar por esos y otros derechos se han establecido algunas normas entre las que resaltan el régimen de medidas cautelares y de protección. Siguiendo en el campo adjetivo, encontramos métodos alternativos y especiales para la solución de conflictos como es la conciliación, por una parte, y el procedimiento expedito, el directo, el abreviado y la acción privada por otra. La justicia es entendida como el fin del proceso penal, y para ello la sujeción a la legalidad, a la proporcionalidad, al principio de inocencia, al indubio pro reo, a la igualdad, a la imparcialidad del juzgador, a la oralidad, a la concentración, al contradictorio, a la inmediación, a la motivación, a la celeridad, a la economía procesal, a la mínima intervención penal; en fin, a todos



aquellos principios que guían al sistema penal acusatorio y que, más aún muchos de ellos constitucionalmente forman parte del debido proceso, resultan fundamentales en aras de la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva.

Como lógica consecuencia de la entrada en vigencia del COIP, se ha generado una amplia discusión y debate a nivel nacional por sobre sus bondades y desventajas, sus aciertos, sus posibles inexactitudes o inconsistencias, su apego o no a la realidad ecuatoriana y andina, sus avances y sus retos. Corresponde a la Corte Nacional de Justicia, como máximo organismo de administración de justicia ordinaria del país, en uso de sus facultades constitucionales, por intermedio de sus fallos de casación y revisión, de su jurisprudencia obligatoria y sus resoluciones con fuerza de ley, unifica y encamina al nuevo sistema penal ecuatoriano. Pero a más de esta fundamental tarea, es imperiosa la necesidad de construir espacios de debate con relación a los temas contenidos en el COIP, y hacerlos públicos por medio de diferentes actividades académicas, puesto que las instituciones contenidas en este cuerpo normativo resultan perfectibles, y como todo en el Derecho, se desarrollan conforme a la realidad en que se desenvuelve la sociedad, por ende la discusión resulta necesaria y tiene absoluta vigencia.

Con la obra, “Temas Penales”, la Corte Nacional de Justicia inaugura la línea editorial “Estudios de Derecho Penal y Criminología”. En esta primera oportunidad se han reunido una serie de ensayos de distinguidos juristas que abarcan algunas de las temáticas aquí expuestas tanto en lo sustantivo y adjetivo, y en relación a la constitucionalización del proceso

penal. Los análisis que ofrecemos a la comunidad del Derecho, están cobijados en la diversidad de criterios, propios de la academia, del ejercicio de la actividad jurisdiccional, de la abogacía o del servicio público, con ello pretendemos aportar a la reflexión crítica sobre nuestro sistema penal, ya que las carencias de éste solo podemos subsanarlas con el aporte de todos quienes lo conocemos y lo hacemos realidad día a día.

Temas Penales

**Primera Parte:**  
**Nuevas Conductas**  
**Punibles**



# La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador

*Galo Chiriboga Zambrano*  
*Fiscal General de Estado*

## **Sumario:**

**1.** Introducción; **2.** El debate sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en los años ochenta; **3.** Incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Orgánico Integral Penal –COIP–; **4.** Sistema de imputación a las personas jurídicas; **5.** La responsabilidad de las personas jurídicas en el espacio del sector financiero; **6.** Bibliografía.



## 1. Introducción

El presente artículo analiza la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un tema controvertido y debatido desde años atrás por la doctrina y que resulta de interés académico particular, pues su investigación y estudio viene dado desde los primeros años de mi incursión en el derecho, cuando en los años 80's defendí mi tesis doctoral titulada “De la responsabilidad de la persona jurídica, de sus gerentes, directores y administradores”, y que a pesar de ser una institución no incluida en la legislación penal ecuatoriana de la época, proponía para entonces, un aporte al debate nacional y la necesidad de su incorporación legislativa; dada principalmente por la enorme influencia de la “empresa” en el orden económico, político y social.

Mi tesis defendía la propuesta de incorporar legislativamente la responsabilidad de las personas jurídicas como una forma de combatir la delincuencia organizada. Hoy en día, después de varias décadas, con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, somos testigos de la renovación de instituciones tradicionales y la creación de nuevas instituciones en el derecho positivo ecuatoriano.

En esta línea, asistimos a la evolución del derecho penal que bajo ninguna circunstancia debe abandonar los principios garantizadores; fundamentales para el desarrollo del derecho penal liberal.

Ahora bien, la concepción de que solo las personas naturales podrían ser imputables ha cambiado ese modelo tradicional que se ha hecho referencia, pues no se puede soslayar

la presencia de las personas jurídicas<sup>1</sup> en diversas actividades vitales de los ciudadanos, así:

“Los entes ideales gestionan la entrega de servicios esenciales, de ellos recibimos notificaciones de pago, envían mails, brindan servicios financieros, pero también pueden dañar el medio ambiente, realizar actos de contrabando, fabricar y distribuir alimentos y medicamentos en mal estado y por ello dañinos para la salud, blanquear capitales, realizar grandes defraudaciones financieras a los ahorristas, producir impactantes maniobras de evasión tributaria, etc.”<sup>2</sup>

Y en este sentido, sucede que las personas jurídicas pueden realizar actividades como estas e incluso con mayor trascendencia y festividad que cuando se comete por las personas naturales en forma individual, pues lo hacen “...con una enorme capacidad para multiplicar los efectos de sus actos e impactar en grandes concentraciones de personas y todo ello pueden realizarlo con cierta presunción de legitimidad que brinda la actuación institucional.”<sup>3</sup>

Las personas jurídicas como empresas y corporaciones o fundaciones; mantienen una estructura organizada lo que significaría cumplir con el carácter organizado de la delincuencia,

<sup>1</sup> El artículo 564 del Código Civil define a la persona jurídica como “...una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.”

<sup>2</sup> Rusconi Maximiliano, *Derecho Penal. Parte General, ediciones Ad-hoc*, segunda edición, 2009, pág. 679,

<sup>3</sup> *Ibidem*, pág. 680.



el cual alude a la comisión de uno o varios delitos a través de grupos de personas que funcionan en espacios integrados y estructuras organizacionales, es decir la participación de varias personas que no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía global y tecnología sofisticada, cuya circunstancia precisamente es la diversidad de formas de violencia, recursos tecnológicos de punta, actuación transnacional, gran poder financiero y alto grado de peligrosidad en la comisión conjunta de estas infracciones.

En este contexto, la responsabilidad de las personas jurídicas se presenta en la serie de tipos penales que se conocen como delincuencia organizada; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada –Convención de Palermo–<sup>4</sup> ha facilitado hacer frente al flagelo de la delincuencia organizada como problema mundial y trata de hacer una definición de sus términos más sensibles, por ejemplo: establece que como “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados... con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material,<sup>5</sup>

Y en este sentido, el Derecho Penal debe ocuparse de la participación de las personas jurídicas y de sus representantes legales que actúan en el marco de sus procesos organizacionales.

<sup>4</sup> Ratificada por la mayoría de los estados miembros de la UNASUR.

<sup>5</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, artículo 2, lit. a, noviembre 2000.

Ya Silvina Bacigalupo, ha afirmado que:

“...el sujeto del derecho penal clásico, no se adecua y resulta insuficiente para responder, desde el Derecho Penal, a la comisión (omisión) de injustos penales en la sociedad moderna. Los ejemplos más frecuentes para esta afirmación se encuentran en numerosas conductas ilícitas realizadas dentro del derecho penal económico, de los delitos ecológicos o de los fraudes de subvenciones en el marco del derecho comunitario, realizados a partir de una organización empresarial, es decir, por una persona jurídica. La distribución de competencias dentro de una organización compleja, como tiene una persona jurídica, impide en la mayoría de los casos imputar el injusto a un sujeto concreto...”<sup>6</sup> para lo cual se hace necesario un modelo de imputación para las personas jurídicas.

A continuación trataré de profundizar ciertos subtemas que considero necesarios para plantear un panorama amplio sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador.

## **2. El debate sobre la responsabilidad de las personas jurídicas durante los años ochenta**

Como antecedente reciente a la década de los 80's, a partir de 1972, año en que empieza la gran explotación petrolera, el proceso de industrialización se intensifica en nuestro país,

<sup>6</sup> Bacigalupo Silvina, *La responsabilidad de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, Pág. 141.

lo cual permitió generar ahorro interno e inversión y por ende un crecimiento de la economía, posteriormente con el aumento de los precios del barril de petróleo la economía se refuerza; lo cual genera grandes cambios en la estructura económica y política.

Los ingresos petroleros dieron lugar a que los gobiernos militares de la época incrementen sus gastos, y producto de un excesivo egreso corriente se causó fuertes desequilibrios fiscales, sin embargo, la capacidad exportadora del país y al fácil acceso al mercado financiero internacional venía salvando de alguna forma la economía nacional acompañado de un acelerado endeudamiento externo tanto público como privado.

Ello generó una inversión privada creciente y la acumulación de recursos en el sector industrial urbano lo que ocasionó también la migración campesina a las ciudades. Este proceso es interrumpido bruscamente en 1982 cuando el Ecuador no puede cumplir con el servicio de la deuda externa y se ve obligado a declararse en mora, que junto con otros fenómenos acumulados dan origen a la crisis económica de los ochenta, sus consecuencias fueron graves.

Luego se ejecutaron reformas estructurales, como por ejemplo, en el sector privado se buscó mejorar la competitividad de nuestros productos en el mercado internacional, lo que provocó que incluso el Estado asuma la deuda del sector privado y la transfiera a la del sector público; complicando aún más la ya difícil situación de la deuda pública externa. Por tanto, el ambiente general durante los años ochenta es de crisis económica.

En este contexto, en donde las empresas y corporaciones son actores principales, en el ámbito penal, se escuchaban tesis tanto negativas como afirmativas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues ya se ocasionaban y se vislumbraba posibles lesiones y daños a bienes jurídicos. Entre las tesis más sobresalientes, que fueron expuestas en mi trabajo doctoral, constan las siguientes:

Como tesis negativa, doctrinarios como Jiménez de Asúa mencionaban lo siguiente: “Si se quiere responsabilizar a una organización o a un partido, se tropieza con la responsabilidad que hay en las leyes de casi todos los pueblos, solo se la dirigen en contra de la persona humana y no puede alcanzar a la persona jurídica”<sup>7</sup>.

Bajo esta perspectiva, la escuela positivista, que recurre al método experimental, consideraba al delito como un fenómeno humano que afecta a la sociedad y no ente jurídico o una creación de la ley y que su gravedad depende no del daño que se causa, sino de la peligrosidad de su agente, pues el delito es influido por factores biológicos, cósmicos y sociales, pero también por la índole particular del agente.

La escuela correccionalista consideraba que el delincuente es un enfermo cuya expresión patológica es el crimen y los castigos constituyen la medicina que debe aplicar la autoridad para impedir que se propague el mal.

<sup>7</sup> El criminalista, pág. 287.

La escuela pragmática consideraba que el delito no siempre constituye un ataque contra el grupo social, sino que, más frecuentemente, una expresión de sus defectos y lo que importa no es suprimir los delitos sino las causas que los engendraron. Concibe al delincuente como un hombre capaz de enmienda.

La escuela humanista consideraba que el delito es una violación de los sentimientos morales y de la moral social, declara que solo pueden ser considerados culpables quienes resulten educables por medio de la pena.

La escuela del idealismo activista y sus representantes Maggiore y Spirito parten de la base de que el espíritu se expresa mediante realidades, y que todo lo real en el actuar humano es espiritual, todo hombre que actúa lo hace espiritualmente y por esa razón, o sea por su acto le pertenece con absoluta exclusividad, debe responder por él.

Para Ortolán la única persona, que reúne los requisitos para ser responsable de un delito es el hombre, por cuanto él es capaz de ser imputable, ya que, puede conocer lo que es justo y lo que es injusto y además posee libertad para decidir sus acciones. Frente a la responsabilidad de las personas jurídicas dice:

Los seres jurídicos o colectivos como el Estado, las municipalidades, los establecimientos públicos, hospicios, corporaciones, o asociaciones organizadas en personas civiles, pueden muy bien, en ciertos casos, ser obligados a reparaciones civiles, pero no pueden jamás, en principio racional, ser agentes penalmente responsables de delitos. La responsabilidad penal es

individual y pesa exclusivamente sobre cada uno de los que personalmente han tomado parte en el delito, excepto con respecto a los seres jurídicos...

De ahí que, estas son las corrientes y escuelas que se mostraban contrarias a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que predominaban durante los años ochenta, fundamentos doctrinarios que tienen que ver con lo que mencionaba Hippel: “la responsabilidad penal de las personas jurídicas ataca el principio de la personalidad de las penas...” en consonancia con lo que sostiene Finger: “no se puede hablar de penas a la corporación pues la pena más importante, que es la privación de la libertad no puede serle aplicable.”

Sin embargo, también existían tesis afirmativas, cuya rai-gambre histórica fueron las legislaciones antiguas como el derecho germano y el viejo derecho francés, pues la responsabilidad colectiva era muy frecuente en el antiguo derecho. El Código de Hammurabi, la más antigua ley conocida, acoge la responsabilidad colectiva para determinados delitos. Grecia reprimía algunos delitos colectivos, no así Roma que rechazó esta figura y aquellos actos que desde el punto de vista patrimonial se consideraban propios de corporaciones, desde el ámbito penal se concebía como actos particulares que habían obrado en común y por tanto la pena a imponerse recaía completamente sobre todos estos.

Para los germanos la responsabilidad colectiva se efectivizaba cuando la población dividida en grupos, ligados por una responsabilidad recíproca, debían entregar al criminal responsable del delito o en su defecto quedaban obligados al pago de una cantidad pecuniaria.

En la edad media la responsabilidad colectiva existió en muchos países, por ejemplo en España en varios fueros como el de León, Nágera, Navarra, etc. Hay que anotar además que en estos tiempos el derecho canónico empleó como arma la institución denominada *interdictum locale* que se refería a todo un estado, diócesis o ciudad.

En cambio, como tesis afirmativas, encontramos: la teoría de la voluntad sostenía que las personas jurídicas no son seres ficticios sino personas reales dotadas de conciencia y voluntad propia, distinta e independiente a la de los asociados, y en esta línea, Zitelman mencionaba:

Así como el cuerpo humano es cosa distinta de una mera adición de hidrógeno, oxígeno y azoe de huesos, carne y sangre, puesto que hay un principio de unidad resultante de una fuerza desconocida en su esencia, pero perceptible en sus efectos, que se llama vida, así también en la asociación hay algo más que la mera adición de los asociados, pues nace un nuevo ser real que tiene una voluntad independiente de la de aquellos.

Otra tesis, afirmaba que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ataca el principio jurídico de la personalidad de las penas, sino por el contrario, lo afirma ya que si el hecho culpable ha sido un acto corporativo, la pena que se impone a la corporación es justa respecto a los miembros que han participado en el acto criminal, y es también justa respecto a los que no han intervenido, puesto que está en la naturaleza de todo organismo social que sus miembros soporten el bien y el mal.

En esta línea, los finalistas también mantienen su tesis de la posibilidad de aplicar penas a las asociaciones, incluso como la pena de muerte mediante la disolución, y sobre todo, las pecuniarias.

Entre las tesis afirmativas, cabe resaltar aquella de la escuela *jus filosófica*, que tiene como sustento los argumentos expuestos en sentencia de 20 de diciembre de 1944 de la Corte Suprema de Argentina en la que se determinaba la condena al pago de una multa a la Dirección General de Hospitales de Santiago del Estero; motivada por ciertas ordenanzas aduaneras que hacían posible la imposición de sanciones penales y pecuniarias a las personas jurídicas. Así también se mencionaba que dichas normas no se aplican ni a las personas jurídicas con fines políticos, ni a los órganos de la administración pública.

Bajo esta perspectiva, Aftalion justificaba la responsabilidad de las personas jurídicas con argumentos *jus filosóficos* cuando decía que: “nada puede coartar la posibilidad que tiene el derecho para hacer recaer las consecuencias en quien ha sido agente material de las transgresiones”. En efecto esta perspectiva la posición normativa estimativa de la teoría ecológica del derecho muestra que la cuestión no consiste en preguntar si “es posible” hacer penalmente responsable a las personas jurídicas sino en determinar en cada caso si ello es justo o no.

En vez de tratar el problema como si fuera de naturaleza entitativa, hay que considerarlo como de naturaleza axiológica, y tratarlo con arreglo a los criterios metodológicos que exigen esta clase de cuestiones.



Tenemos entonces que durante los años ochenta, tanto con las tesis negativas como con las afirmativas, se mantenía el cuestionamiento frente a la diferencia entre sanción civil y penal de las personas jurídicas, para lo cual se contaba con un criterio generalizado en cuanto a si la sanción tiene un carácter preventivo, represivo; es sanción penal y si esta sanción es de carácter reparatorio, compensatorio; es civil.

Para ello se tomaba en cuenta los fundamentos de Kelsen cuando mencionaba que la clase de sanción penal es el castigo que priva la vida, la salud, la libertad, la propiedad. Más tarde se hizo una división y apareció entonces la sanción civil conocida con el nombre de daños y perjuicios, privación de la propiedad, privación de la libertad por medio de la fuerza, en reparación o compensación del daño causado ilegalmente. Naturalmente que esta división es en cuanto a los efectos de la sanción, pero si analizamos el origen es el mismo, es decir, la sanción viene del incumplimiento de un deber jurídico, dado el incumplimiento de la prestación, debe ser la sanción. De ahí que, la sanción en esencia constituye un dato de la experiencia jurídica que proviene del incumplimiento de la norma objetiva. Tanto la conducta descrita por la norma que prescriba la sanción civil como penal constituyen un dato jurídico, conducta e interferencia subjetiva; estas participan de la misma esencia, no existen mayores diferencias externas y el matiz diferencial de carácter secundario reside en el propósito que se persigue al determinar prácticamente el resultado de la sanción: compensatorio en unos casos, preventivo, represivo en otros, lo que también es relativo.

En aquel tiempo, ya se concluía que las personas jurídicas son susceptibles de sanción penal, en efecto existían sanciones legales existentes en el ordenamiento jurídico vigente como las de Derecho Penal Administrativo pero que no son aplicables en forma general sino de acuerdo al caso en concreto.

Dichas sanciones son generalmente pecuniarias; de utilidad práctica y facilidad de ejecución como lo son las multas fijas, multas variables, multas diarias, con cuantía limitada o de forma sucesiva. Así también las no pecuniarias y que pueden ser la revocatoria de permisos, licencias o autorizaciones, toma de posesión de establecimientos bancarios o sometidos a las superintendencias de control, liquidación administrativa forzosa, caducidad o suspensión de licencias o permisos, caducidad de contratos, suspensión de personería jurídica, cierre de establecimientos, decomiso de mercaderías, retiro de valores del mercado bursátil, suspensión de la producción de artículos, etc.

Las infracciones administrativas y los delitos usualmente han sido enmarcados como ilícitos, y ambos constituyen manifestaciones del poder punitivo y por tanto ya se confirmaba que no presentan divergencias ontológicas o cualitativas.

Además, de *lege lata* la conclusión no podía ser otra pues los sistemas penales de estos países estaban claramente basados en una responsabilidad penal individual. La ya existente responsabilidad civil y administrativa de empresas o personas jurídicas era, por lo demás, considerada suficiente para controlar las nuevas formas de criminalidad.

Así, se defendía la tesis de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Ecuador para su aplicación y la posibilidad de incorporar legislativamente la figura penal que aportaría la lucha contra la delincuencia organizada, generada por los cambios de estructura económica y política de la época muy a pesar del aforismo *societas delinquere non potest* que dominaba en la doctrina penal de los países con influencia europea-continental la discusión teórica sobre la responsabilidad penal de los entes colectivos.

### **3. Incorporación de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Orgánico Integral Penal -COIP-**

El Código Orgánico Integral Penal incorpora por primera vez en nuestra legislación penal una regulación sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, importante gestación de esta figura en el ordenamiento jurídico interno, generando un debate jurídico en cuanto a sus características específicas.

La legislación nacional opta por un modelo mixto de responsabilidad de las personas físicas de las empresas y de la persona jurídica como tal, con ciertos rasgos de independencia, de tal forma que se puede incurrir en responsabilidad de la persona jurídica sin que concurra de la persona física.

**a. Responsabilidad de las personas físicas de las empresas.** El artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal establece:

En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que con actualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito.

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.

**b. Responsabilidad de la persona jurídica como tal.** El artículo 50 del Código Orgánico Integral Penal establece:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas

han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento.

Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.

Las penas correspondientes, una vez verificada la responsabilidad de las personas jurídicas son las que constan en el artículo 71 del Código Orgánico Integral Penal:

Las penas específicas aplicables a las personas jurídicas, son las siguientes: 1. Multa. 2. Comiso penal. Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, que se reconocen, liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante la o el mismo juzgador de la causa penal. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial. 3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado. 4. Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial 5. Remediación integral de los daños ambientales causados. 6. Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo

del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de recontractación o de reactivación de la persona jurídica. 7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.

De ahí que, la situación legislativa en nuestro país sobre la responsabilidad de las personas jurídicas con relación a los tipos penales diversos ha evolucionado notablemente lo cual ha cuestionado de forma positiva el tradicional principio de la incapacidad de las personas jurídicas para ser penalmente responsable de los delitos.

El COIP representa un paso importante al establecer como se ha visto, en forma sistemática las penas de los delitos en los que incurrirían las personas jurídicas con el catálogo exclusivo para aplicarse en forma directa.

#### 4. Sistema de imputación a las personas jurídicas:

**a. De la capacidad de acción.-** Ya lo hemos mencionado el debate dogmático de décadas anteriores, generado al sostener que las personas jurídicas no poseen capacidad de acción propia, sino que son las personas naturales con sus acciones las que incurrirían en responsabilidad penal.

Sin embargo, otras escuelas y corrientes dogmáticas han mencionado que las personas ideales si tienen capacidad de acción, del mismo modo que la tienen en el derecho civil, administrativo como para la celebración de contratos entre particulares y con el Estado mismo y que por tanto no se puede

sostener su capacidad únicamente en determinadas áreas del derecho sino que debe reconocerse en todas como lo es en el Derecho Penal.

Rusconi dice al respecto:

...es preciso abandonar cualquier intento de diseñar el sistema de imputación sobre bases causales, ónticas o naturales. No es posible explicar el modelo de responsabilidad de las personas ideales de la mano de las viejas pretensiones de las ciencias físicas en la teoría del ilícito. Sin embargo, no deberíamos creer que este abandono se debe en forma exclusiva a los requerimientos del problema político-criminal de las responsabilidades de las personas ideales; no hace falta recordar la vigencia en los últimos cincuenta años..., en donde todas las dadas físicas –o casi todas–, el autor o la nitidez empírica de su injerencia han perdido, quizás para siempre, un protagonismo reconocible... El desdibujamiento de las colaboraciones puramente físicas en el ilícito, acarrea, como lógica consecuencia, un debilitamiento del autor, identificable como un agente que ha puesto en el mundo real una condición pura para la producción del resultado. En este sentido las personas jurídicas estarían tan sometidas a una decisión normativa de atribución como las personas físicas.

Con ello se estaría ratificando doctrinariamente lo que nuestra legislación ha establecido, que el concepto de acción de la persona ideal es jurídico, toda vez que fue sometido a la decisión del legislador y plasmado en el texto normativo penal. En este sentido, Mir Puig advierte que las respuestas sobre la capacidad de acción en el derecho privado y penal

difieren y por ende se opera efectivamente con un concepto de acción jurídico y por tanto hasta modificable por medio de reformas desde la misma ley penal. Es preciso nuevamente citar a Rusconi cuando menciona que:

...no se trata de saber si las personas jurídicas tienen una capacidad de acción real, identificable en el mundo físico, sino de averiguar si es legítimo imputarles las acciones realizadas por quienes, indudablemente, si la tienen y actúan en su representación: sus órganos. Es decir... se trata de una manifestación más de la normativización del ilícito que ya no es causación sino imputación.<sup>8</sup>

Con lo cual se continua apoyando a esta figura penal cuando dice: “Es posible hoy pensar que la propia evolución de la teoría del delito y de sus puntos de partida metodológicos han facilitado el desarrollo de modelos de imputación para ser aplicados en el derecho penal de la empresa...”<sup>9</sup>

**b. De la culpabilidad.-** Desde el punto de vista ya señalado en el ámbito de la acción, el concepto de culpabilidad ya no es ajeno a las personas jurídicas, se piensa incluso que se trata de un parámetro no solo ético sino hasta moral. Gómez Jara Díez hace una equivalencia al concepto de culpabilidad individual, así:

La intrínseca relación que, conforme a la comprensión del derecho penal moderno, existen entre

<sup>8</sup> Rusconi Maximiliano, *Derecho Penal. Parte General, ediciones Ad-hoc*, segunda edición, 2009, pág. 626.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pág. 627



culpabilidad y pena, permite sostener que los fundamentos de la culpabilidad que, en relación con la configuración de la persona en Derecho Penal se han venido estableciendo..., son los mismos que permiten sostener que las penas contra las empresas tienen verdaderamente el sentido de penas. Con otras palabras, en la medida en la que se considere que, conforme al (auto) entendimiento de la sociedad moderna, los fundamentos de la culpabilidad antes esbozados concurren en la organización empresarial, se abre camino para afirmar que se pueden: imponer sanciones sobre la empresa que realmente revistan un carácter de pena.<sup>10</sup>

En esta línea, Rusconi ya nos advierte cuando refiere que:

...hoy ya no sonaría extraña la propuesta de suplantarse el juicio de culpabilidad por criterios de proporcionalidad, que podría ofrecer un límite razonable al *ius puniendi* estatal. Así como la decisión político criminal preferible al momento de diseñar el sistema de imputación penal de las personas físicas reside en mantener la vigencia del aspecto garantista del principio fundamental del libre albedrío, no hay demasiados obstáculos para revisar esa decisión externa cuando se evalúa la conducta de un ente ideal.<sup>11</sup>

De la misma manera nos indica que “...el juicio de culpabilidad puede ser redefinido, como lo propone ahora el derecho comunitario europeo, atendiendo a la comparación del

<sup>10</sup> Marcial Pons, *La culpabilidad penal*, Madrid 2005, pág. 298 y ss.

<sup>11</sup> Rusconi Maximiliano, *Derecho Penal. Parte General*, ediciones Ad-hoc, segunda edición, 2009, pág. 690.

accionar de la empresa con otras del mismo tamaño o importancia económica similar y situación fáctica equivalente...”<sup>12</sup>

Por ende, la culpabilidad opera para las personas jurídicas, es atribuible a empresas y corporaciones que por ejemplo causan daños ambientales, financieros, etc. Y que justificada además por la protección jurídica de ciertos bienes que los diferentes tipos penales encierran.

**c. De la punibilidad.-** Esta última categoría, de la pena como consecuencia jurídica del cometimiento de un delito se manifiesta expresamente en el Código Orgánico Integral Penal con un catálogo de penas propio para las personas jurídicas, que tienen su fundamento en decisiones político criminales y que no son más que la legitimación del poder punitivo del Estado en el marco del Estado de Derecho, activado luego de la verificación de un hecho ilícito, típico, antijurídico y culpable.

Bajo esta perspectiva Rusconi ha indicado que:

...se trata de riesgos esencialmente vinculados a la actividad empresarial que se manifiesta solo a través de los –efectos mediatos de la punición de la corporación–... sin embargo, es indudable que la intervención del derecho penal en el control de la actividad ilícita del ente ideal generara algún daño, allí donde no es deseable político-criminalmente... Solo es posible a simple vista perfeccionar el sistema de reacciones penales

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág. 691.

buscando reducir el impacto de violencia, tender a la reparación del daño y limitar al máximo los efectos no deseados de la sanción. Sin embargo, esta búsqueda le corresponde a todo el sistema penal, no es patrimonio exclusivo de las dificultades propias de la sanción de las corporaciones.<sup>13</sup>

De ahí la prevención general como la especial adquieren su eficacia en el mundo económico donde se desarrolla mayormente el accionar de las personas jurídicas.

## **5. La responsabilidad de las personas jurídicas en el espacio del sector financiero**

Este subtema abordará el derecho penal económico del sistema financiero que he considerado importante dado los sucesos que afectaron nuestro país, conductas que generaron cuantiosas pérdidas a los ciudadanos particulares y profundas consecuencias negativas a la economía nacional y que sin duda mantienen una real trascendencia económica.

Para ello, es necesario definir al derecho penal económico como:

...el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico, entendido este como el conjunto de normas penales que sancionan las conductas que atentan gravemente bienes jurídicos importantes

<sup>13</sup> Ibídem, pág. 693,

para el funcionamiento del sistema económico y para el libre desarrollo individual dentro de dicho sistema.<sup>14</sup>

En lo que respecta a los delitos económicos, estos podrían ser definidos como “aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro lo propia existencia y las formas de trabajo de ese orden económico”.<sup>15</sup>

Así también, la infracción financiera, es la que ataca las “Finanzas”, es decir, los recursos pecuniarios, el dinero de las víctimas, que pueden ser privadas o públicas. En el caso específico del sistema monetario y financiero, a continuación los tipos penales que el Código Orgánico Integral Penal –COIP– establece, así:

El artículo 322 sobre el tipo penal de pánico financiero: “La persona que divulgue noticias falsas que causen alarma en la población y provoquen el retiro masivo de los depósitos de cualquier institución del sistema financiero y las de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera, que pongan en peligro la estabilidad o provoquen el cierre definitivo de la institución, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.”

<sup>14</sup> Pariona Arana, Raúl, “Aproximaciones al derecho penal económico: del nacimiento de un nuevo derecho penal a una aproximación crítica”, *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, Lima, Ara, 2005, p. 278.

<sup>15</sup> Rusconi Maximiliano, *Derecho Penal. Parte General*, ediciones Ad-hoc, segunda edición, 2009, pág. 695.

El artículo 323 sobre la captación ilegal de dinero:

La persona que organice, desarrolle y promocióne de forma pública o clandestina, actividades de intermediación financiera sin autorización legal, destinadas a captar ilegalmente dinero del público en forma habitual y masiva, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La persona que realice operaciones cambiarias o monetarias en forma habitual y masiva, sin autorización de la autoridad competente, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

En concordancia con lo que establece el artículo 143 del Código Orgánico y Financiero que se refiere a la actividad financiera:

...actividad financiera es el conjunto de operaciones y servicios que se efectúan entre oferentes, demandantes y usuarios, para facilitar la circulación de dinero y realizar intermediación financiera; tienen entre sus finalidades preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Las actividades financieras son un servicio de orden público, reguladas y controladas por el Estado, que pueden ser prestadas por las entidades que conforman el sistema financiero nacional, previa autorización de los organismos de control, en el marco de la normativa que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Igualmente el artículo 144 del mismo cuerpo legal sobre la autorización para la actividad financiera:

La Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en el ámbito de sus respectivas competencias, autorizarán a las entidades del sistema financiero nacional el ejercicio de actividades financieras. En la autorización indicada, se determinará las operaciones activas, pasivas, contingentes y de servicios financieros que podrán ejercer las entidades, por segmentos, de acuerdo con su objeto social, línea de negocio, especialidades, capacidades y demás requisitos y condiciones que para el efecto establezca la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Las autorizaciones determinadas en este artículo constarán en acto administrativo motivado y serán emitidas previo el cumplimiento de los requisitos determinados en este Código y en las normas expedidas para el efecto. Las autorizaciones podrán ser revocadas por las causas señaladas en el presente Código. Las entidades del sistema financiero nacional, además de esta autorización y antes del inicio de operaciones, deberán obtener del organismo de control el respectivo permiso de funcionamiento, de acuerdo con el trámite que se establezca para el efecto. Solamente las personas jurídicas autorizadas por los respectivos organismos de control podrán utilizar las denominaciones: “banco”, “corporación financiera”, “almacén general de depósito”, “casa de cambio”, “servicios auxiliares del sistema financiero”, “cooperativas de ahorro y crédito”, “asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda” y “cajas centrales” y las demás específicas utilizadas en el presente Código y las normas que dicte la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. No podrán usarse expresiones que por una semejanza fonética o semántica, induzcan a confusión con las anteriores. La superintendencia correspondiente calificará la semejanza.

Dichas entidades del sector financiero son también aquellas extranjeras que establece el artículo 179 del Código Orgánico Monetario y Financiero:

Sucursales y oficinas de representación. Las entidades financieras extranjeras que se propongan establecer sucursales en el Ecuador, para ejercer actividades financieras o constituir oficinas de representación, deberán obtener autorización previa de los organismos de control nacionales. Las sucursales deberán previamente domiciliarse en el Ecuador. Las sucursales de entidades financieras extranjeras y las oficinas de representación estarán sujetas a las regulaciones que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Los acreedores de una entidad financiera extranjera que haya establecido sucursal en el Ecuador no podrán ejercer derechos sobre los activos que la sucursal posea en el país. Las oficinas de representación solo servirán para actuar como centros de información a sus clientes y para efectuar las operaciones señaladas en el artículo 194 numeral 1 literal a) numerales 1 y 3 de este Código.

Otro delito tipificado en el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 324 es la Falsedad de información financiera, que se comete cuando:

La persona que, en su calidad de representante legal, directora, administradora o empleada de una entidad dedicada a la captación habitual y masiva de dinero, proporcione información falsa al público, con el fin de obtener beneficio propio o para terceros, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

En concordancia con el artículo 224 del Código Orgánico Monetario y Financiero que establece sobre la información que debe proporcionar la entidad de control:

Los organismos de control informarán periódicamente al público en general respecto de la situación financiera de las entidades sometidas a su control. Se informará, por lo menos, sobre la estructura financiera, calidad de los activos, incluyendo los resultados generales de la última calificación de sus activos de riesgo, posición de patrimonio técnico e indicadores de solvencia, liquidez, eficiencia y rentabilidad.

Se tipifica de la misma manera en el artículo 326 del Código Orgánico Integral Penal el Descuento indebido de valores:

Las entidades del sistema financiero y las de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera, que sin autorización del organismo público de control respectivo, sin ningún aviso previo o mediante notificaciones tardías, descuenten o recorten valores o dineros de los cuentahabientes y tarjetahabientes, serán sancionadas con multa de diez a veinte salarios básicos unificados del trabajador en general. La persona que como directora, administradora o empleada de estas entidades haya autorizado los descuentos o recortes previstos en el inciso precedente, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Podemos observar que de la lectura de los artículos antes transcritos, bajo el establecimiento de un principio general de responsabilidad penal de las personas jurídicas permite la persecución de tales delitos para evitar la proliferación de la



delincuencia y los riesgos que se generarían en la economía nacional por sus consecuencias.

Los delitos financieros o los comportamientos que atentan contra el sistema financiero constituyen, a no dudarlo, los más claros ejemplos de la delincuencia contra el orden económico social, entendida esta como los comportamientos que lesionan o ponen en peligro la intervención del Estado en la economía. Además, la delincuencia socioeconómica amenaza la estructura del Estado, pues ataca la confianza del público en el sistema financiero, económico y social. Para lo cual es necesario añadir que el objetivo del Derecho Penal es castigar eficazmente todo tipo de delincuencia: tanto los pequeños robos pero sobretodo los grandes delitos financieros.

Por lo expuesto, es preciso mencionar que la relevancia de la participación de las personas jurídicas en el mundo económico contemporáneo no puede ser hoy en día soslayada lo cual plantea nuevos retos de forma significativa en el campo del derecho penal, así se menciona que: “...no parece compatible con tal concepción que la actividad comercial desarrollada por la persona jurídica trascienda la existencia física de sus integrantes. El mundo de los negocios demuestra lo contrario. Los directivos, los socios, etc., desaparecen, permutan, renuncian, pero la sociedad se conserva incólume como ente independiente.”<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Aboso Gustavo Eduardo y otro, *Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2000, pág. 187.

Ahora el desafío en el mundo contemporáneo es debido al cambio de época en el cual la máquina la revolución tecnológica promueve una visión cibernética del mundo. Por ello es que el derecho penal en sintonía con la evolución de los fenómenos económicos, sociales, y políticos debe hacer efectivos sus instrumentos internacionales y locales capaces de defender y proteger los diversos bienes jurídicos de la sociedad.

## 6. Bibliografía

- Aboso, Gustavo Eduardo y otro, *Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2000.
- Bacigalupo Silvina, *La responsabilidad de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.
- Código Civil ecuatoriano.
- Código Orgánico Integral Penal.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, noviembre 2000.
- Jiménez de Asua, *El criminalista*, editorial La Ley, B. Aires, 1945.
- Marcial, Pons, *La culpabilidad penal*, Madrid 2005.
- Pariona Arana, Raúl, *Aproximaciones al derecho penal económico: del nacimiento de un nuevo derecho penal a una aproximación crítica*, Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa, Lima, Ara, 2005.

- Rusconi Maximiliano, *Derecho Penal*. Parte General, ediciones Ad-hoc, segunda edición, 2009.
- Tesis Doctoral. *De la responsabilidad de la persona jurídica, de sus gerentes, directores y administradores*, autor Galo Chiriboga Zambrano, 1981.



# **Consideraciones generales acerca del femicidio/feminicidio como delito autónomo y su contexto**

***Roxana Arroyo Vargas***

*Profesora del Instituto de Altos Estudios Nacionales*

## **Sumario:**

**1.** Introducción; **2.** Reflexiones iniciales sobre el origen del tipo penal; **3.** El acceso a la justicia y la transversalidad del principio de igualdad como garantía de los derechos de las mujeres víctimas de los derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género; **4.** La debida diligencia del Estado y el derecho a vivir una vida libre de violencia en relación al femicidio/feminicidio y/o tentativa; **5.** Bibliografía.



## 1. Introducción

A comienzos del 2014, cuando entró en vigencia el COIP, hubo muchísimos comentarios y críticas sobre diferentes cuestiones, una de las cuales fue el de la conveniencia o no de establecer como delito autónomo el homicidio agravado cuando la víctima sea una mujer y su muerte esté relacionada directa o indirectamente con su condición de mujer y con el ejercicio del poder por parte del o los responsables.

Más allá de consideraciones técnicas, al final, de infinidad de debates y controversias, el legislador ecuatoriano sensibilizado por la situación dramática que viven las mujeres ecuatorianas respecto de la violencia contra ellas, donde según cifras oficiales 6 de cada 10 ecuatorianas ha sufrido algún tipo de violencia de género, asumió el reto, con todas las dificultades de por medio de establecer el femicidio o feminicidio como tipo penal autónomo.

Sin embargo, el debate posterior y sobre todo los resultados preliminares en la aplicación del tipo penal parecen dar la razón a los críticos en el sentido de que el tipo penal tal cual aparece descrito en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal apenas si ha tenido una modestísima aplicación por parte de juezas y jueces del país; y por lo tanto en términos de eficacia jurídica el esfuerzo parece haber caído en saco roto.

El presente artículo es justamente un esfuerzo por argumentar en contrario, y demostrar que las dudas iniciales de las juezas y jueces ecuatorianos a la hora de aplicar la norma

sobre el femicidio tiene que ver más con taras culturales de estirpe androcéntrica antes que con dificultades técnico penales del artículo; más aún cuando, en el contexto de la lucha por los derechos de las mujeres, con todos sus defectos la incorporación del femicidio/feminicidio en la ley penal ecuatoriana es un hito fundamental. Y lo es porque no obstante las dificultades técnicas que implican la prueba del delito tal cual fue redactado por el legislador su sola existencia permite visibilizar el problema social y debatir mecanismos sociales jurídicos y políticos, para avanzar en la erradicación de la violencia, que como se sabe es uno de los elementos fundamentales de la agenda de la igualdad entre mujeres y hombres; pero además es necesario ir construyendo una teoría penal que desde la victimología apoye técnicamente a los juezas y jueces para comenzar a aplicar el tipo penal, ahora que el número de denuncias se ha incrementado sustancialmente.

La tesis central del artículo es que con independencia del *nomen iuris* del delito, o de las complejidades técnicas de la prueba del femicidio, lo esencial del modelo ecuatoriano, es justamente el énfasis que pone en la fase de investigación de la conducta punible, y en ese sentido de la importancia que cobra tener una política pública de investigación robusta y clara desde la fiscalía general del Estado.

Con ese objetivo en mente, y para efectos de probar la hipótesis planteada, el artículo está dividido en varios epígrafes: en el primero hago una serie de reflexiones generales sobre el origen y la importancia del tipo penal femicidio; Un segundo apartado del texto lo dedico a vincular el derecho a la tutela



judicial efectiva y el acceso a la justicia en casos de femicidio con la transversalidad del principio de igualdad como garantía de los derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género. En el siguiente capítulo, que constituye el eje central del artículo, examino la relación que existe entre la debida diligencia del Estado, en términos de investigación y sanción del femicidio y el derecho a vivir una vida libre de violencia como plantea la Constitución ecuatoriana.

## **2. Reflexiones iniciales sobre el origen del tipo penal**

El desarrollo expansivo de los derechos humanos de las mujeres en el escenario mundial responde a las reivindicaciones históricas frente a su negación como sujeto de derechos. Estas luchas han girado al menos en tres ámbitos fundamentales, la igualdad, el derecho a vivir una vida libre de violencia y la autonomía del cuerpo de las mujeres.

Naciones Unidas y los sistemas regionales de protección de derechos humanos han establecido la existencia de dos fenómenos sociales cuyas víctimas son las mujeres en discriminación de género y la violencia contra las mujeres, situaciones que impactan a todas las culturas. Sin embargo esta distinción es más bien académica puesto que la Recomendación 19 sobre la Violencia contra la mujer del Comité de la CEDAW<sup>1</sup>, es clara al establecer la estrecha vinculación entre discriminación y violencia; mientras la Recomendación 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas

<sup>1</sup> A/47/38, 11º período de sesiones, 29/01/1992.

las formas de discriminación contra la mujer<sup>2</sup>, por su parte, establece la profunda interseccionalidad de discriminaciones, que pueden sufrir las mujeres y que deben analizarse en cuanto posibles impactos en las múltiples formas de violencia que atentan contra el principio de igualdad y el derecho a vivir una vida libre de violencia.

En cuanto a la violencia ésta presenta múltiples facetas como son la violencia psicológica, la violencia doméstica, la violación, y diversas formas de violencia propias de cada cultura. Frente a esta realidad, es indudable que en el plano normativo internacional y regional existen hitos importantes, entre ellos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer de 1979<sup>3</sup>, la Conferencia Mundial de Derechos humanos 1993<sup>4</sup>, la Declaración contra la violencia de la ONU<sup>5</sup> y en el ámbito regional la

<sup>2</sup> CEDAW/C/GC/28,16 de diciembre de 2010. 18. La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención y la Recomendación general N° 25.

<sup>3</sup> La Convención fue aprobada en 1979 por la Asamblea General de la ONU, entrando en vigor en septiembre de 1981, 30 días después del depósito del vigésimo instrumento de ratificación.

<sup>4</sup> El 25 de junio de 1993, representantes de 171 Estados aprobaron por consenso el documento

<sup>5</sup> ONU A/RES/48/104/23 de Febrero 1994.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres<sup>6</sup>. Asimismo la importante jurisprudencia existente en este tema de la Corte Interamericana de Justicia y el tratamiento del tema, especialmente la violencia sexual en el Derecho Penal Internacional (Corte Penal Internacional).

Así por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia en el famoso caso González y otras (Campo Algodonero) vs México, sentencia de fecha 16 de noviembre 2009, reafirma lo que pensadoras feministas señalaran sobre la preeminencia en nuestras sociedades de la violencia estructural contra las mujeres y del *continuum* de la violencia. Desde esa perspectiva, la violación, el incesto, el abuso físico y emocional, el acoso sexual, el uso de las mujeres en la pornografía, la explotación sexual, la esterilización o la maternidad forzada, la negligencia contra las niñas, la violencia sexual en contextos de guerra, etc., son todas expresiones distintas de la opresión de las mujeres y no fenómenos inconexos.<sup>7</sup>

En el momento en que cualquiera de estas formas de violencia resulta en la muerte de las mujeres o niñas, ésta se convierte en feminicidio. El feminicidio es “el asesinato misógino

<sup>6</sup> La Convención fue aprobada por consenso en la Asamblea General de la OEA, en junio de 1994. Los únicos países que se abstuvieron fueron Estados Unidos, Canadá y México.

<sup>7</sup> Arroyo Vargas, Roxana. *Violencia estructural de género: una categoría necesaria de análisis para los derechos humanos de las mujeres.*/en/Revista Pensamiento Jurídico Feminista. No.1. 2004 [cidem-ac.org/.../Violencia%20Estructural%20de%20Genero%20contra%](http://cidem-ac.org/.../Violencia%20Estructural%20de%20Genero%20contra%20)

de mujeres cometido por varones”<sup>8</sup>, es por lo tanto, la manifestación más extrema de este *continuum* de violencia.<sup>9</sup>

Si bien es cierto, dicho concepto surge del ámbito anglosajón *femicide*, es en América Latina que los emblemáticos casos de Ciudad Juárez, en Chihuahua y la movilización por parte de las madres y familiares de las víctimas, alcanzan una relevancia nacional, regional y mundial. El no esclarecimiento de estos asesinatos lleva a cuestionar los conceptos jurídicos existentes como homicidio, que no alcanzaban a explicar el fenómeno de las muertes de mujeres y la impunidad existente en la sociedad y el Estado.

En este complejo escenario, surgen normas jurídicas nacionales que responden al marco ético jurídico de los derechos humanos de las mujeres como parte del proceso expansivo del principio de igualdad y no discriminación, el derecho a vivir una vida libre de violencia y colocan en el ámbito del debate público el cuestionamiento a la neutralidad de género de las leyes, y develan como el derecho en estos casos atenta contra el principio de igualdad en el acceso a la justicia.

Este constante debate pone en evidencia la tensión existente, entre un marco jurídico caracterizado por una visión androcéntrica del derecho que refleja los estereotipos y visiones sexistas de la cultura y una emergente cultura jurídica que rompe

<sup>8</sup> H. Russell, D. Harnes, R. *Femicidio: una perspectiva global*. Introducción Lagarde, Marcela. México, 2006. Utilizado por Russell en 1976 ante el Primer Tribunal Internacional de Crímenes contra Mujeres.

<sup>9</sup> Lagarde, Marcela. *Género y feminismo, Desarrollo humano y democracia*. Cuadernos inacabado, Ediciones Horas y Horas, San Cristóbal, Madrid, 1996.

mitos como el de la víctima provocadora, y coloca en su verdadera dimensión el tema de la violencia, como un asunto de poder abusivo y tolerado en las sociedades. Este nuevo marco ético jurídico, desnaturaliza los comportamientos violentos contra los cuerpos de las mujeres, y rompe las explicaciones de estas violaciones como crímenes conocidos como: por honor en oriente o crímenes pasionales en occidente, ubicando estos actos no en la anécdota amorosa, sino en un dato de la realidad que permite dimensionar la problemática existente.

En Latinoamérica la categoría de *femicide* alcanza dos conceptualizaciones: femicidio<sup>10</sup> y feminicidio<sup>11</sup>, que alude a las formas de violencia extrema que pueden conllevar a las muertes de mujeres caracterizadas por la misoginia y la tolerancia expresa o tácita del Estado y sus instituciones frente a estas conductas.<sup>12</sup> Más allá de este debate nominalista, lo real es que se cuenta con legislación que aborda este fenómeno con diferentes tipificaciones, fundamentadas en CEDAW y Belém Do Pará, y que son claras y contundentes al ampliar la responsabilidad estatal y sustentar la debida diligencia de los Estados al respecto.

Por otra parte, a evolución de la legislación relacionado con el derecho a vivir una vida libre de violencia, la no

<sup>10</sup> Carcedo, Ana y Sagot, Montserrat, *femicidio en Costa Rica. 1990-1999*, San José (2000).

Ana Carcedo, (2005). Presentación realizada en Ciudad de Guatemala. Disponible en: [http://amdh.org.mx/mujeres\\_ORIGINAL/menu\\_superior/Feminicidio/5\\_Otros\\_textos/7/capítulosdesglosados/Elementos\\_discusion\\_juridica\\_concepto.pdf](http://amdh.org.mx/mujeres_ORIGINAL/menu_superior/Feminicidio/5_Otros_textos/7/capítulosdesglosados/Elementos_discusion_juridica_concepto.pdf)

<sup>11</sup> Lagarède, Marcela./En/ H. Russell, D., Harnes, R. *Femicidio: una perspectiva global*. México, 2006.

<sup>12</sup> [www.revistas.uchile.cl](http://www.revistas.uchile.cl) <Portada> No. 4 (2008)

discriminación y el principio de igualdad, dio pie a normas que subsumían a las mujeres al ámbito familiar considerándolas sujetos de derechos sólo en tanto formaban parte de un grupo doméstico<sup>13</sup>, desestimando así las mujeres, como principales víctimas y protegiendo a los hombres, a pesar de que estadísticamente son los principales agresores<sup>14</sup>. Se contaba con leyes de acción afirmativa para la familia, pero no de protección directa a las mujeres, este tipo de normas se expresó en dos modalidades: leyes especiales contra la violencia domestica/familiar y tipos penales incluidos en los Códigos Penales.

Posteriormente se logra colocar como sujeto de protección, a las mujeres, que son víctimas, de los diferentes tipos de violencia, sean estos sexuales, emocionales, psicológicos, físicos, patrimoniales. En América Latina se incorpora en las legislaciones penales el femicidio/feminicidio y se avanza hacia una política criminal con perspectiva de género en concordancia con la CEDAW y Belém Do Pará, lográndose profundizar las estrategias de investigación, persecución, sanción, reparación y protección a las víctimas y familiares.

Por lo tanto es claro la existencia dependiendo de los países, de diferencias en lo formal y sustantivo en el tratamiento jurídico del femicidio/feminicidio, que van desde la reformulación

<sup>13</sup> Facio, Alda. *Cuando el género sueña cambios trae* (una metodología para el análisis de género del fenómeno jurídico legal), ILANUD, San José, Costa Rica, 1992.

<sup>14</sup> Arroyo Vargas, Roxana. (2003). *Las Normas sobre violencia contra la mujer y su aplicación*, un análisis comparado para América Central. Aplicabilidad de la normativa sobre violencia contra la mujer en Centroamérica). 1ed, Heredia, Costa Rica, Universidad Nacional, CEM-MUJE-IEM, 2002.

de delitos ya existentes, o la incorporación de tipos penales independientes, hasta la promulgación de leyes especiales de la penalización contra la violencia contra las mujeres o leyes integrales contra la violencia.<sup>15</sup>

En relación a esto es importante destacar que este último desarrollo de la normativa, da origen a leyes que renuncian a la neutralidad de género que suponían estos tipos penales, con el resultado de que se abordan diversas formas de violencia contra las mujeres, se supone por lo tanto una penalización diferenciada de conductas. Los tipos penales y sus alcances jurídicos están marcado por la definición de los elementos del crimen, que pueden estar relacionados a femicidio/femicidio caracterizándolo como tal a la muerte violenta de una mujer cuando existe una relación íntima o de pareja como es el caso de Costa Rica o Chile; pero hay países que además incluyen en el femicidio /femicidio aquella muerte violenta de una mujer producida por extraños. Este es el caso de El Salvador y Nicaragua.

En el caso ecuatoriano el nuevo Código Orgánico Integral Penal COIP<sup>16</sup> en su artículo 141 opta por la segunda alternativa, regulándolo de la siguiente manera: “La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionado con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.” Las

<sup>15</sup> [www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg\\_del\\_femicidio](http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio)

<sup>16</sup> Código Orgánico Integral Penal. Serie Justicia y derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Ecuador, 2014.

circunstancias agravantes están establecidas en el artículo 142 Que se refieren a cuatro supuestos:

1. Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
2. Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.
3. Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos, o cualquier otro familiar de la víctima.
4. El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público.

Como se puede ver, el COIP al referirse al femicidio contempla ambos supuestos: el asesinato por extraños y aquellos que se den por personas conocidas en diferentes ámbitos ampliando los elementos que constituyen el crimen, y tomando en cuenta los diferentes supuesto que se dan mencionados por Russell con excepción del femicidio por conexión:

*Femicidio íntimo.*- Es aquel cometido por hombres con quien la víctima tenía o tuvo una relación íntima, familiar, de convivencia, o afines

*Femicidio no íntimo.*- Cometido por hombres que no tenían o tuvieron una relación íntima, familiar, de convivencia, o afines a éstas de forma frecuente, el femicidio no íntimo involucra el ataque sexual de la víctima.



El COIP sin embargo no contempla el femicidio por conexión que es aquel que ocurre cuando alguien se pone en la línea de fuego, mujeres que fueron asesinadas “en la línea de fuego” de un hombre tratando de matar o maltratar a una mujer. Mujeres parientes, niñas u otras mujeres que trataron de intervenir o que simplemente fueron atrapadas en la acción del femicida.

## **2. El acceso a la justicia y la transversalidad del principio de igualdad como garantía de los derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género**

El derecho al acceso a la justicia que reconoce la Constitución ecuatoriana implica que las mujeres tengan la posibilidad a una adecuada tutela de sus derechos. Pero además es un asunto de fortalecimiento y construcción de las democracias; por lo tanto, la justicia de género es un estándar de medición para el quehacer del Estado.

Entendemos por acceso a la justicia la existencia de facilidades para que todas las personas, sin discriminación<sup>17</sup> alguna, puedan gozar de todos los recursos y servicios que garanticen su seguridad, movilidad, comunicación y comprensión de los servicios judiciales, que, a su vez, garanticen una justicia pronta y cumplida<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> El acceso a la justicia debe ser un servicio público que el Estado debe garantizar a todos y todas los habitantes de su territorio “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole; origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

<sup>18</sup> Relatoría sobre los Derechos de la Mujer. OEA/Ser.L/V/II.Doc68 20 de enero 2007. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas.

Actualmente es considerado el derecho al acceso a la justicia como una norma *jus cogens*<sup>19</sup> que genera la obligación en los Estados de adoptar las medidas necesarias para hacerlo efectivo<sup>20</sup>, en la misma condición se encuentra el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo<sup>21</sup>, constituyéndose ambos en estándares máximos de tutela pro persona<sup>22</sup> en este caso pro mujeres.

Es así, como el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo se convierte en consustancial al derecho al acceso a la justicia, y de ahí se deriva un marco jurídico que establece los derechos que deben garantizar la administración de justicia. Nos referimos, entre otros, al derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser arrestada conforme a los principios de ley, el derecho a la defensa, el derecho a ser

<sup>19</sup> Una norma de *jus cogens* se caracteriza por ser de obligado cumplimiento y no admitir acuerdo en contrario de los Estados. Esto, la diferencia de la costumbre internacional, que tradicionalmente ha requerido del consentimiento de los Estados y permite su alteración mediante tratados. Por el contrario, no cabe que una norma contradiga a otra de *jus cogens*, salvo que también tenga esta naturaleza: en tal caso, la nueva norma reemplazará a la antigua. El reconocimiento de las normas de *jus cogens* implica aceptar cierta jerarquía entre las fuentes del Derecho internacional, jerarquía inexistente en épocas anteriores. Las normas de *jus cogens* recogerían un consenso mínimo sobre valores fundamentales de la comunidad internacional que se impondrían sobre el consentimiento de los Estados individualmente considerados.

<sup>20</sup> Audiencia temática, Barreras para el acceso a la justicia en América Latina ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington DC, 27 de octubre 2008.

<sup>21</sup> Opinión Consultiva OC-18/03. Solicita por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de setiembre de 2003.

<sup>22</sup> Cebada Romero, Alicia. *Los conceptos de obligación Erga Omnes, Jus Cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CID sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales 2002.

juzgada por tribunales competentes, el derecho a un proceso justo, el derecho a ser protegida como víctima, el derecho a no ser revictimizada en el sistema de administración de justicia y el derecho a ser protegida cuando se es testigo de sí mismo. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece una serie de obligaciones para los Estados relacionadas con la función judicial y los derechos de las mujeres, como la de garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a todas las personas que se encuentren en su territorio, que incluye: a) garantizar un debido proceso –para lo cual el Estado debe tomar en cuenta las desigualdades que hay entre ellas debidas al género, la etnia, la edad, la discapacidad, etc.– y b) establecer garantías judiciales que tomen en cuenta las necesidades de todas las personas, que les permitan entre otros: i) ser parte del proceso judicial en condiciones de igualdad, ii) no ser revictimizadas en el proceso judicial, iii) ser aceptadas y protegidas como testigos, iv) participar y comprender el proceso, v) gozar de servicios de administración justos en igualdad, y vi) gozar de información judicial que oriente a la usuaria y facilite la toma de decisiones sin sesgos sexistas.

La necesidad de recursos efectivos como requisito para el acceso a la justicia lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>23</sup> del 10 de diciembre 1948 y posteriormente se desarrolla en los tratados. Es de suma relevancia comprender que el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo se convierte en requisito para garantizar

<sup>23</sup> Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

que los recursos en la realidad lleguen a ser efectivos, como bien lo evidencian sus textos, tales como el del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2, que establece que los Estados se comprometen:

[...] a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto. Sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Reconoce además, el derecho de contar con recursos jurídicos y con una justicia pronta y cumplida en condiciones de igualdad.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala en su artículo segundo, inciso c), el compromiso de los Estados parte a establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los hombres, y a garantizar la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas.

En el Sistema Interamericano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo 13:

Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia

lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer señala en su artículo 7.f) y g), la obligación de establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos, así como el establecimiento de los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

La idea de recursos efectivos puede verse obstaculizada por prácticas o normas inadecuadas. En este sentido, la CIDH señala que la investigación es crucial en casos de violencia contra las mujeres y afirma que “no se puede sobrestimar la importancia de una debida investigación, ya que las fallas a ese respecto suelen impedir u obstaculizar ulteriores esfuerzos tendientes a identificar, procesar y castigar a los responsables”<sup>24</sup>

En relación al femicidio/feminicidio para garantizar el acceso a la justicia se necesita un cambio en el abordaje de los casos, indudablemente se requiere de una mayor especialización

<sup>24</sup> CIDH, *Situación de los derechos humanos de las mujeres en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*. OEA / Ser.L/V/II.117, - Doc 44, 7 de marzo de 2003.

en el levantamiento de la escena del crimen, y un profundo conocimiento de la teoría de género. El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos lo reafirma, especialmente por la doctrina y jurisprudencia que la CoIDH, la cual aporta en lo referente a los femicidios/feminicidios y/o tentativa, estableciendo que, cuando un ataque contra una mujer es motivado por un asunto de discriminación, por el hecho de ser mujer, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, ya que existen dos obligaciones adicionales para resolver estos crímenes: reiterar continuamente la condena de los crímenes por razones de género a la sociedad y para mantener la confianza de la población en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia.

Es claro que los antecedentes de las víctimas son relevantes en esta materia, más allá del hecho o escena del crimen, se debe indagar si existieron amenazas y celos, intimidación, la necesaria verificación de la existencia de ciclos de violencia previos, pueden ser elementos esclarecedores.

Si no hay una adecuada investigación, probablemente no se establecerán los elementos necesarios para la tipificación del delito. Como consecuencia de esto, no se podrá perseguir la verdad procesal y el juez/a no puede dictar la sentencia por femicidio/feminicidio o tentativa, profundizándose la impunidad y por supuesto al no constituirse las responsabilidades las víctimas indirectas y las sobrevivientes, no obtendrán la vindicación de las causas de su muerte y las indirectas la reparación necesaria. Como lo indica la CoIDH:

- i) Es necesario que el personal de la fiscalía y auxiliar que son los primeros estadios que tienen contacto con los casos de violencia, dicten las medidas oportunas y necesarias, se deberá remover todos los obstáculos de *jure* o de *facto* que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y usar todos los medios disponibles para hacer que las investigaciones y procesos judiciales sean expeditos a fin de evitar la repetición de hechos iguales o análogos a los del presente caso;
- ii) la investigación deberá incluir una perspectiva de género; emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cual se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona; realizarse conforme a protocolos y manuales que cumplan con los lineamientos de esta sentencia; proveer regularmente de información a los familiares de las víctimas sobre los avances en la investigación y darles pleno acceso a los expedientes, y realizarse por funcionarios altamente capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género;
- iii) deberá asegurarse que los distintos órganos que participen en el procedimiento de investigación y los procesos judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar las tareas de manera adecuada, independiente e imparcial, y que las personas que participen en la investigación cuenten con las debidas garantías de seguridad, y

iv) los resultados de los procesos deberán ser públicamente divulgados para que la sociedad mexicana conozca los hechos objeto del presente caso.<sup>25</sup>

Es ineludible que el Estado es el que debe conducir eficazmente los procesos penales para identificar, procesar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las mujeres, hoy más que nunca se hace imperativo un cambio en la cultura jurídica.

### **3. La debida diligencia del Estado y el derecho a vivir una vida libre de violencia en relación femicidio/feminicidio y/o tentativa**

Este cambio de la cultura jurídica al introducir nuevos conceptos y en este caso el tipo penal, significó una transformación en la actuación con debida diligencia del Estado en situaciones que impliquen la violencia femicida.<sup>26</sup>

Esta obligación del Estado de actuar en estos temas tienen su antecedente en el Sistema Universal en la Recomendación No. 19 del Comité de la CEDAW (1992), que dice que los Estados deben actuar con la debida diligencia para prevenir la violencia contra la mujer y responder a ella.

<sup>25</sup> *Ibíd*em párr. 455.

<sup>26</sup> García Muñoz, Soledad, *“La obligación de la debida diligencia estatal: una herramienta para la acción por los derechos humanos de las mujeres”*, en: *Separata Aiar* No. 1, editada por la sección Argentina de Amnistía Internacional. Buenos Aires, Argentina, agosto de 2004.



Asimismo, en el apartado c) del artículo 4 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General en 1993, se insta a los Estados a “proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares”. En el Sistema Interamericano, el apartado b) del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará requiere que los Estados actúen “con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.

El Derecho Internacional establece algunos principios, que son fundamentales en el caso de la violencia femicida, y violencia de género, tales como que el Estado no puede delegar su obligación de proceder con la debida diligencia ni siquiera en situaciones en que algunas funciones son asumidas por otro Estado o por un agente no estatal; el principio de no discriminación, que implica que los Estados asumen la obligación de prevenir, investigar, castigar y proporcionar remedios contra la violencia; la buena fe, que consiste en que los Estados adopten medidas positivas para asegurar que los derechos humanos de la mujer se protegen, respetan, promueven y ejercen; la obligación de garantizar que las intervenciones concebidas para prevenir y responder a la violencia contra la mujer se basen en datos empíricos exactos.

Parte de estos datos empíricos los brindan los informes de la Relatora Especial contra la Violencia de las Naciones Unidas, que señala que las mujeres son víctimas de algunas formas universales de abuso, como la violación y la

violencia en el hogar<sup>27</sup>. En estos informes se establece que la violación es el acto violento y degradante definitivo de violencia social y constituye “una invasión de las partes más privadas e íntimas del cuerpo de una mujer, así como un asalto a su propio ser”. La violación suele ser una manifestación de la violencia sexual extrema contra las mujeres, que conlleva serias consecuencias devastadoras a las víctimas en sus derechos sexuales y reproductivos, afectando temporal o permanentemente su autonomía sexual y reproductiva, y causando traumas emocionales profundos<sup>28</sup>, asimismo el femicidio/feminicidio y/o tentativa se constituye como el acto último de una misoginia y comprobación de la existencia de una violencia estructural de género que se encuentra en el tejido social de nuestra cultura.

La debida diligencia del Estado en el tema de la violencia requiere de su actuación para evitar las discriminaciones directas que resultan de normas o actos jurídicos/públicos que dispensen un trato diferente y perjudicial para las mujeres, o indirectas, de aquellos tratamientos formalmente neutros o no discriminatorios, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y

<sup>27</sup> Informe preliminar de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomoraswamy, de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1999/68/add.4, 21 de enero 1999.

<sup>28</sup> Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen, Informe preliminar de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomoraswamy, de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1999/68/add.4, 21 de enero 1999.

desfavorable que tienen sobre las mujeres.<sup>29</sup> Esta situación lleva al Estado a asumir la responsabilidad por las acciones u omisiones que cometan en el incumplimiento de la erradicación de estas discriminaciones y/o violencias y en las investigaciones y juzgamiento que no siguen los estándares establecidos para adecuada judicialización de los femicidios/feminicidios y/o tentativa.

En este punto es importante recordar que no todo trato diferente es discriminatorio, si se basa en criterios razonables y objetivos. Si las actuaciones del Estado son necesarias para que se garantice el acceso a la justicia y se dé una efectiva protección de los derechos de las mujeres, estos pueden adoptar medidas especiales. “No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia”<sup>30</sup>. Una distinción basada en criterios razonables y objetivos tiene un interés legítimo y emplea medios que son proporcionales al fin que se persigue, por lo que es totalmente aceptable<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 67-82. Azkarate-Askasua Albeniz, Ana Carmen, *Mujer y discriminación*. Del tribunal de justicia de las comunidades al Tribunal Constitucional. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995.

<sup>30</sup> Véase en general, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Breks contra Holanda*, Com. No. 172/1984, párr. 13; *Zwaan de Vries contra Holanda*, Com. No. 182/1984, párr. 13.

<sup>31</sup> Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Belgian Linguistics*, sentencia de 23 de julio de 1968, Serie A No. 6; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Aumeeruddy-Cziffra y otros contra Mauritius*, Com. No. 35/1978, párrafo 9.2 (b) 2 (l) 8, que advierte en general, que una distinción negativa en el trato requiere una justificación suficiente.

Es así, como se requiere de programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos-fiscales, jueces, militares, entre otros, es un requisito indispensable. Asimismo la erradicación de estereotipos que en muchas ocasiones impide el cumplimiento de la debida diligencia en estos casos.

La CoIDH al respecto consideró (Campo Algodonero) que el estereotipo de género, es decir, la pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que se consideran deben ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente:

...se asocia con la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades... La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.

Es claro que partiendo de estas observaciones doctrinarias los estereotipos impactarían a dos niveles, resultando el primero en graves obstáculos para el cumplimiento de la debida diligencia de los Estados y el segundo se convierten en un factor determinante para negar el acceso a la justicia en casos de violencia femicida.

#### 4. Consideraciones finales a manera de conclusión

La igualdad sustantiva y el derecho a vivir una vida libre de violencia implican para la administración de justicia mirar siempre los resultados de los procesos judiciales, para evitar tratos discriminatorios que resulten en re victimizaciones secundarias.<sup>32</sup> Frente a estas circunstancias el Estado está en la obligación de analizar los factores que provocan tratamientos discriminatorios y hacer los cambios necesarios incluyendo la aplicación de medidas de acción afirmativa.

La Constitución ecuatoriana instituye el principio de igualdad claramente para todas las personas y establece la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres, constituyéndose así la igualdad y no discriminación por razón de sexo y/o identidad de género en principios fundantes de la Constitución.<sup>33</sup>

La incorporación en el texto constitucional del derecho a vivir una vida libre de violencia (art. 66 inc. 3,b)<sup>34</sup>, en concordancia

<sup>32</sup> Aquella que se deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal. Se considera aún más negativa que la primaria porque es el propio sistema el que victimiza a quién se dirige a él pidiendo justicia y porque afecta al prestigio del propio sistema. Son las llamadas “víctimas del proceso” que son las personas ofendidas que sufren daño en sus derechos fundamentales, en su dignidad humana y en la consecución de la justicia, debido a la inoperancia del sistema penal.

<sup>33</sup> La Constitución establece el artículo 11, inciso 2 que nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condiciones socio-económicas, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva temporal o permanente..

<sup>34</sup> Art 66 Se reconoce y garantizará a las personas:3. El derecho a la integridad personal que incluye:b) Un libre de violencia en el ámbito público y privado. El estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de

con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres<sup>35</sup>, permite armonizar y profundizar también el principio de igualdad sustantiva en tanto que la discriminación es una forma de violencia según lo establecido por la Recomendación General No 19<sup>36</sup> del Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, 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.

<sup>35</sup> Señala el Preámbulo de la Convención; que la “violencia” debe ser considerada como una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales, que la erradicación es “condición indispensable para el desarrollo individual y social y la plena e igualitaria participación de las mujeres en todas las esferas de la vida”, reconoce en este fenómeno “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y establece el hecho de que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de clase, raza, grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión...”.

<sup>36</sup> Recomendación General No19 (1992):

- Expresamente señala que la violencia es una forma extrema de discriminación que afecta a las mujeres por el hecho de ser tal, las que por tanto se ven limitadas, restringidas o menoscabadas en el ejercicio de los derechos que establece la convención
- Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.
- Incluye la violencia cometida por autoridades públicas y por personas, organizaciones o empresas
- Vincula la violencia a formas de protección y dominación amparadas en prejuicios sobre las mujeres. Los efectos dicen relación con la imposibilidad de conocer y ejercer sus derechos y su consecuencia es la mantención de la subordinación de las mujeres
- Las guerras, los conflictos armados y la ocupación de territorios conducen frecuentemente a un aumento de la prostitución, la trata de mujeres y actos de agresión sexual contra la mujer, que requiere la adopción de medidas protectoras y punitivas.

Para la instrumentalización del principio se garantiza el desarrollo de la legislación antidiscriminatoria<sup>37</sup> por medio de acciones afirmativas, según lo que estable el artículo 11 inciso 2: “El estado adoptará medidas necesarias de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.”

Asimismo, la debida diligencia del Estado en esta materia implica el desarrollo de políticas públicas, en el mismo artículo 11 inciso 8 se añade que, el contenido del derecho se desarrollara de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

El desarrollo del neoconstitucionalismo se convierte en la base jurídica que garantiza el acceso a la justicia en casos de femicidio y/o tentativa del mismo, esto tiene serias implicaciones con consecuencias para la administración de

- La esterilización y el aborto obligatorios influyen adversamente en la salud física y mental de la mujer y violan su derecho a decidir el número y el espaciamiento de sus hijos.
- Las recomendaciones refieren a la necesidad de contar con estadísticas, políticas públicas integrales, legislación, acogida de las víctimas y acciones específicas respecto de diversas manifestaciones de la violencia contra las mujeres.

<sup>37</sup> Esta generación pretende erradicar las discriminaciones sufridas por los diferentes colectivos, personas, pueblos, en sus vidas cotidianas. Es consecuencia del proceso expansivo del principio de no discriminación y de igualdad, que implica el reconocimiento de otros motivos de discriminaciones existentes, ampliando las ya reconocidas como raza, sexo, a otros tales como edad, minorías sexuales, personas con capacidades diferentes, entre otros. Significa el reconocimiento de la igualdad a estas personas y la necesidad de que el Estado proteja sus derechos favoreciendo la igualdad y aportando al fortalecimiento de nuestras democracias. Aporta en los procesos de incorporación de nuevos valores éticos encaminados a la erradicación de las discriminaciones en nuestras sociedades impulsando las transformaciones necesarias y favoreciendo la construcción de una cultura de paz.

justicia en su conjunto y en especial la Fiscalía General, cuando investiga estos casos y/o por parte de jueces y juezas cuando interpretan, porque son los garantes de erradicar violencias femicidas.

Las sentencias como resoluciones judiciales tienen un impacto en la sociedad, van más allá que resolver casos concretos, que de por sí es sumamente importante, pues en casos que involucran la violencia machista contra las mujeres o en materia de no discriminación e igualdad cada decisión judicial que se tome, tiene que ver con la vida y los cuerpos de las mujeres. Más aún porque implica un mensaje a la sociedad que puede fortalecer principios dados por el marco ético-jurídico de los derechos humanos de las mujeres y aportar en la de-construcción y re-significación de estos hechos.

Uno de los temas más debatidos en relación a la igualdad en el acceso a la justicia para las mujeres es el relacionado con el abordaje que plantea la teoría general del proceso penal, aquí el sujeto visible (casi diríamos principal) del derecho penal es el procesado/da, todo el derecho probatorio y, particularmente las pruebas en materia penal, tutelan los derechos del imputado/da.

En el caso de violencia de género y particularmente en la violencia sexual esta regla general encubre una estructura de poder que invisibiliza a las víctimas. Recordemos que los delitos de violencia sexual son perpetrados en su mayoría por personas conocidas y cercanas a las víctimas (familiares, parejas, ex-parejas, amigos, vecinos o novios) o también por desconocidos y, son cometidos generalmente por hombres. Estos



hechos no son producto de impulsos incontrolables sino de ataques planeados que se ejecutan generalmente sin la presencia de testigos, por tanto es normal que el agente realice el ataque en lugares donde la víctima no puede solicitar ayuda, tanto en lugares públicos (calles, lugar de trabajo) como en lugares privados (casas de habitación).

Estos delitos son expresión de abuso de poder donde la sexualidad es utilizada para someter, controlar y usar a la víctima, y se configuran en flagrantes violaciones a los derechos humanos de las mujeres –de ahí que sea correcto denominarlos delitos de violencia sexual o agresión sexual–

En los casos de femicidio la investigación no se puede obviar el historial de violencia intrafamiliar entre víctima y victimario, si es que existe. De ahí la importancia de indagar en la posible existencia de denuncias antiguas en Fiscalía bien por violencia intrafamiliar o por lesiones personales, historial en las comisarías de familia, historia clínica de la víctima sobre eventuales accidentes y lesiones recurrentes, separaciones temporales recurrentes –si el victimario tuvo otras parejas permanentes anteriormente investigar si tienen con ellas historia de violencia doméstica, y convertirse en datos relevantes para la judicialización de los casos–.

El hecho de mantener o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de unión marital de hecho, de convivencia, de intimidad, de noviazgo, de amistad, de compañerismo o de trabajo, signadas por desigualdades de género. El forzamiento o insistencia de establecer o volver a una relación de pareja o de intimidad con la víctima: mensajes

que denoten posesión, celos, insinuaciones suicidas, amenazas, amor excesivo u odio. Dedicatorias de discos, flores, cartas o tarjetas con ese contenido, prestar especial cuidado en los diarios de las víctimas o sus cajas de recuerdos.

Reconstruir, investigar, interpretar y sancionar, erradicar la impunidad son los retos que enfrentan en América Latina la actual administración de justicia frente a la violencia femicida, el marco normativo se tiene tal vez se requiera de una transformación de la cultura jurídica a nivel de la mirada de aquellos/as que la aplican.

## 5. Bibliografía

- Audiencia temática, Barreras para el acceso a la justicia en América Latina ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington DC, 27 de octubre 2008.
- Arroyo Vargas, Roxana. (2003). *Las normas sobre violencia contra la mujer y su aplicación, un análisis comparado para América Central*. Aplicabilidad de la normativa sobre violencia contra la mujer en Centroamérica. 1ª ed, Heredia, Costa Rica, Universidad Nacional, CEM-MUJE-IEM, 2002.
- Arroyo Vargas, Roxana. *Violencia estructural de género: una categoría necesaria de análisis para los derechos humanos de las mujeres.*/en/Revista Pensamiento Jurídico Feminista. No.1. 200
- Azkarate-Askasua Albeniz, Ana Carmen, *Mujer y discriminación*. Del tribunal de justicia de las comunidades al Tribunal Constitucional. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995.

- Carcedo, Ana. (2005). Presentación realizada en Ciudad de Guatemala. Disponible, [http://amdh.org.mx/mujeres\\_ORIGINAL/menu\\_superior/Femicidio/5](http://amdh.org.mx/mujeres_ORIGINAL/menu_superior/Femicidio/5)
- Carcedo, Ana y Sagot, Montserrat, *Femicidio en Costa Rica. 1990-1999*, San José (2000).
- Cebada Romero. Alicia. *Los conceptos de obligación Erga Omnes, Ius Cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CID sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales 2002.
- Facio, Alda. *Cuando el género suena cambios trae* (una metodología para el análisis de género del fenómeno jurídico legal), ILANUD, San José, Costa Rica, 1992.
- García Muñoz, Soledad. *La obligación de la debida diligencia estatal: una herramienta para la acción por los derechos humanos de las mujeres*, en: Separata Aiar No. 1, editada por la sección Argentina de Amnistía Internacional. Buenos Aires, Argentina, agosto 2004.
- Garita Vilchez, Ana Isabel. *La regulación del Femicidio/Feminicidio*. En América Latina y el Caribe. Secretariado de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas únete para poner fin a la violencia contra las mujeres ciudad de Panamá, Panamá. Disponible en [www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg\\_del\\_femicidio](http://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/reg_del_femicidio).
- H. Russell, D, Harnes, R. *Femicidio: una perspectiva global*. Introducción Lagarde, Marcela. México, 2006.
- Lagarde, Marcela. *Género y feminismo*. Desarrollo humano y democracia. Cuadernos inacabado, Ediciones Horas y Horas, San Cristóbal, Madrid, 1996.

- Lagarede, Marcela. H. Russell, D, Harnes, R. *Femicidio: una perspectiva global*. México, 2006.
- Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, págs. 67-82.
- Toledo, Ana. *Tipificar el femicidio*, 2008, Chile. Disponible en [www.revistas.uchile.cl](http://www.revistas.uchile.cl) <Portada> No. 4 (2008)
- CIDH, *Situación de los derechos humanos de las mujeres en Ciudad Juárez*, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación. OEA / Ser.L/V/II.117, Doc 44, 7 de marzo de 2003.
- Código Orgánico Integral Penal. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Ecuador, 2014.
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Breks contra Holanda, Com. No. 172/1984, párr. 13; Zwaan de Vries contra Holanda, Com. No. 182/1984, párr. 13.
- Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Belgian Linguistics, sentencia de 23 de julio de 1968, Serie A No. 6; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Aumeeruddy-Cziffra y otros contra Maurituis, Com. No. 35/1978, párrafo 9.2 (b) 2 (I) 8, que advierte en general, que una distinción negativa en el trato requiere una justificación suficiente.
- Informe preliminar de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomoraswamy, de conformidad

- con la Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1999/68/add.4, 21 de enero 1999.
- Opinión Consultiva OC-18/03. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003.
  - Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres. OEA/Ser.L/V/II.Doc68 20 de enero 2007 Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas.



# **El principio de jurisdicción universal en la jurisprudencia española y su aplicación a diversos delitos en particular**

***Julián Sánchez Melgar***

*Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español  
Profesor de Derecho Penal Universidad de Cantabria*

## **Sumario:**

**1.** Introducción; **2.** ¿Se pueden establecer límites al principio de justicia universal?; **3.** Derecho español evolución; **4.** Modelos de jurisdicción universal; **5.** La jurisdicción universal en el Ecuador; **6.** La cuestión actual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español; **7.** La jurisdicción universal aplicada a diversos delitos en particular.





## 1. Introducción

Las líneas que siguen a continuación, tratan de ofrecer al lector la panorámica del Derecho español en punto al principio de justicia o jurisdicción universal, a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, junto a la interpretación igualmente conferida por su Tribunal Constitucional.

De esta manera, trataremos del concepto de jurisdicción universal, modalidades aplicativas y de la resolución de los casos más importantes de los que se ha ocupado el Tribunal Supremo español, todo ello de la mano de sus resoluciones, las que transcribiremos en muchos casos de forma literal.

Como ha dicho ese Alto Tribunal español, el principio de justicia universal se ha alineado con quienes piensan que, dentro del orden de la comunidad internacional, tal resorte permite y refuerza una protección deseable de los derechos fundamentales frente a los abusos de poder que los desconocen masivamente<sup>1</sup>.

Este principio nace como reacción de cada uno de los estados de la comunidad internacional ante la constatación muy frecuente de violaciones de los derechos humanos y la inexistencia de un tribunal internacional, con autoridad suficiente, que se ocupe de su represión.

La reciente STS 296/2015, de 6 de mayo<sup>2</sup>, nos recuerda que la jurisdicción universal consiste en el ejercicio de jurisdicción

<sup>1</sup> STS 1395/2005, de 20 de junio.

<sup>2</sup> En ponencia del Excmo. Sr. Don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

penal por los tribunales de un determinado país en crímenes internacionales de especial gravedad, sobre la base de la naturaleza del delito, sin tomar en consideración ni el lugar donde fue cometido, ni la nacionalidad de su autor.

En alguna ocasión se ha matizado, sin embargo<sup>3</sup> que tal principio no debe ser neutralizado por la instauración de una Corte Penal Internacional, pues la extensión de la jurisdicción extraterritorial de los Estados favorecerá, mediante una acción descentralizada de persecución de los delitos contra la humanidad, la cobertura de los espacios que el Estatuto de Roma<sup>4</sup> (creador de tal Corte) podría dejar desprotegidos.

Pero ni ello impide el peligro de conflictos provenientes de este principio cuando su ejercicio carezca de auténtica justificación, y hoy por hoy, la opinión jurídica más autorizada, es proclive al pensamiento de que deben implantarse tribunales creados mediante acuerdos internacionales plurilaterales que no necesiten ya que ningún país, por su cuenta, se erija en juez de la comunidad internacional, naturalmente fuera de los casos en los que deba perseguirse a los delincuentes nacionales que comentan crímenes fuera de sus fronteras –cuando no sean juzgados en el lugar de su comisión– y se protejan también otros principios como la defensa de sus intereses en el mundo, aspectos éstos que no son propiamente pertenecientes a la jurisdicción universal, estrictamente considerada.

<sup>3</sup> STS 645/2006, de 20 de junio, en ponencia del Excmo. Sr. Don Enrique Bacigalupo Zapater.

<sup>4</sup> Hecho en Roma el 17 de julio de 1998, y ratificado por España mediante Instrumento publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 27 de mayo de 2002, que entró en vigor para España el día 1 de julio de 2002.

Acerca de su configuración dogmática, durante un tiempo la conexión con un interés nacional fue un punto de engarce de la jurisdicción universal, aspecto que, si bien no ha desaparecido del todo, sí se combina con lo dispuesto en los tratados sobre la materia.

La Sentencia del Tribunal Supremo español número 592/2014, de 24 de julio<sup>5</sup>, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales<sup>6</sup>, señaló que:

...[el] principio de universalidad o de justicia mundial amplía también el ámbito de la jurisdicción española, en cuanto sirve para la protección de bienes esenciales para la humanidad, reconocidos por todas las naciones civilizadas, con independencia de la nacionalidad de los partícipes y del lugar de comisión, en cuanto, en esencia, atiende al conocimiento de los delitos propiamente internacionales.

Normalmente, la jurisdicción se ejerce dentro del territorio de cada Estado, por lo que la posibilidad de persecución de hechos cometidos fuera del territorio de un Estado supone que su jurisdicción se debe fundamentar en un principio distinto al de territorialidad. De entre esos otros principios nos interesa destacar ahora los siguientes:

1) El principio de personalidad (activa), según el cual un Estado puede perseguir los hechos cometidos por sus nacionales fuera de su territorio. Inspira el contenido del art. 23.2 de

<sup>5</sup> En ponencia de quien escribe estas líneas.

<sup>6</sup> SSTs 554/2007, 561/2007 y 582/2007.

la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)<sup>7</sup>. Ello es conforme con la idea de que cada Estado puede perseguir los delitos cometidos por sus nacionales fuera de sus fronteras, bajo la presunción de que se refugiarán en su Patria, y ésta no concederá su extradición; pero hoy este principio está muy relativizado, por los mecanismos de persecución internacional, como en Europa lo constituyen las órdenes europeas de detención, las cuales no precisan de un control político para su ejecutividad. Por lo demás, por lo delitos de que sean víctimas sus nacionales fuera de sus fronteras, tiende a pensarse que serán juzgados legalmente en el lugar de su comisión, y el Estado no debe intervenir, lo que, sin embargo, puede cuestionarse. Y así, la existencia de víctimas de un país es un punto de conexión que legitima la jurisdicción universal.

2) El principio de defensa, según el cual un Estado puede perseguir los hechos cometidos por cualquier persona (nacional o extranjera) fuera de su territorio cuando compromete o afecta a determinados intereses de ese Estado, que sean dignos de protección hasta el punto de permitir esa persecución

<sup>7</sup> También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.
- b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.
- c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

más allá de sus fronteras. Inspira el contenido del art. 23.3 de la LOPJ<sup>8</sup>.

3) Finalmente, un Estado puede perseguir hechos cometidos fuera de su territorio (de manera que no es posible aplicar el principio de territorialidad), que puedan ser cometidos por personas extranjeras (no cabe aplicar el principio de personalidad) y respecto de delitos que no comprometan sus intereses (no es posible aplicar el principio de defensa), cuando lo permite un Tratado internacional. Estamos hablando de la justicia universal (art. 23.4 LOPJ, aspecto éste que es el objeto de nuestro trabajo).

En la STS 319/2004, de 8 de marzo, que resume la doctrina establecida en la STS 327/2003, de 25 de febrero, se asienta como fundamento que hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden,

<sup>8</sup> Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
- i) Los relativos al control de cambios.

recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción.

Y es que el principio de no intervención en asuntos de otros Estados (art. 27 de la Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre Estados o sea decidida por la Comunidad Internacional; y, a este respecto, resulta significativo que el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, no permite a la Corte Penal Internacional declarar su competencia más que en aquellos casos en que, bien el Estado del lugar de comisión o bien el de la nacionalidad del autor, sean parte del tratado y hayan reconocido así la competencia de la Corte.

En los tratados internacionales relativos a estas materias se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda su extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de estos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogándose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado.

## 2. ¿Se pueden establecer límites al principio de justicia universal?

Hoy se admite que la jurisdicción fuera de las fronteras del país concernido tiene que estar dotada de una conexión con un interés nacional<sup>9</sup> como elemento legitimador en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español decidió en la STC 237/2005 –anulando la Sentencia del Tribunal Supremo número 327/2003– que el art. 23.4 LOPJ no contenía ninguna limitación de tal principio de jurisdicción universal y que una interpretación que redujera teleológicamente la extensión literal del texto, exigiendo un punto de conexión de los hechos con España, era incompatible con el art. 24.1 CE<sup>10</sup> por ser “en extremo rigorista” y “abiertamente restrictiva”. El Tribunal Constitucional se apoyó en sus precedentes de las SSTC 321/1993 y 357/1999.

Por su parte, la STS 327/2003 había decidido que el art. 23.4 LOPJ, que establece el principio de la jurisdicción universal respecto de los delitos de genocidio, debe ser interpretado de tal manera que no elimine otros principios vigentes del ordenamiento jurídico nacional e internacional, en particular el principio de no intervención previsto en la Carta de Naciones Unidas. De ello se dedujo que la extensión de la jurisdicción española a hechos extraterritoriales de genocidio se justificaba, aunque implicara una intervención en asuntos

<sup>9</sup> Tribunal Supremo español en STS 327/2003, de 25 de febrero.

<sup>10</sup> Constitución española.

de otro Estado, cuando exista un punto de contacto o referencia entre los hechos cometidos fuera del territorio e intereses españoles. En particular se entendió que tales intereses debían ser apreciados, dada la existencia de víctimas españolas y, en todo caso, cuando los inculpados se encontraran en territorio nacional<sup>11</sup>.

Importante es también en este contexto, porque demuestra cuál es la tendencia de la comunidad internacional en la materia, que el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48º Período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996), antecedente inmediato del Estatuto de Roma, contenía una norma sobre “establecimiento de jurisdicción” en su art. 8º, según la cual, “sin perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer

<sup>11</sup> El mismo punto de vista fue sostenido en el voto particular de siete Magistrados de la Sala, que no discrepó de esta interpretación del art. 23. 4 LOPJ, sino que consideró que, en el caso de Guatemala, debía ser aceptada la existencia de la conexión con intereses españoles. Dijeron en este sentido los Magistrados discrepantes que “la exigencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos que ejerza la jurisdicción universal, puede constituir un criterio razonable de autorrestricción (...) si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho (...). Se trata -continúan los Magistrados que suscribieron el voto particular- de una restricción que no aparece estrictamente establecida en la ley, pero puede ser asumida como emanación de los principios del derecho internacional, y aplicada como criterio de razonabilidad en la interpretación de la normativa competencial”. Se sostiene además en el voto particular que “esta restricción puede ser asumible en cuanto se orienta a una finalidad razonable, como es la de evitar un efecto excesivamente expansivo de este tipo de procedimientos y garantizar la efectividad de la intervención jurisdiccional, pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados, en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula”.



su jurisdicción sobre los crímenes previstos en los arts. 17 [genocidio], 18, 19 y 20, sean cuales fueren el lugar de la comisión de esos crímenes y sus autores”. Esta norma, que recoge el principio de la jurisdicción internacional, no tiene paralelo alguno en el Convenio contra el genocidio ni ha sido finalmente incorporada al Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998.

En esta discusión es conveniente tener presente que incluso cualificados juristas que propugnan concepciones amplias de la jurisdicción universal en la doctrina, señalan que el principio de la jurisdicción universal encierra “ciertos peligros futuros que no pueden ser totalmente excluidos” y que “la apertura del ámbito jurídico estatal a la intervención de Estados terceros encierra un considerable potencial de arbitrariedades”, reconociendo que estas consecuencias, particularmente las concernientes al *forum shopping*, no permiten pensar que el principio de la jurisdicción universal sea una “solución ideal”. Estos peligros de abuso son los que actualmente inducen a la comunidad jurídica a reflexionar precisamente sobre la necesidad de requerir “puntos de contacto adicionales”, que limiten el alcance del principio.

Y especial relevancia revisten en esta línea los *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, elaborados en 2001 por profesores de la Universidad de Princeton (EEUU), Utrecht (Holanda), Cincinnati (EEUU), y otros juristas de la Asociación Internacional de Derecho Penal y de la Comisión Internacional de Juristas, prologados por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En el Principio 1 (2) de este texto se establece que:

La jurisdicción universal puede ser ejercida por un cuerpo competente y ordinario de cada Estado en orden al enjuiciamiento de una persona debidamente acusada de haber cometido los graves crímenes del derecho internacional especificados en el principio 2(1), siempre y cuando la persona esté presente ante dicho órgano judicial.

### 3. Derecho español: evolución

El alcance y los límites de la jurisdicción española en el ámbito penal se recogen en el art. 23 de la LOPJ. El citado precepto, y concretamente sus números 4, 5 y 6, han sido reformados y el número 6 incluido *ex novo* por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativos a la denominada justicia universal.

La regulación de la justicia internacional en nuestro ordenamiento jurídico ha sufrido una evolución que, sintéticamente, podemos describir de la siguiente manera: tras la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se define como de pura justicia universal, en tanto que carecía de cualquier condicionante jurídico; una segunda, inaugurada mediante la modificación operada en 2009 (LO 1/2009, de 3 de noviembre), que podremos adjetivar de justicia universal con exigencia de una conexión nacional, o vínculo relevante que relacione al Estado español con el hecho perseguido; y la vigente, que nace con la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, en donde preponderantemente se atiende a la configuración de los tratados internacionales y el grado de atribución de jurisdicción

que otorgan a los Estados firmantes. Esta parece ser la última tendencia en esta materia: son los Estados firmantes, como miembros de la comunidad internacional, quienes se ocupan bilateral o plurilateralmente de marcar sus líneas definitorias.

El fundamento de la facultad de todos los Estados para el enjuiciamiento de estos delitos se encuentra en su carácter especialmente lesivo para los intereses esenciales de la Comunidad Internacional. Su respaldo en el Derecho Internacional se encuentra en los tratados que especialmente facultan a todos los Estados a extender su jurisdicción.

En efecto, la propia Exposición de Motivos de la LO 1/2014, de 13 de marzo, justifica la reforma:

[es necesaria] la extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional.

En efecto, la jurisdicción universal supone que los tribunales de un Estado deben ejercer jurisdicción extraterritorial sobre ciertos delitos en función de su naturaleza, para evitar que los responsables puedan encontrar un lugar de refugio donde alcanzar la impunidad.

No significa que estén obligados a extender dicha jurisdicción a personas que se encuentren fuera de su territorio, investigando *in absentia*<sup>12</sup> los delitos internacionales cometidos en cualquier parte del mundo. Pueden hacerlo facultativamente si así lo establecen en su legislación interna, como podemos leer en la importante Sentencia del Tribunal Supremo español 296/2015, de 6 de mayo.

#### 4. Modelos de jurisdicción universal

Pueden establecerse dos modelos de jurisdicción universal: absoluto y limitado. El absoluto diseña tal facultad de enjuiciamiento sin limitación alguna; el limitado requiere algún engarce en criterios tomados en consideración por los Estados de la comunidad internacional.

El compromiso derivado de los tratados de ejercer la jurisdicción universal frente a determinados delitos debe hacerse efectivo por los Estados firmantes incorporándolo a su legislación interna, dado que la asunción de responsabilidades por un Estado en el ámbito internacional no determina por sí sola la responsabilidad penal de sus ciudadanos en el ámbito nacional. Es preciso que la normativa procesal interna establezca específicamente tal jurisdicción y que la normativa penal nacional defina y sancione los distintos tipos delictivos, y señale las penas correspondientes, para que pueda considerarse respetado el principio constitucional de legalidad. El establecimiento

<sup>12</sup> En el sentido, de en rebeldía procesal o en ausencia del acusado. Y también referido a los modelos de jurisdicción universal sin condicionamiento alguno o absolutos.

de jurisdicción universal por la normativa interna puede realizarse de un modo genérico, o absoluto, en relación con cualquier responsable de los delitos a que se refieren los tratados internacionales en esta materia, o bien de un modo limitado, exigiendo criterios de conexión que justifiquen específicamente la jurisdicción del Estado en cuestión o limitando el ejercicio de la jurisdicción universal al enjuiciamiento de los responsables que se encuentren en su territorio. Este sistema de asunción limitada de la jurisdicción universal es el que está generalizado en el Derecho Comparado.

De los tratados, que configuran el Derecho Penal Internacional convencional, no se deriva con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de jurisdicción universal absoluta. Una cosa es sostener que la gravedad y universalidad de los delitos perseguidos, faculta a los Estados para acoger en su ordenamiento interno un modelo de jurisdicción universal pura o absoluta, que incluya la investigación, instrucción formal, orden de detención internacional y solicitud de extradición, en supuestos de ejercicio de jurisdicción extraterritorial *in absentia*, y otra sostener que los tratados impongan necesariamente esta modalidad de jurisdicción universal absoluta.

## **5. La jurisdicción universal en la República de Ecuador**

En el vigente Código Orgánico Integral Penal (COIP), de la República de Ecuador, la jurisdicción universal está prevista en su art. 401, para el enjuiciamiento de los delitos contra

la humanidad<sup>13</sup>, los cuales podrán ser investigados y juzgados en la República del Ecuador, siempre que no hayan sido juzgados en otro Estado o por Cortes penales internacionales, de conformidad con lo establecido en dicho Código y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por dicha nación.

A tal efecto, en el art. 405 se dispone, como fuere competente, que en los casos de infracciones en los que existe jurisdicción universal, “la o el juzgador ecuatoriano podrá determinar la jurisdicción que garantice mejores condiciones para juzgar la infracción penal, la protección y reparación integral de la víctima”.

## 6. La cuestión actual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha sufrido una evolución en esta materia. En efecto, junto con el texto original de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se concibió a la jurisdicción universal como algo absoluto, de tal manera que España asumía jurisdicción en todos los casos en los que sus Tribunales (especialmente, la Audiencia Nacional) era requeridos al efecto. Pero tal foco de atención produjo lo que se vino denominando *forum shopping*, de tal manera que carecía

<sup>13</sup> Los delitos contra la humanidad en el COIP de la República de Ecuador, se describen dentro del título IV, Infracciones en particular, en el Capítulo Primero, dentro de las graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, y en su Sección Primera, en los artículos 79 (Genocidio), 80 (Etnocidio), 81 (Exterminio), 82 (Esclavitud), 83 (Deportación o traslado forzoso de población), 84 (Desaparición forzada), 85 (Ejecución extrajudicial), 86 (Persecución), 87 (Apartheid), 88 (Agresión), y 89 (Delitos de lesa humanidad).

de sentido tal atribución, con modelo absoluto, ciertamente poco compartido, en la comunidad internacional, y se inició la vía de la exigencia de una conexión nacional, bien como consecuencia de la existencia constatable de víctimas españolas, bien al encontrarse en territorio español sus presuntos responsables. Ello produjo la primera modificación legal en 2009, que no resultó del todo satisfactoria, razón por la cual el modelo se varió nuevamente a uno de consenso internacional en 2014.

Se ocupa de perfilar la posición de la jurisprudencia española, la reciente Sentencia número STS 551/2015, de 24 de septiembre<sup>14</sup>, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español.

Señala tal resolución judicial, que el art 23.4 de la LOPJ, en su redacción actual, establece que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas (no se agotan en esta referencia todos los delitos que pueden ser objeto de jurisdicción universal en el Derecho español). Entre ellos: a) genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades

<sup>14</sup> En ponencia del Excmo. Sr. Don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

españolas; b) delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español. Al no cumplirse los referidos requisitos que extienden la jurisdicción española a delitos ocurridos fuera de nuestro territorio, resulta necesariamente aplicable lo dispuesto en la disposición transitoria única de la LO 1/2014, de 13 de marzo, que establece expresamente que “Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreesidas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella”.

Como ya hemos adelantado, la regulación legal de la jurisdicción universal en nuestro país es fruto de una evolución en la que una actividad jurisdiccional expansiva por parte de la Audiencia Nacional ha situado a nuestro país como polo de atracción para procedimientos en los que los presuntos autores no se encontraban en España y no existían criterios relevantes de conexidad, lo que provocó una doble reacción legislativa para establecer un criterio cada vez más restrictivo.

Este criterio legal se cuestiona enfrentándolo a los tratados. Pero se olvida que el protagonismo de la jurisdicción española en esta materia no venía impuesto por los tratados, lo que habría determinado que todos los países establecieran el mismo modelo de jurisdicción universal absoluta, sino por nuestra legislación interna, por lo que debe modificarse cuando



cambia dicha legislación. En realidad los tratados, que configuran el Derecho Penal Internacional convencional aplicable al caso, no disponen con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de jurisdicción universal absoluta e incondicionada, como se razona en la STS 296/2005, de 6 de mayo, por lo que no se puede apreciar que la LO 1/2014 esté en contradicción con ellos, con independencia de la opinión personal o doctrinal más o menos crítica que pueda sostenerse respecto de esta norma.

Basta examinar el Derecho Comparado, para constatar que en la mayoría de los Estados de la Comunidad Internacional no se ha establecido el modelo absoluto. Esa es la razón de que este procedimiento se siga en España, y no en otro país con mayores conexiones con el lugar donde se produjeron los hechos.

## **7. La jurisdicción universal aplicada en diversos delitos en particular**

### **I. La jurisdicción universal y los delitos relacionados con el tráfico de drogas**

La interpretación del art. 23.4 LOPJ en punto a los delitos relacionados con el tráfico de drogas otorga una triple atribución de jurisdicción universal: por la letra d) los delitos cometidos en los espacios marítimos cuando un tratado internacional o un acto normativo de una organización internacional permitan conceder a España su competencia para tal represión punitiva; por la letra i) los delitos cometidos fuera

del espacio territorial de soberanía española, pero excluidos también de los espacios marinos, cuando la comisión de un delito de tráfico de sustancias estupefacientes pueda ser imputado a un español o se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español (aspectos éstos referidos tanto a la comisión en el espacio aéreo como en otro espacio territorial nacional en donde aparezca una conexión delictiva con nuestra soberanía); finalmente, por la letra p), cualquier delito cuya persecución imponga con carácter obligatorio un tratado vigente en España u otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Como es de ver, el legislador español utiliza dos apartados para tratar específicamente de los delitos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y un tercer apartado referido a los delitos cuya atribución jurisdiccional venga impuesta por un tratado internacional.

El Tribunal Supremo español entiende por el contrario que se trata de dos reglas de atribución de jurisdicción, distintas y autónomas. Es verdad que ambas se refieren al mismo tipo de conductas (delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), pero se distinguen en un elemento fundamental: la letra d) se aplica de manera específica cuando se trate de conductas llevadas a cabo en los “espacios marinos” (aguas internacionales), mientras que si no concurre tal circunstancia espacial será de aplicación la letra i).

No hay más que ver la estructura de una y otra atribución normativa de jurisdicción para darse cuenta de sus diferencias. En el apartado correspondiente a la letra d), el legislador, por un lado, agrupa una serie de delitos en conjunto, dichos delitos no requieren ninguna exigencia de nacionalidad en sus autores y los conecta necesariamente con la posibilidad atributiva de jurisdicción que otorgan los tratados internacionales. Nada de ello ocurre en el resto de los apartados referidos en el seno de tal disposición normativa (el art. 23.4 LOPJ). También debe destacarse que los delitos que se compendian (que son los siguientes: piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima) son aquellos que los Estados ribereños deben prestar atención cuando se ejecuten por vía marítima, protegiendo con sus medios al conjunto del continente del que forman parte, aun cuando su destino sea cualquiera de los miembros de la comunidad en la que se integran tales Estados. En nuestro caso, los países ribereños de la Unión Europea, con sus medios, deben proteger la entrada por vía marítima frente a los ataques delictivos que procedan del exterior aun cuando la finalidad de los autores sea la de cometer sus acciones criminales en los países interiores. Por todo ello, esta norma de atribución de jurisdicción tiene una configuración especial respecto a las demás, y debe ser aplicada de forma preferente cuando el delito se detecte en el referido espacio marítimo. Basta que los tratados internacionales permitan tal atribución para que mediante un acto legislativo del Estado concernido –como es mediante la LO 1/2014– pueda proclamarse que se ostenta jurisdicción facultada por los referidos instrumentos

internacionales. Distinto es el supuesto contemplado en la letra p) del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde la persecución provenga, no ya de la posibilidad, sino de la imposición “con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”.

En suma, el estudio del párrafo primero y de los apartados d) e i) del artículo 23.4, evidencian la concurrencia de dos normas de atribución de jurisdicción, una de carácter especial, que ha de ser apreciada cuando se produzca un abordaje en aguas internacionales ante la presunta comisión de un delito de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y la otra, la correspondiente a la letra i) cuando se cumplan los requisitos exigidos por la misma. Ambas normas son de plena atribución de jurisdicción –no tienen otra naturaleza que regular los casos en que nuestra legislación confiere jurisdicción– por lo que han de verse, no desde una perspectiva restrictiva, sino todo lo contrario, desde una panorámica abierta ante la proclamación del principio *pro actione* que tantas veces ha declarado el Tribunal Constitucional español.

Ciertamente tales apartados coinciden en el objeto delictivo (drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), y en su comisión fuera del territorio nacional, pero al establecer el apartado d) una concreción o especificación, constituida por “los espacios marinos”, convierten a esta norma en especial, y, por tanto, de aplicación preferente al apartado i) (que carece de especificación), de modo que, en ningún caso

puede exigirse al apartado d) la concurrencia de los requisitos del tal apartado i), que queda circunscrito a espacios extra-territoriales que no constituyan espacios marinos. Dicho de otra forma, el abordaje en alta mar no puede predicarse más que de una conducta producida en el espacio marino internacional, fuera del mar territorial.

Con respecto a los delitos que se compendian en la letra d) del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y cuya atribución de jurisdicción está conectada a los tratados internacionales, hemos de señalar que en lo que corresponde al delito de piratería, la disposición aplicable es el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 1982), art. 110.1 a). Respecto a la trata de seres humanos, el propio Convenio, art. 110.1.b). Para los derechos de los ciudadanos extranjeros, el Convenio contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional (Nueva York, 15-11-2000). En materia de seguridad en la navegación marítima, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10-3-1988). En el ámbito del terrorismo, el Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Londres, 14-10-2005) y para el tráfico de drogas, la aludida Convención de Viena de 1988.

El art. 108 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982 (Montego Bay) bajo el epígrafe de “Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, declara:

1. Todos los Estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales.
2. Todo Estado que tenga motivos razonables para creer que un buque que enarbola su pabellón se dedica al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas podrá solicitar la cooperación de otros Estados para poner fin a tal tráfico.

La referida convención internacional, está constituida por la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, ratificada por Instrumento de 30 de julio de 1990<sup>15</sup>. Tal convención tiene como principio que los Estados firmantes parten de su profunda preocupación en relación a:

...la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad». Por lo que pretenden «concertar una convención internacional que sea un instrumento completo, eficaz y operativo, específicamente dirigido contra el tráfico ilícito, en la que se tomen en cuenta los diversos aspectos del problema en su conjunto, en particular los que no estén previstos en los

<sup>15</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, de 10-11-1990.

tratados vigentes en la esfera de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Sin olvidar tampoco que el art. 108 de la Convención sobre el Derecho del Mar (Montego Bay) de 1982 proclama que todos los Estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en la alta mar en violación de las convenciones internacionales; y añade que todo Estado que tenga motivos razonables para creer que un buque que enarbola su pabellón se dedica al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas podrá solicitar la cooperación de otros Estados para poner fin a tal tráfico.

## **II. La justicia universal y los crímenes de guerra**

La STS 296/2014, de 6 de mayo, se ha ocupado de esta cuestión, destacando que debe establecerse con claridad y firmeza, para éste y para otros supuestos similares, que el apartado p) del art 23.4 de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, y concretamente a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. La jurisdicción universal para los crímenes de guerra es imperativa, y no facultativa, para los Estados firmantes de la Convención. Pero esta obligación no se extiende al hecho de que todos y cada uno de los países firmantes deban investigar todas y cada una de las infracciones graves de la Convención de Ginebra, cualquiera que sea el lugar del mundo y el conflicto armado donde se hayan producido, compitiendo para reclamar y extraditar a los responsables, sino que se concreta para cada Estado firmante en buscar y enjuiciar ante sus

propios tribunales a los responsables que se hayan refugiado u ocultado en sus respectivos países.

Conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los tribunales españoles solo tienen jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español, contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, sin que pueda extenderse dicha jurisdicción en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia.

En resumen, la respuesta a las cuestiones suscitadas en el presente apartado, conforme a la sentencia citada, es la siguiente:

1º) Ni el Derecho Internacional Convencional ni el Consuetudinario imponen un modelo de jurisdicción universal absoluto, como el acogido en la primera versión del art. 23 4º de la LOPJ.

2º) La doctrina constitucional referida al establecimiento en nuestro ordenamiento de un modelo de jurisdicción universal absoluto se basa en la amplitud de la normativa legal establecida por la LOPJ, en su versión inicial. Pero no constituye el único modelo admisible constitucionalmente de jurisdicción universal, pues cabe establecer criterios reguladores que vengán a restringir el ámbito de su aplicación, siempre que se respete su contenido esencial.



3º) La Ley Orgánica 1/2014, aun cuando ha acogido una modalidad muy restrictiva de jurisdicción universal que contrasta con la regulación anterior que había convertido a nuestro país en un polo de atracción en esta materia, no vulnera lo dispuesto en los tratados ni en la práctica judicial internacional, y se acoge a la exclusión de la jurisdicción universal en términos absolutos, modelo que constituye el más generalizado en los países de nuestro entorno.

4º) El apartado p) del art. 23 4º de la LOPJ, no es aplicable a las Infracciones Graves de la Convención de Ginebra, cualquiera que sea su denominación como crímenes de guerra, delitos contra las personas protegidas en caso de conflicto armado o delitos de Derecho Internacional Humanitario. Solo es aplicable el apartado a).

5º) La Convención de Ginebra, a diferencia de otros tratados, establece un sistema obligatorio de jurisdicción universal, en el sentido de imponer a los Estados firmantes la carga de localizar a los criminales de guerra que se oculten en ellos y llevarlos ante sus tribunales, asumiendo jurisdicción extraterritorial para juzgarlos con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y de su nacionalidad. Pero esta jurisdicción imperativa no se extiende a la obligación iniciar investigaciones *in absentia*, ni de buscar a los responsables fuera de su territorio y reclamarlos en cualquier caso.

El principio general del que debemos partir es que la lucha contra la impunidad en el Derecho Internacional Penal no puede hacerse a costa de las garantías esenciales del Estado de Derecho.

En conclusión: la reforma de 2014 no es inconstitucional, pues no vulnera el principio de igualdad, ni la interdicción de la arbitrariedad, ni el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

La doctrina constitucional no se ha opuesto a la posibilidad de incorporar por vía legislativa criterios limitadores para el ejercicio de la jurisdicción universal. Las limitaciones incorporadas por la LO 1/2014 acogen un criterio restrictivo, pero no se consideran arbitrarias al encontrar su fundamentación tanto en la práctica de los países de nuestro entorno como en la escasa efectividad que la experiencia ha demostrado que alcanzan los procedimientos de jurisdicción universal *in absentia*, dirigidos contra personas que ni son españoles ni se encuentran de forma permanente, u ocasional, en nuestro territorio.

En el procedimiento de referencia se investigaban supuestos crímenes cometidos como consecuencia de la ocupación del Tíbet por la República Popular China, durante el período comprendido entre 1950 y 1979.

### **III. La justicia universal y los crímenes de genocidio**

La Sentencia del Tribunal Supremo español número 297/2015, de 8 de mayo, resolvió un problema de aplicación sobre delito de genocidio. En efecto, la jurisdicción universal sobre el genocidio implica la extensión de la jurisdicción del Estado en atención al criterio de la naturaleza del delito. En el nuevo art. 23.4.a) de la LOPJ, la jurisdicción sobre genocidio se atribuye siempre que el procedimiento se dirija contra un

español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, sin tener en consideración el lugar donde se cometió, y aunque tanto las víctimas como el autor sean extranjeras, exclusivamente por la naturaleza del delito, por lo que se cumplen los parámetros esenciales de la jurisdicción universal.

Dice el Tribunal Supremo español que lo que no resulta exigible es que la jurisdicción se extienda a personas que no se encuentren en territorio de la soberanía del país en el que se pretenda el ejercicio de la jurisdicción universal sobre genocidio, pues en estos delitos no se exige ningún vínculo de conexión para ejercer la jurisdicción universal pero tampoco se exige que la totalidad de los Estados persigan simultáneamente a supuestos responsables con los que no tengan relación alguna y que no se encuentran, ni siquiera transitoriamente, en el territorio de su jurisdicción.

Los hechos investigados en este caso “Caso Falun Gong”, serían constitutivos, según los denunciantes, de los supuestos delitos de genocidio y tortura cometidos en China contra los miembros del movimiento religioso Falun Gong. La querrela inicial se interpuso en 2003, e iba dirigida contra el Presidente de China y otros altos cargos de la República Popular China, a los que se responsabilizaba de una persecución contra los miembros de este movimiento espiritual. Posteriormente se amplió el procedimiento, admitiéndose otras querrelas contra nuevos querrelados.

Por lo que se refiere específicamente a los Convenios directamente aplicables en el caso enjuiciado, en concreto el artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, dispone que “Las personas acusadas de Genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”, por lo que de modo expreso no impone a los Estados firmantes que establezcan en su legislación interna un modelo específico de jurisdicción universal.

Es cierto que aunque el Convenio no impone la jurisdicción universal en materia de genocidio, tampoco la impide, y en el estado actual del Derecho Internacional Penal debe reconocerse como norma *de ius cogens* la aplicación de la jurisdicción universal en materia de genocidio.

La jurisdicción universal sobre el genocidio implica la extensión de la jurisdicción del Estado en atención al criterio de la naturaleza del delito. Por ello, cuando se exigen vínculos de conexión relacionados con la nacionalidad del perpetrador, la nacionalidad de la víctima o los intereses del Estado, se aplican otros mecanismos de atribución de la jurisdicción (principio de personalidad activa o pasiva y principio de protección o de defensa), que no son los propios de la jurisdicción universal.

Pero también es cierto que en el nuevo art. 23.4.a) de la LOPJ, la jurisdicción sobre genocidio, se atribuye siempre

que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, sin tener en consideración el lugar donde se cometió, y aunque tanto las víctimas como el autor sean extranjeras, exclusivamente por la naturaleza del delito, por lo que se cumplan los parámetros esenciales de la jurisdicción universal.

Lo que no resulta exigible es que la jurisdicción se extienda a personas que no se encuentren en territorio de la soberanía del país en el que se pretenda el ejercicio de la jurisdicción, pues en los casos de genocidio no se exige ningún vínculo de conexión pero tampoco que todos los Estados persigan simultáneamente a supuestos responsables con los que no tengan relación alguna y que no se encuentren, ni siquiera transitoriamente, en el territorio de su jurisdicción.

Asimismo el art. 5º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, establece que todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre estos delitos cuando se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; y cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Igualmente todo Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier

territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

En consecuencia, en esta Convención, si bien no se excluye la posibilidad de que los Estados establezcan un modelo más ambicioso de jurisdicción universal, no se impone un modelo absoluto o puro, sino que solo se establece con carácter general para los supuestos en que el responsable se halle en el territorio del Estado Parte.

Por tanto, esos tratados no imponen con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de jurisdicción universal absoluta e incondicionada, por lo que no se puede apreciar que la LO 1/2014 esté en contradicción con ellos, con independencia de la opinión personal o doctrinal que pueda sostenerse respecto de esta norma.

Temas Penales

**Segunda Parte:**  
**El Proceso Penal**





# La víctima y su tratamiento en el Código Orgánico Integral Penal

***Gladys Terán Sierra***

*Presidenta de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia*

## **Sumario:**

**1.** Introducción. **2.** Las víctimas del delito según el Código Orgánico Integral Penal (COIP): **3.** La Fiscalía como ente identificador de la calidad de víctima de delito. **4.** Formas en que la víctima puede intervenir en el proceso penal. **5.** Temas que debería discutir la víctima en el proceso penal. **6.** Limitaciones para que la víctima pueda intervenir en el proceso penal. **7.** Breve revisión del tema de la reparación integral. **8.** Conclusiones. **9.** Bibliografía.



## 1. Introducción

Desde los inicios del derecho penal moderno, tradicionalmente hemos definido al proceso penal como un límite al poder, y en ese sentido como aquella herramienta que sirve para garantizar que el poder punitivo del Estado no sea utilizado arbitrariamente sobre personas inocentes. Sin embargo, si adoptamos una posición más pragmática veremos que, a fin de cuentas, el proceso penal ha sido instituido para legitimar la imposición de una pena a quien se considera que ha roto la convivencia y la paz sociales de manera grave; y en tal sentido, el proceso ya no es solamente un límite al poder sino que es una herramienta eficaz de sanción al responsable de una conducta antisocial.

Bajo esta última perspectiva, nuestro sistema penal ha ampliado su ámbito de aplicación y ya no únicamente se ocupa de garantizar el debido proceso al procesado, sino que también debe encargarse de restituir los derechos de las víctimas que son los directos perjudicados con la acción del presunto responsable. Lo anterior, sirve para entender el lugar que hoy día ocupa la víctima dentro de la relación jurídico-procesal que se genera tras la comisión de un delito, y las posturas tan extremas que se han tomado al respecto: desde el otorgamiento de un poder absoluto para buscar la justicia por mano propia, hasta el despojo total de la posibilidad de ejercer la acción penal.

En cuanto a la primera postura, no es de nuestro interés adentrarnos en ella, puesto que entendemos que la evolución del Derecho Penal hasta nuestros días ha provisto de razones

lógicas suficientes para desechar su aplicación, al afirmar que “...la pena pública (...) emerge para restringir la aspereza del poder penal privado...”<sup>1</sup>; así, la finalidad buscada se legitima al encuadrarse en la limitación y racionalización del uso del poder punitivo sobre el delincuente, en un contexto en el que la sociedad ha aceptado someterse a la figura del Estado, entregando el monopolio de dicho poder.

Respecto a la segunda postura, en este caso si existe una necesidad imperiosa de analizarla, pues se entiende que su finalidad es garantizar que la paz y el orden social sean mantenidos a través de la imposición de la pena; por ello, se justifica encargarle la búsqueda de esa sanción al Estado y no a la víctima, pues se considera que el precitado interés público raramente se presentará en la mente de esta última, en la que convergen primariamente la venganza, la mera reparación económica; o, en ocasiones, ni siquiera ellas, sino tan solo el querer olvidar lo sucedido, que conlleva inclusive la falta de ejercicio de la acción penal.

Complementando el pensamiento con las palabras de Armenta Deu, se dice para explicar esta segunda posición, que:

[las] funciones de naturaleza intimidatoria (general o individual) del *ius puniendi* se anteponen a la satisfacción de los intereses de la víctima y, pese a no poder afirmarse que esta última necesidad desaparezca del todo, el monopolio estatal sobre el *ius puniendi* y la erradicación de las reacciones privadas ponen de

<sup>1</sup> Fleming & López. *Las Penas*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe-Argentina. Año 2009. Pág. 22.

manifiesto la atención prioritaria hacia el efectivo cumplimiento de la amenaza penal<sup>2</sup>.

De esta cita encontramos un evidente problema, si nos centramos en el hecho de que la autora reconoce que es imposible la desaparición total de la necesidad de reparar a la víctima, pues de hecho, si ello ocurriese, la finalidad social de la pena (mantener el orden y la paz social) no lograría cumplirse. Para explicar esta última afirmación, es necesario analizar el hecho de que la imposición de la sanción penal no deviene de una coerción que busca resarcimiento o reparación, sino meramente castigo; y en el tipo de sistemas en los que esta coerción es aplicada, el conflicto que ha causado este efecto nunca se resuelve, como bien lo explica Zaffaroni:

[...] el modelo restitutivo busca la solución de conflictos, mientras que el punitivo decide sobre los conflictos pero no los resuelve, ya que como se ha dicho, los suspende en el tiempo. La extensión del primero amplía el número de conflictos resueltos y mejora la coexistencia; la del segundo extiende el margen de puros actos unilaterales del poder, deja más conflictos sin resolver y deteriora la coexistencia<sup>3</sup>.

Con esto, sustentada en los preceptos constitucionales y en el procedimiento penal ecuatoriano, intento plantear la siguiente hipótesis: *en un sistema que necesariamente impone la búsqueda de la sanción penal para quienes cometen actos ilícitos con*

<sup>2</sup> Armenta Deu, Teresa. *Sistemas Procesales Penales, La Justicia en Europa y América*. Editorial Marcial Pons. Buenos Aires-Argentina. Año 2012. Pág. 125.

<sup>3</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal, Parte General*. Editorial EDIAR. Buenos Aires-Argentina. Año 2002. Pág. 47.

*el fin de mantener el orden y la paz, el no mirar a la víctima, sería incoherente con aquella finalidad, pues el conflicto generado al no asegurar su reparación, provocaría un resentimiento social que no permite conciliar sino separar a los integrantes del grupo.*

En ese contexto, para lograr una mayor coherencia del proceso penal, se necesita concebirlo como una herramienta de doble finalidad, así: **a)** Por una parte, intenta mantener (en abstracto) el orden y la paz social, mediante la imposición de una pena a quien, luego de la debida comprobación, es considerado autor del delito, garantizándole una judicialización imparcial a través de la intervención de un órgano estatal encargado del ejercicio de la acción penal, con la condición de que se respete el principio básico de mínima intervención; y, **b)** En complemento, busca ser (en concreto) un espacio para la efectiva solución del conflicto generado por el cometimiento de un delito específico, brindando un contacto “...del victimario con sus víctimas directas e indirectas, tendiente a reparar a estas [últimas]...”<sup>4</sup>.

Dicho lo anterior, con la normativa vigente, en el presente trabajo pretendo analizar (sin agotar el tema) esta segunda finalidad del proceso penal, en la cual cobra enorme importancia la intervención de la víctima, como sujeto de la reparación penal y protagonista principal de la solución del conflicto que el delito ha causado; más aún cuando esta es la perspectiva teórica y práctica que hay detrás del artículo 78

<sup>4</sup> Beristain, Antonio, *Proceso Penal y Víctimas, Pasado, Presente y Futuro*. Págs. 399-414. En: Sampedro & Moreno (edit.). *Realidades y tendencias del Derecho en el Siglo XXI, Derecho Procesal, Tomo V*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Año 2010. Pág. 401.

de la Constitución de la República del Ecuador<sup>5</sup>, y que ellos han sido materializados con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP), en el que debe basarse el examen de la cuestión.

En ese contexto dividir el escrito en los siguientes apartados: en primer lugar, hacer un examen de las víctimas en el COIP; en segundo término, analizar el rol de la Fiscalía en la protección de las víctimas de los delitos; en un tercer epígrafe, examinar las formas de intervención de las víctimas en el proceso penal; para luego discutir algunas cuestiones sobre qué deberá establecer la víctima durante el proceso y cuáles son las limitaciones que tiene la víctima para intervenir en el mismo; finalmente plantear algunas breves consideraciones sobre la reparación integral en el proceso penal ecuatoriano.

## 2. Las víctimas del delito según el COIP

Para poder analizar la cuestión de las víctimas en el vigente derecho positivo ecuatoriano, es necesario definir lo que se entiende por víctima según nuestro sistema procesal penal. Para ello, conviene partir de lo enunciado en el artículo 441 del COIP, en el que se establecen criterios para identificar a

<sup>5</sup> Art. 78 CRE.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza y otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

las personas que se encuadran en esta definición. Para satisfacer esta labor, nos remitiremos al primer numeral de la citada disposición legal; pues, ahí encontramos una definición general de lo que se entiende por víctima (441.1 *ejusdem*) en contraste con el resto de numerales, en los que se mencionan situaciones puntuales que, al parecer, el legislador consideró necesario especificar, pero que no definen en términos generales a lo que entendemos por víctimas:

Art. 441 COIP.- Se consideran víctimas, para efectos de aplicación de las normas de este Código, a las siguientes personas:

1. Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta, como consecuencia de la infracción.

Esta expansión del concepto de víctima, que no solo abarca al titular del bien jurídico, directamente afectado por el cometimiento del delito, sino a todas aquellas personas y entidades que sientan que indirectamente se les ha lesionado el bien jurídico del que son titulares, toma sentido si se atienden a las finalidades del COIP, en especial a la que consta en el numeral quinto de su exposición de motivos, esto es, la “Adecuación normativa nacional a los compromisos internacionales”; así, se nota que la actual norma punitiva se vale en grandes partes de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (en adelante, ONUV-D), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución Nro. 40/34, de 29 de noviembre de 1985, que en su artículo A.1 dispone:



#### A.- Las víctimas de delitos

1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, inclusive la que proscribe el abuso de poder.

En este punto, parecería que el COIP intenta obtener, al menos en teoría, una verdadera solución del conflicto a través de la participación en el proceso penal, de todos aquellos que han sido dañados por el delito, dándoles una voz para que manifiesten su sentir respecto a los perjuicios que se les ha causado y la forma en la que podrían sentirse reparados, amalgamando con ello las finalidades de la justicia restaurativa a tal trámite procesal penal ordinario, en tanto ella “...se basa en las relaciones y se esfuerza en conseguir resultados que satisfagan a un grupo amplio”<sup>6</sup>; así:

...no necesariamente [se] descarta todas las formas de castigo (por ejemplo multas, encarcelamiento, libertad condicional), pero se enfoca principalmente en resultados restaurativos y directos (...) [pues el] resultado restaurativo de la reparación, en la medida de lo posible del daño causado por el delito, proporciona

<sup>6</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Organización de las Naciones Unidas. Nueva York-Estados Unidos. Año 2006. Pág. 11. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonreform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonreform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)

al delincuente la oportunidad de realizar una reparación significativa<sup>7</sup>.

Descomponiendo la norma en análisis, se puede decir que la condición de víctima está relacionada con:

**2.1. Ser persona natural, jurídica, u otro sujeto de derechos.** Los dos primeros conceptos no necesitan especificación; y, para el uso general que se le da al tercero, nos sirve el contenido del artículo 10 de la Constitución de la República, que establece:

Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Además de ellos, el COIP añade, en su artículo 441.6, que el Estado puede ser víctima de un delito, lo cual intenta fundamentar la norma, al decir, en su numeral 1, que la calidad de víctima deviene de un daño a un bien jurídico, lo cual se analiza a continuación.

**2.2. La presencia de un bien jurídico que acompañe a la víctima del delito.** El bien jurídico es un concepto harto difícil de definir dentro del ámbito penal, y que en las tendencias actuales se ha querido asimilarlo al de “derechos

<sup>7</sup> Ídem.

constitucionalmente reconocidos”. Ahora bien, resulta cierto que la justificación de la aplicación de una pena por la vulneración de un derecho parece un limitante legítimo para la intervención del poder punitivo; sin embargo, se debe recordar que el irrespeto a los derechos no se agota en su lesión directa, sino también en la afectación de ciertas condiciones sin las cuales no podrían (o difícilmente podrían) ser ejercidos, por lo que tales condiciones también deben ser incorporadas al concepto en análisis.

Si se traza una línea de conexión con el razonamiento anterior, se entenderá el motivo por el que la legislación penal sanciona vulneraciones a bienes jurídicos como “el correcto desempeño de la administración pública”, o la “seguridad interna y externa del Estado”; siempre dentro del margen del principio de mínima intervención penal, que se traduce en la tipificación de delitos, sólo cuando no existan otros mecanismos para responder ante ciertas relaciones conflictivas de la sociedad. Esto, a su vez, sirve entonces para justificar la intervención del Estado como víctima, pues muchas veces, los bienes jurídicos pretenden proteger ciertas obligaciones que tal ente lequía está encargada de cumplir, con la finalidad de garantizar los derechos de las personas; y, dado que inclusive existiendo un detrimento real en las posibilidades para alcanzar tal finalidad, tras el cometimiento del delito, es rara o nula la posibilidad de que existan personas que individualmente busquen proteger, en un juicio penal, el desarrollo de tales obligaciones estatales, se le encarga al Estado (como obligado) el buscar el resarcimiento del daño.

**2.3. Daño al bien jurídico, de forma directa o indirecta a causa del delito.** Respecto de esta condición existen dos circunstancias importantes a considerar:

**2.3.1.** Resulta necesario precisar lo que se entiende por daño, y para ello, existen varias líneas que se pueden seguir para dotar de contenido al concepto; así, el mismo COIP pareciera determinar en su artículo 441.2 que daño se refiere a la “...agresión física, psicológica, sexual o cualquier otro tipo de daño o perjuicio de [los] derechos por el cometimiento del delito”; de una manera más concreta, la ONUV-D incorpora dentro del concepto de daño a las “...lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales...”. Por estas definiciones, se entiende que la tendencia es a ejemplificar posibles daños y no limitar dentro de un *numerus clausus* la circunstancia de la que podría devenir, utilizando como única limitante a la vulneración de derechos (con excepción del caso especial del Estado, especificado *supra*, en el que su intervención se ve legitimada para conseguir la reparación de bienes jurídicos que se le ha encargado custodiar). Sin embargo, existen ciertos límites que se le pueden dar al daño que habilita la intervención de la víctima, como por ejemplo, el utilizado por la Corte Constitucional de Colombia, que exige que “...haya un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de este...”<sup>8</sup>, entendiéndose con ello que estarían excluidos los daños que se describen abstractamente como violaciones de derechos, sin que exista una circunstancia fáctica y delimitada con la que se pueda convalidar tal afirmación; a lo

<sup>8</sup> Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-651/11. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-651-11.htm>.

que se agrega, que el daño debe ser actual (en contraposición a cualquier daño futuro que no pueda ser verificable en el momento del juicio) y ajeno a causas determinantes, anteriores o posteriores al cometimiento del delito;

**2.3.2.** El COIP presenta un problema muy grande al dejar indeterminado el concepto de víctimas indirectas del delito, pues a pretexto de tal vaguedad se podrían provocar casos en los que se establezca una relación de causalidad *ad infinitum*, en las que personas que muy distantes han sufrido algún daño del que el delito resulta una causa coadyuvante, en suma de muchas otras, intenten utilizar a la justicia penal para repararlo. La solución de este problema resulta difícil y a veces engañosa; así, por ejemplo, se podría pensar que esta categoría de víctima indirecta es limitativa para los familiares de quien sufrió directamente el perjuicio; ya que, se los suele indemnizar, tenemos así que, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado:

Los familiares de las víctimas también tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a éstas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 12 de agosto del 2008. *Fondo Reparaciones y Costas. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Párr. 146.

De hecho, estos familiares son protegidos específicamente por lo dispuesto en el artículo 441.3 del COIP, que considera víctimas a “La o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior”<sup>10</sup>; sin embargo, no podemos agotar, en estas personas, el concepto de perjudicados indirectos; pues, de hecho, si se sigue la finalidad del COIP a cumplir los compromisos internacionales asumidos por el Estado, se debería también tomar en cuenta que la ONUV-D y los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derecho Humanos y de Violaciones Graves del Derechos Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones<sup>11</sup> (ONUVDH) si bien reconocen como víctimas a los familiares de los perjudicados directos, en sus artículos A.2 y V.8 (respectivamente), añaden también en este concepto a quienes “...hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización...”; y de hecho, inclusive el mismo Código Orgánico Integral Penal se extiende por fuera de los familiares de la víctima directa, al nombrar como perjudicados indirectos del delito, en el artículo 441.4, a “... quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.”

<sup>10</sup> Con referencia al numeral 2 de la misma norma, que señala como víctimas a quien “...ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier otro tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal”.

<sup>11</sup> Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005, mediante Resolución Nro. 60/147.

Como vemos, son varias las situaciones en las que una persona puede ser encasillada dentro del concepto de “víctima indirecta”, siendo los citados en el párrafo anterior solo algunos ejemplos; así, si bien no se puede intentar agotar su identificación, es de utilidad para generalizar el concepto, lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, al resolver sobre la posibilidad de intervención de víctimas indirectas en los procesos iniciados en su sede jurisdiccional. Para contextualizar, la decisión de la que se trata fue dictada dentro del “Caso Lubanga”, en la Sala de Apelaciones, sobre el alcance de la regla 85 de las Reglas de Procedimiento y Pruebas de la Corte Penal Internacional, que establece:

Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas:

a) Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;

b) Por “víctimas” se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios

La discusión se centró en que si el literal a) de la precitada norma jurídica, permitía la incorporación del concepto de víctimas indirectas, y que es lo que tal concepto implicaba. En tal sentido, la Sala de Apelaciones ha precisado que:

El daño sufrido por una víctima como resultado de la comisión de un crimen comprendido en la competencia

de la Corte puede dar lugar a un daño sufrido por otras víctimas. Esto es evidente, **por ejemplo**, cuando hay una estrecha relación personal entre las víctimas, como la relación entre un niño soldado y los padres de dicho niño. El reclutamiento de un niño soldado puede provocar un sufrimiento personal tanto al niño de que se trata como a sus padres. Es en este sentido que la Sala de Apelaciones entiende la afirmación de la Sala de Primera Instancia de que “las personas pueden ser víctimas directas o indirectas de un crimen comprendido en la competencia de la Corte”. **La cuestión que debe determinarse es si el daño sufrido es personal al individuo. Si lo es, puede vincularse tanto con las víctimas directas como con las indirectas. La determinación de si una persona ha sufrido un daño como resultado de un crimen comprendido en la competencia de la Corte o no, y por consiguiente, si es una víctima ante la Corte o no, tendrá que hacerse a la luz de las circunstancias particulares**<sup>12</sup>. (énfasis fuera del texto)

Profundizando sobre este argumento, en una posterior decisión, dijo la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional que:

...dos categorías de víctimas pueden participar [en el proceso ante la Corte]. Primero. Las víctimas “directas”: En quienes el daño es el resultado de la comisión de un crimen de jurisdicción de la Corte.

<sup>12</sup> Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones. Sentencia del 11 de julio de 2008, relativa a las apelaciones del Fiscal y la Defensa contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I sobre la participación de las víctimas de 18 de enero de 2008. Párr. 32. Nro. ICC/01/04-01/06 OA 9 OA 10. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc579104%20.pdf>.



Segundo, las “víctimas indirectas”: aquellas que han sufrido daño como resultado del daño sufrido por las víctimas directas<sup>13</sup>.

Luego de ello, la misma Sala manifestó que “Las víctimas indirectas deben establecer que, como resultado de su relación con la víctima directa, la pérdida, lesión o daño sufridos por las últimas [mencionadas] les ha provocado [a su vez] daño”<sup>14</sup>.

Se debe recordar, regresando a nuestro ámbito nacional y tras establecer estos criterios, que los casos 3 y 4 del artículo 441 del COIP no son las únicas situaciones en las que se pueden presentar víctimas indirectas de un delito; es decir, que su consagración no excluye a otras personas que puedan tener esta calificación, ni se constituye en una determinación taxativa sobre la circunstancia en estudio; pues, para la calificación del resto de víctimas indirectas, que pueden presentarse, se debe acudir al numeral 1 de la antedicha norma, casos en los que el juzgador deberá analizar si, cumpliéndose todos los requisitos descritos *supra*, se puede aceptar la intervención procesal de quien se dice víctima del delito.

**2.4. Independencia de la condición de víctima, de los intentos por sancionar al responsable del delito.** Por último, cabe mencionar que el COIP dispone en el inciso final del artículo 441, que la condición de víctima

<sup>13</sup> Corte Penal Internacional. Sala de Primera Instancia 1. Decisión del 8 de abril del 2009, sobre víctimas indirectas. Párr. 44. Disponible en idioma inglés en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc662407.pdf>

<sup>14</sup> *Ibidem*. Párr. 49.

resulta “...independiente de que se identifique, aprehenda, enjuicie, sancione o condone al responsable de la infracción o a que exista un vínculo familiar con este...”, disposición también contenida en el artículo A.2 de la ONUV-D. No existe discusión sobre las consideraciones que se hace en la parte final del inciso, pues nada exime a los familiares del delincuente de sufrir las consecuencias dañosas de sus acciones, y de que, en tal sentido, puedan ejercer sus derechos de acceso a la justicia y búsqueda de una reparación integral; es en cuanto a la primera parte del artículo que se genera el problema, debido a que surge la duda en torno a mi que si es necesario el comprobar algún tipo de circunstancia factual sobre la existencia del delito.

Al respecto, considero necesario precisar que, dentro del campo procesal penal, siempre se divide en dos ámbitos a las comprobaciones fácticas que se deben elaborar para llegar a una sentencia de condena, siendo ellas la existencia material del delito y la responsabilidad del procesado. Habiéndose aclarado esto, se puede notar que el inciso en estudio no está dirigido a separar la primera de las citadas comprobaciones de la calidad de víctima, sino la segunda; por tanto, en los casos concretos, la calificación de una persona como víctima, al acudir ante el sistema de justicia penal, no puede prescindir de revisar (mediante las primeras diligencias investigativas) que al menos existan indicios importantes sobre el cometimiento de una infracción penal, y que tal presunta infracción ha causado daños (en el sentido estudiado *supra*) a quien pretende beneficiarse de los derechos concedidos por el artículo 11 del COIP.

Lo anterior, sin obstar a que el ente encargado de la acusación pública preste una primera ayuda psicológica (PAP)<sup>15</sup> a las “...personas angustiadas afectadas recientemente por un acontecimiento crítico grave...”<sup>16</sup>, que, según sus percepciones personales, pudiese constituir delito, ya que se debe recordar que las intervenciones en estos momentos de crisis deben darse, por lo general, en instantes relativamente cercanos al acontecimiento dañoso<sup>17</sup>.

**2.5. Interpretación en caso de dudas.** No se debe olvidar que la calificación de una persona, individual o colectiva, como víctima, para permitirle su participación dentro del proceso penal y, de ser el caso, repararla integralmente, es una labor que presenta arduas tareas de interpretación del contenido del artículo 441 del COIP; por lo mismo, no está por demás recordar que, el artículo 13.1 *ejusdem*, prevé, en primer lugar, que esa interpretación debe darse “...en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos”. Así, es imperioso remitirse al artículo 11.5 de la norma suprema del Estado, que dispone que “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras

<sup>15</sup> Organización Mundial de la Salud, War Trauma Foundation; y, Visión Mundial Internacional. *Primera Ayuda Psicológica: Guía para Trabajadores de Campo*. Disponible en: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44837/1/9789243548203\\_spa.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44837/1/9789243548203_spa.pdf). Pág. 3. Se describe a la primera ayuda psicológica como: “...una respuesta humana, a otro ser humano que está sufriendo y que puede necesitar ayuda”.

<sup>16</sup> *Ibidem*. Pág. 4.

<sup>17</sup> *Ibidem*. Pág. 5. Se establece que la PAP “...se centra en ayudar a las personas que han sido afectadas recientemente por un acontecimiento de este tipo [situación de crisis]. Puede facilitar PAP tan pronto como establezca contacto con personas que están en situación de angustia. Normalmente esto será durante o inmediatamente después del acontecimiento”.

y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”.

### **3. La Fiscalía como ente identificador de la calidad de víctima del delito**

Partiré manifestando, anticipadamente, que esta responsabilidad de identificar dentro de la investigación penal a las víctimas de un delito recae sobre la Fiscalía General del Estado, y ello debido a varias razones:

- a) Según mandato constitucional del artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador, le corresponde a la Fiscalía General ejercer “... la acción pública (...) con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas”, por lo que resulta inherente a sus funciones el encargarse de identificarlas en cada caso, para poder informarles correctamente sobre los derechos que les asisten y las formas en las que pueden participar dentro del proceso penal, más aún cuando dichas actividades ya le son atribuidas por mandato legal del artículo 442 del COIP.
- b) Por sobre ello, también brinda acierto encargarle esta función a Fiscalía, por el hecho de que en esta institución pública recaen todas las tareas investigativas para averiguar la forma en la que ocurrió el delito. El correcto desempeño de esta labor, podrá facilitar la elaboración de una teoría del caso (en el evento de un dictamen acusatorio) que permita reconocer a todas las personas que han sido afectadas por la conducta del procesado.

c) Por último, no existe otra parte involucrada dentro del proceso penal que pueda efectuar esta tarea, ya que si se la encargaría al juzgador, ella iría en detrimento de su imparcialidad, mientras que si tal labor se posara sobre el procesado, se le estaría pidiendo que designe a las personas a las que ha dañado con sus actos, en clara vulneración de su presunción de inocencia. Es necesario recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose al proceso penal, ha dicho que “... [no] es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona”<sup>18</sup>, por lo que se reitera que, al estar encargada la Fiscalía de precautelar el derecho de las víctimas, es a ella a quien lógicamente le corresponde identificarlas, con el objetivo de que ejerzan sus derechos legalmente reconocidos.

En cuanto a la información que la Fiscalía debe brindar a las víctimas, se considera una buena guía para hacerlo las 100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad<sup>19</sup> (100-RB), adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana; así, resulta trascendental para fijar los momentos de desarrollo de esta actividad, la regla 54, que manifiesta que “Se deberá prestar la información desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación, incluso desde el primer contacto con las autoridades policiales cuando se trate de un procedimiento penal”.

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 17 de noviembre de 2009. Fondo Reparaciones y Costas. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Párr. 63.

<sup>19</sup> Documento disponible en: [http://www.cumbrejudicial.org/c/document\\_library/get\\_file?uuid=10cef78a-d983-4202-816e-3ee95d9c1c3f&groupId=10124](http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=10cef78a-d983-4202-816e-3ee95d9c1c3f&groupId=10124)

Con relación al contenido de la información, se tienen ciertas reglas que se diferencian entre la información que se debe prestar cuando la persona participa en una actuación procesal determinada; cuando lo hace en calidad de parte procesal; y, ciertas consideraciones específicas para las víctimas. Todas estas reglas se aplican a nuestro estudio, puesto que se debe recordar que el perjudicado por el delito puede ser testigo, sujeto procesal, *inter alia*.

En calidad de interviniente en una actuación procesal, la víctima deberá ser informada, al tenor de la regla 52 de las 100-RB, de lo siguiente:

- i. La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar;
- ii. Su papel dentro de dicha actuación;
- iii. El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo puede prestarlo.

Si decide participar como sujeto procesal, la regla 53 de las 100-RB dispone informarle:

- i. El tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales;
- ii. Los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso;
- iii. La forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente;

- iv. El tipo de servicios y organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo.

Es esencial según la regla 56 *ejusdem*, además, informarle a la víctima sobre:

- i. Posibilidad de obtener la reparación del daño sufrido;
- ii. Lugar y modo en que pueden presentar una denuncia o escrito en el que ejercite una acción;
- iii. Curso dado a su denuncia o escrito;
- iv. Fases relevantes del desarrollo del proceso;
- v. Resoluciones que dicte el órgano judicial.

Por último, la regla 57 de las 100-RB, manifiesta que se debe poner énfasis en informarle a la víctima, sobre las decisiones judiciales que puedan afectar a sus bienes jurídicos, en especial aquellas relativas a su seguridad, cuando se ha puesto en libertad al acusado.

#### **4. Formas en que la víctima puede intervenir en el proceso penal**

Sobre este tópico, el legislador ha generado varios problemas con la manera en la que ha redactado el articulado del COIP. En un primer momento, el artículo 11.1 *ejusdem* menciona que las víctimas de los delitos tienen derecho a “...proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento...”; en cuanto a esto, se considera un avance determinar que la víctima puede

alejarse del proceso penal y no intervenir en él en lo absoluto, debido a que resulta una consecuencia lógica del delito la presencia de estragos psicológicos en ella, que posiblemente le harán difícil el confrontar a su agresor, más aún, dentro de un ambiente como el proceso penal, que por su estructura, finalidad y los derechos que dentro de él se ponen en juego, resulta de alta tensión para sus intervinientes.

Con la experiencia que he tenido como juzgadora, he de decir que no en pocos casos he notado que los intentos de la acusación pública por conseguir castigar a los delincuentes, han primado sobre los intereses de las víctimas del delito, quienes se han visto reducidas a meros objetos de los cuales Fiscalía puede extraer datos importantes para la investigación y, en muchos casos incluso se les revictimiza enfrentándoles en la propia audiencia, o diligencia, en reconocimientos o identificaciones ilegales a sus victimarios.

Ya, desde el 2008 con la expedición de la nueva Constitución de la República, tomó relevancia en el país el derecho de las víctimas a no ser puestas en situaciones que puedan generar mayores vulneraciones que las causadas por el delito<sup>20</sup>, esto no ha eliminado los casos en que las víctimas de violencia sexual son sometidas a numerosos y degradantes exámenes médico-ginecológicos, psicológicos y hasta de trabajo social, que en muchas ocasiones, estos últimos resultan infructuosos, porque también afectan a la víctima y a su entorno; es así que, las víctimas de los delitos, en general son sometidas a audiencias en contacto directo con las personas que les han

<sup>20</sup> Lo que se desprende del precitado artículo 78 de la Constitución de la República.



causado graves daños, sin ningún tipo de asistencia psicológica o protección para su seguridad; en que los perjudicados por delitos que pueden llegar a poner en grave riesgo su intimidad y su vida privada, sin su consentimiento, han sido expuestos a procesos en los que sus nombres son divulgados abiertamente al público, generando (para cierto tipo de víctimas sensibles) mayores daños que los que posiblemente produjo su agresor y se pretende reparar con una sentencia de condena.

Casos como los descritos han habido muchos, y pese a los esfuerzos jurisdiccionales de instancias superiores para acabar con la instrumentalización del sufrimiento de las víctimas, las vulneraciones a su intimidad, integridad física y psicológica, entre otros derechos, han seguido ocurriendo. Por eso se resalta la importancia de ciertas normas del COIP, como:

- a) Las disposiciones relativas al respeto de su privacidad, como el artículo 5.20 *ejusdem*, que trata, en especial, sobre el respeto a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, así como de las víctimas de los delitos sexuales, impidiendo su identificación bajo cualquier medio. En esta misma línea, están normas como la del artículo 11.4 del cuerpo legal en estudio, que garantiza el derecho de la víctima, en general, al resguardo de su seguridad e intimidad, lo que permite que se analice la posibilidad, en cada caso, de que se permita mantener en reserva del público en general los datos de la víctima; para lo cual resulta útil la regla 76 de las 100-RB, que recomienda especial protección en los casos en que la persona “...[esté] sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida...”, en concordancia con la regla 11 *ejusdem*, que se refiere a una

vulnerabilidad mayor “...que puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal”.

- b) Las garantías de no revictimización al tomar contacto con el proceso penal, en cualquier calidad, como el artículo 11.9, que le asegura la obtención de una asistencia integral, que al tenor del artículo 16.5 del Reglamento del Sistema de Protección a Víctimas y Testigos, se traduce en “...el apoyo socioeconómico, psicológico, médico y demás acciones encaminadas a satisfacer necesidades básicas previamente evaluadas, cuya finalidad es mantener un nivel de vida digna y segura”. De manera específica, se encuentra los artículos 11.5 (garantía de no revictimización en la obtención de pruebas y protección para su seguridad personal), así como el artículo 510 *ejusdem*, que asegura a la víctima, en caso de elegir rendir su testimonio dentro de la causa, el hacerlo mediante mecanismos tecnológicos e infraestructurales que eviten su confrontación directa con el procesado; y también, de la misma norma, se desprende la garantía de que el testimonio sea rendido con la asistencia de profesionales de intervención en crisis durante todas las actividades probatorias.

Se debe recordar que, según una interpretación sistemática y teleológica del COIP, la víctima es un fin en sí mismo, por lo que debe garantizársele ser tratada como una persona y no un objeto, con la dignidad que tal calidad le acredita.

En cuanto a la no intervención de la víctima en el proceso, también se debe indicar que ello no excluye la obligación de los operadores de justicia, en caso de que se haya identificado plenamente a los perjudicados, de informarles del avance

y resultados de la investigación preprocesal y procesal penal (artículo 11.10 del COIP), así como de notificarle con el resultado final del proceso (artículo 11.11 *ejusdem*), excepto en aquellos casos en que la víctima haya manifestado expresamente su deseo de no ser informada en lo absoluto respecto a estos temas; es por ello que, al presentarse la denuncia, se debe obtener por parte de la Fiscalía los datos precisos de su ubicación con el objeto de cumplir con la norma.

Ahora bien, si los temas descritos anteriormente se consideran un avance para respetar los derechos de las víctimas, existen también en el COIP ciertas oscuridades normativas que podrían poner en peligro esos mismos derechos; la más evidente de ellas, es precisamente la confusión que genera el cuerpo de normas en estudio sobre la institución de la acusación particular.

Doctrinariamente, el acusador particular es entendido como “...la persona física o jurídica que ha sido ofendida por el delito y se constituye en parte activa en el proceso penal instando el castigo del responsable”<sup>21</sup>; de tal forma, es una manera en la que la víctima se hace visible en la causa y deja saber al juzgador de sus intenciones de ser tomada en cuenta dentro de ella. Con esto también, al tomar interés personal sobre la búsqueda de la sanción al procesado, independiente (aunque condicionada) al impulso oficial de la causa por parte del acusador público, se hace responsable de la malicia o temeridad que en sus acciones pueda estar presente, inclusive

<sup>21</sup> Armenta Deu, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons. Madrid-España. Año 2012. Pág. 85.

exponiéndose a ser sancionada en estos casos (lo que prevé nuestra legislación en el artículo 433.7 del COIP).

El COIP consagra la institución de la acusación particular (artículos 432-438); sin embargo, no prevé expresa ni tácitamente su finalidad ni sus límites, por lo que resulta difícil diferenciar las potestades de un acusador particular de las de una víctima en general. Así, en un primer momento, se podría creer que al hablar el artículo 11.1 *ejusdem* de las formas en las que la víctima puede participar en el proceso, y solo referirse a la posibilidad de proponer acusación particular, se estaría condicionando su calidad de sujeto procesal al desarrollo de esta actividad; sin embargo, al mirar la sección de la acusación particular, se podrá encontrar que el artículo 432.1 del COIP determina que en caso de no proponérsela, ello no irá en perjuicio de “...la facultad [de la víctima] de intervenir en todas las audiencias y de reclamar su derecho a la reparación integral...”.

Si los percances se detuvieran allí, y no existirían otras normas que más adelante cito, la afirmación, podría reducirse a que, en caso de no proponer acusación particular, la víctima:

- a) Sería escuchada personalmente y de manera voluntaria en todas las audiencias, pero no tendría derecho a presentar pruebas –lo que no es así–; y,
- b) Podría reclamar su reparación integral, en el caso de una condena, pero no tendría una posición gravitante en el momento de determinar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado –lo que tampoco es correcto–. Sin embargo, el problema no se limita a la presencia del último de los artículos citados, sino a varias inconsistencias normativas, la primera y más importante de las cuales deviene del artículo 439 del Código Orgánico Integral

Penal, que determina como sujeto procesal a la “víctima” y no al “acusador particular”, entablándose así un problema de interpretación de derechos como interviniente en el proceso penal sobre si se necesita o no de la acusación particular para intervenir de forma amplia en el proceso, y que se resuelve con la consagración de ciertas normas que parecen dar potestades a la víctima, que según una lectura dislocada de los precitados artículos 11.1 y 432.1 del COIP, no debería tener.

En efecto, lo trascendental que se debe decir sobre estas inconsistencias, es que una lectura sistemática del Código Orgánico Integral Penal, como un nuevo modelo de justicia integral, permite establecer que no se toman a las palabras “víctima” y “acusador particular” como sinónimos, al no usárselas indiscriminadamente (inclusive el antedicho artículo 432.1 refleja una diferenciación), de tal forma que no es posible establecer una relación recíproca entre las dos, sino más bien diferenciada, en la que si bien todo acusador particular deberá ser primero víctima, no toda víctima deberá ser acusador particular.

Con ello en mente y tras la lectura de ciertos artículos que se mencionaran de forma inmediata, se afirma que las conclusiones a las que preliminarmente se llegó en los literales *supra* no son adecuadas. De forma específica, lo dicho en el literal a) no corresponde a la realidad, porque revisado el artículo 615.1 del COIP, se dispone que la “víctima” (en descarte del término “acusador particular”) podrá practicar las pruebas que hubiese solicitado; así también, en el artículo 604.4.a) *ejusdem*, se dispone que sea escuchada para el anuncio de las pruebas de la reparación integral. Por su parte, el literal b) tampoco resulta correcto, puesto que el artículo 507 del COIP reconoce

el derecho de la víctima a solicitar de Fiscalía la práctica de los actos probatorios tendientes a comprobar la existencia del delito; así también, los artículos 614 y 618.1 del cuerpo legal en estudio, establecen que la “víctima” puede efectuar alegatos de apertura y cierre en la audiencia de juicio, y en especial la última de las disposiciones citadas, enfatiza en que tales alegatos pueden recaer “...sobre la existencia de la infracción, la responsabilidad de la persona procesada y la pena aplicable...”.

En definitiva, si bien en un primer momento parecería que el artículo 432.1 del COIP limita la actividad procesal de la víctima que decide no proponer acusación particular, un análisis integral revela que tendría iguales potestades que las de un acusador particular, con muy pequeñas diferencias realmente irrelevantes<sup>22</sup>; de hecho, constituirse en acusador particular podría ser un gravamen superior para la víctima, antes que un derecho como tal que le implique preponderancia dentro del proceso al simplemente intervenir como tal dentro del proceso. En ese sentido es de advertir que las actividades del acusador particular están sujetas a la declaración de malicia y temeridad (artículo 433.7 *ejusdem*); su desistimiento, para evitar esta declaración, está condicionado a la aceptación del procesado (artículo 437 *ejusdem*); su calificación para poder ser tomada en cuenta como tal está sometida a más requisitos (artículo 434 del COIP); y, en general, su tramitación obedece a mayores complejidades.

<sup>22</sup> Por ejemplo, y de hecho es de los únicos elementos diferenciadores que he podido encontrar en este acercamiento al tema, el artículo 600 del COIP establece que en caso de dictamen abstentivo por parte de Fiscalía, es el “acusador particular” (no la “víctima”) quien puede solicitar que tal decisión se eleve en consulta a una autoridad superior.

Por último, con relación a la opción de la víctima de intervenir en el proceso, resta decir que el artículo 11.12 del COIP determina que ésta debe ser tratada en condiciones de igualdad, y de ser el caso, se deben adoptar acciones afirmativas para garantizar una investigación, proceso y reparación en relación con su dignidad humana. Al respecto, se debe analizar que el asunto de importancia en esta norma es el de la igualdad formal, entendida como el principio según el cual “...las normas jurídicas deben ser aplicadas a todas las personas sin distinción de ninguna clase...”<sup>23</sup>, para dar paso a la igualdad material, en aquellas circunstancias en que “...una medida que pretende en su objetivo el tratar de manera igual, no considera las diferencias existentes en la realidad, que hacen que cada uno de los titulares de derechos sea particular...”<sup>24</sup>.

La carga argumentativa de la norma *in comento*, corresponde entonces al tema de la discriminación, siendo por tanto su finalidad el garantizar que todas las personas en condición de víctimas, puedan acceder a los derechos que el ordenamiento jurídico les otorga como tales, es por ello que resulta comprensible el mandato impuesto a los operadores de justicia que de ser el caso pueden utilizar acciones afirmativas, pues ellas se entienden como “...un trato (estatal) diferente fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos miembros, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no les son reconocidos a miembros de

<sup>23</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 058-14-SEP-CC, del 2 de abril de 2014.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

otros grupos...”<sup>25</sup>. Para identificar a estos grupos, inicialmente (y de forma no exclusiva), se puede recurrir al artículo 35 de la Constitución de la República (grupos vulnerables); a la regla de aplicación de los derechos del artículo 11.2 *ejusdem* (garantía de no discriminación); a las causas de vulnerabilidad descritas, en general, por las reglas 4 y 5 de las 100-RB; y, en específico, a la reglas 10, 11 y 12 del mismo texto jurídico.

## 5. Temas que debería discutir la víctima durante el proceso

De acuerdo con los artículos citados en el numeral que antecede, no debería quedar dudas de que lo relativo a la reparación integral no agota el tema del interés de la víctima para actuar dentro del proceso penal, pues sus derechos se extienden más allá de este primer ámbito, para alcanzar nuevos límites en el esclarecimiento de los hechos y, de ser lo apropiado, el juzgamiento y sanción de los responsables del delito. Estas figuras se enmarcan en el derecho de la víctima a acceder a la justicia, como así lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias: “...el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los eventuales responsables...”<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Saba, Roberto, “(Des)igualdad Estructural”. En: Caicedo & Porras (Edit.). *Igualdad y no Discriminación, El Reto de la Diversidad*. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Quito-Ecuador. Año 2010. Pág. 71.

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de noviembre del 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Párr. 105.



De hecho, el órgano jurisdiccional supranacional citado, ha determinado que el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que trata acerca de las garantías judiciales, debe ser también aplicado para la protección de las víctimas; en virtud de esto, ha determinado la extensión de los derechos de este tipo de sujetos procesales:

...del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación<sup>27</sup>.

En el ámbito local, nuestra propia Constitución de la República reconoce, en su artículo 78, al conocimiento de la verdad de los hechos como un derecho de la víctima, debiéndose mencionar que este componente, bautizado como “derecho a la verdad”, ha sido entendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una parte esencial del derecho de acceso a la justicia.

Cabe añadir, además, que en su mayoría, los elementos relacionados con la reparación integral se interrelacionan y no pueden efectuarse sin aquellos referidos al acceso a la justicia y el derecho a la verdad, pues estos últimos tienden a la identificación de los culpables del cometimiento de un delito, y

<sup>27</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 5 de julio de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Comerciantes Vs. Colombia. Párr. 186.

sin que ello ocurra, es imposible proceder a la determinación y cuantificación de las vías adecuadas de reparación integral. Además de ello, resulta indiscutible que para un grupo de víctimas, la sentencia condenatoria en firme contra determinado procesado, constituirá *per se* un mecanismo de reparación, lo que es reconocido por el COIP, al consagrarse artículos como el 52, que establece como finalidad de la pena el colaborar con “...la reparación del derecho de la víctima...”, o el 628, que dentro de las reglas sobre la reparación integral, estipula que “Si la publicación de la sentencia condenatoria es el medio idóneo para reparar a la víctima, correrá a costa de la persona condenada”.

En cuanto a la aplicación práctica que se le ha dado a este tema en el COIP, existen ciertas limitaciones a la manera en la que la víctima pueda acceder al proceso, fundamentalmente en aspectos relativos al esclarecimiento de los hechos y la sanción del responsable.

## 6. Limitaciones para que la víctima pueda intervenir en el proceso

Pese a las amplias potestades que, como hemos visto, puede tener la víctima dentro del proceso penal, existen ciertas limitaciones que deben ser tomadas en cuenta por los juzgadores al momento de autorizar su intervención como sujeto procesal:

**6.1. La calidad de víctima debe ser calificada.** Ya sea que la víctima comparezca ante el juzgador identificada por

Fiscalía, tras sus investigaciones sobre los hechos, o independientemente de su actuación, esto es, por los propios medios, es necesario que previo a su primera participación dentro del proceso, el órgano jurisdiccional correspondiente califique la calidad en la que pretende intervenir; y ello, debido a que dentro del proceso penal también puede identificarse la institución de la legitimación en la causa; es más, es de mayor importancia que se lo haga dentro de este ámbito; pues, no se puede permitir que cualquier persona, que no haya sido lesionada los hechos, materia del proceso, ponga en riesgo y coadyuve a los intentos de condena del procesado, dado que para ello precisamente está la Fiscalía, entidad, que según mandato del artículo 195 de la norma jurídica suprema, actúa en representación de la sociedad.

En efecto, dentro del ámbito procesal penal, se puede exigir legitimación en la causa a quienes buscan ser resarcidos o beneficiados con la declaración de culpabilidad del procesado, exigiéndoles que “...tengan la titularidad del interés para pedir que se investigue y se decida de fondo o mérito si existe el pretendido derecho sustancial lesionado o sea el tal ilícito penal y la consiguiente lesión causada por aquel...”<sup>28</sup>. Esta actividad está correctamente determinada para el caso del acusador particular, pues el Código Orgánico Integral Penal prevé, en su artículo 434.3, que justifique en el escrito correspondiente “...encontrarse en condición de víctima...”, lo cual de no hacerse, provocará la prohibición de su intervención en juicio, al tenor del artículo 433.3 *ejusdem*. En el caso de la

<sup>28</sup> Devis Echandía, Hernando. *Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Editorial Ibáñez. Bogotá-Colombia. Año 2012. Pág. 67.

víctima que no decida encuadrar su actuación en la antedicha institución, no existe disposición expresa sobre la calificación, sin embargo, su exigencia deviene de un equilibrio entre los derechos de este interviniente en la causa y el procesado; en especial, la presunción de inocencia que le asiste a este último, se desprende entonces que tal situación solo puede ser puesta en riesgo por las personas o entidades que expresamente designa la legislación.

Sobre el último de los citados puntos, cabe cimentarlo, además, en que una de las finalidades del Código Orgánico Integral Penal, es precisamente equilibrar los intereses de los intervinientes en el conflicto penal; así, el numeral 3 de la exposición de motivos indica:

El derecho penal tiene, aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción. Por ello, el derecho penal debe determinar los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad.

Siguiendo este esquema, es correcto otorgarle participación a la víctima dentro del proceso penal, pero también resulta acertado calificar la intervención de quien crea poseer esta calidad, para asegurar que solo aquel que ha sido afectado por el delito pueda poner en riesgo la presunción de inocencia del

procesado; es así que, se debe tomar en cuenta, que el dejar la puerta abierta para que cualquier persona se presente como víctima al proceso penal, podría generar desigualdad durante su desarrollo.

Por último, se justifica también la postura adoptada, desde el ámbito procesal, con lo dicho por Maier respecto a la legitimación:

La ley material, civil, penal o de cualquier otra índole, es aquella a la cual le corresponde dirimir la cuestión acerca de quién es la persona con derecho a reclamar la consecuencia jurídica marcada por una norma de conducta, en especial por una norma de deber. Anexo a la creación de una regla de conducta funciona el mecanismo, consecuente de ella, consistente en establecer la persona, pública o privada, individuo o corporación, y, en su caso, sus posibles sustitutos, con derecho a pretender la realización de la consecuencia jurídica. Esa regla facultativa constituye el sustrato básico para apreciar la llamada legitimación procesal<sup>29</sup>.

Así, se puede observar que la consagración, por parte del legislador, de las situaciones en las que las personas pueden ser consideradas como víctimas, trae consigo la necesidad por parte de jueces y fiscales conforme a sus competencias de establecer, en cada caso concreto, a quien le corresponde esta calidad.

<sup>29</sup> Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal II, Parte General, Sujetos Procesales*. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires – Argentina. 2004. Pág. 647.

**6.2 Condicionamiento en cuanto al ejercicio de la acción y los fundamentos de la acusación pública.** Es importante mencionar esta limitación, ya que el daño que afirma haber sufrido la víctima, debe extraerse de los hechos por los cuales fue llamado a juicio el procesado y no otros. Sobre esto, ya se ha pronunciado la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional, al decir que:

...solo las víctimas que sean víctimas de los crímenes imputados pueden participar en las actuaciones del juicio (...) a los efectos de la participación en las actuaciones del juicio, el daño alegado por una víctima y el concepto de intereses personales con arreglo al párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto [que permite su intervención en la etapa de juicio, en los asuntos en los que pudiesen verse afectados sus intereses] deben estar vinculados con los cargos confirmados contra el acusado<sup>30</sup>.

Con relación a este tema, es menester delimitar que nuestro sistema penal está basado en un modelo acusatorio, en el que el ejercicio público de la acción penal es concedido a la Fiscalía, de lo que deviene naturalmente en que la víctima estará subordinada a la actuación de esta entidad pública en varios aspectos, de los cuales los más predominantes son la decisión de ejercer la acción penal y la fijación del contenido fáctico y jurídico de la misma: **a)** En cuanto al primero de los aspectos mencionados, se tiene que tanto la Constitución de la República, en su artículo 195, como el artículo 444.3 del COIP, entregan la decisión del ejercicio de la acción penal pública a la Fiscalía. **b)** Respecto al segundo punto, se estipula que son atribuciones del fiscal: la

<sup>30</sup> Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones. *Óp. Cit. Supra* (12). Párr. 62 y 65.

recolección de los elementos de convicción de cargo y descargo (artículo 580 del COIP); la formulación de cargos y por tanto el contenido de los mismos (artículos 591 y 595 *ejusdem*); la acusación formal, en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, y la fijación de sus elementos fácticos y jurídicos (artículos 602 y 603 *ejusdem*), en los que deberá basar su análisis el juzgador para emitir su decisión de sobreseer o llamar a juicio.

Con estos lineamientos, el régimen procesal plantea una regla general sobre las víctimas, según la cual “...éstas pueden actuar sin sustituir ni desplazar al fiscal”<sup>31</sup>; es decir, actúan coadyuvando a la acusación pública a conseguir sus fines procesales, cuando le son comunes a los suyos, guardando la capacidad de contradecir las intenciones del titular de la acción penal pública, solo en ciertos casos fijados en el COIP. Se debe enfatizar en ciertos puntos: **a)** En lo atinente a la recolección de elementos de convicción, durante la etapa de instrucción, la víctima puede solicitar que se desarrollen diligencias tendientes a determinar “...la existencia del delito...” a la Fiscalía, según lo dispone el artículo 597 del COIP. Sin embargo de ello, y dado el derecho que se le establece en el artículo 584 *ejusdem*, de obtener acceso al expediente desde la investigación previa, no se vería reparo para que la víctima solicite la práctica de diligencias para esclarecer los hechos desde esta fase preprocesal. Y en la instrucción tampoco hay inconveniente en permitir que la víctima solicite diligencias que sirvan para fijar la responsabilidad del procesado, dado su derecho al acceso

<sup>31</sup> Fierro-Méndez, Heliodoro, *La Nulidad del Proceso Penal por Violación a Principios y Garantías Fundamentales*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá-Colombia. Año 2012. Pág. 607.

a la justicia, y en específico, a la verdad, fundamentándose, además, en el artículo 598 *ejusdem*, que faculta a los “sujetos procesales”, en general, a solicitar la práctica de pericias que sean necesarias para obtener elementos de convicción. **b)** Respecto a la falta de ejercicio de la acción penal, la víctima tiene derecho a ser escuchada en los casos de aplicación del principio de oportunidad (artículo 413 del COIP) y del archivo de la investigación (artículo 587.1 del COIP); así también, puede solicitar la consulta al fiscal superior en caso de un dictamen abstentivo (si se ha constituido en acusador particular, según el artículo 660 del COIP). **c)** En cuanto a la aplicación de ciertos mecanismos procesales especiales, la víctima puede ser escuchada en el caso de la suspensión condicional de la pena (artículo 630.4 del COIP), así como en la aplicación del procedimiento abreviado (artículo 637 del COIP); en esta última circunstancia, también se prevé por parte de la legislación la posibilidad de que el juzgador niegue la petición, para precautelar sus derechos (artículo 639 del COIP). Así también, en los delitos para los que se prevé la conciliación, le asiste el derecho de ponerse de acuerdo con el procesado para presentar, ante el Fiscal, la solicitud respectiva que permita suspender la tramitación de la causa (artículo 665 del COIP), y en caso de cumplirse el acuerdo al que se haya llegado, también archivar la investigación o declarar la extinción de la acción (según la fase en la que sea presentada). **d)** Las facultades para impugnar las distintas providencias que se expidan a lo largo del proceso penal, las tiene la víctima indistintamente de que Fiscalía ejerza su derecho a recurrir, ya que en todos los artículos del COIP que hablan sobre la legitimación activa en los distintos medios de impugnación (apelación-654, casación-657 y hecho-661), se concede esta cualidad a los “sujetos procesales”, y



como ya hemos visto, por disposición del artículo 439.2 *ejusdem*, la víctima es un sujeto procesal.

Un punto que resulta complejo sobre el tópico abordado, es lo relativo a la variación de criterios respecto al contenido de la acusación fiscal, pues si bien los hechos imputados al procesado quedan fijados en el auto de llamamiento a juicio, surge la interrogante de si la víctima tendría la posibilidad de alejarse de la calificación jurídica que le dé a ellos el fiscal, para plantear una diferente en sus intervenciones ante los distintos juzgadores. Al respecto, un primer análisis de lo descrito en este sub-numeral permitiría responder en sentido negativo la cuestión tratada; sin embargo, en este examen hay ciertas aristas que deben ser mencionadas.

En primer lugar, el derecho al acceso a la justicia de las víctimas, en especial en su vértice de conocer sobre la verdad de los hechos, exige que ellas puedan ser oídas respecto a las actuaciones del acusador público que consideren inadecuadas, pues no debe olvidarse lo dicho *supra* en lo relativo a su intervención dentro del proceso, que a criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe ser amplia, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en lo relacionado a la reparación integral, lo que toma aún más validez con lo dicho por la jurisprudencia interamericana sobre la debida diligencia en la investigación estatal; así, puede citarse ciertos criterios trascendentes:

Resulta esencial para garantizar el derecho a la información y a conocer la verdad que los poderes públicos

actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho...<sup>32</sup>

La Corte recuerda que la obligación del Estado de investigar consiste principalmente en la determinación de las responsabilidades y, en su caso, en su procesamiento y eventual condena<sup>33</sup>.

La investigación debe ser seria, imparcial y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores del hecho. La obligación referida se mantiene cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus actos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado. Asimismo, la debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue. De otro modo, la investigación no es efectiva en los términos de la Convención<sup>34</sup>.

Por su parte, la ONUV-D, en su artículo A.6.b), claramente dispone:

<sup>32</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 31 de agosto del 2011. *Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador*. Párr. 170.

<sup>33</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 17 de abril del 2015. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*. Párr. 442.

<sup>34</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Espinoza González Vs. Perú*. Párr. 238.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente...

Presentadas estas pautas al lector, se deberá entender que si bien nuestro sistema procesal penal no permite que a la víctima se le atribuya las funciones que el sistema le ha otorgado a la Fiscalía, si puede utilizar las audiencias que se llevan a cabo durante las distintas etapas procesales para poner de manifiesto las preocupaciones que tenga respecto de la actuación del fiscal asignado a la causa. En especial, en lo relativo a la calificación jurídica del hecho (que involucra grados de participación, tipo penal aplicable, agravantes, atenuantes, aplicación de la figura como tentativa o delito consumado, *inter alia*), y en cuanto crea que ello afecta a su derecho a la verdad, es posible que la víctima ponga en conocimiento del juzgador su inconformidad con lo expuesto por la acusación pública, pues a fin de cuentas, es el órgano jurisdiccional, en virtud del *iura novit curia*, previsto en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, el que determinará el encuadramiento jurídico adecuado para la conducta que se le imputa al procesado.

Ahora bien, tal como lo dice el artículo de la ONUV-D citado, esta actividad no puede ir en desmedro del procesado, razón por la cual, en aplicación del principio de contradicción, se le deberá permitir a tal sujeto procesal el manifestarse sobre

la postura de la víctima; e, inclusive, si no se siente preparado, se le tendrá que garantizar su derecho a la defensa con la suspensión de la audiencia, al tenor del artículo 568 del COIP, que prevé esta interrupción para “...un mejor desarrollo y cumplimiento de las finalidades del proceso...”, una de las cuales, precisamente es el derecho a la defensa del acusado.

Por último, y dentro del tema de la debida diligencia en la investigación, como se dijo en líneas anteriores, parecería que la interpretación conjunta de los artículos 597, 598 y 604.4.a) del Código Orgánico Integral Penal, arroja como resultado que la víctima tendría potestades probatorias respecto a los aspectos relacionados a la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, solamente a través de Fiscalía y con limitación a las etapas de investigación previa e instrucción fiscal, más aún cuando el último de los artículos citados manifiesta que se escuchara a la víctima, en el anuncio de la totalidad de la prueba durante la audiencia preparatoria de juicio, para aquellas que estén “...destinadas a fijar la reparación integral...”. En estas circunstancias, aparece como un retroceso el que se le haya quitado a este sujeto procesal, su derecho a presentar queja ante el fiscal superior por la mala y deficiente investigación realizada, que preveía el artículo 69.4 del ya derogado Código de Procedimiento Penal.

## **7. Breve revisión del tema de la reparación integral**

Este tópico, por sí solo, podría ser el objeto de estudio de todo un libro, razón por la que solo pretendo tratarlo brevemente en

cuanto a ciertos avances que trae el COIP, remitiendo al lector, en lo demás, a un estudio anterior de la suscrita<sup>35</sup>. Se destaca lo siguiente:

**a)** Se reconoce legalmente el derecho constitucional a la reparación integral de la víctima (art. 11.2 del COIP), poniéndoselo inclusive como una finalidad del Código Orgánico Integral Penal (según su artículo 1) y de la pena (artículo 52 *ejusdem*). **b)** La relevancia del tema ha causado que el cuerpo legal en estudio se estructure con él en su centro; así, se encuentra disposiciones tendientes a garantizar su cumplimiento, como los artículos 63.1 (el servicio comunitario puede ser un mecanismo de reparación a la víctima) 547.3 (hecha efectiva la caución, ella sirve para garantizar la reparación integral), 554 (las medidas cautelares de carácter real deben ser de valor suficiente para garantizar la reparación integral), 555 (cuando la persona va a juicio, el juzgador debe disponer la prohibición de enajenar y retención de cuentas por un valor que cubra la posible reparación) y 628.3 (la obligación de reparar a la víctima tiene prelación sobre la multa, comiso y otras obligaciones del sentenciado). **c)** Al igual que en todos los temas relativos a su intervención en el proceso penal, la víctima tiene derecho a ser asistida por un defensor público o privado para buscar su derecho a la reparación integral (art. 11.6 del COIP). **d)** Se describen en *numerus apertus*, algunas formas de reparación y en qué consisten (artículo 78

<sup>35</sup> Ver: Terán Sierra, Gladys. "La Reparación Integral en el Proceso Penal y en la Constitución de la República del Ecuador". En: BLUM CARCELÉN, Jorge (Dir.). *Ensayos Penales*. Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Quito-Ecuador. Edición Nro. 1 – feb. 2013. Págs. 20-32. Disponible en: [http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas\\_penales/Revistaprimeraedicion.pdf](http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas_penales/Revistaprimeraedicion.pdf)

del COIP). **e)** El tema de la reparación es tratado a lo largo del proceso, debiéndose formular pruebas para poder lograr su consecución (artículo 604.4.a del COIP), ya que el juzgador, al momento de motivar su sentencia, no puede dejar de mencionar los elementos en que ha basado la determinación de la reparación integral (artículo 622.6 del COIP). **f)** Se establecen reglas generales sobre cómo tratar a la reparación integral en las sentencias (artículo 628 del COIP). **g)** Se garantiza la reparación integral, inclusive ante a la aplicación de ciertos mecanismos procesales que la podrían poner en riesgo, como el principio de oportunidad (artículo 413 del COIP), la suspensión condicional de la pena (artículo 631.7 *ejusdem*) o el procedimiento abreviado (artículo 638 del COIP).

## 8. Conclusiones

La víctima es sujeto de derechos, de conformidad con el artículo 78 de la Constitución de la República. Su accionar dentro del proceso penal, conforme el Código Orgánico Integral Penal, es la de un sujeto procesal, sea a través de la acusación particular o no, ya sea como víctima directa o indirecta del delito, presente o no denuncia en la Fiscalía General del Estado, interviniendo de manera directa en la producción de pruebas o para su reparación integral, o para cumplir los fines del proceso relacionados con la aportación de pruebas sobre la existencia del delito y sus responsables.

Durante la investigación fiscal o la instrucción, la víctima debe ser identificada por el fiscal a cargo del caso, con el objeto de que se le reconozcan sus derechos y ser informada de éstos; además, para que el órgano jurisdiccional al

que corresponda su conocimiento, pueda declararla sujeto procesal, vigile el proceso penal y lo resuelva oportunamente, y así, la víctima pueda ejercer sus derechos, entre ellos el de recurrir, sin necesidad de presentar denuncia o acusación particular, pues así le reconoce el art. 439.2 del COIP. Recordemos que a la administración de justicia la ley le obliga a dar a conocer de los resultados del proceso y su conclusión a la víctima, para lo cual, la Fiscalía debe proporcionar los datos, además de la identificación, del lugar o lugares en los que se le puede notificar, o su correo electrónico, y con ello cumplir con este mandato legal.

Al ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva, y dentro de éste al de acceso a la justicia y a la verdad sobre los hechos delictivos de los que presuntamente ha sido víctima, estas potestades se extienden, si así lo desea, a participar en la formulación de prueba sobre los supuestos trascendentales a justificarse en el juicio (existencia del delito y responsabilidad del procesado), ya que parecería que el COIP limita a la fase preprocesal y a la instrucción fiscal, las capacidades probatorias de la víctima sobre esos ámbitos. El artículo 604.4.a) del COIP determina que al hacerse el anuncio de pruebas en la audiencia preparatoria de juicio, a la víctima se lo podrá escuchar solo en lo relativo a las pruebas “...destinadas a fijar la reparación integral...”; sin embargo, considero, que al ser reconocida como sujeto procesal por el COIP, el derecho de la víctima es amplio en cuanto a la libertad probatoria respecto fáctico, que como víctima de un hecho criminal le afectan, y a contradecir los medios de prueba que aduzca el o los procesados en cualquier etapa del proceso penal.

Con relación a la prueba que se debe incorporar al proceso penal por el ejercicio de su derecho a la reparación integral, debo aclarar que, inclusive, aunque la víctima tenga la capacidad de producir prueba para justificar la reparación, la Fiscalía no pierde la obligación de coadyuvar en este fin, y hasta suplir las falencias que la víctima pudiese tener en su actividad probatoria; pues, no solo es su obligación constitucional el precautelar los derechos de este sujeto procesal (artículo 195 de la Constitución de la República), sino que ahora es un imperativo determinar la reparación integral en las sentencias condenatorias (artículo 628 del COIP), siempre que la víctima fuese identificable (según el precitado artículo 622.6 *ejudem*).

En los casos en que la norma habla sobre la calificación de la malicia o temeridad, para los casos en que se ha presentado denuncia o acusación particular, el COIP, no prevé que existe otra forma de participación de la víctima en el proceso penal, sin necesidad de que presente denuncia o acusación particular, pues al ser identificada como tal por parte de la Fiscalía, durante el decurso de una investigación de oficio, pueden darse también impulsos infundados o maliciosos, hechos para buscar la condena de una persona cuya inocencia termina siendo ratificada dentro de un proceso penal; por lo que también deberían ser sancionados por la legislación, cuando constituyan claros atentados en contra de la honra, patrimonio e inclusive de la libertad. Dicho esto, parecería que el Código Orgánico Integral Penal ha dejado la puerta abierta para que, en ciertos casos, las circunstancias descritas queden sin sanción, por cuanto la norma no dice nada en casos de sentencias que ratifiquen el estado de inocencia; pues, si bien la denuncia y la acusación particular están sujetas a la declaración de malicia y



temeridad, piénsese tan solo en un caso en el que infundada y perniciosamente se haya conseguido, por parte de la supuesta víctima, el impulso oficial del proceso hasta la etapa de juicio, con su participación activa en las diversas audiencias en búsqueda de la condena del procesado; aquí, si mediante sentencia se declara la inocencia del acusado, nada podría hacerse respecto a una posible evidente mala fe de la víctima; por lo que este tema ameritaría una reforma legal que permita a la administración de justicia aplicar, en estos casos, el art. 433.7 y declarar la malicia o temeridad.

Finalmente, existe oscuridad en la norma, que podría ser, objeto de intervención por parte del Pleno de la Corte Nacional de Justicia y que tiene que ver con la comparecencia de la víctima a la audiencia de juicio; por un lado, el artículo 11 del COIP, al tratar los derechos de la víctima, en su numeral 1) dice: “a proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento ...En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer.” En coherencia con el numeral 5, que identifica el derecho a no ser revictimizada en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Sin embargo, cuando se refiere a los requisitos y trámite de la acusación particular, el artículo 432.6, dice que el acusador particular –víctima del delito– debe estar presente en la audiencia de juicio, caso contrario se declarará abandonada la acusación particular.

Son muy pocas las diferencias que pueden darse entre la participación de la víctima como tal, sin necesidad de que se presente como acusadora particular, una de éstas sería, que deba consultarse al fiscal superior cuando el dictamen fiscal

tenga el carácter de abstentivo y en casos en que afecten directamente al individuo como persona natural, y a que no se le obligue, en iguales circunstancias a comparecer a la audiencia de juicio, o a rendir su testimonio.

Como hemos visto, el legislador ecuatoriano ha entendido que es necesario, por un lado, proteger a la víctima dentro del proceso penal, y por otro asegurar su reparación integral, con el fin de resolver una conflictividad que ha permanecido latente; pues, todo ello guarda perfecta armonía con la búsqueda del orden y la paz social, fines últimos del Derecho Penal.

## 9. Bibliografía

- Armenta Deu, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons. Madrid-España. 2012.
- Armenta Deu, Teresa. *Sistemas Procesales Penales, La Justicia en Europa y América*. Editorial Marcial Pons. Buenos Aires-Argentina. 2012.
- Beristain, Antonio. *Proceso Penal y Víctimas, Pasado, Presente y Futuro*. Págs. 399-414. En: Sampredo & Moreno (edit.). *Realidades y tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, Derecho Procesal, Tomo V. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 2010.
- Devis Echandía, Hernando. *Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Editorial Ibáñez. Bogotá-Colombia. 2012.

- Fierro-Méndez Heliodoro. *La Nulidad del Proceso Penal por Violación a Principios y Garantías Fundamentales*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá-Colombia. 2012.
- Fleming & López. *Las Penas*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Santa Fe-Argentina. 2009.
- Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal II*, Parte General, Sujetos Procesales. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires – Argentina. 2004.
- Saba, Roberto. *(Des)igualdad Estructural*. En: Caicedo & Porras (Edit.). *Igualdad y no Discriminación, El Reto de la Diversidad*. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Quito-Ecuador. 2010.
- Teran Sierra, Gladys. *La Reparación Integral en el Proceso Penal y en la Constitución de la República del Ecuador*. En: Blum Carcelén, Jorge (Dir.). *Ensayos Penales*. Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Quito-Ecuador. Edición Nro. 1 – feb. 2013.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Ediar. Buenos Aires-Argentina. 2002.



# Medidas de protección, víctima y victimización terciaria

**Felipe Rodríguez Moreno**

*Abogado en libre ejercicio  
y profesor de la Universidad Central del Ecuador*

## **Sumario:**

**1.** Introducción; **2.** ¿Es la víctima sujeto procesal?; **3.** ¿El derecho penal protege o reprime?; **4.** ¿Cuál es la diferencia entre medidas cautelares y medidas de protección?; **5.** ¿Es el sospechoso o procesado peligroso o siempre es inocente y así debe ser tratado?; **6.** ¿Cuáles son las repercusiones victimológicas de tratar a un inocente, sin sentencia, como culpable?; **7.** ¿Qué es la victimología o la victimización?; **8.** Las medidas de protección victimizan terciariamente?; **9.** Existe victimización carcelaria?; **10.** Conclusión; **11.** Bibliografía.



## 1. Introducción

Una evolución de la concepción utilitaria clásica de Derecho Penal se ha visto redefinida, o al menos controvertida, con la inserción dogmática y normativa de la víctima como sujeto procesal. Cada vez con mayor frecuencia la víctima es considerada por el Estado, a través de la normativa Penal, como un sujeto susceptible a ser blindado y protegido por éste, como si su integridad física y emocional fuese el fin último del proceso.

Justamente se han ideado medidas de protección que, a diferencia de sus viejas pero vigentes predecesoras –las medidas cautelares–, ya no buscan proteger al proceso penal con un sistema realizable, sino que éstas pretenden proteger a la víctima de un sujeto a *priori* peligroso, al que valga decir, no se le ha condenado por delito alguno.

El desarrollo de este trabajo está basado, mayormente, en responder las siguientes interrogantes: ¿Es la víctima sujeto procesal? ¿El *ius puniendi* se lo concibió como protección a una víctima concreta o como garantía a una población en abstracto? ¿El Derecho Penal protege o reprime? ¿Cuál es la diferencia entre medidas cautelares y medidas de protección? ¿Es el sospechoso o procesado peligroso? o ¿Siempre es inocente y así debe ser tratado? ¿Cuáles son las repercusiones victimológicas de tratar a un inocente (sin sentencia) como culpable?; ¿Qué es la Victimología y la victimización? ¿La medidas de protección victimizan terciariamente? y ¿Existe victimización carcelaria?

## 2. ¿Es la víctima sujeto procesal?

Hablar de la víctima en materia Penal siempre resulta complejo, sobre todo porque es difícil determinar hasta qué punto ésta debe importarle al Derecho Penal y no al Derecho Administrativo.

Es inevitable empezar este análisis con una afirmación polémica pero categórica: el Derecho Penal no se ocupa de la víctima ni se puede ocupar de ella. Esta aseveración se puede fundamentar con un sencillo ejemplo: la víctima de una agresión sexual es víctima de tal delito sin importar de lo que el Derecho Penal haga, y no dejará de ostentar la calidad empírica de víctima porque se procese penalmente a su agresor.

La víctima sale de la esfera del interés del proceso penal, el cual está encaminado a reprimir al victimario y cuya represión no extirpa la calidad de víctima a la persona agredida.

Así, debemos comprender que en los delitos de acción pública el “ofendido”, si bien es víctima directa de una conducta típica, no es en realidad su única víctima, sino que precisamente en los delitos de acción pública se considera que toda la sociedad somos víctimas de tal o cual acto delictivo. Este es el motivo por el cual es el Estado el titular de la acción penal y en tal virtud se reprime para reafirmar la vigencia real de la norma y extirpar al victimario de la sociedad, supuestamente, con la finalidad de rehabilitarlo.

En este sentido, la víctima no es sujeto procesal y si se admite una acusación particular es sólo con fines indemnizatorios.



Naucke hace referencia a lo sostenido: “[...]el asesinato de una persona interesa al Derecho penal, sobre todo, como un hecho de inseguridad social y de peligro, y no como la desaparición de una vida individual que es necesario preservar.”<sup>1</sup>

**2.1. ¿El *ius puniendi* se lo concibió como protección a una víctima concreta o como garantía a una población en abstracto?** La investigación de un delito le compete al Estado, ya que es su deber, y en ejercicio del *ius puniendi*, le corresponde administrar Justicia. La sociedad existe porque los individuos, por necesidad, abandonamos el estado de naturaleza y libertad para sobrevivir, cediendo parte de nuestra libertad a un soberano, para que nos administre y nos de, sobre todo, “seguridad”, creando armonía, destruyendo (o invernando) el estado de naturaleza del hombre y formando un conjunto armónico de personas con un mismo fin: la seguridad.

Hoy conocemos que el COIP ha incorporado a la víctima como sujeto procesal (ver arts. 439 y 440), la cual tiene derecho a tener tal calidad incluso sin presentar acusación particular, lo que es sin duda un error más procesal que dogmático, pero que incluso representa un desconocimiento de la normativización de la dogmática en el ámbito procesal. No está mal que el Estado pretenda proteger y cuidar de la víctima, lo errado está en no darse cuenta que eso, en todo caso, le

<sup>1</sup> Naucke, Wolfgang, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, en “KritV”, cuaderno 1, 1993, pág. 139, obra citada en Aponte, Alejandro, *Derecho Penal del Enemigo vs. Derecho Penal del Ciudadano, Günther Jakobs y los avatares de un Derecho Penal de la enemistad*, en *Derecho Penal Del Enemigo: El Discurso Penal de la Exclusión.*, Vol. 1, Montevideo, B De F, 2006. pág. 169.

pertenece al ámbito del Derecho Administrativo y, que cuando se lo camufla en el Derecho Penal, empezamos a ver fracasos manifiestos.

Constitucionalmente las víctimas de violencia doméstica, de violencia sexual, menores de edad, entre otras, son consideradas personas vulnerables a las que el Estado les debe especial protección. Así lo dispone el artículo 35 de la Constitución ecuatoriana.

Además, el Art. 78 de la Constitución establece que las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Establece, incluso, que deberán adoptarse mecanismos para una reparación integral que incluirá el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del bien jurídico lesionado.

En contraposición de lo establecido, el *ius puniendi* está concebido, evidentemente, como un poder lícitamente represivo que busca defender a una sociedad en abstracto y no a una víctima en concreto. Además, considera que esa víctima en concreto forma parte de esa sociedad en abstracto y tal virtud también se ocupa de ella, pero a su manera, y no como los victimólogos del siglo XXI pretenden.

Considerar a la víctima como sujeto procesal incluso conlleva un problema técnico: la litigación oral es un ejercicio dialéctico entre dos partes, y un tercero viene sobrando. No

solo Aristóteles y Quintiliano rechazarían un ejercicio dialéctico de dos contra uno, sino que además el sistema oral acusatorio no fue concebido para ejecutarse de este modo.

### 3. ¿El Derecho Penal protege o reprime?

El *ius puniendi* es el principio rector que permite al Estado, como ente legal, tener la atribución de sancionar, utilizando violencia democrática y legislativamente legitimada para coaccionar a aquellos individuos que amenazan a la estabilidad del Estado y, por lo mismo, a la armonía comunitaria.

El Derecho Penal mira hacia el pasado y reprime conductas típicas. Un Derecho Penal que busque “proteger” no es Derecho Penal<sup>2</sup>, y si alguien sostiene que sí lo es, entonces se trataría de un Derecho Penal que viciosamente ha fracasado,

<sup>2</sup> Una gran parte de la doctrina contemporánea mantiene que el fin de la pena es la protección de bienes jurídicos “protegidos”, es decir, que la pena se justifica porque su objetivo es salvaguardar a los bienes jurídicos protegidos (ej. vida, salud, honor, propiedad, integridad sexual, etc.) y por lo tanto su misión es legítima. En general, al ordenamiento jurídico con el apoyo de sus distintas ramas, le interesa la protección de bienes jurídicos, pues precisamente para que sean protegidos es que nos unimos como sociedad, buscando un gran garante de nuestras vidas, bienes, salud, integridad física, etc., llamado Estado. Por lo mismo, al Derecho Penal sí le interesa la protección de bienes jurídicos, pero únicamente como una enunciación de preceptos que teóricamente disuadan a la sociedad de incurrir en actos que conlleven una pena. Por otro lado, el Derecho Penal, como una ciencia práctica y no sólo dogmática, termina manifestándose en el mundo real como una rama represiva, no preventiva. Y si bien podemos hablar dogmáticamente de que la pena sí previene a modo parcial, además de castigar, en la práctica estamos ante un fenómeno real e indiscutible: el Derecho Penal no mira hacia el futuro, sino únicamente hacia el pasado, es decir, el Derecho Penal es práctico y únicamente útil porque es capaz de castigar transgresiones pasadas al ordenamiento jurídico, y porqué no decirlo, a bienes jurídicos protegidos, más no es útil porque sea capaz

y lo explico a continuación desentrañando las ideas del autor Polaino Navarrete.

El citado autor explica que la teoría imperativista de la norma ya no tiene la fuerza de antaño, puesto que los Estados no pueden imponer conductas a sus súbditos y en consecuencia a la norma se la debe explicar de forma dinámica; es decir, desde su estructura funcional<sup>3</sup>. El profesor de la Universidad de Sevilla explica con simple lógica lo que al parecer muchos se niegan a ver: la norma penal no prohíbe conductas, ni acciones, ni comportamientos, ni mucho menos alguna personalidad; de lo contrario si esto fuese realidad, entonces, el precepto prohibitivo del homicidio conseguiría que no haya homicidas, lo cual es constatablemente falso<sup>4</sup>. Las finalidades y funciones deben ser reales y verificables ya que los tipos penales no son capaces de prohibir realmente conductas, menos aun de proteger bienes jurídicos; y si lo harían, incluso la pena

de prevenir actos futuros, lo cual no es una mera enunciación dogmática, sino una constatación empírica. Ideal sería que el Derecho Penal sea la panacea de las vulneraciones arbitrarias del ordenamiento jurídico, pero lastimosamente no lo es, y el ámbito preventivo debe interesarle, principalmente, al Derecho Administrativo. Un Derecho Penal que intenta prevenir delitos futuros con la finalidad de proteger bienes jurídicos constitucionalmente protegidos y reconocidos como tales, no es Derecho Penal, es Derecho Administrativo camuflado en la rama del ius puniendi, cuya actuación sólo puede desembocar en el fracaso. Quienes mantengan que el fin de la pena e incluso del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, defienden un caso perdido, un fracaso manifiesto, y si es así, entonces el Derecho Penal no tendría ninguna razón de ser, porque ya hubiese demostrado su inutilidad en el transcurso de toda nuestra historia.

<sup>3</sup> Cfr. Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho penal, Parte general, Fundamentos científicos del Derecho penal*, Tomo I, 6ta edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2012, págs. 188 y 189.

<sup>4</sup> Cfr. Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho penal, Parte general, Fundamentos científicos del Derecho penal*, Tomo I, 6ta edición, op. cit. pág. 189.

resultaría innecesaria, puesto que las conductas “prohibidas”, por estarlo, nunca se ejecutarían.

Queda claro, por consiguiente, que la norma penal no es ni un mandato ni una prohibición, sino únicamente la descripción de una conducta que asocia una consecuencia jurídica con la realización culpable de la acción u omisión descrita<sup>5</sup>. Por lo mismo, podemos decir que la norma debe poderse infringir, en caso contrario no sería real<sup>6</sup>.

#### **4. ¿Cuál es la diferencia entre medidas cautelares y medidas de protección?**

Para la doctrina, existe una institución Penal llamada “medidas de seguridad”, la cual ha sido seccionada y ha alcanzado dos especies dentro del género, éstas son: a) medidas de seguridad pre-delictuales; y, b) medidas de seguridad post-delictuales.

Las medidas de seguridad son una especie dentro del gran género: “Derecho Penal Cautelar”; por esta razón se debe tener mucho cuidado en no caer en confusiones. No es lo mismo medidas cautelares que medidas de seguridad. Las medidas de seguridad son una especie autónoma del Derecho Penal Cautelar, autonomía de la cual también gozan las medidas cautelares como institución penal.

<sup>5</sup> Cfr. Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho penal, Parte general, Fundamentos científicos del Derecho penal*, Tomo I, 6ta edición, op. cit. pág. 189.

<sup>6</sup> Cfr. Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho penal, Parte general, Fundamentos científicos del Derecho penal*, Tomo I, 6ta edición, op. cit. pág. 189.

Las medidas cautelares son medidas precautelatorias del Proceso Penal y tienen como fin dogmático: 1) Asegurar el cumplimiento de la pena; 2) Evitar la paralización del proceso; 3) Garantizar la inmediación del procesado con el proceso; 4) Evitar que el procesado obstaculice la acción de la Justicia; y, 5) Garantizar la solvencia del procesado en caso de que sea condenado a pagar daños y perjuicios.

Por otro lado, las medidas de seguridad buscan específicamente neutralizar a un ser “peligroso”, para evitar que éste siga delinquiriendo y causando estragos en la sociedad, mientras se lo procesa y, eventualmente, declare culpable.

En nuestro ordenamiento jurídico, las medidas de seguridad han sido denominadas “medidas de protección”. En el COIP, en nuestro caso, es la normativa que ha determinado con exactitud la finalidad de la utilización de tanto medidas de seguridad (protección) como de medidas cautelares (Art. 519 COIP) en referencia a la víctima: “1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.; [...] 4. Garantizar la reparación integral a las víctimas.”

Ricardo Vaca Andrade, con una mente serena, realista y fría, sostiene lo siguiente:

Casi siempre –por no decir en todos los casos– quien comete una infracción penal, aunque sea una contravención, pretende por todos los medios posibles evadir la acción de la justicia [...] Pocos son, lamentablemente, los que sin presión o coacción de ninguna especie reconocen haber cometido el hecho, asumen las consecuencias de sus acciones u omisiones, se someten a

las disposiciones legales y pagan lo que les corresponde en concepto de indemnizaciones civiles<sup>7</sup>.

Las medidas de seguridad son la modernización de adelantamiento punitivo de los fines de la pena de prevención general y prevención especial, que hace que el Derecho Penal pase de ser corrector e intimidador, a ser asegurador. Polaino-Orts explica que las medidas de seguridad no sólo pretenden la corrección o mejora del sujeto peligroso, sino que con ellas se provee de seguridad a la sociedad en su conjunto, aislando al sujeto peligroso<sup>8</sup>.

Hegel y Stooss ya hablaban de “Medidas Administrativas Policiales”, las cuales son el origen de las hoy famosas medidas de seguridad. Stooss es esclarecedor al establecer que:

Las medidas de seguridad no se fundan en una acción determinada, sino en el estado de la persona. No se trata de imponer una punición a nadie por su conducta culpable, sino de tratarle de modo adecuado a su estado. Esta modalidad decide sobre la forma y duración de tratamiento. No obstante la medida de seguridad tiene en común con la pena la finalidad de detener los crímenes [...] fundándose la medida en la característica peligrosa de una cosa[...].<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Vaca Andrade, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Cuarta Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, pág. 649.

<sup>8</sup> Cfr. Polaino-Orts, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Editorial Jurídica Grijley, Universidad de Huánuco, 2009, pág. 554.

<sup>9</sup> Stooss, Carl, *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*, Wien u, Leipzig, 1993, pág. 192, obra citada en Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*. Bogotá, D.C.: Universidad Santo Tomás, 2006, pág. 126.

## 5. ¿Es el sospechoso o procesado peligroso? o ¿siempre es inocente y así debe ser tratado?

Todo abogado conoce aquel principio y garantía que establece que se presume la inocencia de todo ciudadano hasta que se demuestre lo contrario y que, además, así siempre debe ser tratado (Art. 76.2 de la Constitución y Art. 5.4 del COIP). Sin embargo, de forma evidente e irrefutable las medidas de protección, e incluso las cautelares, sepultan esta garantía humana y someten al inocente como culpable sin que así haya sido declarado bajo la luz del Derecho. Justamente y por lo expuesto es que Jakobs considera que las medidas de protección son Derecho Penal del Enemigo.

La medida de seguridad es un mecanismo jurídico-penal de respuesta al delito, complementario de la pena, aplicado conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales en atención a la peligrosidad del sujeto, con finalidad correctora o asegurativa.

Una medida de protección se sustenta en la peligrosidad del sujeto. Tiene como presupuesto el cometimiento de un delito, pero prescindiendo de la culpabilidad. Este juicio de pronóstico presenta enormes dificultades de comprensión.

Las medidas de protección tienen una finalidad exclusivamente preventivo especial –mientras que la pena tiene un fin preventivo especial y/o general–, porque disuade al sujeto. La medida de protección no tiene ninguna finalidad retributiva, porque ni siquiera hay castigo. Es un fundamento de carácter utilitario; es una técnica justificable en términos paralelos en cómo se justifican las situaciones de necesidad. Se dice que



las medidas de seguridad son estado de necesidad Estatal, por eso las éstas deben basarse en los principios de necesidad y proporcionalidad, ya que se apoyan en un discrecional “juicio de peligrosidad”.

La medida de protección se suele imponer sin que se lleve un pronóstico de peligrosidad. Se debe analizar el grado de probabilidad de comisión de nuevos delitos y la gravedad relativa de esos delitos de previsible comisión. Esto se refiere siempre al comportamiento futuro, pero en la práctica se hace depender exclusivamente por la índole presunta del delito cometido, además, por el grado exagerado de credibilidad que se le da a la víctima, y al grado exagerado de sospecha e incredulidad que se le da al presunto victimario.

Para Sanz Morán *“El diagnóstico de peligrosidad es una profecía de cumplimiento delictivo [...] Se dan falsos positivos, como la percepción social de la actividad judicial. Basta con que un malhechor delinca para que los medios de comunicación lo conviertan en peligroso.”*<sup>10</sup>

Estamos inconcusamente ante un pronóstico que se mueve en torno a la duda. Nunca hay certeza. Por lo tanto, las medidas de protección han aniquilado al *indubio pro reo* y a la presunción de inocencia, porque jamás cabría la aplicación de las medidas de protección si se respetarían estos principios y garantías.

Se ha pretendido utilizar pronósticos médico-científicos, pero éstos tienen efectos muy limitados con muy poca fuerza

<sup>10</sup> Sanz Morán, Ángel, Apuntes del Máster de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, Materia: *Las Medidas de Seguridad*, Sevilla, 13 de noviembre de 2012.

predictiva. Por eso se recurre al diagnóstico pronóstico estadístico. Esto se parece al sistema que utilizan las aseguradoras para fijar las primas según las condiciones de cada sujeto, lo cual es sólo una predicción<sup>11</sup>. Finalmente, nos queda únicamente el pronóstico intuitivo, que es el que se usa y es el menos seguro<sup>12</sup>.

Las medidas de protección, dogmáticamente, se rigen por los siguientes principios rectores:

1) *Principios Formales*: los que derivan del principio de legalidad, comunes a la pena; rige la legalidad en las medidas de seguridad igual que en la pena (jurisdicción, competencia, delito, etc.)<sup>13</sup>. Es decir, consecuencias jurídicas de un hecho previsto legalmente como delito. Además, solo debería haberse impuesto una sola pena o medida de protección, se imponen a través de un proceso legalmente establecido, se ejecutan de conformidad con lo dispuesto en la ley y se someten a la reserva de ley (orgánica).

Las medidas de protección son tan restrictivas de la libertad y de derechos en general que deben ser sometidas exactamente a los mismos principios de la pena, entonces aplica la irretroactividad.

2) *Prohibición al uso de la técnica de la analogía*: no cabe utilizar un supuesto semejante por la exigencia

<sup>11</sup> Cfr. Sanz Morán, Ángel, Apuntes del Máster de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, Materia: *Las Medidas de Seguridad*, op. cit.

<sup>12</sup> Ídem

<sup>13</sup> Ídem

de certeza, de taxatividad. Deben estar establecidas, escritas y determinadas<sup>14</sup>.

3) *Principios materiales*: específicos para las medidas de seguridad, como el de proporcionalidad, que como principio más importante en esta materia establece lo siguiente: a) **Necesidad**: si no es necesaria no cabe aplicarla; 2) **Utilidad**: adecuación a un fin. Si no tiene fin no debe aplicarse; 3) **Subsidiariedad**: debe ser de *ultima ratio*, y en todo caso, inclinación por la medida menos lesiva para los derechos individuales; y,

4) *La proporcionalidad en sentido estricto*: la adecuada proporción entre la medida de seguridad y el supuesto (entonces no entre medida y peligrosidad)<sup>15</sup>.

Un problema dogmático grave surge de una simple pregunta: Si se aplican de forma pre-delictual ¿qué se comprende por delitos? Esto es un problema dogmático porque se comprende al delito, en esta materia, de forma limitada, es decir, únicamente como una acción típica y antijurídica, pero no culpable. Es por esto que Manzini, acertadamente, pregunta: “si se presume la inocencia del imputado [...] ¿por qué entonces proceder contra él?”<sup>16</sup>

Zaffaroni dice que las medidas de protección son penas sin límites ni garantías inherentes a las penas<sup>17</sup>. El Magistrado

<sup>14</sup> Ídem

<sup>15</sup> Ídem

<sup>16</sup> Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Buenos Aires, 1951. pág. 254, obra citada en Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, op. cit. pág. 147.

<sup>17</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, op. cit. pág. 127.

argentino explica que las “Medidas de Contención para Enemigos” ocupan casi todo el espacio del sistema penal Latinoamericano en su aspecto represivo; es decir, que una vez puesta en marcha la acción penal, todos nos convertimos en enemigos, con encierros de contención prolongados e indefinidos<sup>18</sup>. Las limitaciones que sufre el procesado, haya o no privación temporal de la libertad, infligen un dolor legitimado jurídicamente, que puede ser considerado o bien pena o bien medida de seguridad<sup>19</sup>.

Las medidas de protección y cautelares, o precautorias, impuestas previa la comisión o la comprobación jurídica de un hecho delictivo, sin que se hubiere cometido delito alguno o con la sola sospecha de que alguien podría haber cometido un delito o podría cometer alguno, son instrumentos cuyo objetivo es neutralizar al individuo peligroso para proteger la seguridad presente y futura de su presunta víctima.

## 6. ¿Cuáles son las repercusiones victimológicas de tratar a un inocente (sin sentencia) como culpable?

Las medidas de protección aplicables en Ecuador son las detalladas en el Art. 558 del COIP<sup>20</sup> y las referentes a la

<sup>18</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, op. cit. págs. 142 y 143.

<sup>19</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, op. cit. págs. 144.

<sup>20</sup> COIP.- Art. 558.- *Modalidades.- Las medidas de protección son:*

1. *Prohibición a la persona procesada de concurrir a determinados lugares o reuniones.*
2. *Prohibición a la persona procesada de acercarse a la víctima, testigos y a determinadas personas, en cualquier lugar donde se encuentren.*

víctima específicamente las contempladas en los numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9.

3. Prohibición a la persona procesada de realizar actos de persecución o de intimidación a la víctima o a miembros del núcleo familiar por sí mismo o a través de terceros.
4. Extensión de una boleta de auxilio a favor de la víctima o de miembros del núcleo familiar en el caso de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
5. Orden de salida de la persona procesada de la vivienda o morada, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física, psíquica o sexual de la víctima o testigo.
6. Reintegro al domicilio a la víctima o testigo y salida simultánea de la persona procesada, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal de estos.
7. Privación a la persona procesada de la custodia de la víctima niña, niño o adolescente o persona con discapacidad y en caso de ser necesario nombramiento a una persona idónea como su tutora, tutor o curadora o curador, de acuerdo con las normas especializadas en niñez y adolescencia o el derecho civil, según corresponda.
8. Suspensión del permiso de tenencia o porte de armas de la persona procesada si lo tiene o retención de las mismas.
9. Ordenar el tratamiento respectivo al que deben someterse la persona procesada o la víctima y sus hijos menores de dieciocho años, si es el caso.
10. Suspensión inmediata de la actividad contaminante o que se encuentra afectando al ambiente cuando existe riesgo de daño para las personas, ecosistemas, animales o a la naturaleza, sin perjuicio de lo que puede ordenar la autoridad competente en materia ambiental.
11. Orden de desalojo, para impedir invasiones o asentamientos ilegales, para lo cual se deberá contar con el auxilio de la fuerza pública.  
La medida de desalojo también podrá ser ordenada y practicada por el Intendente de Policía, cuando llegue a su conocimiento que se está perpetrando una invasión o asentamiento ilegal, e informará de inmediato a la o el fiscal para que inicie la investigación correspondiente.
12. Cuando se trate infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, además de las medidas cautelares y de protección prevista en este Código, la o el juzgador fijará simultáneamente una pensión que permita la subsistencia de las personas perjudicadas por la agresión de conformidad con la normativa sobre la materia, salvo que ya tenga una pensión.

En caso de delitos relativos a violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, delitos de integridad sexual y reproductiva e integridad y libertad personal, trata de personas, la o el fiscal de existir méritos, solicitará urgentemente a la o al juzgador, la adopción de una o varias medidas de protección a favor de las víctimas, quien de manera inmediata deberá disponerlas.

Evidentemente –retomando la normativa enunciada– vemos que, a quien no presta las garantías cognitivas requeridas para que lo tratemos como ciudadano y por lo tanto como “sujeto cognitivamente confiable”, debemos tratarlo como enemigo; sin ni siquiera tener en su contra una sentencia condenatoria en la que declare su culpabilidad, sino que, adelantamos la punibilidad y así protegemos a la sociedad, expulsando de la vida normal de la comunidad a un individuo peligroso.

Nótese que cuando se aplica una de estas medidas de protección ni la víctima ni el victimario tienen tal calidad conforme el Derecho obliga, es decir con sentencia condenatoria. En cambio, que se aplican tales medidas contra inocentes y a favor de presuntas víctimas.

Evidentemente, al exigir un acto –aunque sea presunto– para considerar la peligrosidad, se deja clara la diferenciación con el Derecho Penal de Autor. En todo caso, verificamos cómo de este hecho –*obiter dictum* no comprobado– se deriva un “pronóstico” –realizado arbitrariamente– de la probabilidad de la peligrosidad.

Lo mismo ocurre con la prisión preventiva (Art. 534 COIP), que dicen que no es una pena adelantada, lo cual es negar lo evidente. La prisión preventiva es una pena adelantada cuando se condena al procesado porque su tiempo es imputable a la pena, y se queda en mera medida cautelar cuando no. Sin embargo, ¿quién le devuelve al procesado inocente todo el tiempo de sufrimiento, angustia, ansiedad y penurias que debe vivir en una Centro de Detención Provisional?

Todo este sistema de medidas de protección diseñadas “humanísticamente” con el objetivo de proteger a un víctima que no se tiene la certeza de que sea en realidad víctima, genera un fenómeno que la victimología a denominado victimización terciaria, y es lo que trataremos a partir de este momento.

## 7. ¿Qué es la victimología y la victimización?

La victimología es un ciencia que se apoya de la psicología, de la sociología, del Derecho Penal y de la criminología, y que en realidad, al contrario de lo que la gente piensa, no estudia el tratamiento que se le debe dar a una víctima, sino estudia las causas por las cuales determinadas personas son víctimas de un delito y su papel en el hecho delictivo. Esto se verifica con sencillez en la definición de víctima: a. “Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra”; o, b. “Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita”.<sup>21</sup>

Para la médico forense, Carmen Torres Sánchez, víctima es “todo ser viviente o destinado al sacrificio”.<sup>22</sup> La autora explica que la víctima es quien sufre un daño personalizable por caso fortuito o culpa ajena<sup>23</sup>, y en el Derecho Penal la

<sup>21</sup> RAE. Diccionario de la Real Academia Española. Definición de *Víctima*. <http://lema.rae.es/drae/?val=v%C3%ADctima>.

<sup>22</sup> Torres Sánchez, Carmen, *Ámbito y Competencia del Médico Forense. La Víctima desde el punto de vista Medico Forense. El Informe Médico Forense*, en Rubio Lara, Pedro Ángel, *Victimología Forense y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Editem, Ediciones de la Universidad de Murcia, Valencia, 2010, pág. 21.

<sup>23</sup> Cfr. Torres Sánchez, Carmen, *Ámbito y Competencia del Médico Forense. La Víctima desde el punto de vista Medico Forense. El Informe Médico Forense*, op. cit. pág. 22.

víctima es la persona física que sufre un daño provocado por un delito<sup>24</sup>.

La victimología es, a fin de cuentas, el estudio de las causas por las que determinadas personas son víctimas del delito y cómo el estilo de vida de cada persona determina que sea más o menos propensa a ser víctima un delito<sup>25</sup>. Algunos autores como German Aller esperan que la tendencia de la victimología no sea una moda pasajera<sup>26</sup>. Otros, como yo, esperamos que sea únicamente eso, una moda.

Ahora bien, la victimología se divide en varias ramas de estudio, entre las cuales las de mayor relevancia son las de las distintas etapas de victimización. A continuación, antes de estudiar con exclusividad la victimización terciaria, deberemos verificar sucintamente las otras clases de victimización para poderlas distinguir.

La victimización primaria se refiere al acto u omisión que causa un daño a un bien jurídico protegido y constituye como víctima a la persona; es decir, es el acto u omisión por el cual por primera vez se crea o constituye una víctima. Martín Ríos explica que ésta se refiere a la victimización sufrida por la víctima a manos de sus victimario, esto es, la que deriva de la propia “comisión-padecimiento” del delito<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. Torres Sánchez, Carmen, *Ámbito y Competencia del Médico Forense. La Víctima desde el punto de vista Médico Forense. El Informe Médico Forense*, op. cit. pág. 22.

<sup>25</sup> Cfr. Torres Sánchez, Carmen, *Ámbito y Competencia del Médico Forense. La Víctima desde el punto de vista Médico Forense. El Informe Médico Forense*, op. cit. pág. 23.

<sup>26</sup> Cfr. Aller, Germán, *EL Derecho Penal y la Víctima*, Editorial B de F, Montevideo, 2015, pág. 163.

<sup>27</sup> Cfr. Martín Ríos, María del Pilar, *Víctima y Justicia Penal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2012, pág. 437. Así también Maldonado, A. Luna, *El Derecho a la intimidad la*



Vale mencionar el pensamiento del gran maestro Elías Neuman, uno de los criminólogos más importantes de la historia, quien sostiene que las víctimas fueron antes victimarias de sus victimarios, puesto que los delincuentes suelen ser quienes son echados del contrato social y delinquen para sobrevivir, haciendo víctimas a sus victimarios<sup>28</sup>. Un tema bastante polémico que debería ser tratado en un trabajo aparte, sin embargo, literatura de obligatoria lectura, en esta materia, es la obra: “Victimología y Control Social, Las víctimas del sistema penal” del citado autor.

Por último, es importante resaltar que la victimización primaria dura única y exclusivamente hasta que el delito se agotó, y no hasta que se ejecutó. Ésta puede tener efectos colaterales y ser propensa a tratamiento médicos o psiquiátricos. En todo caso, una vez agotado se acaba la etapa de victimización primaria, criminológicamente hablando y podemos entrar a la de victimización secundaria.

La victimización secundaria se refiere a la incursión de la víctima en el proceso penal. La víctima, como parte procesal, será introducida al proceso a la fuerza, y se la obligará a participar en él por su condición fundamental. Es decir, participará en el proceso por haber sido el “testigo” más directo que tiene éste. Sin embargo, esta situación es lo que comúnmente se conoce como prohibición de revictimización.

*víctima, la indagación en delitos de aborto y agresiones sexuales*, en Rubio Lara, Pedro Ángel, *Victimología Forense y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Editum, Ediciones de la Universidad de Murcia, Valencia, 2010, pág. 117.

<sup>28</sup> Cfr. Neuman, Elías, *Victimología y Control Social, Las víctimas del sistema penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004.

Según la definición de Tamarit, victimización secundaria es exactamente lo siguiente:

[...] constituye el conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que éste es objeto de enjuiciamiento. El concepto comprende los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales o judiciales, la exploración médico-forense o el contacto con el defensor en el juicio oral. En el sentido más extenso cabe también considerar los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación.<sup>29</sup>

Para Luna Maldonado la victimización secundaria puede ser más negativa que la victimización primaria porque es el propio sistema el que victimiza, provocando una pérdida de confianza y de prestigio del propio sistema. Para la médico legal estas son “víctimas del proceso”<sup>30</sup>.

Ahora bien, la revictimización terciaria, existe principalmente cuando el proceso penal convierte en víctima al imputado. Por ejemplo, esto ocurre cuando se impone una prisión preventiva a quien en teoría se le trata como inocente hasta que se demuestre lo contrario, y se lo somete a un régimen cruel, privativo de libertad, en el que debe sufrir y convivir en

<sup>29</sup> Catalán Frías, María José, *Diagnóstico del maltrato desde el punto de vista psicopatológico. Instrumentos de diagnóstico psicológico*, en Rubio Lara, Pedro Angel, *Victimología Forense y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Editum, Ediciones de la Universidad de Murcia, Valencia, 2010, pág. 83.

<sup>30</sup> Cfr. Maldonado, A. Luna, *El Derecho a la intimidad la víctima, la indagación en delitos de aborto y agresiones sexuales* op. cit. pág. 117.

condiciones inhumanas. ¿O alguien se va a atrever a sostener que nuestras cárceles son lugares humanos, decentes, distintos a un centro de terror?

Beristain, por ejemplo, considera que la victimización terciaria es la que la propia víctima se somete atribuyéndose un papel de víctima en la sociedad<sup>31</sup>. Feijóo Sánchez considera que es el miedo futuro de la víctima hacia su victimario<sup>32</sup>, lo cual no es correcto, por cuanto al sujeto pasivo del delito solo le es aplicable las dos primeras formas de victimización. Mientras que al sujeto activo le es atribuible la victimización terciaria, como correctamente lo establecen Soto Nieto<sup>33</sup> y Cervelló Donderis<sup>34</sup>.

## 8. ¿La medidas de protección victimizan terciariamente?

Para responder a esta pregunta pongamos un ejemplo didáctico: Juan no resiste ver a su ex esposa felizmente casada con Ramiro, pero además le mortifica ver que su hija, Sandra, tiene incluso mejor relación con su padrastro que con él mismo, por lo que decide denunciar por agresión sexual a Ramiro, diciendo que Sandra es la víctima. ¿Qué sucederá después?

<sup>31</sup> Cfr. Beristain, Antonio, *El Código Penal de 1995 desde la Victimología*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-152, tomo 3, Editorial LA LEY, LA LEY 21775/2001.

<sup>32</sup> Cfr. Feijóo Sánchez, Bernardo, *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, PDF.

<sup>33</sup> Véase Soto Nieto, Francisco, *Pulsaciones éticas en el proceso penal* Diario La Ley, Nº 6061, Sección Columna, 14 de Julio de 2004, Año XXV, Ref. D-157, Editorial LA LEY, LA LEY 1683/2004.

<sup>34</sup> Véase Cervelló Donderis, Vicenta, *Derecho penitenciario*, 3ra edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, PDF.

Simple, el Estado buscará todos los medios de protección legales para proteger a Sandra de Ramiro, principalmente imponiendo medidas de protección tales como obligar a Ramiro a salir de su hogar, prohibición de acercarse a la menor, etc. En este hipotético caso, Ramiro es inocente, no obstante, el Derecho Penal le impone alejarse de su núcleo familiar, dejar a un lado su vida, tener que gastar en abogados; pero sobre todo, estar estigmatizado como agresor sexual. ¿No decían que la inocencia se presume hasta que se demuestre lo contrario? Incluso en el caso de que Ramiro demuestre su inocencia –tome nota lector que dije “demuestre” su familia ya se habrá roto y su imagen pública quedará mancillada. Aún lo más grave es que necesitará rehabilitación psicológica para poder volver a su vida normal.

Nótese que en estos casos se trata a un ciudadano como sujeto peligroso, en palabras de Niklas Luhman, como individuo, o en palabras de Jakobs, como “no persona”.

En realidad ¿el Estado puede, con la excusa de que debe proteger a la víctima, vulnerar todos los derechos humanos de su supuesto victimario? La respuesta dogmática será: es una fuerza coercitiva legítima aceptada por todos quienes hemos cedido parte de nuestra libertad para que el Estado nos brinde seguridad. Eso desde la teoría, pero desde la práctica esa afirmación no merece apoyo alguno, por cuanto sólo el que está bajo la piel del *enemigo* sabe que no firmamos el contrato social para ser desestabilizados de tal manera en la corta vida que tenemos.

Regresando al caso hipotético ¿Qué sucede si en realidad Ramiro es culpable? De igual manera se lo victimiza

terciariamente, porque desde un inicio se lo trató como culpable, menoscabando su condición de ser humano frente al proceso.

Ahora hablemos de los verdaderos culpables de delitos a los que se les imponen medidas de protección, cautelares y posteriormente una “justa pena”. Mientras la ciencia, desarrollo económico y nuevas tecnologías acceden al trono de los dioses, las no-personas permanecen en su cono de sombras, en la tiniebla del hambre, de la subculturización, la mortalidad infantil, la desnutrición, el desempleo, la marginación social, que lo alienan, instigan y proyectan hacia una abrumadora desesperación. ¿Firmamos todos un contrato social o lo firmamos los más fuertes? Como bien dice Neuman, “para muchos seres que viven la estrechez de la pobreza crítica y la marginación social, los Derechos Humanos, por su sola virtualidad de ser, resultan metafísicos o cosmogónicos<sup>35</sup>”.

*Ergo*, estas medidas que buscan administrativamente proteger a la víctima crean en realidad otras víctimas, generando lo que se conoce como victimización terciaria. Más aún en un país en el que, contrario a Derecho, se impone la prisión preventiva como regla general. Los jueces no llegan a comprender la verdadera naturaleza de dictar medidas de protección o cautelares, sino que simplemente las dictan y se van a sus casas a dormir, sin abrir los ojos hacia lo que generaron: un infierno en la tierra.

<sup>35</sup> Neuman, Elías, *Victimología y Control Social, Las víctimas del sistema penal*, op. cit. pág. 19.

## 9. ¿Existe victimización carcelaria?

Por cuestión de espacio hablemos de la prisión preventiva y de la pena privativa de libertad como un solo cuerpo, por cuanto, en ambas se priva de la libertad a un ser humano, sea éste peligroso presuntamente o peligroso en realidad.

Hablemos brevemente de ese viejo mito urbano de la rehabilitación consagrada en el art. 201 de nuestra Constitución. Uno de sus principales y primeros exponentes fue el autor español, Dorado Montero, quien consideraba que el delincuente es un enfermo y que la pena es su única medicina, para poder reintegrarlo, sano, a la sociedad<sup>36</sup>. En contraposición, Reyes Echandía sostiene solventemente que: “la experiencia ha demostrado que la pena, con frecuencia, lejos de corregir al reo, lo empeora [...] no puede sostenerse que todos los autores de delitos tengan la necesidad de ser corregidos.”<sup>37</sup>

Ni la rehabilitación, ni la reeducación, ni la reinserción, son fines de la pena, por lo menos no para el Derecho Penal. Esos son fines que el Derecho Constitucional le atribuye a la pena, por no decir “le impone”. Empero, como el Derecho Penal es práctico y el Derecho Constitucional idealista, podemos verificar en la historia de la humanidad y de las ciencias penales que, la pena no rehabilita, no reeduca y no resocializa, o por lo menos eso se verifica con cualquier pena que sea

<sup>36</sup> Cfr. Albán Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 6ta edición, Ediciones Legales, Colección Profesional Ecuatoriana, Quito, 2008, pág. 21.

<sup>37</sup> Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*, 6ta edición, Universidad Externado de Colombia, 1979, pág. 346.

prolongada en el tiempo; ya que el reo es aislado de la sociedad y enviado a una subcultura en la que abunda mucha más criminalidad que afuera de sus paredes.

Mapelli Caffarena es clarividente al determinar que el Estado no está legitimado a reeducar a seres adultos, y que por lo tanto se corre un grave riesgo de adoctrinamiento de la sociedad bajo la coartada de metas resocializadoras ideológicas<sup>38</sup>.

También cabe aclarar la diferencia de la pena que no rehabilita, nos referimos a los casos del delincuente común, doloso, e incluso reincidente, para el cual está destinada la pena —el enemigo—, más no al ciudadano infractor esporádico, que por ejemplo, es condenado a 4 años de prisión por haber atropellado y matado mientras conducía. Existen ciudadanos reos que no necesitan ser rehabilitados precisamente porque no están “enfermos”, y que con su condena sólo expiarán sus actos, resocializándose correctamente, aunque requiriendo asistencia psicológica para recuperarse del calvario de la prisión.

Por todo lo expuesto podemos decir que esta corriente humanista se enfrenta a un doble problema: la pena no puede rehabilitar a quien no necesita rehabilitación y tampoco rehabilita a quien la necesita. Es impensable que alguien defienda que un reo, privado de la libertad por 25 años, en una prisión de máxima seguridad, aislado por 25 años de la sociedad, conviviendo con criminales peligrosos, asesinos, violadores, estafadores, durante todo este tiempo, ajeno a los avances

<sup>38</sup> Cfr. Mapelli Caffarena, Borja, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 5ta edición, Editorial Aranzadi S.A. Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 65.

culturales, políticos y tecnológicos, es capaz de volver campanamente después de 25 años y reinsertarse pacíficamente en una sociedad que le es totalmente ajena. ¿Y qué si nunca perteneció a la sociedad a la que se lo pretende “reinsertar”?

Dicen algunos valientes autores que el Derecho Penal es un Derecho concebido para reprimir a dos clases de personas: a los pobres y a los tontos. Me atrevo a decir que no se equivocan. Cualquier viejo penalista que lleve unos 30 años en el ejercicio de su profesión podrá ratificar que en el transcurso de este tiempo, si se vuelve a visitar una cárcel (incluso un CDP), que se encontrará los mismos rostros, la misma forma de andar, de dirigir sus indecisos mensajes, los mismos dichos, las mismas expresiones y microexpresiones faciales, similares sonrisas de tristeza, torsos desnudos, los mismos tatuajes, casi siempre el mismo color de piel, la misma forma de vestir y también los mismos delitos. Nada ha cambiado, son los mismos de siempre o sus descendientes los que llenan nuestras cárceles, tal cual si de una condena genética se tratare. Las cárceles siguen llenas de pobres y de tontos, pues sus opuestos que son aún más peligrosos, caminan campanamente entre nosotros.

## 10. Conclusión

Cuando los penalistas leímos por primera vez que el COIP le daba a la víctima la calidad de sujeto procesal, no solo nos causó sorpresa, sino también indignación, y no porque queramos desamparar a la víctima, pues jamás podemos separarnos del lado humano y de la obvia posibilidad de ser nosotros



algún día víctimas, sino porque el Derecho Penal es una ciencia que se resuelve con ciencia y no con antojos legislativos.

La protección a la víctima es una obligación Estatal, pero una obligación que debe ser ejecutada por la vía adecuada y no utilizando al Derecho Penal como una herramienta reparadora, precisamente porque el “Derecho Penal reparador” es un prototipo de sistema meramente imaginario, digno de idealistas. Polaino-Orts, sin duda uno de los doctrinarios más relevantes del Derecho Penal de todos los tiempos, cuenta una anécdota a su vez relatada por Ortega y Gasset, para diferenciar la teoría de la práctica (y para el caso concreto, el Derecho Penal reparador del Derecho Penal represivo):

Una tarde de nevada intensa y frío feroz Ortega y Gasset se encontraba en el Café de Levante en Madrid, leyendo el periódico, esperando a otros compañeros de tertulia. En ese momento, se aproximó un distinguido caballero, y dirigiéndose a todos los saludó de la siguiente manera: ‘Señores, buenas tardes... teóricamente’<sup>39</sup>.

El verdadero científico del Derecho Penal es el que análogamente busca que la buena tarde no sea teórica, sino práctica. Así, quien pretende que la víctima sea sujeto procesal y que las medidas cautelares y de protección no vulneren la presunción de inocencia del procesado, nos seguirá vendiendo una buenaventura climática teórica, cuando a lo que debemos

<sup>39</sup> Polaino-Orts, Miguel, *Funcionalismo normativo, Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia penal, Fundamentos y Función del Derecho Penal*, Tomo 1, Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, México D.F., 2014, págs. 22 y 23.

aspirar, para que el sistema funcione, es un porvenir real, pero sobretodo, realizable.

De igual forma, las medidas de protección están concebidas como una protección a la víctima, sin tener la certeza de que en realidad lo es, pero además, están concebidas para neutralizar a un sujeto cuya peligrosidad es incierta, y por lo mismo, al puro estilo de una lotería, se juega con la integridad personal del ser humano.

Pecaré de reiterativo al decir que no está mal que el Estado cumpla un rol protector de sus ciudadanos, empero, el sistema penal y procesal penal se sustenta sobre bases y principios sólidos, los cuales son dilapidados cuando se aplican mecanismos “garantistas” que lesionan derechos “por si acaso”.

El Derecho Penal –siendo un tanto metafórico aunque queriendo ser pragmático– es una fuerza social tan poderosa como una bomba nuclear, que arrasa con todo lo que está a su paso. Solamente el que está involucrado en un proceso penal sabe la fuerza abrumadora y desconcertante que esta rama del Derecho emana, capaz de quitar el sueño, crear ansiedad en toda la familia, generar ataques de pánico, desconfianza ante todo ser humano y preocupaciones que sólo una prolongada terapia puede curar. Es por esto que con el Derecho Penal no se debe jugar.

Es hora de cerrar este análisis con la pregunta inevitable: ¿Si tan invasivas son las medidas de protección, cuál es la alternativa? Pues no la hay. Lo único que nos queda es una medicina que mata al paciente.

## 11. Bibliografía

- Albán Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Parte General, 6ta edición, Ediciones Legales, Colección Profesional Ecuatoriana, Quito, 2008.
- Aller, German, *El Derecho Penal y la Víctima*, Editorial B de F, Montevideo, 2015.
- Beristain, Antonio, *El Código Penal de 1995 desde la Victimología*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-152, tomo 3, Editorial LA LEY, 21775/2001.
- Catalán Frías, María José, *Diagnóstico del maltrato desde el punto de vista psicopatológico*. Instrumentos de diagnóstico psicológico, en Rubio Lara, Pedro Ángel, *Victimología Forense y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Editum, Ediciones de la Universidad de Murcia, Valencia, 2010.
- Cervelló Donderis, Vicenta, *Derecho penitenciario*, 3ra edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, PDF.
- Feijóo Sánchez, Bernardo, *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, PDF.
- Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Buenos Aires, 1951.
- Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal*, Parte general, Fundamentos científicos del Derecho penal, Tomo I, 6ta edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2012.
- Polaino-Orts, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho Penal del enemigo*, Editorial Jurídica Grijley, Universidad de Huánuco, 2009.

- Maldonado, A. Luna, *El Derecho a la intimidad la víctima, la indagación en delitos de aborto y agresiones sexuales*. En Rubio Lara, Pedro Ángel, *Victimología Forense y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Editum, Ediciones de la Universidad de Murcia, Valencia, 2010.
- Mapelli Caffarena, Borja, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, 5ta edición, Editorial Aranzadi S.A. Civitas / Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- Martín Ríos, María del Pilar, *Victima y Justicia Penal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2012.
- Naucke, Wolfgang, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, en “KritV”, cuaderno 1, 1993, pág. 139, obra citada en Aponte, Alejandro, *Derecho Penal del Enemigo vs. Derecho Penal del Ciudadano*, Günther Jakobs y los avatares de un Derecho Penal de la enemistad, en *Derecho Penal del Enemigo: El Discurso Penal de la Exclusión.*, Vol. 1, Montevideo, B De F, 2006.
- Neuman, Elías, *Victimología y Control Social*, Las víctimas del sistema penal, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004.
- RAE. Diccionario de la Real Academia Española. Definición de Víctima. <http://lema.rae.es/drae/?val=v%C3%A9ctima>.
- Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho Penal*. Parte General, 6ta edición, Universidad Externado de Colombia, 1979.
- Rubio Lara, Pedro Ángel, *Victimología Forense y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Editum, Ediciones de la Universidad de Murcia, Valencia, 2010.

- Sanz Morán, Ángel, *Apuntes del Máster de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla*, Materia: Las Medidas de Seguridad, Sevilla, 13 de noviembre de 2012.
- Soto Nieto, Francisco, *Pulsaciones éticas en el proceso penal* Diario La Ley, N° 6061, Sección Columna, 14 de julio de 2004, Año XXV, Ref. D-157, Editorial LA LEY, 1683/2004.
- Stooss, Carl, *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*, Wien u, Leipzig, 1993.
- Torres Sánchez, Carmen, *Ámbito y Competencia del Médico Forense*. La Víctima desde el punto de vista Médico Forense. El Informe Médico Forense, en Rubio Lara, Pedro Ángel, *Victimología Forense y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Editum, Ediciones de la Universidad de Murcia, Valencia, 2010.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*. Bogotá, D.C.: Universidad Santo Tomás, 2006.



# Los sistemas procesales penales vigentes en Chile

**Carlos Künsemüller**

*Ministro de la Corte Suprema de Chile*

*Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Chile*

## **Sumario:**

**1.** Introducción; **2.** Características generales de la nueva legislación procesal penal; **3.** Principios y garantías; **4.** Comentario final; **5.** Bibliografía





## 1. Introducción

Antes de entregar una información detallada sobre el desenvolvimiento de la reforma procesal penal en Chile—entrada en vigencia en todo el territorio de la República a partir del año 2005, previo establecimiento gradual— resulta indispensable dejar constancia de una mínima información histórica, que facilita el estudio y comprensión del proceso reformista.

En el año 1906 se introduce un procedimiento criminal de corte netamente inquisitivo, el que desechó expresamente los modelos de enjuiciamiento existentes a la época, apartándose así, de los Códigos más adelantados, basándose para ello en razones económicas y de recursos materiales, manteniendo en lo esencial, la estructura del procedimiento penal inquisitivo establecido durante el S. XIII, en los Libros III y VII de la Siete Partidas y que se introdujo a Latinoamérica durante la Colonia y que subsistió a las gestas emancipadoras del S.XIX.<sup>1</sup> En el mensaje del proyecto de código se declara que “Ni siquiera ha sido posible separar en este Proyecto las funciones de juez instructor de las de juez sentenciador, reforma ya adoptada en el Código de Procedimientos Criminales de la República Argentina.” Se agrega que:

Los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menester es confesar que las razones que aducen en apoyo de su tesis, son casi incontrovertibles.

<sup>1</sup> Horvitz M. – López J. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno T I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 17-24.

Pero para adoptar en Chile una regla diferente se requeriría duplicar a lo menos el número de jueces en los departamentos que no tienen sino uno solo; y todavía sería preciso, para aprovechar las ventajas del sistema, que ante el juez encargado del fallo se actuara toda la prueba del plenario, circunstancia que impediría constituir en sentenciador al juez de distinto departamento... Por lo demás, no faltan medios de temperar los malos efectos del procedimiento del Proyecto que someto a vuestra deliberación, y según el cual el juez que instruye el sumario conoce del proceso hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

El Poder Ejecutivo destaca como remedio a los males aceptados del proyecto, el que sea el mismo juez que lleva a cabo la indagación y dirige la parte adversarial que en una mínima expresión es el plenario, el que dicte la sentencia definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario.

...este Proyecto consigna como una base general y superior a toda demostración jurídica, que la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal es de todo punto indispensable para condenar. Si esa convicción no llega a formarse, el juez podrá absolver sin otro fundamento y cualesquiera que sean los antecedentes que el proceso arroje en contra del reo.

Como precisa Maier:

Guste o disguste, la historia política y jurídica latinoamericana actual es una continuación de los esquemas socio-políticos de Europa continental, introducidos

por los pueblos hispano-lusoparlantes, conquistadores del territorio que hoy llamamos Iberoamérica o, más modernamente, Latinoamérica.

Añade el citado tratadista que el sistema judicial no podía escapar de esa caracterización general. La historia de los sistemas judiciales de Iberoamérica muestra perfectamente, en su diseño, la situación descripta. Particularmente la América hispana recibe de sus colonizadores todo el modelo de organización judicial y las formas operativas de resolver conflictos sociales, cuyas bases políticas responden a los problemas y a las soluciones que la convivencia y la organización judicial planteaban en la metrópoli.<sup>2</sup>

Dentro de la “herencia socio-jurídico-cultural” que recibieron los países desprendidos de España, se encuentra el sistema penal inquisitivo, tanto en su variante sustantiva como adjetiva. Si bien la reforma producida en el siglo XIX en Europa, atemperó los rigores de la inquisición, con importantes cambios en el procedimiento penal y la organización judicial, “la contradicción entre el discurso principista y su realización en Iberoamérica” fue evidente, ya que la situación de la organización judicial y del enjuiciamiento penal latinoamericano continuaron fieles al modelo pre-reforma y no incorporaron las modificaciones imprescindibles para tornar real la ideología política expuesta en sus constituciones, especialmente en el área de la organización judicial y del procedimiento penal.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Maier J. (1993). *Democracia y Administración de justicia penal en Iberoamérica: los proyectos para la reforma del sistema penal*, en *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, 25-66. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria, pp. 25 y ss.

<sup>3</sup> Maier J., cit., p. 35.

Un ejemplo de esta situación es precisamente el Código Procesal de 1906, que, entre otras notas características, no introduce el juicio público, oral, contradictorio y continuo, como base de la sentencia penal ni tampoco la separación entre juez acusador y juez sentenciador.

En los países iberoamericanos, sólo muy entrado el siglo XX comienza a producirse una reacción que busca ajustar las instituciones y los procedimientos judiciales en materia penal, a las ideas republicanas.<sup>4</sup> Una evaluación del proceso penal chileno contenido en el código de 1906, puede encontrarse en el comentario de Cristián Riego, incluido en la obra colectiva antes mencionada.<sup>5</sup> Este autor, que participó activamente en la elaboración del nuevo Código Procesal Penal, enuncia como principales notas características del proceso inquisitivo, las siguientes:

- a) La existencia de un solo juez con la totalidad de las funciones (infracción de la garantía de imparcialidad del tribunal);
- b) Excesivo recurso a la segunda instancia (la doble instancia, tal como se contempla en el código, se constituye en un elemento que acrecienta la poca autonomía con que cuentan los tribunales inferiores);
- c) Ausencia de la facultad de seleccionar las causas que se conocerán, sobre la base de los principios de necesidad

<sup>4</sup> Maier J., cit., p. 36.

<sup>5</sup> Riego C., (1993). *Aproximación a una evaluación del proceso penal chileno*, en *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, 261-288. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria, pp. 261 y ss.

del proceso penal, de irrenunciabilidad e indisponibilidad de la acción penal pública y de legalidad en cuanto a la actuación de los órganos del sistema;

- d) Baja eficacia en el esclarecimiento de los delitos más graves; prueba de ello es la estadística, que muestra de manera persistente que la gran mayoría de las causas terminadas en los tribunales ha concluido por sobreseimiento temporal, esto es, no por insuficiencia de la investigación, no por sentencia definitiva;
- e) El proceso como fuente de desigualdad, ya que el carácter discriminatorio del sistema penal se expresa, fundamentalmente, en diversas formas de privación que afectan a grupos importantes pertenecientes a los sectores de mayor debilidad social y económica, muchas veces, por hechos de escasa o nula gravedad;
- f) La presunción de inocencia y el auto de procesamiento; dice relación con el régimen aplicable a los imputados, esto es, a quienes se hallan sometidos al proceso en calidad de eventuales responsables de los hechos investigados o juzgados. El artículo 274 del Código de Procedimiento Penal establece el sometimiento a proceso –“encargatoria de reo”– resolución ésta, que implica someter al inculpa-do a un estatuto jurídico particular, el de reo o procesado. Esta condición jurídica especial, implica una fuerte merma en el goce de los derechos reconocidos a las personas por el sistema jurídico y hace, según denuncia Riego, “que la estructura del proceso penal chileno resulte contradictoria con uno de los principios básicos del debido proceso, como es la presunción de inocencia.”;
- g) La prisión preventiva y la peligrosidad; uno de los efectos principales de la condición de procesado dice

relación con la prisión preventiva, que puede disponerse como consecuencia directa del sometimiento a proceso. El fundamento principal de esta medida cautelar es sin duda una suerte de presunción de responsabilidad penal, dado que uno de los requisitos legales para someter a proceso a un individuo es la existencia de presunciones fundadas de su participación en el delito. En estas condiciones, la prisión preventiva se presenta, de acuerdo a las estadísticas, en la causa principal de las privaciones de libertad en Chile, que afectan a personas no condenadas; lo anterior se agrava por cuanto el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal autoriza a mantener en prisión preventiva a un reo, basándose en criterios de peligrosidad, representados por causales específicas de “peligro para la sociedad”, que distorsionan gravemente los criterios político-criminales para la aplicación de la privación de libertad, que buscan excluir de la prisión a personas no condenadas.

En su comentario a la ponencia de Riego, Haroldo Brito expresa:

Yo creo que el problema del proceso penal, es sin duda el problema fundamental que tiene la ciencia penal actual en nuestro país. Creo que las reformas intentadas hasta ahora, que no pasan de ser simples modificaciones, hechas con el propósito de ganar celeridad, no son desde luego suficientes, si creemos que el problema es enfrentar realmente el proceso penal con un criterio de reforma integral; con un criterio de reforma que incorpore una serie de elementos que son propios del sistema de derecho procesal, y que incorpore todos aquellos conocimientos de la criminología, de la

sociología y de todas estas ciencias que forman el conjunto de las ciencias penales, para que pueda decirse a su respecto que es una actividad que podemos los jueces hacer con absoluta tranquilidad.

Este alto magistrado destaca el hecho de que no son dos o tres las cuestiones negativas del proceso penal, sino muchas y que el análisis de ellas puede llevar a los jueces a imaginar la posibilidad de que aquello que han venido haciendo por mucho tiempo de un modo determinado, pueda ser también resuelto de un modo distinto, sobre la base de una visión crítica del sistema vigente y el conocimiento de las experiencias de otros países.<sup>6</sup>

La reforma a los sistemas de enjuiciamiento criminal es, con alto grado de probabilidad, uno de los temas que ha adquirido mayor relevancia en las últimas décadas en los procesos de transformación y modernización de los sistemas jurídicos latinoamericanos orientados a la adecuación de los mismos a los estándares propios de los países democráticos.<sup>7</sup>

Recuerdan los autores recién citados –Duce y Riego, miembros del Comité Técnico de redacción del Anteproyecto de Código Procesal Penal– que el gobierno democrático del presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle, quien asumió en marzo

<sup>6</sup> Brito H. (1993). *Comentario de Haroldo Brito Cruz a la ponencia de Cristián Riego R.*, en *Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos*, 289-293. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria, pp. 289 y ss.

<sup>7</sup> Duce M. – Riego C. (1995). *La reforma procesal penal en Chile. Informe acerca del Proceso de Reforma al Sistema de Enjuiciamiento Criminal Chileno*, en *Sistema Acusatorio. Proceso Penal. Juicio Oral en América Latina y Alemania*, 145-189. Caracas: Horst Schönbohm y Norbert Lösing Ed., Fundación Konrad Adenauer y Corporación de Promoción Universitaria, pp. 145 y ss.

de 1994, le dio un nuevo impulso a la idea de promover reformas importantes destinadas a lograr la modernización y adecuación de nuestro sistema judicial a los requerimientos de un Estado democrático.

Dentro del marco de desarrollo de dicha orientación, la reforma procesal penal pasó a ser una de las prioridades de las políticas públicas en el ámbito de la administración de justicia para el sexenio de gobierno en curso. En el primer discurso anual ante el Parlamento, en el que se dio cuenta del programa de trabajo del gobierno, el Presidente de la República expresó la necesidad de

...reformular profundamente nuestro procedimiento penal, de modo que agilice la resolución de los conflictos y que permita el contacto directo entre el juez y las partes que solicitan justicia. También se requiere separar la función investigadora –que deberá confiarse al Ministerio Público– de la sentenciadora, que en esencia corresponde al juez. Ello a fin de cautelar debidamente las garantías procesales propias de un Estado democrático, lograr la sanción de los delincuentes, el amparo de las víctimas y otorgar seguridad a la ciudadanía.<sup>8</sup>

La Ministra de Justicia de entonces, doña Soledad Alvear, manifestó en reiteradas oportunidades que la reforma del procedimiento penal era una de las prioridades de su gestión.

En forma paralela a las iniciativas estatales, un conjunto de organizaciones no gubernamentales, institutos académicos

<sup>8</sup> Duce M. – Riego C., cit., p. 148.



y universidades se abocaron a desarrollar un intenso trabajo dirigido a provocar el debate académico y público de estos temas, lograr afinar los diagnósticos y generar los consensos necesarios que permitieran conducir a un buen resultado, tanto desde una perspectiva técnica como política, los esfuerzos dirigidos a lograr una reforma estructural del sistema de justicia criminal.

Durante el año 1994 se elabora el proyecto de Código Procesal Penal, destinado a reemplazar el viejo texto de 1906, a partir de un Foro de discusión que se integra con sesenta y un académicos, abogados y magistrados, convocados con el criterio de buscar la más amplia representatividad entre los diversos roles al interior del sistema jurídico y las diversas sensibilidades políticas, culturales e ideológicas.

Se nos predica –con toda razón– que el juicio público es el paradigma formal sintético del Estado de Derecho en la administración de justicia penal. En la república democrática, este sistema de enjuiciamiento es el único método que debe dar base a la decisión penal, de modo que su incorporación al sistema positivo, constituye un imperativo del sinceramiento de nuestras instituciones operativas con nuestras instituciones programáticas. El punto de partida que debe constituir el núcleo central del procedimiento penal implica, sintéticamente, un debate cumplido con la presencia ininterrumpida del imputado, su defensor y los jueces que van a dictar la sentencia, debate que incorpora los únicos elementos en los cuales se puede fundar una decisión (inmediación).<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Maier J., cit., pp. 37-38.

Los textos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por Chile y vigentes en el ordenamiento jurídico nacional consagraron, con fuerza vinculante para el legislador, los principios y garantías reconocidos como estándares universales del debido proceso.<sup>10</sup>

El artículo 19 nro. 3, inciso 5° de la Carta Política de 1980 impone al legislador el deber de “establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento”. Los tratados internacionales que contemplan un catálogo de garantías componentes del debido proceso de ley –Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos– fueron ratificados por Chile y tienen eficacia de ley en el territorio, según lo estatuido en el artículo 5° de ese texto constitucional.

En el mensaje con que el Poder Ejecutivo envió a la Cámara de Diputados el proyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal se expresa que:

Desde el punto de vista político y constitucional, el mayor defecto del sistema penal en Chile es que carece de un genuino juicio contradictorio que satisfaga las exigencias de un debido proceso. El sistema penal en Chile, en su fase procesal, contradice así una de las garantías inherentes al sistema político. Según lo acreditan diversos estudios, y la observación histórica lo pone de manifiesto, el proceso penal en Chile posee una estructura inquisitiva, absolutista y secreta, que despersonaliza al inculpado y que no se corresponde con la

<sup>10</sup> Horvitz M. – López J., cit., pp. 18-19.

noción de ciudadanía propia de un Estado democrático. La consolidación de la democracia exige la reforma al proceso penal de modo que satisfaga las exigencias de un juicio público y contradictorio. La reforma al proceso penal que proponemos constituye, entonces, una profundización de las instituciones democráticas que conforman al Estado chileno.

Se añade que la reforma al sistema penal constituye una labor que se extiende más allá de la reforma al proceso penal, pero, sin perjuicio de otros objetivos político-criminales, “...supone, por sobre todo, de un modo urgente y prioritario, modificar al proceso penal para transformarlo en un juicio genuino, con igualdad de armas entre el Estado y el inculgado y con plena vigencia de la oralidad, la oportunidad y la inmediación.” Más adelante se expresa: “En consecuencia, este proyecto establece la bases procedimentales de un nuevo sistema procesal penal que pretende abandonar el modelo inquisitivo y avanzar hacia otro con una orientación de carácter acusatorio.”

En el sistema procesal resultante de la reforma, las funciones de investigar y acusar ya no están radicadas en el juez, sino en un organismo autónomo, jerarquizado, denominado Ministerio Público, el que “dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley.” “En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.” (artículo 83 de la Constitución Política de la República).

Es menester hacer notar como una característica sin duda excepcional en una república unitaria como es Chile, que el código de 1906 mantiene actualmente su aplicación a los hechos delictivos ocurridos antes de la entrada en vigencia del nuevo proceso penal, atendido lo prescrito en el artículo 483 del Código Procesal Penal: “Las disposiciones de este Código sólo se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia.” Ello explica que, por ejemplo, las personas acusadas de delitos de lesa humanidad perpetrados por agentes del Estado durante la dictadura militar, sean juzgados de acuerdo a la normativa del Código de Procedimiento Penal inquisitivo.

## **2. Características generales de la nueva legislación procesal penal**

Como rasgos generales del nuevo sistema de justicia penal, que intenta dar respuesta integral a cada uno de los problemas que presentaba el anterior modelo, se exponen los siguientes:<sup>11</sup>

- a) Diversificación de las soluciones que ofrece el sistema de justicia penal.- La esencia de la reforma a la justicia penal reside en consagrar un sistema procesal que responda a las actuales exigencias de la sociedad chilena, lo que exige, fundamentalmente, un catálogo diversificado de mecanismos jurídicos destinados a resolver los conflictos penales.

<sup>11</sup> Carocca A. (2003). *El nuevo sistema procesal penal*. Santiago: Edit. Jurídica La Ley, pp. 17 y ss.

- b) El rol central en la determinación de la mejor solución corresponde al Ministerio Público.- Este papel deberán cumplirlo los fiscales del Ministerio Público, encargados de la persecución penal oficial, quienes para conseguirlo deberán emplear su propio criterio, el acuerdo con el imputado y su defensor, a través de negociaciones directas.
- c) Las soluciones van desde la facultad de no investigar hasta el juicio oral.- Estas alternativas se mueven entre un extremo de mínima actividad –decisión de no iniciar investigación– porque el hecho no constituye delito o se halla extinguida la responsabilidad penal y un extremo de máxima actividad, con plena intervención del órgano jurisdiccional, cual es el juicio oral público, previa acusación del fiscal, que se desarrolla ante el tribunal penal. Entre estos dos extremos operan numerosas otras variables de solución, como el archivo provisional, el principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, los procedimientos especiales, como el abreviado, el simplificado, el monitorio. A estos cabe agregar los procedimientos especiales por delito de acción privada y declaración de inimputabilidad por enajenación mental.
- d) La oralidad constituye la forma esencial de generar resoluciones judiciales.- En las audiencias orales y públicas, queda muy claro que es el debate genuino, informado, entre los interesados, la mejor forma en que éstos pueden interactuar con el tribunal –que forma su convicción sólo con lo que ve y percibe por sus propios sentidos– para producir la decisión judicial más justa.

- e) Amplio reconocimiento de las garantías individuales.- Una de las ideas matrices del nuevo sistema, es hacer un amplio reconocimiento de los derechos y garantías de las personas, especialmente del imputado, quien es el objeto de la persecución penal estatal. También se instala un importante e inédito reconocimiento a los derechos de las víctimas en el proceso, otorgándoles incluso la titularidad de la acción penal y la facultad de instar por la terminación del juicio, en ciertos casos especiales.

El artículo 83 de la Carta Fundamental asigna al Ministerio Público la adopción de medidas para proteger a las víctimas.

- f) Se establece una nueva forma de organización y administración de los tribunales.- El nuevo modelo de gestión judicial introduce una clara separación entre las labores jurisdiccionales y las administrativas, liberándose de estas últimas a los magistrados y encomendándola a funcionarios especializados (p. ej. administradores de tribunal)

### 3. Principios y garantías

La doctrina nacional especializada ha desarrollado los principios y garantías del sistema procesal penal chileno instituido como culminación del proceso de reforma anteriormente caracterizado.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Horvitz M. – López J., cit., pp. 31 y ss.; TAVOLARI R. (2000), *Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal chileno*, en *El proceso en acción*, 557-582. Santiago: Edit. Libromar Ltda., p. 557 y ss.

Hemos dejado establecido que uno de los fines centrales de ese proceso ha sido la adecuación del sistema procesal penal a las exigencias de un Estado democrático, exponiéndose como preocupación fundamental la de poner fin a la inconsistencia existente entre el Código de 1906 y los catálogos de garantías individuales reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos fundamental de la persona humana, suscritos y ratificados por Chile. Este objetivo aparece reflejado de manera explícita en el mensaje del Presidente de la República, transcrito, en líneas anteriores, en su parte pertinente.

Principios jurídicos son pensamientos directivos que sirven de base o fundamento a la organización legal de un determinado orden positivo: ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de una nación.<sup>13</sup> Antes de llegar a término la primera mitad del siglo XX, se configuró en el mundo occidental, una corriente destinada a garantizar no pocos derechos fundamentales, a través de la constitucionalización de los mismos, surgiendo, a poco andar, la necesidad de crear tribunales especializados para hacer cumplir esos derechos; de ahí la aparición en el viejo mundo de los Tribunales Constitucionales.<sup>14</sup>

En consecuencia –dice Tavolari– los principios procesales conforman el “modo de ser” de un sistema procesal, que al propio tiempo que inspira las normas específicas que lo constituyen es el referente supletorio al que acudir, cuando las

<sup>13</sup> Tavolari R., cit., p. 557.

<sup>14</sup> Hitters J. (1991). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos T I*. Argentina: Ediar, p. 29.

tales normas se tornan insuficientes. “De estos principios podemos predicar, por una parte, cierto grado de trascendencia y, por ende, de inmutabilidad y generalidad.”<sup>15</sup>

La tarea emprendida por la doctrina procesalista, de proponer una sistematización de los principios y garantías que informan el proceso penal chileno a partir de la reforma es un cometido bastante nuevo, ya que la escasa bibliografía existente en materia procesal penal, surgida al alero del viejo código de 1906, se centró, fundamentalmente, en los denominados *principios formativos del procedimiento*. De allí que las invocaciones a las doctrinas foráneas resulten obligadas en la determinación del contenido de principios que son comunes a los diferentes sistemas procesales contemporáneos.<sup>16</sup>

Las nociones de *principios y garantías* se hallan indisolublemente ligadas y la diferenciación entre ambas *resulta algo forzada*, porque, en el fondo, el reconocimiento de garantías procesales obedece, en buena medida, a lo que se ha denominado “la constitucionalización de los principios procesales penales.” Así, por ejemplo, al consagrar como garantía el derecho a un juicio oral y público, simplemente se están elevando a rango constitucional los principios de oralidad y publicidad, desplazando a la escrituración y el secreto.<sup>17</sup>

Una “Lectura Constitucional” del proceso penal lleva a proponer, antes que principios, garantías, en atención a que, según expresa Ramos Méndez:

<sup>15</sup> Tavolari R., cit., p. 558.

<sup>16</sup> Horvitz M. – López J., cit., pp. 33-34.

<sup>17</sup> Horvitz M. – López J., cit., pp. 34-35.



...tradicionalmente se suele hablar de principios para referirse a estas máximas fundamentales que deben inspirar el proceso. Sin embargo, es frecuente asistir a solemnes declaraciones de principios que luego hallan escaso eco en la realidad. Por eso vale la pena optar por otra manifestación del lenguaje que pone el acento en el grado de cumplimiento y no en la mera enunciación. Se habla de garantías, porque están ahí para exigir su observancia...<sup>18</sup>

Como principios capitales, informadores del proceso penal que tras una puesta en marcha gradual a lo largo del país, terminó por estar vigente en todo el territorio en 2005 y, específicamente, de la actividad estatal persecutoria de delitos, se citan los siguientes: 1. Principio de oficialidad; 2. Principios de investigación oficial y aportación de parte; 3. Principio acusatorio; 4. Principios de legalidad y oportunidad.<sup>19</sup>

1. El principio de oficialidad-opuesto el principio dispositivo- puede ser analizado desde dos perspectivas: el comienzo del procedimiento y la disponibilidad de la pretensión penal.

En cuanto al inicio del procedimiento, este principio implica no sólo el derecho, sino el deber del Estado de perseguir de *oficio* los delitos, con independencia de la voluntad de la víctima o de cualquiera otra persona. Tiene consagración constitucional y legal. El artículo 80 A de la Constitución Política prescribe que “el ministerio público dirigirá en

<sup>18</sup> Ramos Méndez F. (1991). *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*. Barcelona: Bosch Edit., pp. 8 y ss.

<sup>19</sup> Horvitz M. – López J., cit., p. 35.

forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delitos... y en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley.” Por su parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público prescribe en su artículo 1o.: “El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley.”

Ha desaparecido la facultad que en el antiguo sistema se otorgaba a los tribunales para dar inicio a la investigación penal.

Aun cuando el principio de oficialidad rige con carácter general, el Código Procesal Penal reconoce, por vía excepcional, manifestaciones del principio dispositivo, que se corporizan en la acción penal privada y acción penal pública previa instancia del particular.

En lo tocante a la disponibilidad de la pretensión penal, si bien es incompatible con el principio de oficialidad, el nuevo código mantiene el reconocimiento de eficacia a la renuncia, el desistimiento y el abandono de la acción penal privada. Cabe añadir a estas figuras tradicionales, los *acuerdos reparatorios*, transacciones representativas de una salida alternativa al proceso, que pueden ser celebradas directamente entre el imputado y la víctima, basadas, como su nombre lo indica en una reparación satisfactoria para ella, en casos de delitos de escasa gravedad y cuya aprobación provoca el sobreseimiento

definitivo del proceso y la extinción de la responsabilidad penal del imputado. Esta institución, como también la *suspensión condicional del procedimiento*, significan una morigeración necesaria al principio de legalidad procesal, de antigua data en el sistema inquisitivo y abren la vía que conduce a un “Derecho Penal de alternativas.”<sup>20</sup> Se advierte en estos mecanismos la vertiente procesal de las tendencias crecientes de *despenalización*, que procuran no sólo evitar la pena, sino incluso la utilización del entero aparato penal, es decir, del sistema judicial penal propiamente dicho.<sup>21</sup>

2. Los principios de investigación oficial y aportación de parte.- El principio de investigación oficial –actividad judicial independiente de los requerimientos de parte– ha sido ligado tradicionalmente con el procedimiento penal, que involucra intereses públicos y el principio de aportación de parte con el proceso civil, en el que sólo están implicados intereses privados.

Procede afirmar la vigencia del principio de investigación oficial en el nuevo Código, desde que el Ministerio Público –representante del Estado– en cuanto destinatario de este principio, dirige autónomamente la investigación y tiene la carga de generar durante el juicio oral, la prueba en que deberá basarse la sentencia que acoja la acusación e imponga condena.

<sup>20</sup> Künsemüller C. (2007). *Las actuales relaciones entre Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo*, en Estudios de Derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros, 321-334. Santiago: Lexis Nexis, Instituto Chileno de Derecho Procesal y Universidad de Los Andes, p. 329.

<sup>21</sup> Barbero Santos M. (1985). *La Defensa Social, treinta años después*. *Doctrina Penal*, 30, 201-217, p. 217.

3. El principio acusatorio.- La esencia de este postulado radica en la separación de los poderes y funciones que convergen en una persecución penal: investigación, acusación y enjuiciamiento, asegurando la permanente imparcialidad del juez (*ne procedat iudex ex officio*).

“El principio acusatorio se ha convertido en el principio fundamental del moderno método de enjuiciamiento criminal, que rige desde el inicio mismo del proceso.”<sup>22</sup> Como “una exigencia constitucional en todos los procesos penales”, destaca el Tribunal Constitucional español el respeto al principio acusatorio.<sup>23</sup>

Es característica propia del proceso inquisitivo que el acusador y el juzgador sean la misma persona, de la cual participa de manera plena el código procesal de 1906, caracterizado como “uno de los sistemas inquisitivos más puros del mundo contemporáneo.”<sup>24</sup> En este cuerpo legal están entregadas al juez unipersonal las funciones de indagar, acusar y sentenciar.

Conviene recordar que el Código Modelo de Proceso Penal para Latinoamérica, tenido a la vista por los redactores del nuevo Código chileno, consagra como principio fundamental, la adopción del modelo acusatorio, con nítida separación entre las funciones de juzgar, acusar y defender.

<sup>22</sup> Picó I Junoy J. (2007). *La iniciativa probatoria del juez penal y el principio acusatorio (un estudio desde el Derecho Comparado)*, en Estudios de Derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros, 335-360. Santiago: Lexis Nexis, Instituto Chileno de Derecho Procesal y Universidad de Los Andes, pp. 335 y ss.

<sup>23</sup> STC, 95/19.06.1995.

<sup>24</sup> Horvitz M. – López J., cit., p. 45.

En el código surgido de la reforma, se confía al Ministerio Público, en forma exclusiva, la tarea de dirigir la investigación, de acusar y sustentar la acusación ante los órganos jurisdiccionales respectivos.

“En consecuencia, este proyecto establece las bases de un nuevo sistema procesal penal que pretende abandonar el modelo inquisitivo y avanzar hacia otro con una orientación de carácter acusatorio.”<sup>25</sup>

Se configura un efectivo régimen acusatorio caracterizado, no sólo por la separación absoluta de los órganos encargados de las funciones de acusar y sentenciar, sino por la exigencia de una acusación previa, para que tenga lugar el proceso. (*Wo kein Kläger da kein Richter* - donde no hay acusador no hay juez). En consecuencia, no se dará comienzo jamás a una investigación penal, por espontánea decisión judicial; ella requerirá, en cambio, siempre, iniciativa del fiscal.<sup>26</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, el Código Procesal Penal admite que la acción penal pueda ser ejercida por la víctima y otras personas relacionadas con ella, debiendo deducirla ante el Juez de Garantía (juez de control de la instrucción), quien debe decidir sobre su admisibilidad. Como expusimos anteriormente, en algunos casos, será necesaria la iniciativa del particular para que pueda iniciarse una investigación penal tratándose de ciertos ilícitos.

<sup>25</sup> Mensaje del Ejecutivo, Código Procesal Penal.

<sup>26</sup> Tavorari R., cit., p. 571.

La doctrina llama la atención sobre “la fuerza con que rige el principio acusatorio en el nuevo sistema procesal penal chileno”<sup>27</sup>, particularmente, si se compara su estructura con otras propuestas surgidas en el Derecho Comparado, ajustándose a la nota esencial del principio acusatorio, cual es que “el Estado procede a desdoblarse sus competencias de acusación y decisión en dos órdenes de funcionarios, pertenecientes al mismo Estado, pero distintos entre sí.”<sup>28</sup>

En las discusiones que sirvieron de base a la elaboración del texto, se impuso el carácter autónomo –reconocido constitucionalmente– del Ministerio Público, por encima de las alternativas que implicaban crear un juez de instrucción con funciones investigadoras o un ministerio público dependiente del Poder Judicial. Otra iniciativa legal, citada como demostrativa del propósito de establecer un sistema pura o auténticamente acusatorio, es la creación de la Defensoría Penal Pública, entidad que –lamentablemente– carece de autonomía, dependiendo del Ministerio de Justicia, encargada de la defensa de los imputados que no pueden obtenerla a su propia costa.

Numerosas son las garantías procesales vinculadas al principio acusatorio, que algunos autores denominan “principios político-procesales”, recogidas en el Código Procesal Penal como “principios básicos”: imparcialidad, derecho a la defensa, contradicción, principio de inocencia, *non bis in idem*, correlación entre acusación y fallo.

<sup>27</sup> Horvitz M. – López J., cit., p. 45.

<sup>28</sup> Ascencio Mellado J. (1991). Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal. Madrid: Estudios Trivium, p. 18.

4. Principios de legalidad y oportunidad.- En cumplimiento al principio de legalidad, el Estado, a través el Ministerio Público, está obligado a iniciar y sustentar la persecución penal de todo hecho delictivo que llegue a su conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su arbitrio.<sup>29</sup>

El procesalista Maier explica que en el principio de legalidad convergen dos principios menores que, sumados, dan origen al de legalidad: “*principio de promoción necesaria*” (deber de poner en movimiento la persecución penal ante la noticia de un delito) y el “*principio de irrevocabilidad*” (imposibilidad de suspender, interrumpir o hacer cesar la indagación ya comenzada).<sup>30</sup> Se suele encontrar la fundamentación del principio de legalidad en el principio de igualdad ante la ley, en cuanto garantiza la aplicación igualitaria de las normas punitivas y evita discriminaciones, excluyendo cualquier mecanismo formal de selección entre los casos que han de ingresar al Derecho Penal Adjetivo.

El derecho de nuestros países, en general, se ha aferrado al principio de legalidad, que pretende perseguir todas las acciones punibles, según una regla general de obligación. Pese a ello, en la práctica operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos, incluso dentro de los órganos de persecución penal y judiciales del Estado. De allí que sea necesario introducir criterios que permitan conducir

<sup>29</sup> Maier J. (1989). Derecho Procesal Penal argentino. Buenos Aires: Edit. Hammurabi, p. 46.

<sup>30</sup> Maier J., ídem.

esta selección de casos razonablemente y conforme a decisiones políticas convenientes. Ello significa modificar, en parte, el sistema de ejercicio de las acciones del Código Penal, tolerando excepciones a la “legalidad”, con criterios de “oportunidad”, legislativamente orientados.”<sup>31</sup>

En la actualidad se califica al principio de legalidad como “sumamente desacreditado”, situándose su desprestigio más que nada en motivos derivados de la praxis procesal penal, ya que ésta demuestra la existencia de mecanismos informales de selección –exentos de normativización– que muchas veces redundan en una política penal persecutoria de los sectores social y económicamente más desprotegidos, lo que a fin de cuentas significa desigualdad.<sup>32</sup> También contribuye a desestimar la vigencia irrestricta del principio de *legalidad*, la irrupción en el Derecho Penal material de soluciones alternativas, tendientes a sustituir la coacción penal obligatoria, para hacer realidad los principios limitativos del *ius puniendi* estatal, subsidiariedad y *última ratio*. Precisamente, el mensaje del proyecto de Código Procesal Penal deja en claro que la reforma no está dirigida únicamente a terminar con el antiquísimo procedimiento inquisitivo, sino que persigue también como meta el hacer realidad los principios fundamentales de lesividad y *última ratio*, constitutivos, junto a otros postulados, “de un patrimonio común, de una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del

<sup>31</sup> Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, Parte General, IX La eficacia del proyecto, p. 315.

<sup>32</sup> Horvitz M. – López J., cit., p. 46; MAIER, Derecho Procesal Penal argentino, cit., pp. 552 y ss.



Estado.”<sup>33</sup> Esta conexión entre principios penales y procesales, es oportuna para tener presente que si bien el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal son disciplinas autónomas, no se trata de compartimientos estancos, desconectados entre sí, se trata, al contrario, de dos sistemas complementarios, cuyas funciones están subordinadas a la forma en que están reguladas las del otro.<sup>34</sup> “El Derecho material, y su formulación de criterios de selección y el Derecho formal, con la formulación del escenario, dependen el uno del otro, y sólo las prestaciones respectivas de ambos hacen posible el proceso penal y la producción del caso.”<sup>35</sup>

Las críticas dirigidas al principio de oficiosidad u obligatoriedad, han generado como reacción que, frente a la clásica actitud de iniciar una pesquisa por todo delito conocido, se responda con la posibilidad reglada de no instruir un proceso en el evento de cumplirse los requisitos que la ley determina.

Maier precisa que el panorama político-criminal universal propone, hasta ahora, sobre todo, en el ámbito cultural próximo a nosotros, soluciones basadas, fundamentalmente, en el abandono del principio de legalidad de la persecución penal (obligatoriedad) - parcial para aquellos órdenes jurídicos que contenían a este deber como regla de principio, al establecer ciertos criterios de oportunidad, fundados utilitariamente.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Muñoz Conde F., cit. por Künsemüller C., Las actuales relaciones entre Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo, cit., p. 329.

<sup>34</sup> Cury E. (2005). Derecho Penal Parte General. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 118.

<sup>35</sup> Hassemer W. (1984). Fundamentos del Derecho Penal 16 II. Barcelona: Bosch, p. 150.

<sup>36</sup> Maier J., Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica, cit., pp. 39-40.

El principio de oportunidad es definido por Roxin como el “que autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible.”<sup>37</sup>

Entre un principio de oportunidad libre o de discrecionalidad (entrega el ejercicio de la facultad persecutoria a la discreción total del Ministerio Público), y un principio de oportunidad reglada (la ley establece los casos y condiciones en que el ente persecutor está autorizado para ejercer esta facultad, bajo un sistema de controles), se prefiere este último, al cual asigna el impulsor del Código Procesal Penal Modelo iberoamericano dos objetivos centrales:

Primero, la descriminalización de hechos delictivos, evitando el ejercicio del poder penal en los casos en que otras formas de respuesta del Estado frente a la conducta antijurídica pueden conducir a mejores resultados; segundo, la eficiencia del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta irrenunciable su actuación como sistema de control social, procurando el descongestionamiento de una justicia penal sobrecargada, que no permite, precisamente, el tratamiento preferente de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por los instrumentos penales, y como intento válido de revertir la desigualdad que, por selección natural provoca la sustentación rígida del principio de legalidad.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Roxin C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Bs. Aires: Edit. del Puerto, p. 89.

<sup>38</sup> Maier J., *Derecho Procesal Penal argentino*, cit., p. 558.

Después de reproducir las críticas dirigidas al principio de oficiosidad, Tavolari apunta que “No puede sorprender, entonces, que se proclame la necesidad de una discriminación positiva, encaminada a determinar si bajo supuestos que corresponde establecer, debe o no someterse a todo el que ha delinquido, a enjuiciamiento penal.” El Proyecto de Código Procesal Penal recoge la respuesta actual a la clásica actitud de incoar proceso penal por todo delito de que se tenga noticia, con la posibilidad de no instruir un proceso si se dan las hipótesis que la ley determina.<sup>39</sup>

El principio de oportunidad se halla consagrado en el Código Procesal Penal, cuyo artículo 170 dispone: “Los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Este, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere.”

Se prevén en el texto legal controles jurisdiccionales para el evento que el fiscal se excediere en el ejercicio de esta atribución.

<sup>39</sup> Tavolari R., cit., p. 569.

La historia fidedigna de este precepto da cuenta que el Senado tuvo presente que tras el principio de oportunidad, existe una decisión de política criminal que es adoptada por el Ministerio Público de conformidad a su Ley Orgánica Constitucional, y, puesto que es el propio Código el que determina las hipótesis legales de aplicación de este principio, el juez interviene para comprobar que no se esté ejerciendo dicha atribución fuera de ese marco.

#### 4. Comentario final

Atendidas las estrechas relaciones que vinculan al Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo –constitutivos de un binomio inescindible, en cuanto el segundo ordenamiento es el instrumento del primero y le permite operar en la realidad social– generan honesta inquietud entre muchos penalistas las tendencias expansionistas que han invadido últimamente al Derecho Penal y a la Política Criminal, orientadas claramente hacia un reforzamiento y protección del Derecho Penal en sí mismo, más que a una protección del individuo como miembro de la comunidad humana, teniendo como divisa el aseguramiento de la denominada “eficiencia penal”, olvidando que el ser humano tiene derechos anteriores y superiores al Estado y que éste debe su existencia a aquel y no viceversa.<sup>40</sup>

Sería ilusorio pensar que la vigencia de un Código Procesal Penal constituye un remedio universal para los males

<sup>40</sup> Künsemüller C., cit., pp. 333-334.

de la administración de justicia penal. En nuestra situación, el Código representa el núcleo a partir del cual se pueden transformar prácticas obsoletas y viciadas sobre el ejercicio del poder penal del Estado.<sup>41</sup> La modernización del sistema procesal exige una transformación integral del ordenamiento penal en su conjunto, que incluya al Derecho Penal material y al Derecho Penal ejecutivo o penitenciario.

## 5. Bibliografía

- Ascencio, Mellado J. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Madrid: Estudios Trivium. 1991.
- Barbero, Santos M. *La Defensa Social, treinta años después*. Doctrina Penal, 30. 1985.
- Brito, H. *Comentario de Haroldo Brito Cruz a la ponencia de Cristián Riego R.*, en Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria. 1993.
- Carocca, A. *El nuevo sistema procesal penal*. Santiago: Edit. Jurídica La Ley. 2003
- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, Parte General, IX. La eficacia del proyecto.
- Cury, E. *Derecho Penal Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005.

<sup>41</sup> Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, cit., p. 314.

- Duce, M. y Riego, C. *La reforma procesal penal en Chile. Informe acerca del Proceso de Reforma al Sistema de Enjuiciamiento Criminal Chileno*, en Sistema Acusatorio. Proceso Penal. Juicio Oral en América Latina y Alemania. Caracas: Horst Schönbohm y Norbert Lösing Ed., Fundación Konrad Adenauer y Corporación de Promoción Universitaria. 1995.
- Hassemer, W. *Fundamentos del Derecho Penal* 16 II. Barcelona: Bosch. 1984.
- Hitters, J. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. T I. Argentina: EDIAR. 1991.
- Horvitz, M. y López, J. *Derecho Procesal Penal Chileno*. T I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2002.
- Künsemüller, C. *Las actuales relaciones entre Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo*, en Estudios de Derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros. Santiago: Lexis Nexis, Instituto Chileno de Derecho Procesal y Universidad de Los Andes. 2007.
- Maier, J. *Derecho Procesal Penal argentino*. Buenos Aires: Edit. Hammurabi. 1989.
- Maier, J. *Democracia y Administración de justicia penal en Iberoamérica: los proyectos para la reforma del sistema penal*, en Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria. 1993.
- Picó, I Junoy J. *La iniciativa probatoria del juez penal y el principio acusatorio (un estudio desde el Derecho Comparado)*, en Estudios de Derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros.

- Santiago: Lexis Nexis, Instituto Chileno de Derecho Procesal y Universidad de Los Andes. 2007.
- Ramos, Méndez F. *El Proceso Penal*. Lectura Constitucional. Barcelona: Bosch Edit. 1991
  - Riego, C., *Aproximación a una evaluación del proceso penal chileno*. En Reformas procesales en América Latina: la oralidad en los procesos. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria. 1993.
  - Roxin, C. *Derecho Procesal Penal*. Bs. Aires: Edit. del Puerto. 2000.
  - Tavolari, R. *Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal chileno*, en El proceso en acción. Santiago: Edit. Libromar Ltda. 2000.





Temas Penales

**Tercera Parte:**  
**Constitucionalización  
del Proceso Penal**



# La Constitucionalización del Proceso Penal

*Jorge M. Blum Carcelén*

*Magistrado de la Corte Nacional de Justicia*

## **Sumario:**

1. Introducción; 2. De la legalidad al constitucionalismo material; 3. El cambio de paradigma; 4. Constitucionalización del proceso penal; 4.1. Lo constitucional; 4.2. Lo procesal; 5. Etapas del proceso penal; 5.1. Investigación previa; 5.2. Instrucción Fiscal; 5.3. Etapa evaluación y preparatoria de juicio; 5.4. El juicio; 5.5. La impugnación; 6. Conclusión; 7. Bibliografía



## 1. Introducción

La Constitución existe desde que somos República, pero fue escasamente aplicada en los fallos que se venían dictando en el sistema judicial, sencillamente porque la única fuente del derecho realmente vigente en el Ecuador era la ley y vivíamos el imperio de la legalidad, que nos mantenía limitados a lo que dijera el legislador desarrollándose el proceso penal mediante el sistema inquisitivo; sin darle mayor relevancia a las normas constitucionales, convirtiéndose los juzgadores en la boca muda de la ley, restándole su rol protagónico en la administración de justicia; pero a raíz del cambio constitucional acaecido en el 2008, para cumplir con los mandatos de la Constitución en relación con la justicia hemos tenido que salir de la legalidad y adecuar nuestro pensamiento jurídico y nuestro actuar a la visión constitucional.

Desde la Constitución de 1998, el sistema judicial empieza a dar un giro hacia la aplicación de lo constitucional, pero es luego de una década, con la expedición de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, donde se reconoce al Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y justicia y del legalismo finalmente pasamos al Estado constitucional dejando atrás el concepto ideológico del Estado liberal de derecho, que restringía al poder público, para ahora garantizar los derechos individuales.

El propósito del presente estudio es justamente examinar el cómo y el para qué de este proceso de constitucionalización del derecho y específicamente del proceso penal.

## 2. De la legalidad al constitucionalismo material

Gustavo Zagrebelski<sup>1</sup> distingue el “*Estado Legislativo*”, que se rige por reglas; del “*Estado Constitucional*”, donde el derecho incorpora valores objetivos y se rige por principios. Con ello, diferencia la “Constitución”, de la “ley”, aclarando que las “reglas” proporcionan el criterio de nuestras acciones y nos dice cómo debemos o cómo podemos actuar en determinadas situaciones específicas, según lo previsto en las mismas reglas; ya que los “principios”, proporcionan los criterios, para poder tomar una posición concreta, apareciendo como indeterminados, porque carecen del supuesto del hecho y solo en casos concretos puede entenderse su significado.

El Maestro Francés Louis Favoreau<sup>2</sup> por su parte nos dice sobre el mismo tópico que “En el Estado legal, la constitucionalidad no era más que un componente accesorio de la legalidad. Hoy en día, en el Estado constitucional, la legalidad no es más que un componente de la constitucionalidad”...

Por ello, podemos sostener que nos encontramos en plena transformación, precisamente para constitucionalizar el proceso penal y toda la normativa imperante en el país, pasando en lo procesal al sistema acusatorio oral, iniciado incipientemente en el 2000 con el Código de Procedimiento Penal, luego reforzado en el 2009 con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, donde se señalaron una serie

<sup>1</sup> Zagrebelski, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tomo 6, edición 2005. Pág. 109

<sup>2</sup> Favoreau, Louis. *Legalidad y constitucionalidad*. La Constitucionalización del derecho. Universidad Externado de Colombia. Pág. 11.

de principios de rango constitucional; y, desde agosto de 2014 con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se culmina con el proceso de adecuación de la normativa penal a la Constitución ya que es donde se recoge todo el ordenamiento jurídico penal, ajustando la normativa sustantiva, adjetiva y ejecutiva.

En la obra “Apuntes de Derecho Procesal”, publicada por la Corte Constitucional<sup>3</sup>, al tratar sobre los elementos esenciales del nuevo modelo constitucional ecuatoriano, se indica que:

(...) si el neoconstitucionalismo es una metodología, una teoría y una filosofía del derecho que surge y se explica históricamente como una apertura a los derechos humanos y a los principios de justicia en reacción a los horrores fascistas, el modelo constitucional implícito en la actual Constitución ecuatoriana se entiende como una reacción humanista a los abusos del modelo constitucional autoritario y empresarial que se desarrolló en nuestro país en los últimos 20 años. No es una moda, sino la respuesta obvia a la crisis del paradigma que imperó en el país desde 1984 hasta 2006, (...) por ello se planteó la necesidad de construir un nuevo modelo estatal pos-neoliberal que saque al país de la postración profunda en la que se encontraba; y, el modelo encontrado, fue desarrollado ampliamente en las nuevas constituciones latinoamericanas desde 1988, que conjuga los principales postulados del garantismo constitucional

<sup>3</sup> Montaña Pinto, Juan y Pazmiño Freire, Patricio, Obra: *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 1, Pág. 35, publicado por la Corte Constitucional para el período de Transición

europeo, con respuestas propias (...) el modelo constitucional ecuatoriano de 2008 participa de los elementos del modelo constitucional pos positivista esbozados con elementos propios de la realidad constitucional local, con los siguientes elementos: a) la adopción de un modelo de democracia participativa en remplazo de la antigua democracia representativa; b) la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; c) el fortalecimiento del papel de los jueces y la función judicial dentro de la arquitectura constitucional; d) la ampliación radical del sistema de garantías establecido en la Constitución; e) el reconocimiento al carácter multiétnico y pluricultural de las naciones latinoamericanas.

Juan Montaña Pinto<sup>4</sup>, en la obra antes citada al referirse al “Modelo de justicia de la nueva Constitución”, ratifica lo que hemos señalado, al indicar:

(...) que el diseño de la justicia constitucional de la actual Constitución, se basa en un fuerte incremento de las facultades y una tendencia hacia la autonomía, en aras de cumplir con un modelo de justicia constitucional y justicia ordinaria garantista, que modifica el papel de los jueces en el nuevo ordenamiento constitucional ecuatoriano”. (...) Según el artículo 1 de la nueva Constitución, el nuevo Estado ecuatoriano es un Estado constitucional de derechos y justicia. Este cambio aparentemente semántico tiene una significación enorme porque implica la superación definitiva,

<sup>4</sup> Montaña Pinto, Juan, *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Año 2011, Pág. 82.



en Ecuador, del Estado legalista o de legalidad, que había prevalecido en el país desde los inicios de la República, por allá en 1830, para adoptar el llamado modelo constitucional garantista o garantizado.

Consecuentemente, las garantías penales procesales se expresan en un sistema de prohibiciones indelegables para evitar el abuso del poder público y asimila en los poderes privados esta situación, no admitiendo delegación, son indisponibles e inalienables, reconociendo también otros derechos vitales y facultades.

Por tanto, “una teoría garantista del derecho –no solamente garantista en materia penal– parte en cambio de la distinción de la vigencia de las normas tanto de su validez como de su efectividad”; dado más que la legitimación en el Estado de Derecho, se produce la deslegitimación jurídica o interna del funcionamiento de los poderes y de las normas que estos producen o no producen”, y concibe que la finalidad del Derecho Penal es fundar “modelos de mínimos y garantista”. El fin genérico es la protección del más débil contra el más fuerte en el momento del delito y luego la reacción contra la infracción”<sup>5</sup>.

“El Garantismo es una forma de expresión del constitucionalismo, que reorienta la tradicional concepción de democracia y que el ámbito penal se ha desarrollado<sup>6</sup>. (...) Reconoce al hombre como fin, protegiéndolo de los abusos del Estado

<sup>5</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta S.A. Madrid – España, 2004, páginas 872 y 864.

<sup>6</sup> Vergara Acosta, Bolívar, *El Sistema Procesal Penal, Código Orgánico Integral Penal, La Normativa del Proceso*, volumen I, Editores Murillo, pág. 47 y 48.

(órganos y funcionarios), estableciendo garantías procesales. Le interesa no solo la responsabilidad penal, sino la libertad del inocente. En resumen, “al asumir el Estado en régimen de monopolio el *jus puniendi*, se constituye en garante de establecer un sistema dirigido a ejercitar dicho derecho”<sup>7</sup>.

El garantismo, según Ferrajoli se concreta: “en este sentido, si el derecho penal mínimo se puede caracterizar como una teoría de minimización de la violencia y de la maximización de la libertad, el derecho en general puede ser caracterizado, en su modelo garantista, como una técnica de minimización de todas las expectativas garantizadoras como derechos fundamentales”<sup>8</sup>.

Los axiomas están expresados, siguiendo una tradición escolástica:

1. No hay pena sin delito, principio de retribución o sucesividad de la pena respecto del delito;
2. No hay delito sin ley, principio de legalidad, tanto en sentido lato como en sentido estricto;
3. No hay ley penal sin necesidad, principio de economía del derecho penal, fundamento del derecho penal mínimo.
4. No hay necesidad sin injuria (daño), principio de lesividad o de ofensividad del acto;

<sup>7</sup> López de Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de derecho Procesal Penal*, Editorial Aranzadi S.A., 1° ed- 1° reimpresión 2005. Navarra – España.

<sup>8</sup> Gianformaggio, Leticia. Editora las razones del garantismo, Discutiendo con Luigi Ferrajoli, *Ensayo Notas Críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre “Derecho y Razón”*, Editorial Temis S.A. Bogotá- Colombia, 2008, pág. 540.

5. No hay injuria (daño) sin acto, principio de materialidad o exterioridad de la acción;
6. No hay acto sin culpa, principio de culpabilidad, o de la responsabilidad personal;
7. No hay culpa sin juicio, principio de jurisdiccional, también en sentido lato o estricto;
8. No hay juicio sin acusación sin prueba, principio de la carga de la prueba o de verificación;
9. No hay acusación sin prueba, principio de la carga de la prueba o de verificación;
10. No hay prueba sin defensa, principio de contradicción de la defensa o de refutación.

“Los diez axiomas implican en definitiva un programa completo, o un modelo que debe ser seguido por el legislador, y luego por los jueces, para que tanto el Derecho Penal como el Derecho Procesal Penal, cumplan la función que tienen que asumir en una sociedad democrática que, más allá de las declaraciones, garantice verdaderamente el respeto de los derechos”<sup>9</sup>.

Esta nueva visión del Estado garantista surge y se asienta en los derechos fundamentales, naturales del ser humano, por tanto, el control constitucional permitirá la objetividad plena del Estado constitucional de derechos y la efectiva vigencia del principio de la supremacía constitucional, así como los

<sup>9</sup> Alban Gómez, Ernesto, *Manual de derecho penal ecuatoriano, parte general*, tomo I, Código Orgánico Integral Penal, pág. 54.

contenidos básicos de la Carta Internacional de Derechos Humanos, es por ello, que este nuevo modelo de Constitución, que rige en el país, es justamente para garantizar efectivamente los derechos de las personas mediante un sistema de garantías jurídicas eficaz y moderno.

Como lo señala Alberto Suárez Sánchez, “el texto constitucional ostenta un carácter de norma suprallegal, porque no puede ser alterado o reformado mediante los procedimientos ordinarios de creación o modificación de las de las normas; por eso la ley no puede cambiar la Constitución. Los preceptos constitucionales tampoco pueden ser contradichos o ignorados por la acción u omisión de los poderes públicos, pues si ello ocurriere, todas las actuaciones serían inconstitucionales y susceptibles, por ende, de la correspondiente sanción, como la inexistencia o nulidad. La Constitución es norma fundamental, porque sus mandatos quedan fuera de la disponibilidad de las fuerzas políticas, pues son básicos, en cuanto intocables, y se constituyen en límite a los poderes del Estado”<sup>10</sup>; por ello en la Constitución se describe los derechos inherentes al ser humano, como las garantías que se deben respetar en todo proceso penal y que en virtud de la supremacía constitucional no pueden ser desplazados por ninguna ley o procedimiento, constituyéndose en norma fundamental de aplicación obligatoria para los jueces que ahora son garantes de los derechos.

<sup>10</sup> Suárez Sánchez, Alberto, *El Debido Proceso Penal*, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 39.

### 3. El cambio de paradigma:

La expedición de la Constitución de la República de 2008, cambia entonces la orientación de la administración de justicia y con ello la obligación que tenemos los jueces de garantizar, en todo acto jurisdiccional, los derechos fundamentales de los justiciables, a pesar de que este nuevo modelo de Constitución y de justicia, choca con el medio social, que son precisamente los litigantes e inclusive con la preparación de los profesionales del derecho que intervienen como sujetos procesales, en el ejercicio de cada uno de los roles, que el nuevo sistema acusatorio les exige, ya sean éstos como defensores privados o públicos, fiscales o jueces, quienes somos los llamados a “constitucionalizar el proceso penal” y cambiar la caduca cultura jurídica imperante en el desarrollo del proceso penal, como en toda la administración de justicia.

Si recordamos el pasado reciente, los jueces desempeñaban un rol, totalmente legalista, dependiente y mecánico de las normas de procedimiento; pero en la actualidad, con la constitucionalización del pensamiento jurídico, los operadores de justicia hemos humanizado nuestra labor, pasando de ser jueces legalistas a jueces constitucionales, con autonomía, independencia e imparcialidad, sin que nada, ni nadie, pueda incidir, en forma interna o externa, en la toma de nuestras decisiones judiciales, primando para ello la argumentación jurídica, la interpretación, así como la motivación de las sentencias, en las que debemos en forma lógica, razonada y comprensible exponer el sustento de nuestras resoluciones, garantizando el cumplimiento de las normativa constitucional.

Haciendo un poco de historia, podemos señalar que hace casi una década, se inició el proceso para constitucionalizar el proceso penal, adecuando nuestra legislación a los principios modernos del derecho y la práctica procesal penal, cuyas disposiciones también se encuentran en vigencia en Latinoamérica, como en el resto del mundo; precisamente para dar un giro hacia lo constitucional, pasar del sistema escrito, al sistema oral mediante audiencias; todo ello con la finalidad de lograr el cambio de paradigma constitucional y a través de él, la realización de la justicia.

Pero en nuestra práctica diaria, detectamos que a pesar del tiempo transcurrido, no se la ejerce a plenitud, por lo que compartimos lo expresado por la maestra colombiana Dra. Gloria Lucía Bernal Acevedo, quien en su obra: “Manual de Iniciación al Sistema Acusatorio”, respecto del cambio de sistema ha venido sosteniendo:

Sin lugar a dudas Colombia está frente a su “Iniciación al Sistema Acusatorio”. Se emprende aquí un largo proceso que tendrá diversas circunstancias, por momentos avanzará con vigor hacia un pleno sistema acusatorio y otras veces sentirán que se retrocede hacia las formas más duras del sistema inquisitivo. Ello porque, esencialmente, el cambio de un sistema a otro requiere también un cambio en el pensamiento jurídico de los protagonistas del proceso judicial, (abogados, jueces, fiscales, investigadores, académicos, peritos, etc.). Y es quizás ese cambio, el cambio mental, el más difícil de lograr...

Digo que comparto lo expresado por la Dra. Bernal, porque en materia penal, notamos que no todos los profesionales del derecho, que intervienen como sujetos procesales, están capacitados para enfrentar el “nuevo sistema”, que a más de las aplicación de la norma constitucional, también atraviesa por la transición, que lógicamente causa la puesta en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, en cuya primera Disposición Transitoria, establece que los procesos penales que se estuvieren tramitando con las normas del Código Penal y Procedimiento Penal lo seguirán haciendo, hasta la conclusión del proceso; con lo que los abogados litigantes y juzgadores, estamos enfrentados “aplicar”, según el caso en concreto por la fecha de los hechos una norma ya derogada; o por actos posteriores al 10 de agosto de 2014 la nueva que es el Código Orgánico Integral Penal, pero en ambas los mismos principios constitucionales cuyas normas legales, sin lugar a dudas causan confusión e impiden que la nueva normativa se generalice en su aplicación.

Debemos tener presente, que para la modernización de la justicia, y se expidió la nueva normativa penal mediante el Código Orgánico Integral Penal, que entró en plena vigencia el 16 de agosto de 2014, donde se agrupó la parte sustantiva adjetiva y ejecutiva de la pena; y, el 23 de mayo de 2016 entro en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, COGEP, que también resume en un solo cuerpo normativo el procedimiento para todas las materias no penales, cuyas disposiciones también se han adecuado a la Constitución de la República, lo que en la actualidad también torna un poco más complicado la puesta en funcionamiento de la nueva normativa, en cuya parte medular destaca la oralidad, con

todo el sistema de administración de justicia en el país, con lo que debemos reconocer, que hemos dejado en el pasado la defensa escrita, para enfrentar, con el avance tecnológico, que la modernidad nos brinda, un proceso penal con reducidas actuaciones plasmadas en papel, destacándose la oralidad y la celeridad, así como los principios de contradicción e inmediatez, mediante el sistema de audiencias, públicas, (según el caso) orales y de contradictorio.

Por ello, procuramos que se produzca en todos quienes participamos del proceso penal, como en la ciudadanía en general, ese cambio mental que anhelamos y la única forma de lograrlo, es con la enseñanza, para que todos los que recurran a la administración de justicia, en la búsqueda de la solución de sus conflictos, lo hagan respetando la normativa vigente, nacional e internacional; porque el Ecuador, siendo un Estado Constitucional de derechos y justicia, tiene como deber primordial, garantizar sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuya aplicabilidad es directa e inmediata por y ante cualquier servidor público; respetando y haciendo respetar los derechos garantizados en la Constitución de la República, en base a principios y a la existencia de normas jurídicas, previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, mediante un sistema procesal, como medio para la realización de la justicia, consagrados en los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, celeridad y economía procesal; haciendo efectiva las garantías del debido proceso, así como el principio de supremacía Constitucional, de aplicación directa e inmediata; como también el de legalidad, imparcialidad, acceso a la



justicia, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, que es precisamente la constitucionalización del proceso penal.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP), en sus antecedentes también se refiere a la “Constitucionalización del derecho penal”, señalando que:

El derecho penal tiene, aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción. Por ello, el derecho penal debe determinar los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad.

En la actualidad, mediante la interpretación constitucional, se rebasa esa limitación que existía con la aplicación de la legalidad; para centrarse en el verdadero alcance de la Constitución, que gira o prioriza al ser humano en la búsqueda de la verdad y la paz social, pudiendo ahora el juzgador, hacer en sus fallos consideraciones de orden jurídico, que antes no podía; ya que ahora puede emitir pronunciamientos de orden constitucional, más cercano a la concepción de justicia, concibiendo al derecho por principios, dentro del pensamiento y existencia de derechos múltiples, como variados, obligados por la Constitucionalización del proceso, a que los operadores del quehacer judicial, participan del “cambio de paradigma”; mediante un giro de carácter constitucional, doctrinario,

jurisprudencial y procesal, en la búsqueda del respeto y la aplicación de la Constitución, como nueva visión de Estado.

#### 4. Constitucionalización del proceso penal

**4.1. Lo constitucional.** Con la expedición de la Constitución de la República de 2008 y la del COIP de 2014, el proceso penal se transformó en un medio para la realización de la justicia, debe desarrollarse, cumpliéndose con todas las normas del debido proceso, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República, que incluyen garantías básicas, como el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, pero para su constitucionalización, debemos tener presente, que el artículo 424, de la carta fundamental, establece que: “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico”, por lo que no se podrá esgrimir la aplicación de alguna disposición de orden procesal, que esté en contradicción o pueda vulnerar los derechos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, ya que en caso de conflicto, siempre prevalecerá jerárquicamente la norma superior en el orden que establece el artículo 425, *ibídem*:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales; las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones y demás actos y decisiones de los poderes públicos y en caso de duda se la deberá interpretar en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos respetando la voluntad del constituyente, de acuerdo con los principios generales de la

interpretación constitucional y no se podrá alegar falta de ley o desconocimiento de las normas, para tratar de justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución.

En nuestra práctica judicial, hemos podido observar que se enuncia la violación a la tutela judicial efectiva, o lo que es peor, se señala que la decisión adoptada por el juez, atenta contra la seguridad jurídica; sin siquiera analizar que el artículo 75 de la Constitución de la República señala que, toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia, a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad porque en ningún caso podrá quedar en indefensión; pero precisamente dicho argumento es planteado en casi todas las audiencias que se practican en el desarrollo del proceso penal, sin considerar que la Corte Constitucional, en cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva determina que es “aquel por el cual toda persona, tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos causes procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derechos sobre las pretensiones propuestas”<sup>11</sup>.

De igual manera, respecto a la seguridad jurídica, únicamente se la menciona, pero no se la concibe como lo señala el artículo 82 de la Constitución de la República, cuando señala: “el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto de la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades

<sup>11</sup> Sentencia No.-0004-09-SEP-CC, caso No.- 0030-08-EP, de 14 de mayo de 2009.

competentes”; con lo que podemos también indicar que la Constitución del Ecuador garantiza la seguridad jurídica a través de la concreción del debido proceso, ya que es una obligación de los operadores de justicia, de efectuar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en estricto apego a la norma primera, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley, lo que implica una correcta y debida aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico, como lo indica la Corte Constitucional el 9 de abril de 2014 en la sentencia No. 067-14-SEP-CC, en el caso No. 1626-10-EP.

Lo anterior, tiene como finalidad demostrar que en el medio judicial ecuatoriano, la gran mayoría de juristas, salvo honrosas excepciones, se refieren de manera general a la “violación de principios constitucionales”, sin concretar, aunque señalan que la Constitución de la República es la norma suprema, que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico (424); lo que es real, pero la simple enunciación de la normativa constitucional, no es suficiente en una alegación, ya que carece del rigor técnico que se requiere, para que el juzgador pueda pronunciarse, pues necesita, sustentar o señalar cual es el derecho violentado, que atente la naturaleza humana, así como indicar de qué forma influye en la decisión de la causa o ha quebrantado el ordenamiento constitucional en el desarrollo del proceso penal, lo que consideramos son falencias técnicas, que aún se presentan y que deberán superarse.

También es común escuchar a los sujetos procesales, que existe violación al debido proceso, sin indicar cuál es el sustento para dicho criterio, porque éste siendo tan amplio, debe ser señalado, caso contrario resulta antitécnico; porque

el debido proceso está compuesto de una serie de sub-procesos, que deben ser identificados, para que constituyan una alegación válida, porque éste se nutre de varios hechos fundamentales como el de legalidad, del juez natural, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, lo público del proceso y su celeridad, la controversia de la prueba, la inmediación de los jueces, la impugnación a las decisiones judiciales, el principio de *non bis in idem*, la prohibición de *reformatio in peius*, el doble conforme, la acceso a la justicia y también la responsabilidad de los poderes públicos.

En relación al debido proceso, la Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado señalando que:

(...) desde un punto de vista formal, el debido proceso es la sumatoria de actos preclusivos y coordinados, cumplidos por el funcionario competente en la oportunidad y lugar debidos, con las formalidades legales, conjugándose en él los principios de legalidad y de juez natural, limitados en el tiempo, en el espacio y en el modo. (...) En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales) (...) <sup>12</sup>.

Por lo tanto, corresponde a los jueces y juezas cumplir y hacer respetar cada uno de los derechos consagrados tanto en

<sup>12</sup> Sentencia N° 0001-09-SCN-CC, Caso N° 0002-08-CN, Corte Constitucional para el período de transición

la norma suprema, como en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

También dicha Corte, sobre el deber de los juzgadores de sujetarse y garantizar el debido proceso, determinó que: “El primero de los subderechos del debido proceso, es el deber de las autoridades administrativas o judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas o los derechos de las partes; constituye un principio fundamental para garantizar la existencia del Estado constitucional de derechos y justicia y una garantía indispensable para evitar la arbitrariedad en las decisiones y resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales”<sup>13</sup>; indicando además que en el Estado constitucional de derechos y justicia, se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ello garantías institucionales inéditas; que tienden a evitar arbitrariedades en todas las instancias judiciales; y que necesariamente deben concluir en una resolución justa y motivada, pues la consecuencia inmediata de dicha vulneración implica la anulación del auto o sentencia.

El artículo 76 de la Constitución de la República encierra las garantías que conforman el debido proceso, mismas que deben ser observadas en aquellos en donde se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden; ya que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; amplia disposición constitucional que garantiza, por parte del

<sup>13</sup> Sentencia No.- 35-12- SEP-CC, caso 0338-10- EP del 8 de marzo de 2012.

juzgador o la autoridad, a los sujetos procesales para que reciban del Estado a través de la administración, todas las garantías que otorga la Carta Magna para que a través de un juicio previo que se desarrolle bajo el cumplimiento estricto de las normas que establece la ley y el procedimiento, puedan resolverse sus conflictos.

La segunda garantía básica del debido proceso, es la presunción de inocencia que tiene toda persona y debe ser tratada como tal, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia ejecutoriada; refiriéndose a este principio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Guillermo José Maqueda Vs. Argentina, informe N.º 12/96, caso 11.245, manifestó que:

(...) este principio construye una presunción a favor del acusado de un delito, según el cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. El contenido de la presunción de inocencia exige que, la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena, sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado..., conforme a las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad.

Comentando este fallo, el tratadista Alberto Bovino manifiesta:

La exigencia impide que se trate como culpable a la persona solo sospechada de haber cometido una conducta delictiva, sin importar el grado de verosimilitud de la sospecha, hasta que un tribunal competente no

pronuncie una sentencia que afirme su culpabilidad e imponga una pena..., el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas entiende que el principio de inocencia obliga al Estado a demostrar la culpabilidad del imputado respetando las garantías del procedimiento que protegen su equidad e imparcialidad y ha desarrollado el sentido de la presunción contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresando que en la presunción de inocencia la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda; no puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable; además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio; por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso.

El principio de legalidad es otra de las garantías del debido proceso estableciéndose que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté tipificado como infracción; ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley.

Pero también el principio de legalidad determina que sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento; con el que se establece que necesariamente debe ser ante un juez competente, imparcial e independiente.

Al respecto, el tratadista Pedro Pablo Camargo, en su obra El debido proceso, indica sobre el principio de legalidad, nos dice que “el principio de legalidad obliga al Estado y sus



órganos a respetar el conjunto de leyes establecido y, en caso de quebrantamiento, verificar y justificar la aplicación de la ley para quien la ha infringido. La garantía de legalidad se manifiesta en la fundamentación y motivación del acto de autoridad a imponer al ciudadano, a riesgo de ser declarado nulo si se sale del marco de la ley”<sup>14</sup>.

También, la Corte Constitucional, máximo organismo de control de constitucionalidad del Estado ecuatoriano, ha expresado lo siguiente:

El establecer la debida descripción delictiva, así como los elementos que la integran, conlleva que se analice en debida forma el principio de legalidad, principio que se traduce en el viejo aforismo del “*nullum crimen sine lege, nullam pena sine lege*”, es decir que la infracción y la pena deben estar previamente establecidas en la ley, siendo la determinación de esta tipificación una atribución privativa de la función legislativa (sic), así lo establece la norma constitucional, pues existe reserva de ley para la formulación de cuerpos legales penales... Este principio de legalidad en el estado de derecho, nos enfrenta a la constitucionalidad formal de la norma, es decir, al origen que la misma tiene. Sin embargo, en el estado constitucional se debe proceder a analizar más allá de la formalidad de la norma. Al respecto, Luigi Ferrajoli señala que: “El estado constitucional de

<sup>14</sup> Camargo, Pedro Pablo, *El debido proceso...* p. 211

derecho no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, generada por la disociación entre vigencia y validez, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial”<sup>15</sup>.

Otra de las garantías del debido proceso se refiere a las pruebas obtenidas con violación de la Constitución o la ley, las que no tendrán validez y carecerán de eficacia probatoria; cuya valoración o apreciación de la prueba procesal, según Devis Echandia, “se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido.- Se trata de una actividad procesal exclusiva del Juez... es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria; define si el esfuerzo, el trabajo, el dinero y el tiempo invertidos en investigar, asegurar, solicitar, presentar, admitir, ordenar y practicar las pruebas que se reunieron en el proceso han sido o no provechosos o pedidos inútiles, si esa prueba cumple o no con el fin procesal al que estaba destinada, esto es, llevarle la convicción del Juez”<sup>16</sup>.

El maestro Jorge Zavala Baquerizo, señala que el principio constitucional se refiere a la prueba lícita, entendida como aquella que se ha sometido a todos los principios del debido proceso y a los mandatos legales establecidos en las leyes de procedimiento; ya que la prueba ilícita es la que quebranta en su práctica aquellos mandatos y por ende carece de eficacia jurídica, o sea, que es incapaz jurídicamente de ser tomada

<sup>15</sup> Corte Constitucional para el periodo de Transición, caso No. 015-11-CN, sentencia No. 06-12-SCN-CC de fecha 8 de febrero de 2012.

<sup>16</sup> Echandia, Devis, *Compendio de Pruebas Judiciales*, 1984, Tomo I: 26

en consideración para fundamentar una resolución y constitucionalmente no existe jurídicamente en el proceso no pudiendo ser valorada por el juez, ni de manera positiva o negativa, simplemente no existe, ya que se trata de una nulidad supra-legal o constitucional”<sup>17</sup>.

El principio de favorabilidad es otro de aquellos que garantizan el debido proceso, y que tiene su fundamento en la duda o conflicto que pudiera existir entre dos leyes, de la misma materia y con sanciones diferentes para un mismo hecho, por lo que en virtud de dicho principio, se debe aplicar la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. Respecto a la favorabilidad la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia dictada el 31 de agosto de 2014, dentro del caso Ricardo Canese vs Paraguay, en el párrafo 179, señala que:

En este sentido, debe interpretarse como ley penal más favorable tanto a aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Dichos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de las cosas que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Cabe destacar que el principio de retroactividad se aplica respecto de las leyes que se hubieren sancionado antes de la

<sup>17</sup> Zavala Baquerizo, Jorge, *El Debido Proceso Penal*, Editorial Edino, 2002, pág. 257

emisión de la sentencia, así como durante la ejecución de la misma, ya que la Convención no establece un límite en este sentido.

La proporcionalidad es una más de las garantías del debido proceso con las que se señala que la ley, establecerá la debida proporcionalidad que debe existir entre la infracción y la sanción; ya que esta se refiere a que el juzgador debe realizar un análisis de ponderación entre la afectación producida a un derecho y la conducta desplegada que afecte otro derecho, conocida también como la teoría del peso y contrapeso de Robert Alexis, quien sostiene que no existen derechos absolutos. Por lo general el principio de proporcionalidad se lo aplica para la imposición de la pena con la finalidad de evitar una desmedida sanción, que debe ser regulada entre el mínimo y el máximo del tipo penal restringido; ya que como señala Gonzalo Quintero Olivares “en general la proporcionalidad predica 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)”<sup>18</sup>.

El numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, se refiere al derecho a la defensa que tiene todo procesado en una causa penal, ya que de dicha garantía no se le podrá privar en ninguna etapa o grado del procedimiento; como también el de contar con el tiempo y los medios para prepararla; a ser escuchado en el momento oportuno y en

<sup>18</sup> Quinteros Olivares, Gonzalo, *Acto, Resultado y Proporcionalidad*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, págs. 381-408.

igualdad de condiciones cuyos procedimientos se realizarán mediante audiencias orales públicas y contradictorias cuando la ley no disponga que se realicen en reserva.

Así mismo, encontramos que una más de estas garantías es de que nadie puede ser interrogado sin la presencia de un abogado particular o de un defensor público; debiendo ser asistido gratuitamente por un traductor o interprete cuando no comprenda o no hable el idioma; teniendo derecho a comunicarse con su defensa, presentando o contradiciendo la prueba, sin que pueda ser juzgado más de una vez por la misma causa, principio conocido como *non bis in idem*, debiendo el juez ser independiente, imparcial y competente, además los juzgadores deberán emitir resoluciones o sentencias debidamente motivadas, de las cuales se puede recurrir en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Otra garantía integrante del derecho a la defensa es aquella que determina que quien haya sido detenido, conozca en forma clara, en lenguaje sencillo y en su lengua materna las razones de su detención desde el momento mismo que esta se produce, así como conocer la identidad de su aprehensor o de la autoridad que ordenó la aprehensión, debiendo hacérsele conocer que podrá permanecer en silencio y ser asistido por un abogado de su confianza o defensor público, además de poder comunicarse con un familiar. En el evento de que el detenido fuere extranjero, se deberá informar inmediatamente al representante consular de su país y no podrá ser forzado a declarar contra sí mismo ni autoincriminarse.

La norma constitucional establece que al resolverse la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de quien recurre, garantía conocida como *non reformatio in pejus*, según la cual, no se podrá empeorar la pena impuesta al sentenciado cuando es el único apelante o recurrente, ya que es un principio negativo que constituye una garantía al derecho de defensa.

La Corte Constitucional, sobre el derecho a la defensa señala:

De esta forma se establece constitucionalmente el derecho a la defensa de toda persona, y en tal sentido, todo tipo de actos que conlleven la privación o limitación del referido derecho producirá, en última instancia, indefensión. En otras palabras, esta garantía esencial es una manifestación del debido proceso. (...) en suma, el pleno ejercicio del derecho a la defensa es vital durante la tramitación del procedimiento, porque de ello dependerá en última instancia el resultado del mismo. Así el derecho de hallarse en el proceso impone al juez el deber de: notificar al acusado y al abogado defensor, con la suficiente antelación, y no excluirlo indebidamente del proceso, puesto que de otro modo no se garantiza el derecho de las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales, o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa<sup>19</sup>.

La Corte Constitucional, al referirse al *nom bis in ídem*, dice:

<sup>19</sup> Sentencia N° 004-13-SEP-CC, caso N° 0032-11-EP, del 21 de marzo de 2013, hace referencia a la sentencia N° 024-10-SEP-CC, del 3 de junio de 2010.

(...) la vulneración del derecho al *non bis in ídem*, se encuentra consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal i de la Constitución de la República, como uno de los principios que garantiza la efectividad del debido proceso, que determina que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia; principio que se fundamenta, principalmente, en la institución de la cosa juzgada tanto en su arista positiva como negativa, constituyéndose en una garantía dentro de la administración de justicia, que logra que las decisiones que ponen fin a un proceso gocen de fuerza obligatoria y definitiva, erigiéndose de esta forma, como verdad material de los procesos, y a su vez, impidiendo que los ciudadanos, al momento de someterse a la actividad jurisdiccional del Estado, no se encuentren en una situación de incertidumbre respecto a la posibilidad de que los temas sobre los conflictos que ya fueron conocidos, vuelvan a plantearse con identidad subjetiva y objetiva, para una nueva solución<sup>20</sup>.

Por su parte el artículo 77 de la Constitución de la República establece que en todo proceso penal, cuando se haya privado de la libertad al acusado, se deben observar las garantías básicas que señala la norma suprema, como son: Que la prisión preventiva no sea la regla general, sino de última ratio y solo se aplicará para garantizar la comparecencia del procesado al juicio y para precautelar el derecho de la víctima a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones en procura del cumplimiento de la pena, y deberá ser emitida por escrito por autoridad judicial competente; a excepción de los delitos

<sup>20</sup> Sentencia 012-2014, CC, en el caso 0529-12EP, del 15 de enero de 2014.

flagrantes,<sup>21</sup> en donde ésta procede sin orden judicial, pero no se lo podrá mantener sin fórmula de juicio por más de veinte y cuatro horas contadas desde su aprehensión, para lo cual deberá ser llevado ante la presencia de un juez de garantías penales.

Respecto a la prisión preventiva, ésta debe ser ordenada en el proceso penal, pero por imperativo constitucional, se preferirá la adopción de medidas alternativas o cautelares no privativas de la libertad. Sin embargo, ordenada la prisión ésta caduca en seis meses o un año, según el tipo de delito, si es que no se hubiere emitido la sentencia respectiva.

Lo anterior constituye una síntesis de los derechos de protección y de los privados de libertad que señala la Constitución de la República, pero también todo Juez Constitucional debe garantizar sin discriminación el efectivo goce de los derechos establecidos en la carta fundamental y en los instrumentos internacionales, en particular lo referente a la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social, el agua para sus habitantes, brindando atención prioritaria a los niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, privados de libertad a quienes adolezcan de enfermedades catastróficas, las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil y quienes hayan sufrido desastres naturales a los que padezcan doble vulnerabilidad; es decir, que el juzgador debe

<sup>21</sup> Esto es, cuando el sospechoso es aprehendido inmediatamente después de la comisión del delito, ejecutada en presencia de dos o más personas y siempre que haya existido una persecución ininterrumpida que no puede ser mayor a veinte cuatro horas, disponiéndose la aprehensión del sospechoso;



tener una visión integral de toda la normativa constitucional y de los tratados o convenios internacionales, precisamente para precautelar la aplicación de estos.

**4.2. Lo procesal.** El proceso penal, es el medio para la realización de la justicia, debiendo sujetarse a las normas establecidas en la parte adjetiva del Código Orgánico Integral Penal, pero cumpliendo en cada uno de los actos judiciales los mandatos constitucionales, ya que como lo señala el Dr. Jorge Zavala Baquerizo: “El proceso penal es una institución jurídica única, idéntica, integra y legal que teniendo por objetivo una infracción, surge de un relación jurídica establecida entre el juez y las partes y entre éstas entre sí, conforme a un procedimiento pre establecido legalmente y con la finalidad de imponer una pena a los agentes de la infracción”<sup>22</sup>; el maestro Zavala al momento de emitir su acertada opinión, manifiesta que el proceso penal se desarrollaba en virtud de la legalidad, es por ello que en dicha definición en dos oportunidades utiliza la palabra legal o legalmente, ya que si hubiera regido en dicha época el garantismo, sin lugar a dudas hubiera dicho que el proceso penal es una institución jurídica, única, idéntica, integra constitucional y legal, porque el desarrollo del proceso penal debe ajustarse a las normas del debido proceso y ellas están garantizadas en la Constitución de la República; aunque en la obra citada el Dr. Zavala Baquerizo, cuando se refiere a que es una “institución jurídica legal, indica claramente, que no puede existir proceso alguno cuya vigencia y fundamento

<sup>22</sup> Zavala Baquerizo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Edino, 2004, pág. 39-41.

no se encuentren regulados en la Constitución Política de la República ni en las leyes de procedimiento”, con lo que se adelantó a la vigencia de la constitucionalización del proceso penal.

Consideramos que uno de los eventos más importantes para la constitucionalización del proceso penal, es la competencia, imparcialidad e independencia interna y externa que debe tener el juzgador para garantizarle a los sujetos procesales la aplicación de las normas del debido proceso, en aras de la búsqueda de la verdad material, a través de la verdad procesal y para ello el juzgador debe analizar con objetividad la prueba que le ha sido presentada por las partes, debiendo guardar el comportamiento adecuado y la respectiva distancia con estos y sus abogados, para igualdad de condiciones emitir la resolución que corresponda, y para ello la doctrina clásica expresada por Hernando Devis Echandía, al referirse a la imparcialidad de los jueces, señala que: “es una de las razones que exigen la independencia del órgano judicial (...). Pero con ella se contempla, además, la ausencia de todo interés en su decisión, distinta del de la recta aplicación de la justicia. Al juez le está vedado conocer y resolver asuntos en que sus intereses personales se hallan en conflicto con su obligación de aplicar rigurosamente el derecho. No se puede ser juez y parte a un mismo tiempo”<sup>23</sup>.

La constitucionalización del proceso penal no debe reducirse, únicamente, a la protección de las garantías básicas

<sup>23</sup> Hernando Devis Echandía, “Teoría General del Proceso”, editorial Universidad, segunda edición, Buenos Aires, 1997, pp. 56.

del debido proceso, que le compete a todos los partícipes del proceso penal, quienes actúan en su rol específico, ya que la Fiscalía General del Estado, le compete el ejercicio público de la acción penal, investigando en un primer momento, ya sea en la fase pre-procesal de investigación previa y la de instrucción fiscal, debiendo actuar con objetividad en la búsqueda de los elementos de convicción de cargo y de descargo; y, posteriormente, acusando en la audiencia de juicio, donde debe presentar las pruebas, para establecer la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado; mientras que el rol de la defensa, sea esta pública o privada es la de patrocinar al acusado, con la finalidad de precautelar la aplicación de sus derechos constitucionales y legales; mientras que el rol del juzgador es precisamente el de garantizar la aplicación de las normas del debido proceso, con la finalidad de otorgar la debida tutela judicial efectiva, en aras de la seguridad jurídica.

Por otra parte, el artículo 78 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 18 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, reconoce la reparación integral como un derecho de las víctimas, a quienes se les debe protección especial, garantizándoles su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, debiendo además protegerlas de cualquier amenaza u otra forma de intimidación. La reparación integral incluirá el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, la garantía de no repetición y la satisfacción del derecho violado.

La Corte Constitucional, citando el artículo 18 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Jurisdiccional indica

que: “En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial”<sup>24</sup>. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

Finalmente la reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial incluirá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia.

<sup>24</sup> Sentencia N° 005-11-SIS-CC en el CASO N.º 0066-10-IS del 24 de mayo de 2011

## 5. Etapas del proceso penal

El Código Orgánico Integral Penal, señala que las etapas del proceso penal son la instrucción, la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y el juicio; es decir que el proceso está compuesto de tres etapas. A diferencia del derogado Código de Procedimiento Penal, la impugnación ya no constituye etapa del proceso, debiendo los jueces precautelar que el proceso penal se desarrolle cumpliendo con toda la normativa constitucional y legal; ya que en virtud de la constitucionalización del proceso penal, todos los sujetos procesales, incluido el juzgador, deben cumplir con las normas del debido proceso, a fin de llegar a la verdad procesal, garantizando la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y respetando los derechos del procesado y de la víctima.

La parte adjetiva del Código Orgánico Integral Penal, no solo señala el procedimiento ordinario que debe seguirse en delitos de acción pública o privada, sino que también contempla procedimientos especiales entre los que se encuentran el abreviado, el directo y el expedito, cada uno de ellos con un trámite propio.

**5.1. Investigación previa.** Antes de la iniciación del proceso penal, con la finalidad de establecer la existencia de un delito cuyo ejercicio es de acción pública y la identificación, con nombres y apellidos de los partícipes del mismo; la Fiscalía General del Estado debe iniciar la fase preprocesal de Indagación Previa, como lo establece el artículo 580 COIP, cuya finalidad es recoger los vestigios, indicios o datos, que constituyen elementos de convicción. Cuando la Fiscalía

haya obtenido los elementos suficientes, acudirá ante el Juez de Garantías Penales, de flagrancia o por sorteo, para solicitar la audiencia de formulación de cargos donde realizará la imputación.

Como ya habíamos señalado, al fiscal le corresponde el ejercicio de la acción penal pública de forma exclusiva y para ello, de oficio o a petición de parte dirigirá la investigación pre procesal y la etapa de Instrucción Fiscal. La investigación previa o fase preprocesal, tiene por objeto fundamentalmente recoger indicios que permitan, luego, establecer la posible existencia del delito e identificar al presunto partícipe de la infracción.

La Indagación Previa tiene un plazo máximo de duración de un año en delitos sancionados con pena privativa de la libertad de hasta cinco años; y de dos años en delitos sancionados con pena privativa de libertad, de más de cinco años; en los casos de desaparición de personas no se podrá concluir la investigación, por cuanto el legislador ha considerado que la gravedad de la infracción amerita la imprescriptibilidad de la indagación.

Esta fase preprocesal tiene es reservada a excepción de quienes intervienen en la misma, como son el denunciante, víctima o sospechoso, o quienes por el derecho a la defensa tienen acceso a todos los elementos que se recopilen para establecer el delito y su partícipe.

Para la apertura de la investigación no es necesario que el fiscal lo haga por escrito, ya que en el momento que acude a la escena del crimen y dispone el levantamiento del cadáver

o que se recojan los vestigios dejados por la infracción, ya ha iniciado la investigación, pero deberá dejar constancia escrita de la práctica de las diligencias que ha ordenado. El desarrollo de la indagación previa es de atribución exclusiva de la Fiscalía, órgano que, dentro del sistema acusatorio, y en coherencia con el mandato constitucional, es el único competente para ejercer la acción penal pública en todas las fases y etapas del proceso penal.

En esta fase, el fiscal, recibirá la *notitia criminis*, ya sea mediante denuncia, parte policial, informes de supervisión, providencias judiciales, o de oficio; tratándose de la denuncia verbal o escrita, dispondrá que mediante acta se la reconozca sin juramento, pero deberá el denunciante jurar expresamente que no se encuentra incurso en ninguna prohibición.

Para recabar los elementos de convicción, que constituyen los datos o vestigios dejados por la infracción, el fiscal deberá disponer la inspección ocular, el reconocimiento del lugar de los hechos, el levantamiento del cadáver, la necropsia o autopsia, recabar el parte de aprehensión, receptar versiones del denunciante, ofendido, sospechoso o de personas que conozcan del hecho. Practicará además exámenes periciales a los vestigios dejados por la infracción como huellas, armas, fluidos corporales como son: sangre, orina, esperma, todo ello con ayuda de peritos y médicos legistas que se encuentren acreditados. Dispondrá levantar del sitio dichos vestigios e iniciará la cadena de custodia, estos elementos deberán ser previamente rotulados y etiquetados, con la finalidad de garantizar que sean los mismos que luego serán examinados y llevados a la audiencia de juicio; y se podrá además solicitar al Juez de

Garantías Penales la detención del sospechoso, el allanamiento de locales para recabar o incautar armas o instrumentos del presunto delito, la identificación del sospechoso, la intercepción de llamadas, grabaciones o filmaciones, pudiendo el fiscal utilizar todos los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos que le resulten útiles e indispensables para sustentar su investigación, pero para ello deberá cumplir con todas las exigencias constitucionales y legales, obteniendo además la autorización del juez para la procedencia y eficacia de dichos actos, asegurando la integridad y autenticidad de los mismos, ya que de no hacerlo carecerán de eficacia y no le servirán para sustentar su investigación o acusación. En cada experticia se deberá contar con el sospechoso, para garantizar su derecho a la defensa.

Cuando el agraviado o declarante no conozca el nombre y apellido de la persona inculpada, pero esté seguro de reconocerlo en caso de volverlo a ver, se procederá con la identificación del sospechoso. Dicho reconocimiento deberá dirigirlo el fiscal, y para ello colocará a 10 personas junto al sospechoso análogamente vestidos, para que el agraviado proceda a identificarlo; en dicha diligencia deberá estar presente el abogado del sospechoso.

Para la extracción de fluidos corporales, el fiscal deberá contar con la anuencia o aceptación de la persona a quien se le deba obtener sangre, orina, esperma o aliento, ya que de no contar con dicha anuencia, este elemento no tendrá validez; y, en caso de negativa, el fiscal deberá acudir ante el Juez de Garantías Penales, para que extienda la orden respectiva. De igual manera, para allanamientos, filmaciones o grabaciones,



éstas deberán estar autorizadas por el Juez de Garantías Penales, pero no será necesario dicha autorización cuando la filmación o grabación de audio o video sean obtenidas por cámaras de seguridad o en lugares públicos, como las que se obtienen en los centros comerciales, cajeros o bancos, en la vía pública por los llamados ojos de águila; igualmente para el allanamiento, no es necesaria la autorización judicial, cuando se trate de un delito flagrante.

De manera excepcional y bajo la dirección de la unidad especializada, el fiscal puede autorizar operaciones encubiertas, pero la operación y el agente deberán cumplir ciertos procedimientos, reglas y plazos; también la unidad podrá realizar entregas vigiladas o controladas, con el propósito de identificar e individualizar a las personas que participan en actividades ilícitas, conocer sus planes evitar el uso ilícito o prevenir y comprobar el delito, pero siempre bajo vigilancia y control de la autoridad competente.

Para efectos de la investigación el fiscal podrá delegar alguna de sus atribuciones a los miembros del sistema especializado integral de investigación, debiendo éstos últimos limitarse a cumplir todos los actos solicitados por el fiscal, como son el reconocimiento del lugar de los hechos, recepción de versiones, a excepción de la del sospechoso, puesto que esta diligencia debe practicarla personalmente el fiscal, precisamente para que pueda conocer pormenores de la investigación y fundamentalmente para garantizar el derecho a la defensa del sospechoso, de conformidad con el artículo 77 de la Constitución de la República.

En la investigación previa, solo se puede ordenar como medida cautelar personal la detención con fines investigativos y por un plazo de 24 horas, la misma que tiene que ser solicitada por el fiscal al Juez de Garantías Penales de turno, cuando de la investigación aparezcan que el sospechoso presuntamente ha participado en el delito; la detención la ordenará por escrito el juez, incluyendo en la boleta de detención, los motivos que la originaron, el lugar y fecha en la que se expide y la firma del Juez de Garantías Penales, la que será entregada a la Policía Judicial, pero una vez que se haya producido la detención, dentro de las 24 horas el aprehendido, deberá ser llevado ante el juez quien en audiencia pública oral y contradictoria, de establecerse que el detenido no ha intervenido en el delito que se investiga, inmediatamente será puesto en libertad, de lo contrario y cuando el fiscal, en la audiencia antes referida, establece que si hay mérito para procesarlo, iniciará la correspondiente formulará cargos y se dará inicio a la Instrucción Fiscal, que es el inicio del proceso penal.

A pesar de haber transcurrido el plazo de la investigación y siempre que el delito no haya prescrito, el fiscal podrá seguir indagando. Pero, podrá desestimar la indagación previa, y para ello, fundamentalmente deberá expresar por escrito, que el acto no constituye delito o existe un obstáculo legal insubsanable para el ejercicio de la acción penal, que le imposibilita iniciar la instrucción fiscal, remitiendo el expediente de investigación previa, por sorteo, al Juez de Garantías Penales, para que ordene el archivo.

No constituye delito, cuando el tenor literal de la noticia del delito o cuando investigado el caso, no reúne los requisitos del

tipo penal analizado, tanto en sus elementos objetivos, subjetivos, normativos, constitutivos entre otros, o cuando el hecho no se encuentre en el catálogo de delitos; pero se entiende por obstáculo legal insubsanable, todo aquello que no permita iniciar la instrucción fiscal, como la prescripción del ejercicio de la acción, los requisitos de procedibilidad, procedimiento, competencia, prejudicialidad, extinción de la acción.

En el evento de que el Juez de Garantías Penales no acepte la desestimación que solicitó el fiscal, el juez enviará el caso en consulta al Fiscal Provincial, para que éste ratifique o revoque el pronunciamiento del inferior. En el caso de ratificarse la desestimación, el juez, sin más consideraciones ordena el archivo del expediente, calificando la denuncia como maliciosa o temeraria de haber méritos, sobre esta resolución no habrá ninguna impugnación; y en caso de revocarse la desestimación, se dispondrá que otro agente fiscal continúe la investigación previa o prosiga con el trámite.

En el evento de que el Juez de Garantías Penales declare el archivo definitivo, o la extinción de la acción penal o hubiere prescrito la acción, no se podrá reabrir la investigación, ni atender ningún pedido de reapertura de la Investigación Previa.

Según la Constitución de 2008, el fiscal para lograr una eficiente utilización de los recursos disponibles, puede aplicar el principio de oportunidad, con lo que se le faculta para que pueda abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, cuando el hecho constitutivo de presunto delito, no comprometa gravemente el interés público, no

implique vulneración a los intereses del Estado y la infracción sea sancionada con una pena máxima de hasta cinco años de privación de libertad. El principio de oportunidad, también podrá aplicarse cuando el infractor sufiere un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal, o cuando se trata de un delito culposo, cuando los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad.

El trámite para el principio de oportunidad es en audiencia oral pública y de contradictorio ante el Juez de Garantías Penales, quien resolverá extinguiendo la acción penal; sin embargo esta decisión no tendrá efectos civiles sobre el reconocimiento de los daños y perjuicios.

**5.2. Instrucción fiscal.** Existen varias formas para iniciar el proceso penal, el primero, cuando recién el sospechoso es aprehendido en flagrancia o en virtud de la orden de detención librada por el juez, y la segunda cuando producto de la investigación fiscal solicita formular cargos. En el primer caso, el aprehendido será llevado ante el Juez de Turno, quien calificará la flagrancia, se debe garantizar al sospechoso el respeto de sus derechos constitucionales, debe ser informado de la identidad del aprehensor y de las razones de su aprehensión, debe el fiscal iniciar de inmediato la investigación previa y llevar al aprehendido ante el Juez de Turno para la realización de la audiencia respectiva, en la que la Fiscalía General del Estado, como titular de la acción penal, decide, si inicia o no la acción penal, esto en audiencia oral, pública y contradictoria que tendrá el nombre de AUDIENCIA DE FLAGRANCIA, (para los aprehendidos en flagrancia) o AUDIENCIA DE

FORMULACIÓN DE CARGOS, cuando el fiscal con o sin aprehendido, luego de que ha establecido la existencia de un delito, cuyo tipo penal lo indica en la audiencia y ha identificado al presunto partícipe, decide procesarlo.

Para el desarrollo de la audiencia, primero el juez se identifica con sus nombres y apellidos y le expresará al aprehendido la razón de la detención en delito flagrante; luego el juez concede la palabra al fiscal de turno, para que exponga el caso, quien tiene dos alternativas: En la primera, en los casos que el fiscal no tenga los elementos de la existencia del delito, ni sobre la presunta participación del aprehendido, indicará que continuará con la investigación previa, en cuyo caso, el juez sin más trámite ordenará la libertad del aprehendido. La segunda alternativa, es cuando tiene elementos de la existencia del delito y de la presunta participación del sospechoso y decide formular cargos, para lo cual describirá en forma detallada el lugar, día y hora del cometimiento de la infracción, indicando los elementos que posee para realizar la imputación, señalando expresamente el tipo penal y a nombre de la Fiscalía General del Estado inicia la Instrucción fiscal, imputándole presuntamente el hecho delictivo y solicitará al juez que notifique al procesado en la misma audiencia y si considera que se encuentran reunidos los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares y de protección.

El Fiscal señalará el plazo que durará la instrucción fiscal, ya que tratándose de un delito flagrante, ésta solo será de 30 días, que se contarán como plazo, todos los días, desde la fecha de la celebración de la audiencia, o por el plazo de 90 días en

audiencia de formulación de cargo y concluirá la exposición del fiscal, pudiendo presentar ante el juez al denunciante y al policía que aprehendió y exhibirá las evidencias, en cuyo caso el juez, hará conocer al procesado que la Fiscalía ha iniciado la acción penal en su contra, señalándole el tipo delictivo y dispondrá que continúe la audiencia y procederá a escuchar al procesado a través de su defensa técnica.

Con respecto a la prisión preventiva, el fiscal la solicitará cuando el delito sea sancionado con pena de más de un año de privación de libertad, y que es necesaria la medida para garantizar su presencia en el juicio, y que ninguna otra medida cautelar alternativa es suficiente para dicho propósito.

El abogado del procesado, no puede oponerse al inicio de la instrucción, ni al tipo penal por el que se inicia el procesamiento, ya que esta potestad la tiene únicamente el fiscal; la intervención del procesado a través de su defensa técnica se limitará a establecer si existió o no flagrancia y sobre los presupuestos de la prisión preventiva, solicitando al juez que no acepte dicho pedido fiscal y ordene la libertad del procesado y le imponga una medida cautelar distinta a la prisión preventiva.

Luego de la intervención del defensor, el mismo procesado, puede hacer uso de la palabra, luego de lo cual, el Juez de Garantías Penales, en forma oral, realizará una exposición motivada, respecto del pedido del fiscal y aceptará o negará la solicitud de la prisión preventiva, si no la acepta, ordenará la libertad del procesado.

Cuando se trate de audiencias de formulación de cargos, el juez dirigirá la audiencia, en las mismas circunstancias de la audiencia de flagrancia que en síntesis primero escuchará la intervención fiscal para el ejercicio de la acción penal, señalando el tipo penal, tiempo de instrucción y el pedido de prisión preventiva. En segundo lugar, el juez debe conceder la palabra al procesado, quien a través de su defensa, debe contradecir lo expuesto por la Fiscalía en cuanto al pedido de prisión preventiva o de cualquier otra medida cautelar personal; luego de lo cual, de estar presente el procesado podrá concederle el derecho a expresarse en la audiencia como a bien tuviere.

El proceso penal, en delitos de acción pública, se convierte en una serie de continuos y concatenados actos que se desarrollan en cada una de las etapas, ya que aplicando el principio de preclusión, agotada o concluida una etapa, se deberá continuar con la siguiente y no podrá regresarse a la anterior, salvo que el Juez de Garantías Penales, en la etapa de evaluación, declare la nulidad procesal y disponga que retorne el proceso al inicio o a cierta parte de la primera etapa de instrucción fiscal.

Como la instrucción fiscal también se encuentra a cargo de la Fiscalía, el juez debe cuidar que no supere el tiempo previsto en la audiencia y debe además vigilar el desarrollo de la etapa con observancia del debido proceso y convocar audiencia pública, oral y contradictoria, a solicitud de parte, para revocar, cambiar o suspender los efectos de la prisión preventiva, debiendo atender como en la investigación previa, los pedidos de la Fiscalía en las que requiera la autorización

del juez para la realización o la obtención de los elementos de convicción.

Concluido el plazo de la instrucción, el fiscal solicitará al juez de la causa que declare concluida la primera etapa del proceso penal y señale día y hora para la realización de la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio. En el caso que el fiscal no solicite la convocatoria audiencia, el juez debe declarar concluida la instrucción fiscal.

**5.3. Etapa evaluación y preparatoria de juicio.** Esta etapa se realiza en una sola audiencia, ante el mismo juez que conoció la instrucción fiscal, quien debe conducirla basado en las normas generales determinadas para las audiencias, garantizando los derechos de las partes, sujetándose a los principios del debido proceso y del sistema acusatorio oral. En esta audiencia se establecerá la existencia o no de causas de nulidad, procedibilidad o cuestiones previas que pudieren incidir en la decisión de la causa y es donde la Fiscalía emite el dictamen, haciendo conocer al juez en forma objetiva, los elementos de cargo y descargo que ha recopilado en la instrucción.

En primer lugar interviene el procesado, quien debe hacer conocer al juez de la existencia o no de vicios formales respecto de lo actuado por el fiscal hasta ese momento procesal; también debe referirse sobre la existencia de requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, o competencia que puedan invalidar la causa. Luego interviene el fiscal, quien puede rebatir la existencia o no de aquellos vicios, finalmente el juez decidirá, en esta primera parte de la audiencia,



emitiendo su pronunciamiento debidamente fundamentado y motivado.

Las cuestiones de prejudicialidad, nacen al momento en que surge una acción en otra vía o ámbito de competencia distinta a la penal, que impide continuar con la acción penal en tanto la otra no exista sentencia ejecutoriada.

Las cuestiones de procedimiento, versan sobre el respeto que debe darse en toda causa al procedimiento previamente establecido, garantizar su desarrollo, dentro del marco de las garantías procedimentales. No todos los vicios de procedimiento al ser invocados pueden ser atendidos, solo serán causas de nulidad aquellos que hayan influido en la decisión de la causa.

Las cuestiones previas de procedimiento son por ejemplo el no haberse garantizado al procesado el derecho a la defensa; que pudo darse por no haberse permitido el acceso del acusado al expediente, o que no se le haga conocer del enjuiciamiento con el inicio de la Instrucción Fiscal; que no se haya tomado la versión al procesado; que se hubiere presentado dictamen fiscal de acusación sin que se hubiere dictado Instrucción Fiscal; que no se hubiere notificado a los sujetos de la relación procesal con alguna de las diligencias dentro del procedimiento, para que pueda contradecirla; que no haya existido sorteo, no obstante ser obligatorio, cuando existen varios jueces penales; que existan causales de excusa o recusación y no se las hubiere considerado; que se haya producido diligencias fuera del plazo de instrucción.

El juez, luego de escuchar a los sujetos procesales sobre la existencia de requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia o cuestiones de procedimiento, se debe pronunciar sobre ellas. Si bien muchos jueces dejan este análisis para la parte final de la audiencia, pero en nuestra opinión jurídica procesal, es que el juez debe hacerlo en esta primera parte, porque de existir tales vicios formales, debe así declararlo, porque de lo contrario de nada sirve que el fiscal emita el dictamen, si existe alguna nulidad, por lo que el juez debe declararla, en esta parte, de manera fundamentada.

En el evento de que no existan vicios en el procedimiento, continuará la audiencia y concederá la palabra al fiscal, quien debe emitir el dictamen, haciendo conocer en forma objetiva todos los elementos de convicción de cargo y de descargo que haya recogido en la instrucción, pudiendo ser: acusatorio, cuando exista justificada la materialidad de la infracción y la presunta participación del procesado; o de abstención, cuando no existan alguno de los elementos antes referidos, sea la materialidad o la participación; o mixto, cuando existiendo dos o más procesados, aparecen los dos elementos para uno acusándolo y absteniéndose para otro.

Cuando el dictamen fiscal fuere acusatorio, debe contener los elementos de convicción que son: material, testimonial y documental. El material comprende todo lo referente para justificar la existencia del delito y consiste en los vestigios o en los instrumentos con los que se cometió la infracción, los que deben ser recogidos por orden del fiscal y trasladados y conservados, en respeto de la cadena de custodia. Las versiones corresponden a los elementos testimoniales, que se

receptan en la investigación previa y en la instrucción fiscal, que son sin juramento.

Luego de emitido el dictamen, el juez debe conceder la palabra al procesado, quien se referirá al dictamen. Posteriormente de existir dictamen acusatorio, en la misma audiencia, el juez debe emitir su pronunciamiento oral debidamente motivado. Llamará a juicio, cuando este justificada la materialidad de la infracción y establecida la presunta participación del procesado, indicando el tipo penal, que debe guardar congruencia, con los hechos y lo señalado por el fiscal.

Cuando el dictamen es de abstención, se produce la máxima jurídico penal, que dice: “si no hay acusación, no hay juicio”, es decir, el juez no puede disponer que el proceso pase a la siguiente etapa, ordenando su archivo pudiendo el juez no estar de acuerdo con dicho pronunciamiento, determinando en delitos sancionados con pena de más de 15 años o si hay acusación particular, el juez, en forma obligatoria y motivada dispondrá la consulta al Fiscal Provincial.

El Fiscal Provincial, deberá emitir su opinión ratificando o revocando el pronunciamiento del agente fiscal; en el primer caso al ratificarlo el juez dispondrá el sobreseimiento; en el caso de que revoque el pronunciamiento del agente fiscal, el Juez de Garantías deberá sustanciar y continuar la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio para que un nuevo fiscal emita el dictamen de acusación.

Agotada la contradicción y la discusión sobre la exclusión de las evidencias que consideren fueron obtenidas en forma

ilícita, el juez deberá emitir la resolución, con el auto de llamamiento a juicio o con el sobreseimiento.

**5.4. El juicio.** Encontrándose firme o ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio dictado por el juez de garantías penales, estando en prisión el procesado, con caución o por delitos en los que se pueda juzgar en ausencia, se inicia la tercera etapa del proceso que es la de Juicio. La sustanciación corresponde al tribunal de garantías penales, quienes celebran la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que los sujetos procesales deben presentar y practicar la prueba; considerándose a esta etapa como la más importante del proceso, que concluye con la sentencia, que puede ser condenatoria o de ratificación de inocencia del procesado.

Antes de iniciar la audiencia, el juez ponente del tribunal, debe constatar la asistencia de los sujetos procesales, esto es, del fiscal que va a sustentar la acusación; la del acusador particular, ya que si no asiste se declarará en abandono; y la de los sujetos procesales, con su defensa técnica ya sea particular o pública, porque de no asistir el procesado, con excepción de los delitos que se juzgan en ausencia, no se podrá realizar el juicio.

El juez ponente también debe constatar la asistencia de todos los testigos solicitados por los sujetos procesales, ya que de faltar alguno de ellos, tampoco se podrá instalar. De encontrarse presentes todos los sujetos procesales, serán ubicados el fiscal y la acusación particular a la derecha del Tribunal, mientras que los procesados a la izquierda de éste y como la audiencia por lo general es pública, se permitirá la presencia

de público pero se prohibirá la filmación o grabación del desarrollo de la audiencia, debiendo guardar la debida compostura, de lo cual cuidará el juez ponente.<sup>25</sup>

La audiencia de juzgamiento, es una sola, pero para efectos académicos, en el presente ensayo la dividiremos en tres partes, ya que la primera, llamada por la doctrina la presentación de “la teoría del caso”, es la exposición de los hechos desde la visión jurídica de la acusación o lo contrario desde el argumento del procesado interviniendo el fiscal, luego el acusador particular y concluirá la defensa del acusado. La segunda parte es la denominada presentación de “la prueba”, que puede ser testimonial, material y documental; estas dos últimas se introducirán al juicio a través del testimonio que rinde el perito; desarrollándosela a través del examen o preguntas que realiza quien presenta el testigo y el contra examen realizado por los demás sujetos procesales. La tercera se denomina “alegato final o de cierre”, que es el momento culminante de la audiencia, donde se explica al tribunal la prueba con la que han justificado su teoría, a fin de solicitar la condena o que se reconozca el estado de inocencia, según quien exponga.

Esta audiencia, desde mi punto de vista, es la más importante del procesopenal. Estambién, llamada audiencia de juzgamiento, porque en ella se presenta y contradice la prueba, que según el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal, tiene como finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad

<sup>25</sup> Existente audiencias reservadas que son aquellas en las cuales se juzgará delitos de naturaleza sexual y que afecten al interés del Estado.

del procesado; dejando constancia que el estándar del actual sistema penal, ya no es de certeza, cómo lo señalaba el Código de Procedimiento Penal, sino del convencimiento que el aporte probatorio brinde al juzgador para su decisión.

En el juicio oral se enfrentan las partes con igualdad de herramientas, para introducir pruebas, contradecirlas y presentar sus argumentos. El tribunal debe preservar el respeto a las normas del debido proceso, además deben concurrir sin conocer el proceso, a fin de que la resolución sea lo percibido por ellos y entregado por los sujetos procesales en ese momento procesal.

El rol del juez es vital para el desarrollo de la audiencia, participar en ella únicamente conduciendo la forma de presentación de los hechos, la prueba con el examen y contraexamen, concluyendo con el desarrollo del debate; porque los jueces no somos generadores de ninguna actuación procesal ni de prueba alguna, ya que ello queda limitado a las partes.

Luego de concluido el debate y la réplica, el presidente del tribunal, debe disponer un receso para la deliberación en privado, recomendando hacerlo en la misma sala de audiencias, obligando que los sujetos procesales y el público, esperen en la parte exterior del salón hasta que se produzca la reinstalación para exponer en forma oral y pública la resolución, que debe ser motivada y en la misma audiencia, ya que no es recomendable, suspenderla para dictar el fallo en nueva fecha.

La resolución oral se la hará conocer a los sujetos procesales y al público, por parte del juez ponente del tribunal, mediante

la exposición de lo ocurrido en la audiencia de juzgamiento, con el análisis de la prueba respectiva, es decir, concluyendo con la frase sacramental de “Administrando justicia...” y anunciando si es de condena o reconociendo el estado de inocencia del procesado, con indicación del monto de la pena y de la reparación integral. Al término de la exposición, se hará conocer a los asistentes, que la sentencia escrita se notificará a las partes en tres días.

**5.5. La impugnación.** Luego de la notificación de la sentencia escrita y antes de su ejecutoria, se puede interponer el recurso de apelación, en cuyo caso el proceso pasa a una de las salas penales de la Corte Provincial de Justicia; sin perjuicio de que en el transcurso del proceso se interponga el recurso de apelación a la resolución en la que el juez ordene o niegue la imposición de medidas cautelares, del monto de la caución, del auto de sobreseimiento, de los autos en los que se declara la nulidad, prescripción o de inhibición por causa por incompetencia del juez.

En la Corte Provincial de Justicia, también se desarrolla una audiencia oral, pública y de contradictorio, con la asistencia de los sujetos procesales y del defensor del recurrente, ya que en caso de no concurrir, se declarará abandonado el recurso. En el evento de que se instale la audiencia, la dirección de la misma estará a cargo del juez ponente, en los términos que se han descrito en párrafos anteriores.

De la sentencia de segundo nivel, se puede interponer Recurso de Casación, cuando en la sentencia se establezca que existen violaciones de la ley o error de derecho debiendo en

el escrito de interposición del recurso, señalar explícitamente cual es la causal en la que sustenta la casación. Es importante destacar, que en casación, no se puede analizar la prueba y que existe casación de oficio, cuando la fundamentación fuere errada o equivocada.

Una vez ejecutoriada la sentencia, en cualquier tiempo, el sentenciado puede interponer recurso de revisión, según las causales establecidas en el Código Orgánico Integral Penal, cuando considere que la sentencia dictada en contra del sentenciado adolece de errores de hecho; y, el recurso se plantea ante el tribunal de garantías penales que emitió la sentencia de primer nivel, y se lo tramita ante uno de los tribunales de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia; la audiencia, debe seguir los mismos lineamientos de todas las audiencias, concediéndose la palabra al recurrente, quien debe presentar prueba nueva respecto de los hechos, con la finalidad de destruir la cosa juzgada.

El desarrollo de la audiencia de revisión, seguirá las mismas características de la audiencia de juzgamiento, en cuanto a la forma de presentar y contradecir la prueba, con alegato y contradicción por parte del fiscal y del acusador particular en el caso de que hubiere.

La conducción de la audiencia la realizará el juez ponente en el tribunal de la sala penal de la Corte Nacional que tocó por sorteo, y agotada la fundamentación, presentación y contradicción de la prueba, como el debate, en todas sus formas con réplica y dúplica, el tribunal en la misma audiencia debe anunciar la decisión, en forma oral y pública, ya sea



desechando el recurso o aceptándolo por alguna de las causas establecidas en el adjetivo penal y de encontrar que existe error judicial, deberá declarar la inocencia del sentenciado, debiendo emitir la sentencia debidamente fundamentada y por escrito luego de tres días.

Las etapas procesales referidas en síntesis, se desarrollan únicamente, para conocer la existencia de delitos de acción pública; ya que el procedimiento para los delitos de acción privada es distinto, no es ante el Fiscal, sino ante el Juez de Garantías Penales, donde la Fiscalía no interviene, ya que es el Juez de Garantías Penales quien lo tramita y sentencia, iniciándose mediante querrela o acusación privada, que debe presentar el ofendido por alguno de los delitos señalados para los delitos de acción privada como la calumnia, usurpación, estupro y las lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días. Con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

Aceptada a trámite por el Juez de garantías penales, previo reconocimiento del querellante, luego se cita al querellado quien deberá contestar y luego de ello el Juez concederá seis días para que las partes presenten las pruebas documentales, solicite los peritajes y anunciará los testigos que deben comparecer a la audiencia de conciliación y juzgamiento, que también debe conducirla el Juez, debiendo dictar sentencia; de la cual se podrá impugnar mediante los recursos que para el efecto señala el adjetivo penal.

## 6. Conclusión

De lo expuesto podemos establecer que, el Código Orgánico Integral Penal ha desarrollado los preceptos constitucionales relacionados con el debido proceso, la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, la prohibición de re victimización, entre otros. En ese contexto se ha podido determinar que el sistema penal acusatorio oral, permite garantizar de forma más efectiva estos derechos, establecidos tanto en la Constitución de la República como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Sin embargo la aplicación de la Constitución y del sistema acusatorio oral, requiere la adopción de modernas técnicas de litigación a las que no está acostumbrado el operador jurídico ecuatoriano, y que transforman el papel de defensor, acusador y el juzgador, con el fin de que los planteamientos teóricos incorporados en la Constitución y en el COIP, se pongan realmente en práctica en todas las etapas del proceso penal.

Esta nueva noción del Estado garantista, como lo hemos señalado en el desarrollo del presente ensayo, surge y se asienta en los derechos fundamentales y naturales del ser humano, siendo el control constitucional el que permitirá la objetividad plena del Estado constitucional de derechos y justicia, así como, la efectiva vigencia del principio de la supremacía constitucional y los contenidos básicos de la Carta Internacional de Derechos Humanos.

## 7. Bibliografía

- Albán Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Tomo I, Parte General, Código Orgánico Integral Penal, Primera Edición, Ediciones Legales. 2015.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Los Derechos y sus garantías, ensayos críticos*. Editado por la Corte Constitucional del Ecuador. 2012.
- Bustamante Fuentes, Colón. *Nuevo Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Editorial Jurídica del Ecuador. 2012.
- Carrión, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Editorial Hammurabi – Argentina. 2007
- Favoreau, Louis. *Legalidad y constitucionalidad*. La constitucionalización del derecho. Traducido por Magdalena Correa Henao. Editado por la Universidad Externado de Colombia. 2000.
- García Falconí, Ramiro, *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Tomo I, Ara Editores. Perú. 2014
- Marmol Palacios, Enrique. *Filosofía del Derecho, Derechos Humanos, Argumentación Jurídica y Neoconstitucionalismo*, Edilex, 2011.
- Montaña Pinto, Juan. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Editado por la Corte Constitucional del Ecuador. 2011.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2002.

- Revista Alter Justitia. *Estudios sobre Teoría y Justicia Constitucional*. Editado por la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil. Maestría en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. Ecuador. 2011.
- Suárez Sánchez, Alberto, *El Debido Proceso Penal*, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Vergara Acosta, Bolívar, *El Sistema Procesal Penal, Código Orgánico Integral Penal*, Editores Murillo, Volumen I, 2015.
- Zavala Baquerizo Jorge. *El Debido Proceso Penal*. Editorial Edino. Ecuador. 2002.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Editado por la Corporación de Estudios y Publicaciones. Ecuador. 2005.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*. Tomos I, II, y III, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. Ecuador. 2014.

# Una nueva visión de la casación penal desde la Teoría de la Impugnación<sup>1</sup>

## La casación penal y el principio del doble conforme

***José Cordero Acosta***

*Ex Presidente del Congreso Nacional*

*Profesor Emérito de la Universidad del Azuay*

### **Sumario:**

**1.** Introducción; **2.** La impugnación; **3.** La Casación como el recurso de los recursos o suma revaloración del objeto; **4.** Análisis de las cuestiones de hecho; **5.** El fallo y la impugnación; **6.** Conclusión; **7.** Bibliografía

<sup>1</sup> Tomado, adaptado y editado del trabajo de tesis de la Especialización y Maestría en Derecho Penal por la Universidad del Azuay, titulado *La casación penal y el principio de doble conforme*.



## 1. Introducción

¿Qué hacen los jueces y los tribunales? Parece ser la pregunta escondida que se formula a lo que llamamos administración de justicia, no sin antes haberse respondido tras cruentas controversias, que caracterizan la historia de la humanidad, que el fin o la razón de la ley es la justicia. Justicia sin leyes o leyes basadas en la simple voluntad del poder son como fantasmas que deambulan en una irracional pesadilla de los seres humanos, peor, aun, cuando estos engendros toman cuerpo o adquieren vida en una aplicación incierta o impredecible de las normas al caso que se juzga.

Precisamente, para conjurar estos demonios, desde la más remota antigüedad, la civilización ha creado mecanismos de solución a los conflictos interhumanos, realizando el derecho proclamado en las leyes, mediante el fallo de jueces y tribunales. En esto consiste, más que administrar, hacer justicia, ofrecer una reinterpretación de los textos de Ulpiano para comprender de lo que estamos hablando, cuando nos referimos al valor justicia; pues, ya no se podría postular que justicia es dar a cada uno lo que es suyo; ante lo que se ha respondido con el irónico escepticismo de Hans Kelsen, exigiéndose que, previamente, se aclare ¿qué es lo suyo? lo cual, al no poderse responder en abstracto, obliga a cambiar la significación de justicia para concebirla, más bien, como una actitud o un mandato, que se cumple mediante una búsqueda persistente y permanente de dar a cada uno lo que es suyo. Es preciso, entonces, frente a las propuestas kelsenianas que, todavía, parecen estar entronizadas en el fenómeno jurídico, aclarar que es necesario lavar las materias en conflicto, es decir, las

pretensiones de los miembros del cuerpo social, en las aguas del proceso; en ellas, luego de sedimentarse las escorias, saldrá a flote la verdadera sustancia o, al menos, la certeza de lo que corresponde a cada uno. Se revelará lo que “es suyo” y se precipitarán, al fondo, las gravas de las pretensiones infundadas. Estamos hablando, entonces, de todo lo que puede ser llevado a juicio, sometido a capítulo, hechos, pruebas, valoraciones, motivación y resoluciones y, ulteriormente, todo lo que sea materia de impugnación, tema que aborda el presente trabajo y que, en parte, ya fue desarrollado en mi anterior ensayo titulado “Casación y cuestiones de hecho”.

En este trabajo trataremos sobre el cometido o razón de la impugnación, demostrar cómo se frustraría la búsqueda de la justicia si nos contentamos con solo arribar al primer fallo, concediendo, a los jueces de mérito, un poder u omnipotencia que no la tienen, la de decir la verdadera y última palabra para la cosa juzgada, sobre todo, en un tema tan fundamental, como el denominado de los hechos; pues, parece que, muy recientemente, los cultores de las ciencias jurídicas han descubierto que lo más importante para la verdadera realización del derecho, son, más bien, las cuestiones fácticas; pues, son los hechos los que determinan la creación y permanente actualización de todo el espectro jurídico normativo,<sup>2</sup> que se puede afirmar que las normas son hijas de los hechos, aunque, muy a pesar de ello, el tema de la demostración de lo fáctico sea el que con más superficialidad se trata en el proceso

<sup>2</sup> Así, sino se mataría al prójimo, sustrajere sus bienes o forzaría a una persona a tener relaciones sexuales no tendrían por qué existir los tipos penales de homicidio, hurto o violación.



penal, así, mientras los filósofos de la ciencia se han ocupado exhaustivamente de la posibilidad de conocer el mundo y de los métodos, para ello, los filósofos del derecho y los juristas, en general, se han preocupado más por los problemas de interpretación de las normas que por los problemas de prueba.<sup>3</sup> Se trata de comprender que ni siquiera las denominadas ciencias duras, aquellas que tienen pretensiones de formular juicios objetivos, o de realidad, están libres de acusaciones de relatividad,<sup>4</sup> por eso, en las ciencias normativas o del deber ser, se debe proceder con redoblada cautela, siendo, aun, más imperativo el atenerse a ciertas “reglas”<sup>5</sup> que garantizan la indispensable comprobación de los hechos. Ventajosamente, todas estas exigencias de exhaustividad, hoy en día, se han plasmado en normas de rango supranacional, a las cuales deben adecuarse los ordenamientos jurídicos de los países signatarios de dos sendos tratados internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, según el cual en su art. 14, 5, se reconoce el derecho del condenado a un juicio revisorio en los términos siguientes: “Toda 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

<sup>3</sup> González Lagier, Daniel, *Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial*, p. 69.

<sup>4</sup> Aunque, muchas veces, se confunde relatividad con complejidad, aquello de refugiarse en la relatividad, cuando no se comprenden los seres o las cosas, revela una pereza intelectual y, a medida que profundizamos en el conocimiento, más que de relatividad, hablamos de lo complejo e interdependiente.

<sup>5</sup> Tales reglas, llamadas de sana crítica, constituyen, también, un repertorio normativo que imposibilita, como se demostrará, a lo largo de este trabajo, trazar la frontera entre cuestiones de hecho y de derecho.

<sup>6</sup> Transcrito de Cachón Villar, Pablo, *La doble instancia penal y el recurso de casación*, p. 13.

ley”,<sup>6</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, según la cual, en su artículo 8, Garantías Judiciales “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

## 2. La impugnación

Impugnar es tanto como pedir que se enjuicie lo enjuiciado<sup>7</sup> y ello no significa un simple y vacío juego de palabras. Precisamente, uno de los defectos de la máxima institución al servicio de la justicia denominada el proceso<sup>8</sup>, (pues se trata de su búsqueda)<sup>9</sup> es verse afectada de un mal endémico consistente en el ritualismo procedimental que trastoca los verdaderos contenidos de investigación, probanzas, valoraciones, motivación y fallo en fórmulas vacías, que se reducen a un simple ceremonial formal. Se podría afirmar que no hay operaciones y personas que inspiren más desconfianza que los juicios y los jueces,<sup>10</sup> incluso, muchos manuales y tratados

<sup>7</sup> Y pongo como objeto lo enjuiciado, que no se parta de cero o comienzo de un nuevo juicio, sino algo así como que el juicio se procese a sí mismo.

<sup>8</sup> Recordemos el cuento de Kafka ante la ley.

<sup>9</sup> La justicia es tina meta o supremo objetivo que, aunque no alcanzado, debe inspirar y moldear nuestras acciones.

<sup>10</sup> Calvo Rojas, Eduardo, *Menos tribunales, mejores jueces*, p. I Sirva de muestra el testimonio del juez Gesta Von Ophane, del Tribunal de Filadelfia, que admitió haber decidido al azar 4.000 casos y se jactaba, además, de que el resultado no debió ser demasiado malo teniendo en cuenta que 2.300 de aquellas decisiones fueron luego confirmadas por tribunales superiores.

A excepción, claro está, de ciertos verdaderos juristas, catedráticos universitarios y, a la vez, jueces, precisamente, a ellos se deben los llamados anticipos jurisprudenciales (Cf. Cafferata Nores, José I. Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional, p. 179).

sobre la materia procesal están plagados de meras descripciones de actividades procedimentales, que no profundizan los verdaderos contenidos temáticos, sin poder revelarnos que se trata de un complejo sistema interactivo de reglas operantes para la verificación fáctica y la ponderación jurídica de las conductas humanas.<sup>11</sup> Así, a las dificultades naturales que conlleva la búsqueda de todo conocimiento a base de la reconstrucción histórica de acaecimientos pasados, se suma, aun mas, los instrumentos y metodologías obsoletas aplicadas en la investigación de los hechos, las actuaciones probatorias, las valoraciones para la demostración de la material manifestación, como la de los otros elementos, de los tipos y demás caracteres del delito;<sup>12</sup> pues, en todo ello, no se usan, precisamente, tecnologías de punta, al menos, en nuestros medios tercermundistas, donde la criminalística científica, aplicada a reunir las piezas de convicción, solo se ve en las películas. Tal desprecio o quizá inocente prescindencia de actividad auténticamente probatoria, en especial, la referida a los hechos, bien, justifica la impugnación, como una necesidad o, más bien, un derecho a buscar la verdad, que se satisface, si por lo menos arribamos a razonables certezas.

Toda ciencia es una cacería de certezas, quizá, empezando por la comprobación de sus propios objetos, tema que se

<sup>11</sup> Para explicar mejor lo que afirmo, recurriré una vez más a la metáfora de la computadora, pues se trata de un especialísimo procesamiento de datos.

<sup>12</sup> Es verdad que estamos operando en terreno movedizo, pues, si bien, puede ser aparentemente fácil la comprobación de la muerte, las heridas, el coito agresivo de una violación, ya no lo es definitivamente la constatación del dolo, de elementos subjetivos del tipo y de los requisitos de la culpabilidad, pues, en tales casos, nos topamos tanto con hechos psíquicos, como con valoraciones jurídicas.

complica sobremanera en las ciencias sociales y, más aun, en las jurídicas; pues, muchos de los que llamamos hechos, no son simplemente tales, como un mineral o una célula. Así, pueden serlo las heridas, el paro respiratorio y hasta la muerte, en los límites de lo que alcancemos a comprender tales fenómenos, pero, en otros casos, no se trata sino de una existencia jurídica, como en los documentos, la buena conducta, la cosa ajena, entes que son esencialmente normativos.<sup>13</sup>

**2.1. Cometido o razón de la impugnación.** Creo que al haber tratado de precisar en qué consiste la impugnación, mediante una tentativa de esclarecimiento de su ser u ontología, su concepto o significación está indisolublemente unido a sus fines o cometidos, así como a las buenas razones que se han dado para la necesidad de impugnar y consagrar tal necesidad como un derecho fundamental, según José I. Cafferata Nores.

En la concepción tradicional del recurso, en el derecho procesal penal argentino, se parte de la indiscutible base de que es posible que las resoluciones jurisdiccionales sean equivocadas (en los hechos o en el derecho) y por ende ocasionen un perjuicio indebido a los afectados... Tal posibilidad..., revela la necesidad de permitir un re-examen y eventual corrección de sus decisiones, para evitar la consolidación de la injusticia: esto se viabiliza a través de los recursos.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> En estos casos, el derecho viene a ofrecer una valoración de objetos por él creados. Como si dijéramos a valorar lo, previamente, valorado.

<sup>14</sup> Cafferata Nores, José I. *Proceso penal y derechos humanos*. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino, p. 157.

Para insistir en ello, cita una resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la parte que dice:

Las causas para una posible revisión judicial son la “ilegalidad”, la “irracionalidad” y la ‘irregularidad procesal’. La “ilegalidad” es la aplicación errónea o indebida del derecho que regula la facultad de resolver y, en especial la infracción o el incumplimiento de las normas legales aplicables; la “irracionalidad” se refiere a una resolución que prescinda hasta tal extremo de la lógica o de los principios morales generalmente admitidos, que ninguna persona razonable las habría tomado después de considerar la cuestión; la “irregularidad procesal” consiste en el incumplimiento de los preceptos procesales, en la denegación de la justicia natural o en una injusticia procesal (TEDH, Weeks, sentencia del 2/111/87).<sup>15</sup>

Estas vienen a ser, entonces, las razones o la racionalidad de la impugnación, cuyo fundamental cometido es asegurar que antes de pronunciarse una resolución en firme o arribarse a la cosa juzgada, se pueda tener una razonable certeza de que los componentes o datos del caso, en mérito a su prolijo y exhaustivo esclarecimiento, puedan llevarnos a una inducción confiable sobre su veracidad, para basar o ser el objeto de la calificación jurídico penal o acertada subsunción,<sup>16</sup> la cual depende, a su vez, de una correcta interpretación, tanto de lo sustantivo como de lo procesal del derecho aplicable.

<sup>15</sup> Ídem. p. 158.

<sup>16</sup> (Las) erróneas valoraciones jurídicas de los hechos que se tuvieron por acreditados en aquella [se hace referencia a la sentencia impugnada] que pueden manifestarse como errores en la subsunción legal, Ídem. p. 159.

Según Jorge Zabala Baquerizo, “el motivo jurídico para ejercer el derecho de impugnación puede ser variado, pero la doctrina lo ha resumido en dos: *vitium in procedendo* y *vitium in indicando*... (o sea) error de procedimiento... o vicio sustancial. Este, a su vez, puede referirse al error de hecho (error *in facto*) o, al error de derecho (error *in iure*).”<sup>17</sup> Yo diría que lo citado alude, más bien, a los fundamentos de la impugnación, es decir, a lo que serviría de basamento para que esta prospere, ya que los motivos equivalen a los determinantes psicológicos del ejercicio del derecho a impugnar y estos pueden ser de diversa índole, inclusive, la simple aspiración del impugnante de dilatar el fallo definitivo, o sea, el pronunciamiento de la cosa juzgada.<sup>18</sup> En todo caso, vamos a tratar de no enredarnos en estos tradicionales esquemas de comprensión de la materia que nos ocupa, que, sin desconocer en muchos casos sus aciertos, mantienen una segmentación innecesaria de modalidades de la impugnación, concretamente, al separar apelación y casación, cuando una y otra se orientan al esclarecimiento de dos grandes referentes del proceso penal: la situación de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, reglas ambas Constitucionalmente reconocidas y pertenecientes a ese derecho supranacional, emanado de los tratados internacionales. Basta anotar que, mientras no se desvirtuó toda duda, (razonable, acogiéndonos al sistema anglosajón)<sup>19</sup> duda

<sup>17</sup> Zabala Baquerizo, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo IX, p. 256.

<sup>18</sup> Cosa distinta es la motivación, como obligación de en base a una sana crítica dar a conocer las razones o buenos argumentos en los que se basa el fallo judicial.

<sup>19</sup> Cf Igartua Salaverría, Juan, *Prolongaciones a partir de Laudan*. “La asimilación de la duda razonable al proceso penal español como estándar de prueba reporta grandes beneficios además de que encuentra un acomodo más garantista del que tiene en su ambiente jurídico originario, en los sistemas de *common law*. Esto, debido a la obligación de jueces y jurados de motivar en la sentencia o el veredicto...”.

que no solamente se puede albergar sobre la correcta fijación de los hechos (para lo cual, también, se aplica un repertorio normativo) sino, también, de la correcta interpretación y aplicación del derecho; esta intrincada interrelación entre lo fáctico y lo jurídico<sup>20</sup> hace imposible separar cuestionamiento sobre hechos y cuestionamiento sobre derecho; ello demuestra el craso error de mantener apelación y casación, como si fueran compartimentos estancos, cuando estos recursos son una misma herramienta para arribar a la convicción de que estamos en posesión de la verdad,<sup>21</sup> sea que se mantenga la situación de inocencia del acusado, sea que esta fuese derrotada al despejarse toda duda sobre su responsabilidad, lo cual obliga, más bien, a unificar la impugnación contra lo ilegal, arbitrario o injusto, sea en la tramitación, sea en la resolución de una causa en su instancia de mérito.<sup>22</sup>

Siendo necesario, por otra parte, en todo momento o etapa procesal, guardar una permanente fidelidad al sistema

<sup>20</sup> El mismo problema ya se dio en el derecho sustantivo cuando se trató de diferencias entre error de hecho y error de derecho, categorías que han sido sustituidas por error de tipo y error de prohibición. Aunque todavía se mantienen dudas sobre cómo tratar ciertos casos, consultar: *Algunas reflexiones sobre el conocimiento en la teoría general del delito* del autor.

<sup>21</sup> O estados de certeza, a los cuales modestamente podemos aspirar los seres humanos.

<sup>22</sup> En referencia a lo que acontece en España. "Se atiende al sentido y evolución del recurso de casación penal, a la luz de la normativa internacional con referencia expresa a determinados dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Por último, se examina el actual Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la legislación procesal y su adaptación a la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial con el que se pretende una efectiva generalización de la doble instancia penal y una reforma del recurso de casación, reforzando su función unificadora". Transcripto las opiniones de Cachón Villar. Pablo. *La doble instancia penal y el recurso de casación*, p. 13.

acusatorio de nuestro proceso penal, en su carácter contradictorio o controversial, que diferencia los roles entre una acusación que debe demostrar con prueba plena la culpabilidad del acusado, precisamente, para enervar la situación de inocencia que le ampara y una defensa a la cual le basta mantener la duda sobre dicha culpabilidad, por ello, me permito afirmar que el fin o cometido de toda impugnación, tanto de la apelación como de la casación, es revisar o controlar la resolución sobre las pretensiones procesales de las partes, según criterios de verdad y de justicia, mediante una nueva decisión o pronunciamiento de un juez superior al del fallo impugnado. Aunque, en todo caso, debe quedar clara la necesidad de superar un tradicionalismo que ha sacralizado ciertas fórmulas procesales, negando, por ejemplo, que es la casación la que debe estar al servicio del control, sobre la justicia y la verdad de los juicios y no a la inversa, que el proceso, incluidas sus etapas de impugnación, deba mantenerse al servicio de ciertos fines, meramente políticos de la casación, (cuya) “evolución histórica... desde sus orígenes remotos hasta la segunda guerra mundial... [presenta] un estilo.., consolidado en el tiempo, a saber, el de otorgar preeminencia a su finalidad política (extraprocesal) de reafirmar la vigencia de la ley y garantizar la uniformidad de su interpretación jurisprudencia]”.<sup>23</sup>

Siendo fácil demostrar que este imperio del derecho y la jurisprudencia uniforme, más que estar al servicio de la justicia, han venido siendo tributarios del poder político, es decir, una forma de control, característica de los regímenes autoritarios, sobre la función judicial. “Por ello, resultaba legítimo

<sup>23</sup> Pastor. Daniel R., *La nueva imagen de la casación penal*, p. 25,



limitar el recurso a las lesiones del derecho objetivo exclusivamente... [Sin que importe] la injusticia concreta y reconocida de una sentencia”.<sup>24</sup>

En todo caso, para renovar la dogmática de la impugnación “hay que convenir en que es preciso examinar globalmente cual es el mecanismo de recursos dentro del sistema de enjuiciamiento de que se trate. En otras palabras, no es lo mismo referirse a la casación penal en un sistema que no tiene otro recurso [como en el caso del procedimiento penal ecuatoriano] que hacerlo dentro de un sistema que incorpora otro recurso previo (por ejemplo, el denominado recurso de apelación). Además, al organizar un sistema de recursos, también, es preciso tener en cuenta varios principios que están necesariamente implicados, como son los de intermediación, oralidad y publicidad.”<sup>25</sup>

Hasta aquí he consignado unas reflexiones sobre la impugnación en general, tratando de esclarecer sus razones y cometidos, como una revisión o re-examen de lo actuado y resuelto por el tribunal de mérito. Nuestro sistema ecuatoriano emplea una bifurcación en las vías impugnatorias, en las que se mantienen un recurso de apelación que se utiliza, predominantemente, para la revisión de los posibles vicios fácticos, o sea, sobre la fijación de los hechos y su valoración, sin perjuicio de que se aborden cuestiones de derecho, lamentablemente no aplicable a las sentencias del Tribunal de mérito y un recurso de casación reducido tradicionalmente a

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 30.

<sup>25</sup> López Barja de Quiroga, Jacobo, *La reforma de la casación penal*. p. 5.

resolver los errores *in jure*, que, hoy en día, pugna por traspasar tan artificiales límites, lo que se analizará precisamente en el siguiente tema.

**2.2. El cambio de paradigma al amparo de la normatividad supra-estatal sobre los derechos humanos.** La justicia penal de hoy se edifica sobre nuevos pilares, tales son la situación o estado de inocencia, el *in dubio pro reo* y el derecho inculcable de que toda condena se someta al doble conforme.

El gran progreso del derecho moderno está en la universalización de sus fórmulas, aquellas soberanías estatales, casi feudales, han cedido el paso a una implantación internacional de consenso, cada vez, más fortalecida, siquiera en lo relativo a la tutela de los derechos fundamentales del ser humano. Se habla de los derechos humanos o atributos de la persona reconocidos por el derecho internacional en sendos tratados, de los cuales son signatarios la mayoría de los países contemporáneos, que imperan en las diferentes ramas del derecho, aunque en este trabajo me limito al ámbito penal acotado a lo procesal impugnatorio, o sea, a las normas de la tutela penal efectiva y del debido proceso, en cuyos márgenes, a su vez, se encuadran la situación de inocencia y la regla<sup>26</sup> *in dubio pro*

<sup>26</sup> Prefiero utilizar el vocablo regla como perteneciente a norma ya imperante, antes que principio, que puede confundirse con lo programático. Por lo tanto, vale lo siguiente: como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma... Por lo tanto, aun cuando todas las normas de derecho fundamental directamente dictadas tuvieran exclusivamente carácter de principios –algo que, como se mostrara, no es así– existirían entre las normas de derecho fundamental tanto algunas que son principios y otras que son reglas de derecho fundamental adscripta con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso.. o. Transcripción de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p52

*reo*,<sup>27</sup> cuyo juego dialéctico es el motor del proceso penal, tanto del fallo de mérito, como de sus posteriores revisiones.<sup>28</sup> Es, entonces, la hora de afirmar, que si se ha llegado a un consenso sobre el derecho fundamental del condenado, a que el fallo en su contra sea revisado, esto conlleva que la presunción de inocencia y la subsistencia de duda<sup>29</sup> se mantienen hasta que, mediante cualquier medio impugnatorio, se revise el fallo de condena, ya que la situación de inocencia es, como tal, una situación jurídica<sup>30</sup> y la duda es un estado de la mente,<sup>31</sup> sin perjuicio de que el derecho mande dudar, mientras no exista una certeza en contrario, por eso, una y otra situaciones perduran, mientras no se dé, mediante cualquier medio impugnatorio, un nuevo fallo en contrario.

<sup>27</sup> Pastor R, Daniel, *El control de la presunción inocencia y del principio in dubio pro reo*, Op. cit., p. 62.

<sup>28</sup> Creo que el ciclo de la revisión podemos saber cuándo empieza, pero jamás cuando termina. Revisión se hace en la apelación, también, en la casación, pero ahí no se concluye; se puede revisar lo (aparentemente) pasado en autoridad de cosa juzgada, por eso, en materia penal se dice que no rige su intangibilidad, claro que, entonces, se trataría de un recurso extraordinario o según algunos de un nuevo proceso de revisión, por tanto, si todo consiste en revisión, incluso, según el léxico de los tratados internacionales, lo conveniente es unificar impugnaciones que pretenden un mismo cometido, tales son la apelación y la casación.

<sup>29</sup> Con mucho respeto no comparto la opinión de que el fallo de mérito elimina la presunción de inocencia, ni mucho menos afecta al *in dubio*, ni que sea posible distinguir, como lo hace Enrique Bacigalupo, dos dimensiones en el principio *in dubio pro reo*. La duda es un planteamiento de racionalidad no solo subjetivo sino inter-subjetivo; una comunidad jurídica científica debe opinar sobre si hay o no duda; se trata de poder pronunciarse con certezas según una opinión generalmente compartida, no solamente por un juez o tribunal por mas docto que sea. Cf Bacigalupo. Enrique. La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios. p. 69.

<sup>30</sup> Ante cualquier imputación penal, el derecho considera que el imputado es inocente, mientras no se pruebe lo contrario.

<sup>31</sup> Se mantiene en duda todo aquello que no se demuestra como verdadero con argumentos plausibles.

...como vía más destacada, la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite al Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: 1º Una prueba de cargo suficiente; 2º una prueba de cargo que haya sido Constitucionalmente obtenida; 3º una prueba de cargo que haya sido legalmente practicada; y, 4º una prueba de cargo que haya sido racionalmente valorada. Estos cuatro parámetros permiten una amplia revisión del juego probatorio y, en consecuencia, el recurso de casación ha ensanchado sus límites, convirtiéndose, prácticamente, en una segunda instancia, al menos, en lo que se refiere a la impugnación de sentencias condenatorias.<sup>32</sup>

Es, pues, la casación el recurso idóneo para una revisión integral del fallo de condena, si no, se impondría que primero deberían revisarse los hechos en apelación y luego la aplicación del derecho en la casación, sin repararse en que tal tratamiento incurre en el absurdo de independizar lo interactivo, al desconocer la totalidad operante del derecho, en cuanto se lo reduce a una pura abstracción habitante del universo de los silogismos, desvinculado de la realidad subyacente, puesto que, también, se opera normativamente en todas las inducciones de fijación de los hechos. ¡No puede darse la valoración de un objeto sin primero haberse esclarecido hasta la saciedad el objeto de valoración!. Siendo imposible, a su vez, fijarse tal objeto de valoración sin operaciones regladas,

<sup>32</sup> Cachón Villar, Pablo, *La doble instancia penal y el recurso de casación*. Revista Jurídica de Castilla y León, N°10, septiembre-2006, p. 22.

es decir, que, tanto el ser como el deber ser, se demuestran mediante procesos normativos.<sup>33</sup>

Todas estas reflexiones nos demuestran la superficialidad bizantina que se ha mantenido en el tratamiento del control judicial, al no habérselo comprendido en su dimensión esencial que es la de constituir un problema de búsqueda de la verdad, en suma, un problema de conocimiento. Siendo así, no se puede mantener un divorcio entre la reflexión ontológica y la jurídica.

### 3. La casación como el recurso de los recursos o suma revaloración del objeto

**3.1. Antecedentes históricos.** Sintetizando diríamos que la Casación nació para la defensa de la ley, creció para la unificación de la jurisprudencia y madurará cuando se la conciba como el recurso total.<sup>34</sup> Una gran parte de la doctrina destaca que las tareas tradicionales de la casación no se han cumplido, así la interpretación uniforme de la ley, aparte de ser de imposible logro, puede estar cuestionada en cuanto a su conveniencia misma, tanto en cuanto bloquee la significación progresiva de las mismas palabras de la ley y la evolución de todo precepto legal. Novoa Monreal destaca, en su obra “El Derecho como obstáculo al cambio social”, ese peligro

<sup>33</sup> Hoy en día, ya nadie discute que el derecho, al imponer que debemos atenemos a la razón, la ciencia y la experiencia, como normas de fijación de hechos y valoración probatoria, está haciendo suyas las leyes de constatación empírica, las de la lógica y la tópica que privilegia los argumentos plausibles.

<sup>34</sup> Empleo el término “para” en el sentido de significar una preposición de destino.

de conservadorismo retardatario ocasionado no tanto por el derecho, cuanto por su aplicación distorsionada o tradicionalista, que podría demonizarse el legalismo.

El gran progreso de la humanidad, atribuible al derecho esta, precisamente, en la lucha por el derecho, en haber forjado los principios rectores del Constitucionalismo moderno, siempre latentes en el espíritu humano desde la más remota antigüedad, hoy, ventajosamente, positivados. Es decir, haber construido el repertorio irreversible de los fundamentos del fenómeno jurídico, solo allí, encontrarnos un edificio sólido, aunque, paradójicamente, en permanente y progresiva construcción, atribuible a la inteligencia del hombre, no solo de juristas sino, en general, de la ciencia y el intelecto humanos de todos los tiempos. Que sobre ese gran corpus de sabiduría se elabore una jurisprudencia unificada para ser acatada por todos los controles judiciales casacionales, bienvenido sea, pero no pretender que sean las legislaciones nacionales, de legitimidad frecuentemente dudosa, las que utilicen el control casacional como un instrumento a su servicio.

Quisiera que no se den malos entendidos, afirmo que no puede admitirse tutela de derecho vigente sustantivo o adjetivo, que admita blindaje alguno a una sentencia de mérito, defendiendo aparentes postulados, tales como: la libre convicción de los jueces, afirmando que inmediación, publicidad, oralidad y el contradictorio adversarial solo pueden darse en el juicio de mérito, o sea, cualquier reduccionismo al re-examen total, doble conforme o confronte, que garantiza la normativa supranacional y la búsqueda de la verdad, tema del cual me ocupo a continuación.

**3.2. El carácter instrumental o de confirmación de certezas de la casación.** Quizá, donde más frecuentemente ocurre ese trastocamiento por el cual lo instrumental se vuelve fin en sí mismo, es en el ámbito del derecho, puesto que sus operadores, sobre todo, los del llamado control judicial han consagrado un fetichismo de lo dogmático jurídico, que considera una herejía modificar los fines o cometidos tradicionales de la casación penal. Incluso, desde el punto de vista epistemológico, hasta ahora no se ha reparado en que se viene manteniendo una extravagante situación, tal es que la ocupación de los juristas se concentra no tanto en el esclarecimiento de los casos o fenómenos problemáticos, cuanto en la discusión de fórmulas; esto resulta tan peregrino como si en la medicina nos preocupáramos de discutir sobre los tratamientos antes de diagnosticar las patologías.

Abundando en lo antes dicho, si en la realidad no ocurrieran ciertos hechos, de peligro o de daño a la justa y pacífica convivencia humana, es decir, algo que afecte gravemente al cuerpo social, no tendría sentido alguno la aplicación de soluciones jurídico penales. Esto es tan cierto como que sobrarían terapias y remedios, si el ser humano no enfermara; sin embargo, en uno y otro caso, lo primero es el diagnóstico de las disfunciones, antes que las discusiones sobre las fórmulas terapéuticas; debiéndose, entonces, privilegiar el tema del conocimiento de una realidad problemática llamada a juicio, lo que nos aboca al mismo punto de partida: descubrir la verdad.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Sería tonto pensar que estamos frente a un problema de interpretar la farmacopea o la ley y de unificar los tratamientos, como insólitamente viene proclamando la doctrina tradicional de la casación.

Sin embargo, cuando se habla de verdad o, más bien, de búsqueda de la verdad, planteamos un problema tan arduo como el de la justicia; ambas búsquedas van de la mano y constituyen la gran aventura del conocimiento:

El procedimiento judicial es, en gran medida, un método, regulado jurídicamente, de investigación histórica, precisamente porque uno de sus fines, según veremos, consiste en el intento de averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica, positiva o negativa, que constituye el objeto del procedimiento.<sup>36</sup>

¿Qué es verdad? ¿Qué es falsedad? Nadie debe esperar una respuesta mía a estas cuestiones. Y quizá nadie en el mundo pueda darla; por eso, no me planteo este dilema. Trataré, en cambio, de conseguir algo distinto: mostrar que es necesaria la búsqueda de esta cuestión como es necesaria la búsqueda de la verdad en el proceso penal.<sup>37</sup>

Quizá nunca se pueda decir la última palabra sobre el problema de la verdad como fiel adecuación de los objetos a nuestras ideas o imágenes mentales, es decir, sobre la fiabilidad de nuestros conocimientos, pero nadie osara afirmar algo tan disparatado como que la fiabilidad depende de que respetemos y mantengamos, como única, la primera aproximación a la verdad,<sup>38</sup> que lo más confiable emana de que no se repita la operación cognoscente de percepción y reflexión sobre lo censo-percibido.

<sup>36</sup> Maier, Julio J., *El proceso penal contemporáneo*, p. 510.

<sup>37</sup> Gossel. Heinz. Karl. *El proceso penal ante el estado de derecho*, p. 169.

<sup>38</sup> Que nadie ose tocar fijación de los hechos, las pruebas y su valoración hecha por el tribunal de mérito.



Pues bien, ese objeto sobre el cual se debe realizar una persistente búsqueda de su verdad es un hecho, también, ente jurídico (evocando a Carrara) denominado delito y un privilegiado instrumento de esa búsqueda es la casación penal que, puede ayudarnos a arribar a la máxima meta a la que se puede llegar, esto es, a la convicción de que estamos en posesión de la verdad, o sea, en el denominado estado de certeza.<sup>39</sup>

Para que la casación cumpla el anotado propósito, es decir, sea como debe ser, una excelente herramienta del control judicial con pretensiones de justicia y verdad, es necesario despojarle de sus lastres históricos, principalmente, del empecinamiento de ciertas doctrinas que han magnificado el concepto de inmediación y que, además, sostienen que esta situación no puede darse en la casación, ni tampoco la necesaria publicidad inherente al modelo acusatorio, nada de lo cual es cierto, como se demostrara en el tercer capítulo.

**3.3. Proyección actual o estado de la cuestión.** La doctrina dominante parece comprender, gracias a la gran calidad de sus portavoces, que lo ritual formal debe ceder el paso a lo epistemológico y verdaderamente gnoseológico. Como anteriormente ya se precisó, se trata de un proceso de descubrimiento de la verdad, situado en sus factibles dimensiones de adquisición de certezas; de tal manera que, actualmente, no creo que tenga sentido discutir sobre lo ritual formal, permanecer atados al ceremonial procesal, ni seguir rindiendo culto a la llamada inmediación, como si esta se tratara de un trance

<sup>39</sup> En próximas notas se precisará sobre la relación entre verdad y certeza.

místico; modernamente, se da una reivindicación de la tónica, no en el sentido de manipular la verdad mediante elocuentes argucias persuasivas o pirotecnias verbales, sino apoyada en los progresos de las ciencias demostrativas, desde la prueba del ADN hasta los adelantos de la psicología clínica, y más apoyos científico-tecnológicos recientes.

Se puede afirmar que, a partir de la normativa de los tratados internacionales, se arrasó como diría Julius Hermann Von Kirchmann, con bibliotecas enteras,<sup>40</sup> que albergaban obsoletos dogmas como aquel de la soberanía de la convicción de los jueces, para sustituirlo con la razonable adecuación de lo proclamado en el fallo con la realidad; pues, se trata de lograr no solo la convicción subjetiva del juez, sino una que pueda ser ampliamente compartida por quienes analizan la racionalidad del proceso seguido hasta lograr tal convicción, lo cual requiere de más de una verificación crítica, como lo propone la doctrina del doble conforme, debiendo tenerse presente que, si bien es verdad que nuestro conocimiento solo reproduce imágenes de la verdad, ello no obsta a que se admita la existencia de la propia verdad y el deber del juez de buscarla.

En todo caso, según la concepción dominante, el Juez del hecho no ha cumplido su deber de hallazgo de la verdad, con su mera convicción de haber cumplido tal deber, sino que, como resalta el Tribunal de Casación, él debe haber satisfecho tal deber, también, fácticamente, con independencia de su representación subjetiva. Si el Juez del hecho partiera de esta exigencia, la apreciación

<sup>40</sup> Von Kirchmann, Julius I-lermann, *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada. 1949.

de un suceso que, supuestamente se habría producido a las 22 horas del día 24 de diciembre en Munich, a plena luz del sol, tendría que ser revocada por el Juez de casación, porque la imagen del Juez del hecho sobre el comportamiento conforme a la verdad no coincide con el acontecimiento real, por lo que se hace precisa una comparación entre la imagen de la verdad del Juez del hecho y la propia verdad. La imaginable objeción de que, aquí el Juez de casación se limita a comparar su propia imagen con la del Juez del hecho, no la considero relevante. Ciertamente es que, también, el Juez de casación tiene su propia imagen sobre el curso del acontecimiento conforme a la verdad, pero ello solo después de que el haya comprobado la imagen de la verdad del Juez de instancia y si esta imagen comprende un real curso del acontecimiento. Una comprobación de esta índole parece plena de sentido, en tanto existe fácticamente un acotamiento real fuera de la representación judicial. Con otras palabras, en el caso planteado de la comprobación por el Juez de casación de las constataciones fácticas, se prevé la existencia de la verdad como objeto de una imagen de la verdad, posiblemente, formada de manera defectuosa.

Lo mismo es válido para la exigencia de explicación de una defectuosa apreciación de la prueba.<sup>41</sup>

Por todo ello, lo que viene a continuación es como operar una cámara escondida que registra y nos revela la presencia de los indiscutibles habitantes de la realidad, que son los hechos,

<sup>41</sup> *Íbid*, pp. 185, 186. Cf. Gascón Abellán, Marina, *Concepciones sobre la prueba. Observación a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, de Michele Taruffo.

a los cuales ventajosamente ya se viene concediendo la prioridad que se merecen tanto en el proceso penal, en general, como en la casación, en particular.

Los señores naturistas no son tan ingenuos como para pretender conocer la vida y las costumbres del ornitorrinco en una mañana o una tarde de discusión, mientras contemplan al ornitorrinco, es más efectivo dejar por un gran lapso un video-grabadora escondida en el hábitat del animal.

Pero si los señores naturistas creyeran que el ornitorrinco solo existe en su imaginación no dejaran ninguna cámara escondida en el bosque, porque no conocen que exista video-grabadora alguna capaz de registrar fantasías.<sup>42</sup>

## 4. Análisis de las cuestiones de hecho

**4.1. Los hechos.** Entre los hechos, algunos son producto del hombre, a los cuales se los denominan actos humanos, de ellos solo interesan al derecho aquellos que conllevan cierto efectos, que contravienen precisamente al “deber ser” que la ciencia normativa mantiene como expectativa de realización, a través de sus normas. “El derecho no propone lo que es, como las ciencias naturales, sino que predica coactivamente lo que debe ser”<sup>43</sup> realidad y deber son los polos del fenómeno

<sup>42</sup> Es una apreciación personal tendiente a confirmar la realidad de los hechos independiente del sujeto cognoscente.

<sup>43</sup> Ruiz Jiménez, Joaquín, apuntes tomados por José Cordero Acosta de las clases de Filosofía del Derecho, Madrid, 1964.

normativo, en cuanto a que la realidad dependiente del comportamiento humano tiene que orientarse hacia los referentes axiológicos del derecho; lo contrario es, precisamente, lo antijurídico o injusto, siendo el delito lo jurídicamente desaprobado y castigado con una pena. “El delito, antes de recibir la calificación jurídica de delito, es un hecho que se realiza en el mundo fáctico, o sea, depende hasta tal punto de la fenomenología real que, sin su previo acontecer; no se puede convenir siquiera como abstracta hipótesis. Es por esta razón, que el estudio de la teoría del delito difícilmente puede acomodarse a una tajante división entre las categorías del ser y del deber ser...”.<sup>44</sup> Más aún, si no se hace una continua recurrencia a sucesos materiales de constatación, en gran parte, empírica, en cuanto a su demostración, como la fijación de los hechos y su valoración, mal podemos hablar de actuaciones procesales. El punto de partida de todo enjuiciamiento penal es, precisamente, la demostración de la material manifestación o aparición física del hecho considerado en la ley como infracción, denominado en la doctrina, desde los prácticos de la Edad Media, “el cuerpo del delito”.<sup>45</sup>

**4.2. Realización.** Nada tiene importancia o significación jurídico-penal, mientras no ocurra un hecho humano en el mundo externo, circundante a un espectador –sea este simple testigo o destinatario– lo que se denomina exigencia de “objetividad de los hechos”.<sup>46</sup> Esto que parece tan obvio, antes pasaba desapercibido; pues por ejemplo en el Código de

<sup>44</sup> Cousiño, Luis, *Derecho penal chileno*, p. 262.

<sup>45</sup> Cf. Díaz A., Clemente, *El cuerpo del delito, en la legislación procesal argentina*, p. 35.

<sup>46</sup> González Lagier, Daniel. *Los hechos bajo sospecha*. p. 70.

Procedimiento Penal de 1983, de corte inquisitivo, bastaba la simple *notitia criminis* para iniciar un proceso. El instructor solo estaba obligado a comprobar si lo denunciado se refería a un tipo de la parte especial del Código Penal y no como ahora que se debe actuar sobre una mínima comprobación de la realización de lo denunciado. Se trata de “constatar... si un hecho..., ha tenido lugar...”.<sup>47</sup> A esto llamo realización, aunque propiamente consista en su demostración.<sup>48</sup> Ahora bien, el tema no se refiere a la simple acción u omisión encajable en una figura delictiva, es decir, a lo que es objeto de calificación típica, sino a todo el complejo fáctico portador de innumerables elementos significativos, algunos de los cuales se expresan en su mera objetividad; otros, dada su naturaleza subjetiva, deberán ser esclarecidos mediante procesos de inferencia, “pues la conducta delictiva como suceso concreto... registra datos... algunos cognoscibles a simple vista y otros no”;<sup>49</sup> en todo caso, cumplimos con la noción del derecho penal del acto, si fijamos como premisa la realización de lo que en la teoría del conocimiento se denominan los hechos externos. Solo los acaecimientos<sup>50</sup> fácticos, percibibles e inteligibles tienen relevancia jurídico-penal, siempre que de ellos quede algún rastro o memoria.

<sup>47</sup> Op. cit., p. 72

<sup>48</sup> Cordero Acosta, José, Prólogo, *El juez ecuatoriano y el nuevo Código de Procedimiento Penal*, de Simón Valdivieso Vintimilla, p. p. III -VI.

<sup>49</sup> Desimoni, Luis María, *La evidencia en materia criminal*, p. 31.

<sup>50</sup> “Un acaecimiento, suceso, acontecimiento, etc...es cualquier cosa que tiene lugar en el espacio tiempo... un fenómeno es un acaecimiento o un proceso tal como aparece a un algún sujeto humano; es un hecho perceptible, una ocurrencia sensible...”. Mario Bunge, citado por González Lagier. Luis. Op. ch.. p. 73.

**4.3. Memoria.** Partimos de un objetivismo moderado, que admite que objeto y sujeto cognoscente interactúan en ese proceso que es el conocimiento, debiendo aceptarse que “no todas las propiedades de la realidad son independientes del observador o que no siempre tenemos acceso fiable al mundo”,<sup>51</sup> lo cual obliga a ser muy cautos, en la tarea de registro o memoria de los hechos, materia de un proceso judicial. Pero, una cosa es poner a “los hechos bajo sospecha para determinar en que medida podemos conocerlos con objetividad”<sup>52</sup> y, otra muy distinta, creer que todo conocimiento es engañosamente subjetivo, en especial, el de los hechos objeto del procedimiento penal, los cuales, generalmente, dejan los suficientes rastros como para no poder compararlos con la piedra lanzada al estanque, cuyos efectos se manifiestan en fugaces ondas concéntricas.<sup>53</sup>

Cuando se habla de memoria, nos referimos a que los acaecimientos o hechos externos al observador, en alguna forma, se registran mediante huellas y señales, lo que en lenguaje forense se denomina evidencias, o sea, “lo que se ve bien [y]...se comprende por sí”,<sup>54</sup> las cuales se imprimen en un ámbito o lugar y que, en alguna forma, son aprehendidas en la mente de un observador. Se da, entonces, “la relación entre lo conocido y el conocimiento, [lo] inteligible en acto y el intelecto...”<sup>55</sup> Existe, por tanto, dos registros: el que dejan

<sup>51</sup> González Lagier, Daniel, Op. cit., p. 71.

<sup>52</sup> Op. cit., p. 72.

<sup>53</sup> Ct: Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho*. En el Seminario Los hechos en el derecho. Ases argumentales de la prueba, Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, p. 31.

<sup>54</sup> Desimoni, Luis María, Op. cit., p. 38.

<sup>55</sup> Op. cit., p. 43.

las cosas en las demás cosas y el que capta de las cosas, la mente humana; todo lo cual se incorpora a ese gran almacén de datos que se denomina la memoria, integrada al más grande sistema operativo jamás imaginable, ya que puede “percibir el mundo, aprender; recordar y controlar acciones, pensar y crear nuevas ideas, controlar la comunicación con otros, crear la experiencia de los sentimientos, las intenciones y la autoconciencia...”.<sup>56</sup> Es importante anotar que, en las imágenes captadas, puede darse recuerdo o reproducción; el recuerdo llamado, también, reconocimiento se da cuando la imagen “aparece como anteriormente vivida. La seguridad del reconocimiento es, particularmente, grande para los acontecimientos principales de la propia vida, acompañados de numerosas circunstancias..., la reproducción exige... en cambio, de más fuertes asociaciones que el mero reconocer... requiere atención voluntaria en la recepción del excitante (aprender)...”,<sup>57</sup> se da, en suma, la diferencia entre el conocer y el recordar, de gran importancia en el tratamiento procesal, pues, mientras el testigo recuerda, el investigador aprende. En todo caso, el conocimiento precede a la memoria; no existe memoria sin conocimiento, pero, tampoco, el conocimiento puede darse sin ayuda de la memoria, ya que el conocimiento no se procesa sin memoria. Moderadamente y, tras superarse las teorías conductistas, y, gracias al auge de la psicología cognitiva, se plantea la pregunta “¿Qué procesan los procesos mentales?... La respuesta es un inmenso número de percepciones, ideas, creencias, hipótesis, pensamientos y recuerdos... Cada una de estas entidades son representaciones mentales o símbolos de

<sup>56</sup> Johnson Laird, Philip N., *El ordenador y la mente*, p. 31.

<sup>57</sup> Brugger, Walter, *Diccionario de Filosofía*, p.p. 360~361.



uno u otro tipo,<sup>58</sup> que se albergan en el gran almacén de la memoria, todo o gran parte de esto debe aflorar o manifestarse en el proceso penal, merced a una demostración que utiliza ciertos medios.

**4.4. Demostración y sus medios.** Demostrar significa probar, la noción de prueba trasciende al derecho y se extiende a todas las ciencias del saber humano, historiadores, sociólogos, periodistas, físicos, químicos, médicos psiquiatras y cualquier otro investigador deberá probar los hechos. En el derecho, también, se requiere de una tarea reconstructiva; pero, ya no solo para demostrar la verdad, o, al menos, la certeza de un hecho, sino, principalmente, para convencer al juez sobre tal certidumbre; pues, lo trascendental en cualquier proceso, no digamos en el penal, radica en lograr el mayor grado posible de esclarecimiento de los hechos, tarea tras la cual, solo resta la de menor dificultad, consistente en aplicar el derecho.

Como afirma Devis Echandía “no solamente la prueba en su sentido general, procesal y extraprocesal tiene un sentido polifacético... sino también en su aspecto puramente procesal.”,<sup>59</sup> es decir, que podemos concebir la prueba como actividad, como medios y como resultado. “Actividad cuando, [nos procuramos] un hecho físico [que] nos lleva al conocimiento de otro... físico o moral y el que nos conduce al conocimiento de otro que no ha sido perseguido directamente, constituye la prueba de este...”,<sup>60</sup> medio, cuando se hace referencia a un

<sup>58</sup> Johnson Laird. Philip N., Op. ch., p. 33.

<sup>59</sup> Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, p. 20.

<sup>60</sup> Op. cit., en cita de Framarino Dei Malatesta. Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, p. 48.

instrumento útil para la prueba, es medio todo lo que sirve para conocer cualquier cosa o hecho... testimonios, pericias, documentos, etc.; por último, como resultado, se considera prueba al efecto de convicción logrado tanto en la mente del juez como en la de cualquiera que valora lo actuado.<sup>61</sup> En este trabajo, interesa ocuparnos de la noción de prueba resultado, sobre todo, en cuanto a la fijación de los hechos, tanto objetivos como subjetivos del delito, o sea, de la base fáctica de la ponderación jurídica del fallo de responsabilidad penal, sobre todo, ocupamos del análisis del casi sacro principio de intermediación, demostrando la falacia de ciertas afirmaciones que lo hacen depender de lo que ocurra en el tribunal de mérito como, cansinamente, se reitera en nuestra jurisprudencia. Ahora bien, el tema de los hechos en su relación con la prueba, en sus significaciones de actividad, medios o resultados es algo absolutamente vinculado a ciertas reglas o exigencias normativas que, sin menoscabo a la discrecionalidad de la actividad, la libertad de los medios y la obtención de la convicción resultante, hacen imposible determinar si el estamento en su determinación y significación puede reducirse a una simple cuestión de hecho o si implica, también, cuestiones de derecho.

#### **4.5. Crítica a la demostración y a la significación de los hechos.**

**a) Fijación, fiabilidad y fuerza de los medios.-** Para tratar sobre la fiabilidad y la fuerza de la prueba, es necesario

<sup>61</sup> No se trata, como hemos visto antes, de lograr la convicción subjetiva del juez, sino de una convicción compartida por cuantos examinen todo el periplo recorrido hasta su logro.

—siguiendo a Juan Igartua Salaverría— precisar cierta terminología, según la cual, “la declaración de fulano es ‘fuente de prueba’; su testimonio (con sus aditamentos extra lingüísticos incluidos) constituye un ‘medio de prueba’; la sustancia probatoria que el juez... obtiene... de ese medio... se convierte en el ‘elemento de prueba’; y el ‘resultado de prueba’ será el desenlace de las operaciones mentales por las que el juez concluye si el elemento de prueba demuestra o no el hecho investigado”.<sup>62</sup>

Siendo así, la fiabilidad y fuerza de los medios dependerán de factores tanto objetivos, referentes a la idoneidad del medio para producir elementos de prueba, como subjetivos, concernientes a la calidad y credibilidad de la fuente.

Sobre la fijación, como queda analizado, el conocimiento de un hecho depende de su percepción e interpretación; pero, tanto la percepción, como la interpretación advienen a nosotros mediante unos causes probatorios, que son el testigo, la huella, la mancha de sangre, la pericia, etc. Lo fijado es lo probado o demostrado; ello implica no solo la utilización de medios, sino una evaluación de resultados, que la doctrina denomina la “sana crítica”, consistente en un discurso o argumentación racional sobre actuaciones y logros probatorios. En este discurso, se ponderan argumentos, se verifica el correcto empleo de las probanzas en cuanto a su idoneidad y fiabilidad, todo debe llamarse a capítulo si se quiere cumplir con la sana crítica, esta viene a llenar el vacío que se daba en los sistemas de la tarifa

<sup>62</sup> Igartua Salaverría, Juan, *El comité de derechos humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*, p. 109.

legal o el de la íntima convicción del juez; yo creo, además, que la sana crítica tiene como principal mérito el de constituir un correctivo a cualquier subjetivación del conocimiento, ya que si no se puede evadir del todo los problemas originados por la interdependencia entre la percepción y la interpretación –por un lado, “la percepción...de un hecho influye en la interpretación del mismo... por otro, nuestros esquemas de interpretación orientan a percibir unos aspectos de la realidad más que otros–”<sup>63</sup>, si podemos dar conocer a los demás las razones de nuestras evidencias a fin de compartirlas y lograr aquello que se denomina el conocimiento inter-subjetivo, mediante el cual se logra la comunicación inter-humana y todo desarrollo cultural. La historia demuestra que, a pesar de las múltiples diferencias de percepciones e interpretaciones, debido a la pertenencia de los seres humanos a diferentes culturas y aun dentro de una misma cultura, “nuestras interpretaciones de los hechos son bastante análogas o compartidas”.<sup>64</sup>

**b) El aporte de la inmediación y su viabilidad.-** Cuanto cuenta o cuanto contribuye el llamado principio (más bien situación) de inmediación al éxito de la fijación de los hechos y la valoración probatoria, es cuestión que depende de que entendamos por inmediación y de qué clase de prueba en cuanto a la frente y los medios se trate.

Tradicionalmente, la inmediación sentaba sus raíces en el modelo inquisitivo, destacándose “la mejor calidad de la apreciación de la prueba... representada por el hecho de que el juez

<sup>63</sup> Op. cit., p. 105.

<sup>64</sup> Op. cit., p. 108

que había decidido en primera instancia, hubiera sido, además, el instructor de la causa y gozando así del máximo de inmediación en todas sus fases...”<sup>65</sup> Se opinaba que: “La intermediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba... especialmente de testimonios, inspecciones judiciales, indicios... pero significa, también, que el juez no debe permanecer inactivo, ni hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las pedidas por las partes., y para ordenar oficiosamente otras”.<sup>66</sup> Hoy, la discusión no se centra en negar las ventajas de la intermediación respecto a la apreciación de la prueba, puesto que el sistema acusatorio concentra la prueba en el juicio oral, correspondiéndoles a las partes –acusación y defensa– fundamentar sus pretensiones en constancias probatorias, pedidas y actuadas a su iniciativa, aunque controladas en cuanto a su legalidad por el juzgador, a quien corresponde su ulterior análisis; en consecuencia, a diferencia del anterior modelo inquisitivo, hoy, el juez no actúa, sino valora la prueba, a ello coopera la intermediación, cuya utilidad se manifiesta en las pruebas personales, ya que las reales o materiales, una huella dactilar, unas lesiones, unas manchas de sangre, un registro y cotejo de ADN no dependen para su eficacia de que su práctica sea contemplada por los juzgadores; no así, las pruebas orales o declaraciones de personas, las cuales se acompañan de actitudes portadoras de datos significativos:

La prontitud de las respuestas, la linealidad o las rectificadores en el discurso, el timbre de voz, la expresión

<sup>65</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés, *Sobre prueba y proceso penal*, p.51.

<sup>66</sup> Devis Echandía, 1-lemando. Op. cit, p. 128.

de la cara, la gesticulación, la tranquilidad o el nerviosismo, el titubeo o la contundencia, [Todo lo cual, son situaciones a tomarse en cuenta]. «En otros términos, la intermediación es una técnica que sirve para extraer de la fuente de prueba todas las informaciones relevantes», [sin embargo, constituye un error condicionar la valoración de lo lingüístico a lo escénico] «el azoramiento, la tartamudez, el nerviosismo, etc., son parte de la prueba, por tanto y por lo pronto, datos a valorar, no criterios para valorar.<sup>67</sup>

Ahora bien, se ha llegado a afirmar que la percepción dada en la audiencia oral del juicio es única e irrepetible, así se colige, por ejemplo, de la opinión de Enrique Bacigalupo cuando dice: “el criterio de la Audiencia se basa... en su propia percepción de las declaraciones, que –como es sabido– no puede ser objeto de revisión por un tribunal que no vio con sus ojos ni oyó con sus oídos las declaraciones de los testigos y del acusado”<sup>68</sup>. Pues, si bien es verdad que esto puede ocurrir cuando no se aplican las modernas tecnologías electrónicas y audiovisuales de registros de datos y escenas, hay que tener mucho cuidado en supervalorar gestos, actitudes y expresiones; en primer lugar, por ser absolutamente manipulables, de eso la publicidad da buena cuenta, por algo se habla de sobreactuar fingir, teatralizar y hasta de venta de imagen; en segundo lugar, porque la percepción e interpretación de los hechos puede depender de la mayor o menor concentración y/o predisposición del observador. Así, mientras el testigo depone, el juzgador puede tener su mente ocupada en otros

<sup>67</sup> Op. cit., p. 109.

<sup>68</sup> Cit. Por Juan Igarua Salvaverría, Op. cit. p. 87.

temas o su mirada clavada en una atractiva espectadora, o sea, que la mismísima intermediación puede ser desaprovechada por la mente humana, no así, por los registros audiovisuales, al ser aprovechados en un control casatorio.

No siendo, entonces, afirmaciones inmutables, el que la intermediación solo pueda darse en la audiencia oral y aquello de la fugacidad de las expresiones que acompañan al mensaje verbal, ya que casi todo puede registrarse y reproducirse, hoy en día, incluso con mayor fidelidad (captándose múltiples planos de visión, matices de voz y demás actitudes, que escapan a la simple percepción sensorial humana) debe admitirse que puede darse hasta un mayor contacto con los eventos de prueba, cuando estos se valoran conforme a una variedad de datos, logrados con el empleo de medios electrónicos audiovisuales, con los que se puede, inclusive, captar imágenes y actitudes de los jueces en la audiencia, para comprobarse si, efectivamente, mantenían atención en el evento o les embargaba un evidente aburrimiento. Debe, entonces, aceptarse que la intermediación, en cuanto posibilidad de contemplación de la prueba, en su gestación, puede darse a posteriori, gracias a un registro que llamaríamos virtual –incluso, más fiel y completo que el grabado en la poco fiable memoria de los jueces– y al cual si es posible que el Tribunal Superior tenga acceso.<sup>69</sup> Es verdad que nunca se podrá practicar idéntica

<sup>69</sup> Discrepo de Juan Igartua Salaverría, en cuanto acepta aquello que «los tribunales del recurso (apelación y casación) no se encuentran en situación de participar en una puesta en común inter-subjetiva con el tribunal de instancia por la arrolladora razón de que no han asistido a la declaración oral y, por eso, carecen de referencia directa para fiscalizar si el órgano de instancia ha percibido bien. Ha percibido todo o ha acentuado su percepción donde debía».

prueba, (lo actuado, actuado queda) pero si se puede tomar íntimo contacto con su escenificación, ventajosamente, mediante apoyos tecnológicos conseguimos la perennidad de la memoria. Es necesario, además, afirmar que la fijación de los hechos, su percepción e interpretación dependen de la buena calidad de la prueba empleada, para demostrar la existencia de los elementos relevantes en la solución del caso, indudablemente, la inmediación ayuda a esta tarea, pero no la sustituye.

En este punto, es, también, preciso señalar los reparos formulados a la llamada inmediación, empezando por preguntarnos de que inmediación estamos hablando, si la mayoría de los conocimientos advienen a nuestra mente a través de los sentidos, nuestros medios corpóreos, si dependemos del lenguaje con todas sus ambigüedades, si los hechos no nos son presenciales, sino relatados o rastreados, esto por una parte, y, por otra, que ventaja aporta al descubrimiento de la verdad o a la prueba en sí, el estar con las narices pegadas frente al pizarrón de la audiencia, cuando mejor sería valorar las cosas con la perspectiva y la distancia suficiente como para que la razón prime sobre el asombro por las múltiples noticias o información con que se nos bombardea en el juicio oral.<sup>70</sup>

En mi opinión, no es lo más acertado enredarnos en la discusión sobre un tema que, en definitiva, es de técnica procesal; creo que debe mantenerse el criterio de la inmediación como una ayuda o apoyo a la buena práctica de la prueba,

<sup>70</sup> Cf. Maier, Julio B. J., *Es la inmediación una condición de la condena penal? Un aspecto parcial de la lucha entre inquisición vs. composición*, en la obra *El proceso penal contemporáneo*, p. 841.



en el sentido de involucrar de una u otra forma a quienes tengan interés en el correcto desarrollo de la audiencia del juicio oral; pero, también, es cierto que esta acertada manera de tratar las cosas no solo que se puede, sino que se debe registrar audiovisualmente, para, si fuera del caso, reexaminarse en casación, sin que nada impida que este nuevo examen sea también público y participativo.

**c) Naturaleza de las normas sobre la crítica de los hechos.-** Si tanto para la fijación de los hechos como para su valoración, procedemos mediante procesos lógicos de inferencia, así como recurrimos a datos de la ciencia o a normas de la experiencia y todo esto acata una regla procesal suprema que es la aplicación de la sana crítica, es obvio que no nos desenvolvemos solo en el ámbito de lo puramente fáctico, lo cual nunca, por otra parte, se da, incluso, en las constataciones experimentales de las ciencias duras. Algo más, influido como esta, actualmente, el Derecho Penal por la teoría de la imputación objetiva, que se ha expandido a la determinación normativa del dolo, ¿de qué hechos o acaecimientos de pura verificación empírica estamos hablando? “La posibilidad de revisar algunas cuestiones probatorias ha sido admitida con base en la idea de que determinadas valoraciones sobre la fijación de los hechos probados contenidos en las sentencias de instancias no pueden considerarse como una mera constatación de datos fácticos”.<sup>71</sup> ...sobre todo, las demostraciones de hechos psicológicos, que conllevan juicios de valor, “cuya ubicación idónea son los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia”.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> Ragues Vallés, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. pp. 370-371.

<sup>72</sup> Op. cit., p. 371.

Hemos visto, también, que el conocimiento es un producto de percepciones e interpretaciones, que no basta “recibir pasivamente una estimulación, sino procesarla...”<sup>73</sup> así, según un “trasfondo”<sup>74</sup> cultural existente, seleccionamos, clasificamos y valoramos hechos, no pudiendo darse valoración alguna sin normas de valoración, es decir, sin lógica, ciencia o experiencia; los hechos, por tanto, no se reducen a meros acaecimientos que se graban por sí mismos, sino a fenómenos resultantes, en los que cuentan y mucho los aportes valorativos del sujeto cognoscente; por tanto, la fijación de los hechos y, no digamos, su valoración requiere de procesos normativos, en los cuales es casi imposible diferenciar si tratamos con datos puramente objetivos, con procesos subjetivos o temas puramente normativos; recordemos la afirmación del Juez Frank cuando dice “Los hechos son ambas cosas: subjetivos y objetivos”.<sup>75</sup>

Todo esto se ve con mayor claridad a la hora de motivar los fallos, es decir, cuando se tienen que exponer los fundamentos de las conclusiones a las que se arriba, lo que se resume en el ejercicio de la sana crítica.

Por el positivismo dogmático, con su banalización de las dificultades de la interpretación y la consecuente negación de autonomía conceptual y relevancia a la cuestión de hecho en la experiencia jurídica y, muy particularmente, en la procesal, se ha dado un contexto en el que de la afirmación de la inexistencia de reglas

<sup>73</sup> Igartua Salaverría. Juan, Op. cit., p. 106.

<sup>74</sup> Op. cit., p. 106.

<sup>75</sup> Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, p. 65.

legales de valoración probatoria, a la afirmación de la inexistencia de reglas de cualquier clase en la materia, no había más que un paso, que se dio con facilidad. Es como emerge el juez que llega hasta nosotros, tributario de cierta interpretación de conveniencia del *da mihi factum...* y de una confortable concepción de la convicción judicial mino experiencia mística o casi.<sup>76</sup>

## 5. El fallo y la impugnación

**5.1. La fundamentación del fallo o ejercicio de la sana crítica.** Perfecto Andrés Ibáñez recuerda que en un texto de finales de los 60 podía leerse “no hay porqué razonar y sería procesalmente incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador o de los sentenciadores...”.<sup>77</sup> Este mismo autor recuerda una jurisprudencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español, que declaraba:

...el tribunal debe abstenerse de recoger en su narración histórica la resultancia aislada de las pruebas practicadas... y con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario, dada la soberanía que la ley le concede para dicha valoración y que debe parecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones... el tribunal no puede ni debe dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones fácticas...<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Ibáñez. Perfecto Andrés. *Sobre prueba y proceso penal*. p. 57.

<sup>77</sup> Op. cit., p. 56.

<sup>78</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés. Op. cit., p. 57.

Hoy, al contrario, la motivación tiene rango Constitucional, ya no solo para las sentencias judiciales, sino para toda resolución emanada de autoridad, según el art. 76 de la CE.

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:

...1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

El deber de motivar no es solo un freno al autoritarismo ya la arbitrariedad, sino una respuesta a la necesidad de que lo resuelto deba ser comunicado para su comprensión y cumplimiento; comprensión que no puede darse si no se explica, sobre todo, en forma racional e inteligible, a los destinatarios, el cómo se obtuvo la convicción sobre los hechos, ya que la aplicación, a estos, de la ley pertinente es tarea menos complicada.

Ya, anteriormente, se ha explicado sobre la complejidad del proceso cognitivo; los hechos no advienen a la mente con

indiscutible certidumbre, sino a través de mediaciones,<sup>79</sup> esto es, por intervención de pruebas personales y reales, cuyos resultados dan esa certeza razonable que fundamenta un fallo. Explicar la conecata utilización y valoración de tales mediaciones no tendría, por otra parte, trascendencia alguna, si no se abre la posibilidad de su rectificación fundada en aceptables cuestionamientos sobre su coherencia; esto es algo tan elemental, como que las razones que no puedan cuestionarse no son tan racionales, pues, si lo fueran, resistirán a cualquier cuestionamiento; en suma, sana crítica es solo la que sale indemne de cualquier ulterior sana crítica, de no ser así, se consagraría una indefensión ante el error, una intangibilidad de la valoración efectuada por el juez de primer grado, aun en el caso, no descartable, de cambios de las premisas aportadas por las reglas de la ciencia y la experiencia. La motivación, por tanto, constituye una condición de existencia del fallo y como tal está reconocida en la Constitución y en el Código Orgánico Integral Penal, a cuyo tenor:

Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.

<sup>79</sup> En este sentido la "inmediación", entendida como algo que no ha sido "mediado" o que es percibido como conocimiento puro! algo así como clarividencia mística, es inadmisibles en el proceso penal, ello tal vez puede darse en la inspiración poética.

Art. 622.- Requisitos de la sentencia.- La sentencia escrita, deberá contener:

1. La mención del tribunal, el lugar, la fecha y hora en que se dicta; el nombre y el apellido de la o el sentenciado y los demás datos que sirvan para identificarlo.
2. La relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos de la o el sentenciado que el tribunal considera probados en relación a las pruebas practicadas.
3. Las consideraciones por las cuales se dé por probada o no, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, así como las pruebas de descargo o de atenuación de la responsabilidad.
4. La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas.
5. La determinación individual de la participación de la o las personas juzgadas en relación con las pruebas practicadas y la pena por imponerse, de ser el caso.
6. La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda.
7. Cuando se determine la responsabilidad penal de la persona jurídica, la o el juzgador deberá verificar los daños a los terceros para poder imponer la pena.
8. Las costas y el comiso o la restitución de bienes o el producto de su enajenación, valores o rendimientos que hayan generado a las personas que les corresponde.
9. La orden de destruir las muestras de las sustancias por delitos de producción o tráfico ilícitos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

10. La suspensión condicional de la pena y señalamiento del plazo dentro del cual se pagará la multa, cuando corresponda.
11. La firma de las o los juzgadores que conforman el tribunal.

Pero, si reconocemos que la existencia de la sentencia depende de la motivación, la suerte de la resolución está condicionada a la sostenibilidad o sustentabilidad de todo este andamiaje dialéctico que es la motivación, no pudiendo aceptarse racionalmente tal sustentabilidad, si no existe oportunidad alguna de someter a ulterior examen su parte fundamental referida a las cuestiones de hecho; de allí, que predicarse la intangibilidad de la valoración probatoria, hecha por los jueces del Tribunal Penal, resulta contradictorio con la fiabilidad de la motivación.

**5.2. Límites reales y jurídicos de la impugnación.** Antes se hizo un análisis de la naturaleza y los fundamentos del derecho a impugnar (Cf. infra. p. 8) y, en líneas anteriores, se ha demostrado cuales son los fines y las consecuencias de la motivación, siendo, quizá, la más importante de ellas, el poder someter a prueba,<sup>80</sup> el fallo, sin perjuicio de que la impugnación procesalmente signifique una garantía necesaria a la situación de inocencia; interesa destacar que suele tener algunos causes, tales son los recursos de apelación, de nulidad, de casación y de revisión.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> Utilizo el vocablo en el sentido de que el fallo pueda ser sometido a prueba de errores, es decir, a una suerte de control de calidad.

<sup>81</sup> Cf. Zavala Baquerizo, Jorge, *Jurisprudencia especializada penal*, p. 1.

A la saga de la evolución del recurso en derecho comparado y de las exigencias de los pactos internacionales sobre derechos humanos, entre nosotros, se sigue manteniendo una interpretación que limita la casación a las finalidades de establecer la uniformidad de la jurisprudencia, consagrar el imperio de la ley y rectificar el agravio sufrido por el recurrente en casación, restringiendo, en todo caso, el objeto de examen y resolución casacionales, exclusivamente, a los temas de violación de ley en el fallo impugnado y, además, que tal violación se de en la sentencia, según prescribe el art. 656 del COIP:

El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.

No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba.

Según palabras de uno de nuestros tratadistas: “No cabe excusa alguna para que el recurso de casación se convierta en recurso de apelación cuando la respectiva Sala ilegalmente hace un estudio completo del proceso y no solo de la sentencia como es su deber”.<sup>82</sup> En diferente opinión, se dice sobre la casación que:

<sup>82</sup> Op. cit., pp. 2-3.



“es la historia de la atribulada búsqueda de una identidad, ya que originariamente no debía siquiera ser un órgano jurisdiccional, sino para legislativo: custodio de la ortodoxia normativa, de la interpretación única y verdadera de la ley; después se ha convertido en juez de la legitimidad del proceso; ahora, se está transformando en juez último del hecho. Por tanto, la casación ha irrumpido victoriosa en la antaño ciudad prohibida de los hechos”.<sup>83</sup>

A veces, las discusiones jurídicas se enredan en filigranas conceptuales desconocedoras del carácter instrumental del derecho, sobre todo, del procesal penal; este debe servir a la realización de la justicia, agotando las posibilidades de lograr grados de certeza en las decisiones; el fallo justo es el que deviene de un proceso exhaustivo y aceptado en cuanto a la valoración probatoria de los hechos. No tiene importancia alguna debatir sobre cuál es el cometido impugnativo de la casación, sino determinar si, a su amparo, se puede lograr un efectivo control del fondo de una decisión, si no es así, estamos incumpliendo con el debido proceso.

Pasemos a desenredar el tema esclareciendo que corresponde a cada recurso, siendo un dato previo recordar las siguientes operaciones procesales, relativas a las cuestiones de hecho, actuación de prueba, valoración probatoria y motivación de la resolución. Si un sistema de apelación permite nueva producción de prueba, estaríamos prácticamente ante un nuevo juicio, como ocurre en nuestra segunda instancia

<sup>83</sup> Igartua Salaverría. Juan. Op. cit. P. 42

en materia civil; si solo se permite penetrar en la valoración realizada por el juez de primer grado, con la consiguiente posibilidad de revocarla y reemplazarla por otra, hablaríamos de una apelación limitada o en mérito de autos<sup>84</sup> respecto de la casación. Hoy, no se la puede reducir a un simple control de la pureza legal, sino, más que nada, de la justificación de la valoración efectuada por el inferior, pudiendo anularla. Toca, entonces, haciendo eficaz la sana crítica, comprender que el paso innovador para resguardo del debido proceso radica en el imperativo de la motivación, la cual forzosamente tiene que abarcar un correcto tratamiento de las cuestiones de hecho en el proceso, es decir, corrección de fijación y corrección de las inferencias, en suma, construir la gran premisa de lo fáctico ya que la otra premisa del silogismo es el derecho aplicable al caso; se trata de verificar la correcta “conexión entre la labor probatoria y la ponderación jurídica...”<sup>85</sup>

A pesar de que en nuestro actual recurso de casación, se determina que no serán admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba, y de que los mismos términos han sido recogidos por la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional, debemos decir que es necesario descartar el mito de que la inmediación depende de los sentidos, no siempre tan atentos de los jueces de la audiencia y, además, superar la infundada autonomía entre los

<sup>84</sup> Quiero insistir, aunque muchos no compartan mi opinión, que la famosa inmediación no necesariamente es conculcada en una apelación sin nuevo aporte de pruebas, claro está, si se toman las precauciones de registros audiovisuales de lo actuado en la audiencia.

<sup>85</sup> Dohring, Erich, *La prueba su práctica y apreciación*. p. 13.

hechos y el derecho, la cual sería indiscutible si aquellos se manifestaran con tal evidencia, que haría superflua cualquier demostración de su existencia; sin embargo, como esto casi nunca ocurre, será necesario investigar y demostrar lo fáctico de acuerdo con métodos fiables que el derecho hace suyos (demostraciones jurídicamente aceptables) en suma, los hechos dependen del derecho, como el derecho aplicable al caso penal (tipo y demás caracteres) depende de los hechos, por lo cual, tanto es violación de ley, el calificar de homicidio hechos de autoinmolación, como cometer errores en la demostración de indicios y ulteriores inferencias, que conduzcan a una constatación equivocada de los hechos, haciendo aparecer como muerte causada por otro (homicidio) lo que realmente se trata de una autoinmolación, pudiendo afirmarse que nuestra casación si posibilita el control y rectificación de estas falacias.<sup>86</sup> En suma, hago mías las opiniones que transcribo.

...en lo relativo a los medios de impugnación... conforme a los arts. 1.1, 8.1, 8.2, apartado h y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hay... un derecho a recurrir el fallo adverso ante el Juez o Tribunal Superior, cualquiera sea la denominación del medio otorgado, pero que debe ser eficaz a los fines de poder articular los cuestionamientos y agravios que lo sustentan...Dicho contralor queda reservado, en último término, en calidad de garantía de un doble contralor legitimaste de la sentencia condenatoria para el imputado... En ningún supuesto pueden invocarse,

<sup>86</sup> Diríase que no solo es tema de derecho, la ley que se aplica al caso; sino los procesos de constatación del caso.

por los órganos jurisdiccionales, razones formales de improcedencia o inadmisibilidad que cercenen o impidan lograr en los casos concretos esa función de controlador y legitimación...<sup>87</sup>

## 6. Conclusión

Desde que se instituyó el sistema procesal penal oral acusatorio, se ha venido coartando un verdadero como amplio control sobre lo actuado en la Audiencia, cuando mucho, se ha mantenido el recurso de casación limitado a la legalidad de las sentencias. Si lo resuelto por el Tribunal de Mérito, por obligación Constitucional y legal debe venir motivado, no puede darse motivación, dada su función fundamentacional, a la que deba dispensarse de un examen exhaustivo, comprensivo de lo ontológico y lo normativo.

La obligación de un doble control (doble conforme o doble confronte) aparte de las razones antes señaladas, proviene de las exigencias del debido proceso, no siendo verdad, como parece afirmar una opinión sobre el caso Cesáreo Gómez Vázquez, que la situación de inocencia (mal llamada presunción) se mantiene hasta la sentencia de instancia; antes de decir la última palabra de cosa juzgada, hay que revisar todo lo revisable, ya que solo cuando se haya despejado cualquier duda en contrario desaparece tal condición de inocencia.

<sup>87</sup> Chiara Díaz, Carlos, *Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal*. p. 746

Nadie discute las ventajas de la inmediación en cuanto a la fijación de datos, únicamente, se precisa que la situación de inmediación ya no depende, como hasta no hace muy poco sucedía, de la sensopercepción de los jueces del Tribunal de Audiencia; ventajosamente, la moderna tecnología perenniza imágenes y sonido que pueden ser reproducidos ilimitadamente.

En consecuencia de lo antes dicho, el control casatorio no tiene los límites de la inmediación, sino de la imposibilidad de repetir las pruebas, ello solo es posible en revisión (pero, entonces, penetramos en los lindes de otro recurso) pero, eso no debe afectar al control de lo actuado, debiendo tenerse muy clara la diferencia entre la producción de la prueba, su valoración y la verificación de su valoración o examen de la motivación.

Resulta indispensable reclamar un mayor esmero, de todo el aparato procesal penal, en el tratamiento de los hechos, desde las investigaciones iniciales a cargo de la fiscalía, hasta la exigencia de una real producción de prueba en el plenario, ya que en la audiencia, muchas veces, se convalida como si fuese prueba un memorial de datos, mediante eufemismos como aquel de “judicializar” lo actuado en la instrucción fiscal; esta inadmisibles práctica engendra un viciado sucedáneo de verdadera prueba.

No cabe duda que siempre será de suma importancia, para el entendimiento y la aplicación del derecho, el tema de su interpretación o hermenéutica; es decir, la búsqueda de la voluntad de la ley, que no corresponde, necesariamente, con su

historia; ni mucho menos, con la pretendida voluntad del legislador, pero, lo más importante radica en los temas de la verdad y la prueba en el proceso judicial, debiendo destacarse que el principal problema para la justa aplicación del derecho es epistemológico, sin que podamos aceptar que el conocimiento sea sustituido con la persuasión, es decir, que ya no se trate de buscar la verdad, sino de construir una, para la resolución del caso, que en la discusión entre cognoscitividad y constructivismo salga victorioso este último.<sup>88</sup>

Para terminar, nuestro sistema penal debe acoplarse a la moderna doctrina en materia de impugnación, que hace de los recursos, instrumentos de realización de la justicia, en vez, de mantenerlos como fórmulas rituales, tributarias de obsoletas teorías, superadas por la concepción del actual Estado Democrático de Derecho, que privilegia un sistema expansivo de tutela de los Derechos Humanos.

<sup>88</sup> No voy a ocuparme de este tema en el presente trabajo, ampliamente tratado por Gascón Abellán, Marina, en sus ensayos titulados, "Concepciones de la prueba. Observación a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo". "La prueba judicial: Valoración racional y motivación, "Los hechos en el derecho" en el Seminario Bases argumentales de la prueba". Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.

Textos recogidos en la bibliografía, al final. Creo que mi conocimiento, si puede ser compartido con los demás, ostenta la jerarquía de persuasivo, siendo ocioso tratar de diferenciar entre un conocimiento correcto y un conocimiento persuasivo. Claro está, que tanto el conocimiento como la persuasión, hacen profesión de fe en los buenos argumentos, es decir, en todo aquello que se emplea para una correcta fijación y valoración de los hechos del caso.

## 7. Bibliografía

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Bacigalupo, Enrique. *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires: Edit. Ad-Hoc, S,R.L., 1994.
- Bobino, Alberto. *Problemas del derecho procesal contemporáneo*, Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 1988.
- Brugger, Walter. *Diccionario de filosofía*, Barcelona: Editorial Herder, 1983.
- Cachón, Villar, Pablo. *La doble instancia penal y el recurso de casación*, [http://www.google.com.mx/search?hl=es&q=La+Doble+instancia+penal+y+el+recurso+de+casaci%C3%B3n&btnG=Buscar+con+Google&meta=lr%3D1ang\\_es](http://www.google.com.mx/search?hl=es&q=La+Doble+instancia+penal+y+el+recurso+de+casaci%C3%B3n&btnG=Buscar+con+Google&meta=lr%3D1ang_es)
- Cafferata, Ñores, José I. *Proceso penal y derechos humanos*. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel Constitucional, Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.,
- Calvo, Rojas, Eduardo. *Menos tribunales, mejores jueces*, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174787>
- Claria, Olmedo, Jorge A. *Derecho procesal penal, Tomo III*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

- Cordero, Acosta, José. *Prólogo al libro El juez ecuatoriano y el nuevo Código de Procedimiento Penal*, de Simón Valdivieso Vintimilla, Quito: Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2003. “*El conocimiento en la teoría general del delito*”, Trabajo de módulo, Postgrado de especialización en maestría en derecho penal, Cuenca: Universidad del Azuay, 2008.
- Cousino, Luis. *Derecho penal chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1975.
- Chiara, Díaz, Carlos Alberto y Obligado, Daniel Horacio. *Garantías, medidas cautelares e impugnación en el proceso penal*. Rosario: Editorial Jurídica Nova Tesis, 2000.
- De Urbano, Castrillo, Eduardo. *El recurso de casación penal*, Impresos Múltiples, S.A. de C.V., 2006.  
[http://www.google.com.mx/search?hl=es&lr=lang\\_es&sa=X&oi=spell&resnum=O&ct=result&cd=l&g=Eduardo+Urbano+Castrillo&spell=1](http://www.google.com.mx/search?hl=es&lr=lang_es&sa=X&oi=spell&resnum=O&ct=result&cd=l&g=Eduardo+Urbano+Castrillo&spell=1)
- Desimoni, Luis María. *La evidencia en materia criminal*, Buenos Aires: Edit. Abaco de Rodolfo de Palma, 2001.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires: Editor Víctor P. Zavalía, 1974.
- Díaz, Clemente A. *El cuerpo del delito en la legislación procesal*. Abeledo, Perrot, Buenos Aires, 1965



- Doi-Iring. *La prueba. Su práctica y apreciación*, Berlín: Ediciones Jurídicas, 1964.
- Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa Editorial, 1991.
- Frank, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, México: Distribuciones Fontamara. 5. A, 1991.
- Gascón Abellán, Marina, *Concepciones de la prueba*. Observación a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo, [http://www.google.com.mx/search?hl=es&q=Concepciones+de+la+prueba&btnG=Buscar+con+Google&-meta=lr%3Dlang\\_es](http://www.google.com.mx/search?hl=es&q=Concepciones+de+la+prueba&btnG=Buscar+con+Google&-meta=lr%3Dlang_es)  
*La prueba judicial: Valoración racional y motivación*, [www.uclm.es/postgracloderecho/\\_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf](http://www.uclm.es/postgracloderecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf)  
“Los hechos en el derecho” en el Seminario Los hechos en el derecho, bases argumentales de la prueba, Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>
- González Ayesta, Cruz. *Inmediación y mediación en el conocimiento de la verdad*, (La perspectiva de Tomás de Aquino.) [www.e-aguinas.net/pdf/gonzalez\\_ayesta.pdf](http://www.e-aguinas.net/pdf/gonzalez_ayesta.pdf)
- Gonzalez Lagier, Daniel. *Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial*,

[http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi\\_2000/gonzales.pdf](http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2000/gonzales.pdf)

- Gossel, Heinz, Karl. *El proceso penal ante el estado de derecho*, Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2004.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. *Sobre prueba y proceso penal*, [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones\\_05.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_05.pdf)  
*Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuadernol2/doxal2\\_08.df](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02417288433804617422202/cuadernol2/doxal2_08.df)
- Johnson, Laird, Philip N., *El ordenador y la mente*, Barcelona: Paidós, 2000.
- López Barja, De Quiroga, Jacobo. *La reforma de la casación penal*. <http://www.fadternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trahajo/lareforma-de-la-casación-penal>.
- Leonel, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo III, Buenos Aires: Ejea, Ediciones Jurídicas, 1963.
- Maceda, Gabriela Alejandra y Ortenzi, Tamara Laura. Casal: *Precisa respuesta al Derecho al Doble Conforme*, <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/casal.htm>

- Maier, Julio B. J., *El proceso penal contemporáneo*, Lima: Instituto de Ciencias Penales, Universidad Privada Antenor Orego, 2008.
- Navarro, Guillermo Rafael, *Técnica del procedimiento penal*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965.
- Pastor R., Daniel. *La nueva imagen de la casación penal*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2001.
- Pérez Barbera, Gabriel, *Casación penal y posibilidad de control*, <http://www.apdp.com.ar/archivo/barbera.htm>
- Raguéz I Vallés, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: M. Bosch Editor, 2001.
- Roxin, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Valencia: Edit. Tirantloblancn, 2000. *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- Ruiz Jiménez, Joaquín, *Apuntes tomados por José Corde-ro Acosta de las clases de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1964.
- Salaberría Igartua, Juan. *El comité de derechos humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*. Madrid: Edit. Civitas, 2004.  
[www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusionesdiscusiones\\_05.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusionesdiscusiones_05.pdf)

- Taruffo, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesal*, [www.cervantesvirtualcorn/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22\\_14.pdf](http://www.cervantesvirtualcorn/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_14.pdf)
- Tatarsky, Diego. *La doble instancia judicial y el recurso de casación en materia penal*. Una mirada desde la normativa Constitucional, [http://revista-cpc.kennedy.edu.ar/trabajos/tatarsky\\_diego.pdf](http://revista-cpc.kennedy.edu.ar/trabajos/tatarsky_diego.pdf)
- Von Kirchmann, Julius Hermann. “*La ciencia del derecho*”, Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.
- Zabala Baquerizo, Jorge, *Jurisprudencia especializada penal*, Tomos I y II, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Guayaquil: Editorial Edino, 2007.

# Los principios constitucionales del proceso penal y la defensoría pública \*

*Ernesto Pazmiño Granizo*  
*Defensor Público General*

## **Sumario:**

1. Introducción;
2. La defensa dentro del sistema de justicia;
3. El funcionamiento de un proceso penal con garantías;
4. La defensa como derecho y como garantía;
5. El fundamento constitucional de la defensa pública;
6. Bibliografía

\* Tomado, adaptado y editado del trabajo de tesis de la maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar de Quito, titulado *La Naturaleza Garantista de la Defensa Pública*.



## 1. Introducción

La Constitución de 2008 en Ecuador fortaleció normativamente al sistema de garantías y al poder judicial, por lo cual se la ha llamado “garantista”. No obstante, no se debe perder de vista que la Constitución de 1998 ya iniciaba esta corriente de reformas progresistas en nuestro país y la región. A pesar de este parentesco, la Constitución de Montecristi tiene un elemento único: la inclusión integral del modelo garantista. No sólo se incluyeron más derechos y más garantías jurisdiccionales; sino que, además, toda la institucionalidad fue convertida en garante del texto constitucional. De esta manera, los artículos del 84 al 86 de la Constitución desarrollaron las garantías legislativas, de la política pública, y jurisdiccionales. Al mismo tiempo, el legislador constituyente buscó que toda la parte orgánica de la Constitución tuviera una fiel correspondencia con la parte dogmática. Aquello fue tan armónico que la diferencia entre parte dogmática y orgánica perdió sentido. Por esta razón, se puede decir que la institucionalidad estatal es una garantía en sí mismo.

Una institución garante por excelencia en este contexto es la Defensoría Pública, la cual está regulada en el artículo 191 de la Constitución. La defensa penal, de la niñez y adolescencia y la de los asuntos laborales, es prioritaria de acuerdo a lo que establecen el artículo 191 y la Disposición Transitoria Décima de la Constitución. El artículo 286.6 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) establece que le corresponde a la Defensoría Pública garantizar la defensa pública especializada para las mujeres, niños, niñas

y adolescentes, víctimas de violencia, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas. Algunos modelos de otras defensorías están guiados únicamente al fortalecimiento de la prestación del servicio en el área penal. Se debatió mucho sobre ello, pero una investigación realizada por el Ministerio de Justicia sobre el nivel de demanda de defensa en otras materias como niñez y adolescencia, violencia intrafamiliar y laboral, arrojaron cifras preocupantes sobre el excesivo número de causas que se tramitan en las judicaturas del país con relación a dichas materias: niñez y adolescencia, 88.838 causas; violencia intrafamiliar, 76.023 causas; y, asuntos laborales, 21.574 causas en el sistema de justicia. A partir de esto, se decidió que el servicio de Defensoría Pública abarcaría todas las materias e instancias de manera programática. Al mismo tiempo, el COFJ estableció que, para ampliar la cobertura a otras materias, puede contarse temporalmente con organizaciones especializadas que trabajan en estas áreas, lo cual llevó a la potestad de acreditar y evaluar a los servicios de defensa y asesoría jurídica gratuitas que organicen las universidades del país y las organizaciones de la sociedad civil.

De acuerdo a lo manifestado, voy a explicar en qué consiste la naturaleza garantista de la Defensoría Pública de cara a la materialización de los derechos de personas y colectivos, mediante el análisis de la doctrina y los modelos necesarios para focalización del servicio. Uno de los argumentos de este trabajo es que existe una relación indispensable entre el modelo garantista y la focalización del servicio de defensa pública. Quiere decir que no se pueden litigar todos los casos, sino que debe dirigirse la política de defensa a la protección



de las personas más débiles, asumiendo la ley que emblema su mismo nombre: “la ley del más débil”. Aquello es aplicable a todos los tipos de casos, pero particularmente a los penales. En lo penal, lo natural de una defensa pública es el patrocinio de los procesados, puesto que son estructuralmente la parte más débil del proceso. El COFJ permite una defensa técnica y focalizada en el sentido anotado. El argumento central de este trabajo es entonces realizar una justificación teórica del origen, función y legitimidad de la Defensoría Pública, tal vez como la primera institución de garantías dentro de la dinámica judicial.

## 2. La defensa dentro del sistema de justicia

En el diseño de los sistemas de justicia de América Latina, el enfoque con mayor difusión ha sido el de los Derechos Humanos en los últimos 20 años, de acuerdo a la agenda de la cooperación internacional y los organismos intergubernamentales. Algunos elementos, sin embargo, lo han enriquecido. Así, algunas reformas que han incorporado el sistema de justicia estatal al sistema político, hacen posible que exista entre ellos una interrelación. Por esta razón, las reformas al sector justicia que se desarrollan en la Constitución de 2008 buscan transformar la justicia en Ecuador. Dicho fin estratégico supone que la justicia sea un factor gravitante, mas no el único para cambiar las estructuras sociales que impiden una sociedad justa, equitativa y materialmente –no solo formal– democrática, lo cual se contrapone a la concepción tradicional que cree que el sistema judicial sirve únicamente para solucionar conflictos *interpartes*. Supone, además, la sustitución de

la matriz ideológica de las normas jurídicas, concebidas para proteger los intereses de la clase dominante.

La justicia se politiza desde la reformulación de las relaciones entre la política y el derecho. En consecuencia, todo el sistema de justicia tiene como misión fundamental la transformación política de la sociedad, mediante la materialización de la Constitución de 2008 en el caso ecuatoriano. Esto requiere una intervención estatal positiva a través de una política constitucional consolidada. Tal es así, que una de las políticas constitucionales más importantes descrita en el artículo 191 de la Constitución de 2008 es la creación de la Defensoría Pública como institución de garantías. Surge del derecho humano a la justicia, que tiene como correlato la obligación negativa y positiva del Estado de garantizar el acceso a una justicia gratuita y de calidad. Anteriormente, los Estados han ejercido su obligación negativa, que consiste en abstenerse de violar derechos; sin embargo, el gran salto que ocurre en la realización del Estado constitucional de derechos y justicia (artículo 1 de la Constitución vigente), es el que posiciona al Estado en su obligación positiva de hacer, es decir, de intervenir para garantizar derechos, especialmente de quienes se encuentran en situación de indefensión.

Así, en la Constitución de 2008, el derecho a la justicia contiene tres grandes líneas conceptuales dispersas en el texto constitucional y que funcionan como un denominador común a varios principios y derechos. Identificar estas líneas permite estructurar la actuación jurisdiccional desde los estándares de derechos humanos. Se crearía, de esta manera, una relación de doble vía, tal como lo evidencia

Dulitzky entre los sistemas de protección internacional de derechos humanos y los sistemas internos de justicia<sup>1</sup>. Esta doble vía permitiría introducir una escala dinámica de valores mínimos con pretensión universalista que pueden dar luces a la potestad judicial en el derecho interno; al tiempo que colocaría a las experiencias locales como un elemento legitimador y como fuente del derecho internacional de los derechos humanos. Vamos a describir la trilogía sobre la que funciona el derecho a la justicia en la Constitución de 2008, y que integra el mandato constitucional de la Defensoría Pública:

**2.1. El acceso a la justicia.** Las garantías del debido proceso han sido enfocadas tradicionalmente como herramientas exclusivamente procesales. Así, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado se veía violentado en la medida que no incorporaba tal participación. Esta visión restrictiva sometía el debido proceso a la dinámica de la mera legalidad e invisibilizaba las causas estructurales del problema.

La Constitución de 2008, en su artículo 75, desarrolla el “acceso a la justicia” como un fin integral de las políticas públicas de justicia y no solo como un problema de la normativa o de jueces y juristas. Quiere decir que el acceso a la justicia es primordialmente un problema de política pública, cuyo objeto es eliminar las barreras estructurales (políticas,

<sup>1</sup> Ariel Dulitzky, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Víctor Abramovich y otros, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década* (Argentina: Editorial del Puerto, 2007).

sociales, jurídicas, raciales, de género, generacionales, etc.) que excluyen a determinadas personas y grupos de personas de manera sistemática. Y es un problema que pone al centro las fuertes relaciones de poder al interior de las instituciones sociales y jurídicas –especialmente la judicatura–, tal como se puede notar en varios trabajos de Víctor Abramóvich, Cristian Courtis, Germán Burgos, César Rodríguez, Boaventura de Sousa Santos y Guillermo O’Donnell<sup>2</sup>, entre otros. Una Defensoría Pública debe elaborar políticas públicas dirigidas especialmente a los grupos de atención prioritaria e implementar estrategias e instrumentos para el litigio estratégico en todos sus niveles. Por lo tanto, debe ir más allá del afán modernizador de las reformas judiciales de los años noventa, pensadas en el placebo de “la gobernabilidad”. De esta manera, una Defensoría Pública es una política de transformación de la justicia. Su motivación, además, se encuentra descrita en los artículos 75 de la Constitución y 3, 12 y 22 del COFJ referidos al derecho al acceso a la justicia.

**2.2. La independencia judicial.** Los principales trabajos de Popkin y Dakolias fijaron su atención en la problemática de la independencia judicial. Se entendía que era una precondición para la gobernabilidad política. La gobernabilidad

<sup>2</sup> Víctor Abramóvich, *Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007); Boaventura De Sousa Santos y Mauricio García Villegas, “El Revés del Contrato Social de la Modernidad”, en Boaventura De Sousa Santos y Mauricio García Villegas, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001); y, Juan Méndez, Guillermo O’Donnell y Paulo Sergio Pinheiro, comps., *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina* (Buenos Aires: Paidós, 2002).

consistía en una apuesta política para generar reglas mínimas para propiciar prácticas mínimas de “buen gobierno”. Era importante entonces la competencia de actores políticos en el sistema de partidos y la separación de los poderes (check and balances)<sup>3</sup>. De esta manera, en la mayoría de las constituciones regionales se incorporaron mecanismos macro para garantizar la independencia externa del poder judicial, que era lo que presentaba mayores problemas. En lo micro, se incluyeron los denominados “arreglos institucionales”, según palabras de Germán Burgos, con el fin de estructurar el desorden de los aparatos judiciales<sup>4</sup>.

Sin embargo, poco interés se puso en la independencia judicial externa. La Constitución de 2008 centró su atención en la independencia judicial interna. Para la Defensoría Pública, la independencia judicial es un principio que también la obliga y protege frente a los otros poderes. Como un organismo autónomo del sector justicia debe coordinar con el Consejo de la Judicatura, lo cual le faculta a establecer políticas específicas para la independencia e imparcialidad en el patrocinio de las causas. Por esta razón, es indispensable que la Defensoría

<sup>3</sup> Margaret Popkin, “Acceso a la justicia, gobernabilidad democrática y sociedad civil”, en Carlos Cordovez, *Justicia. Un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*, Washington (Washington: Banco Interamericano de Desarrollo BID, 2007); y, Margaret Popkin, “Iniciativas para mejorar la independencia judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, en Germán Burgos Silva, ed., *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién?, ¿para quién?, ¿Cómo?* (Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2003).

<sup>4</sup> German Burgos Silva, “¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales”, en Germán Burgos Silva, ed., *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién?, ¿para quién?, ¿Cómo?*, (Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2003).

Pública tenga varios procesos con profesionales capacitados en litigio penal y social, cuyos roles y competencias estén claramente establecidos en las normativas internas. Esta obligación consta en los artículos 76.7.k de la Constitución vigente y 3, 8, 109.1, 123, 254 y 255 del COFJ.

**2.3. La integralidad de la justicia.** El artículo 1 de la Constitución 2008, determina una nueva naturaleza del Estado, pues presenta el reto de pasar del “Estado social de derecho” al “Estado constitucional de derechos y de justicia”. Según Ramiro Ávila Santamaría, esta nueva naturaleza significa que toda actividad estatal tiene como fuente los principios y reglas constitucionales, que existen mecanismos para materializar la norma constitucional de manera integral, y que esta actividad debe ser justa, en la medida que los servidores judiciales tienen un rol activo de creadores del derecho y están obligados a utilizar el derecho estratégicamente para transformar la realidad social<sup>5</sup>. Sobre la base de este cambio estructural, se construye el principio de integralidad de la justicia que significa que no solo las juezas y jueces administran justicia, sino también fiscales, defensoras y defensores (artículo 167 de la Constitución y 1 del COFJ). Sin embargo, la respuesta al mismo tiempo debe ser especializada: las funciones jurisdiccionales (juezas y jueces), las de ejercicio del poder punitivo o fiscal, y las de patrocinio y asesoría legal o defensoriales (defensoras y defensores).

<sup>5</sup> Ramiro Ávila, “Estado Constitucional, de Derechos y Justicia”, en Ramiro Ávila, ed., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

Otra consecuencia de esta integralidad es la diferenciación entre funciones administrativas a cargo de un organismo centralizado como es el Consejo de la Judicatura, y las técnicas de la justicia en responsabilidad de juezas, jueces, fiscales, defensoras y defensores. La centralización se justifica por la necesidad de diferenciar el órgano de control y administración respecto de los controlados y administrados (art. 177 y 181.1 de la Constitución). Este sistema busca unificar esfuerzos para establecer políticas de justicia (art. 3 del COFJ), pues los cambios no pueden hacerse sino de manera conjunta y articulada a través de un organismo especial e imparcial, que permita el trabajo técnico de la justicia. Paralelamente, se establecieron mecanismos para la defensa de la independencia externa e interna para las servidoras y servidores técnicos respecto de la administración.

Así, uno de los rasgos fundamentales del Estado constitucional de derechos y justicia es la centralidad de las garantías, como un mecanismo al alcance de los ciudadanos para obligar al Estado –y en algunos casos, a los particulares– a abstenerse de actuar o actuar frente a la materialización de los derechos constitucionales. Deviene esta naturaleza en las clásicas garantías jurisdiccionales, y las novedosas garantías legislativas y de la política pública. La idea detrás de esto es que ninguna actuación del Estado quede sin cobertura garantista. Lo que significa que toda la institucionalidad estatal se convierte en una garantía en sí mismo, al servicio de las personas y colectivos; y, que cada ciudadano la puede poner en marcha para la realización de sus intereses contenidos en los derechos constitucionales. Por supuesto, determinadas instituciones tienen una responsabilidad directa respecto de esta finalidad política: el poder judicial especialmente.

La Defensoría Pública es una garantía en sí misma y tiene una responsabilidad directa frente a personas y colectivos. Lo que quiere decir que es fruto de la obligación positiva del Estado ecuatoriano de garantizar los derechos mediante la adopción de políticas de justicia en tres niveles. El primero para los procesos judiciales, el segundo para los organismos del sector justicia y el tercero para eliminar las barreras estructurales que afectan el acceso a la justicia, la independencia judicial y la integralidad de la justicia. Cuando se hace política desde una Defensoría Pública debe, por tanto, pensarse en los problemas reales y cotidianos de la gente: las dos horas que tiene que caminar una mujer para llegar a un recinto de la justicia; los niños que quieren ser escuchados y la sociedad los considera “menores”; los colectivos indígenas que no pueden legalizar sus tierras porque no pueden acreditar posesión en términos de propiedad individual; y, los extranjeros sin documentos que no pueden trabajar y son detenidos. Debe pensarse en los trabajadores que les toca aceptar las mezquinas liquidaciones porque no pueden seguir litigando a largo plazo; en las mujeres que son victimizadas en el proceso penal; y, en la lavandera que es maltratada por sus patrones y no conoce sus derechos.

El poder equilibrador y transformador de las relaciones sociales de desigualdad está en la naturaleza de una Defensoría Pública, lo cual debe materializarse en la elaboración de políticas de justicia, estructurales y comprometidas con la transformación social. Se trata de defender a los que han sido excluidos y están en desventaja en los procesos judiciales. En esta medida, la naturaleza de una Defensoría Pública no puede ser una cuestión de caridad o filantropía, sino de



una opción profundamente política por los oprimidos, por los más pobres, vale decir por el proyecto político que nuestra Constitución y los pueblos del Ecuador adoptaron el 2008. Sin embargo, una Defensoría Pública no debe asumir el universo total de los conflictos jurídicos existentes en el territorio, pues aquello es totalmente inviable. Tampoco debe tomar todos los casos posibles, pues aquello desarticularía totalmente la política defensorial. Es necesario focalizar su gestión con el fin de que ésta se dirija realmente a las personas y colectivos menos favorecidos de la sociedad. Focalizar significa seleccionar los procesos jurídicos estratégicamente, de tal manera que la cobertura defensorial de prioridad en la atención a las personas y colectivos menos favorecidos.

### 3. El funcionamiento de un proceso penal con garantías

El giro hacia la aplicación ontológica de un proceso penal con garantías sugiere al menos de una ruptura jurídico-cultural. La cultura jurídica hegemónica con que fueron dibujados nuestros ordenamientos jurídicos fue la de la aplicación a ultranza de la ley<sup>6</sup>. Por medio de la ley se tipifican los delitos –como expresión del clásico principio de legalidad– y se crea

<sup>6</sup> Gustavo Zagrebelsky sostiene que la Revolución Francesa emitió un mensaje con el que encripta cognitivamente a los derechos bajo el entendido de la ley. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia* (Madrid: Editorial Trotta, 1997), 47-73. Sin embargo, ya Hannah Arendt había de asombrarnos con las reflexiones sobre los derechos emitidos bajo el entendido de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica. Hannah Arendt, *Sobre la revolución* (Madrid: Alianza Editorial, 2004) 225.

además el camino o procedimiento para su sanción. Asimismo, por medio de la ley se otorga jurisdicción y competencia a los jueces para aplicar las penas y obligar a los culpables a cumplirla<sup>7</sup>, como expresión del *ius puniendi* dentro de un ordenamiento jurídico donde el monopolio de la fuerza y la coerción es exclusiva de la autoridad política<sup>8</sup>.

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de los Estados consagraron un pacto humanitario recibiendo en sus fueros internos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>9</sup>, algunos de los cuales fueron adoptados bajo la forma de “derechos fundamentales”<sup>10</sup>, consecuencia que va

<sup>7</sup> Hart replantea la versión de Edmundo Mezger al señalar que las normas penales no prohíben conductas, sino que prescriben que los funcionarios públicos –los jueces– sean quienes apliquen ciertas sanciones en circunstancias que se cometa un delito, los que a su vez no hacen más que cumplir con el tipo penal. En este sentido, el delito no es una trasgresión al delito, sino a la norma. Así por ejemplo matar se adhiere al tipo penal del homicidio, no obstante que viola el principio de “no matar”. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968) 45.

<sup>8</sup> Como dijo Hobbes: “No fueron los súbditos quienes dieron al soberano tal derecho (a castigar); sino que limitándose a renunciar a los que ellos tenían, fortalecieron la capacidad del soberano (Estado) para hacer uso del suyo propio como le pareciese más conveniente para la preservación de todos”. Thomas Hobbes, *Leviatán*, (Madrid: Alianza Editorial, 1993) 249.

<sup>9</sup> Por Derecho Internacional de los Derechos Humanos se entiende al: “Sistema de principios y normas que regulan un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de igual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidas, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto”. Véase Jiménez Piernas; González Campos, Sánchez Rodríguez y Sáenz de Santamaría, citados por Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Madrid: Editorial Trotta, 2006) 85-86.

<sup>10</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal* (Madrid: Editorial Trotta, 2001), 860-864.

a reflejarse en el respeto absoluto a la dignidad humana, tal como lo reza el primer artículo de la Ley Fundamental Alemana (*Das Grundgesetz*) de 1948. Sin embargo, la vigencia y efectividad de los Derechos Humanos, expresados la mayoría de ellos en las normas de rango constitucional, se contrasta con el funcionamiento práctico de algunos derechos en el momento adjetivo de la ley penal. Así, la libertad personal, libre movilidad humana o libertad ambulatoria puede perder su plena efectividad, convirtiéndose nada más que en una promesa. Es así como las garantías operan con el fin de preservar los derechos fundamentales, enarbolando tanto una nueva cultura jurídica así como un mecanismo para la defensa de los Derechos Humanos.

En materia penal, la función del *garantismo* es limitar la punitividad del Estado<sup>11</sup>. Se trata de un ejercicio judicial que ausculta pública y legítimamente la operatividad penal del Estado a fin de evitar cualquier arbitrariedad, sea de índole judicial como policial. El garantismo genera además una autorreflexividad del sistema penal, pues además de poner en cuestión una llana aplicación de la retórica legalista, posibilita su inaplicación práctica a la luz de los derechos fundamentales. En otras palabras, nos conduce a una perenne crítica entre la norma y su operación práctica. Así, su característica dentro de la construcción del Estado de derecho –*Bill of rights* o *Rechtsstaat*– se blinda de autonomía al emitir un mensaje de no-agresión a los derechos consagrados dentro de las

<sup>11</sup> La propuesta de una técnica normativa de protección de derechos se denomina como garantismo. Luigi Ferrajoli, "Garantías Constitucionales", en Raúl Gustavo Ferreyra y Andrés Gil Domínguez, dir., *El Garantismo Constitucional*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Año 1, No 2 (Buenos Aires: Ediar, 2000) 40-43.

constituciones<sup>12</sup>. El garantismo enarbola la bandera del *derecho penal mínimo*, el cual afianza una coherente, pero a su vez no discriminada relación entre el Estado y la sociedad civil. De esta forma, se entiende que el Estado no debe abusar sino proteger a las personas débiles. La “ley del más débil” se convierte en un paradigma y principio que entiende quién es el más débil según el camino del delito y su sanción, tal como lo es la víctima en el delito, la persona procesada durante el proceso y la persona sentenciada en la pena o condena<sup>13</sup>.

Así como los jueces ocupan un papel preponderante dentro del proceso penal, su rol puede verse distorsionado cuando el fin del proceso es invadido por las lógicas de la seguridad ciudadana. Por el contrario, la naturaleza del proceso penal no es la seguridad, sino las garantías a fin de evitar que un inocente sea condenado. Se trata de desarrollar los principios que cohesionen la búsqueda de la verdad con la presunción de inocencia, el cual a su vez se expresa bajo las garantías de no ser autoincriminado, no ser torturado, no estar indefenso, entre otros. Junto al papel de contención jurisdiccional, la existencia de un proceso penal con garantías no puede comenzar sin la exigencia básica de un eficiente derecho a la defensa. La defensa no solo es un mero ejercicio de representación del

<sup>12</sup> Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia* (Madrid: Editorial Trotta, 2006) 109-111.

<sup>13</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 335-336. Zaffaroni advierte en no confundir la relación entre derecho penal y garantismo. Así, sostiene que: “Referirse a un derecho penal garantista en un estado de derecho es una grosera redundancia, porque en él no puede haber otro derecho penal que el de garantías, de modo que todo penalista, en ese marco, se supone que es partidario de las garantías, esto es, garantista”. Eugenio Raúl Zaffaroni, *El Enemigo en el Derecho Penal* (Bogotá: Grupo Editorial Jurídica Ibáñez, 2006) 228.

procesado, sino un oficio que debe velar tanto en la investigación pre procesal como procesal por la búsqueda de la verdad procesal<sup>14</sup>, evitando el apareamiento de cualquier manifestación de arbitrariedad policial, fiscal e incluso judicial. La base del razonamiento jurídico que realiza la defensa no solo proviene de la exégesis que ofrecen las normas del entramado legislativo nacional, sino además de los principios jurídicos que se desarrollan como mandatos de optimización<sup>15</sup>.

La emergencia de nuevos tipos penales y la restricción de garantías procesales pueden enviar un mensaje reducido y equivocado a los jueces acerca del fin del estado de derecho. Significantes vacíos como la “alta peligrosidad” o la “actitud sospechosa” del procesado pueden negar en la práctica la vigencia de los derechos fundamentales. Por el contrario, la noción de un proceso penal con garantías invoca a la actividad de la defensa a estar vigilante de la aplicación de los mínimos estándares del debido proceso como lo es la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, el real funcionamiento del contradictorio, la garantía de una igualdad de armas, la oralidad y publicidad del juicio, entre otras.

<sup>14</sup> Para Julio Maier, la verdad procesal consiste en: “...la relación de concordancia entre el pensamiento y el objeto pensado”. Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal. I Fundamentos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996) 841-842.

<sup>15</sup> Iván Vila Casado, *Nuevo Derecho Constitucional* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000) 329-342. Se debe esclarecer el papel que cumplen los principios y las reglas jurídicas como la base piramidal del ordenamiento jurídico kelseniano. Los primeros son la base de la política y del ordenamiento jurídico constitucional del estado; mientras los segundos, introyectan en los jueces a convertir su jurisprudencia en una operación básicamente mecánica, pues como sostiene Ronald Dworkin: “...lo mejor que podríamos hacer sería echar juntos a la basura los enigmas y los conceptos y perseguir nuestros importantes objetivos sociales sin ese exceso de equipaje...”. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1995) 63.

La primera torre de vigilancia para la aplicación de un proceso penal con garantías depende de la actuación de la defensa. Solo así se va reconstruyendo la idea de una verdadera *accountability* del proceso penal, cuyo veedor legitima el carácter político del estado de derecho así como la convicción de que se trata de un debido proceso. A su vez, lo que atiza al debido proceso no es la simple legalidad establecida en los códigos procesales, sino todo el conjunto de estándares nacionales e internacionales que articulan el contenido esencial de cualquier derecho: la dignidad humana. Afirmar lo contrario, es decir, sostener que el debido proceso es lo que simplemente dice la ley sería como aceptar un *doble* derecho, lo cual es inadmisibles incluso por la doctrina del derecho internacional público<sup>16</sup>. De este modo, al debido proceso también lo informa –lo alimentan– los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos.<sup>17</sup> Así, según Luigi Ferrajoli, el grado de coherencia del sistema penal no es la simple aplicación de los prenombrados instrumentos internacionales, sino la satisfacción de los siguientes axiomas, los cuales cierran el entramado de un sistema penal de garantías precisamente con la prelación del derecho a la defensa:

<sup>16</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni hace una interesante observación sobre la posición que toma Estados Unidos. La primera potencia económica del mundo se opone a la consagración o fortalecimiento de la “ciudadanía universal” para promover la impunidad de crímenes de lesa humanidad bajo la tesis del *doble derecho*. Para aquellos estados, el derecho internacional de los derechos humanos es aceptable en tanto en cuanto no afecte a su soberanía. E. Raúl Zaffaroni, *El Enemigo...*, 235-243.

<sup>17</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión; entre otros.

No hay pena sin crimen,  
Ni crimen sin ley,  
Ni ley sin necesidad,  
Ni necesidad sin ofensa,  
Ni ofensa sin acción,  
Ni acción sin culpa,  
Ni culpa sin juicio,  
Ni juicio sin acusación,  
Ni acusación sin prueba  
Ni prueba *sin defensa* (cursivas fuera del texto)<sup>18</sup>

#### 4. La defensa como derecho y como garantía

El presupuesto del debido proceso, sin lugar a dudas, es el derecho a la defensa. Además de estar garantizado en nuestra Constitución de la República (art. 77.7), se lo reconoce como una garantía primaria dentro de los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos. El derecho a la defensa es indivisible e independiente, pues contiene tal sistematicidad que de vulnerarse se verían afectados todos los demás derechos dentro del proceso penal<sup>19</sup>. Sin embargo, con frecuencia se asocia al derecho a la defensa con el

<sup>18</sup> Los diez axiomas de un sistema penal de garantías pueden leerse bajo la siguiente inscripción de principios: 1) principio de retributividad, 2) principio de legalidad, 3) principio de necesidad, 4) principio de lesividad, 5) principio de materialidad, 6) principio de culpabilidad, 7) principio de jurisdiccionalidad, 8) principio acusatorio, 9) principio de verificación; y, 10) principio del contradictorio. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 93.

<sup>19</sup> El derecho a la defensa en una persona privada de su libertad es el preámbulo del debido proceso legal sin el cual, sencillamente, todas las demás garantías serían inalcanzables.

principio de *tutela judicial efectiva*, que se convierte de forma práctica en el acceso a la justicia sin discriminación alguna. No obstante, el derecho a la defensa deviene de la antítesis bajo la cual emerge el principio que lo activa: *la prohibición de indefensión*. Aquel principio esbozado desde la Carta Magna de 1215, así como en la gran obra de Beccaria “De los delitos y las penas”, no se desprende necesariamente como una generalidad hacia los sujetos procesales. El derecho a la defensa lo es de manera fundamental hacia la “parte más débil” del proceso<sup>20</sup>: el procesado.

El interés del Estado y la sociedad es evitar la impunidad y sancionar a cualquier persona que haya cometido un delito. Sin embargo, ante la emergencia de un discurso de seguridad ciudadana no queda claro si también debe ser de interés del Estado y la sociedad el no condenar a un inocente. Por ende, el derecho a la defensa es antes que nada una garantía. Se activa incluso desde el momento en que se sospecha de una persona sin aún estar privada de su libertad. Precisamente, es en momentos de sospechabilidad donde el derecho a la defensa debe afianzar su papel de garantía. En este sentido, como presupuesto debe informarse a cualquier persona sobre el tipo de sospecha que está ejerciendo el Estado en su contra<sup>21</sup>, es decir, sobre: a) el motivo de la detención; b) las garantías a que

<sup>20</sup> La garantía de la defensa encuentra su origen en la Declaración de los Derechos del Estado de Virginia de 1776. Para Maier, lo importante del derecho a la defensa es que a través de esta garantía se debe asumir una aplicación eficaz de la confrontación –del contradictorio– con la otra parte. De esta forma, Maier define al derecho a la defensa como: “...*la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto...*”. Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal...*, 539-552.

<sup>21</sup> “Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención...” Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.4



tiene derecho; y, c) los nombres y apellidos de quien realiza el arresto<sup>22</sup>. En otras palabras, se trata de un derecho cuya garantía se traslada a momentos donde aún no se activa el oficio de la defensa<sup>23</sup>. Al ser un derecho interrelacionado, la defensa activa otras garantías como los derechos a *guardar silencio*, *no declarar en contra sí mismo* o *no autoincriminarse*.

Aunque la confesión sea análogamente la “reina de las pruebas” en materia civil, el guardar silencio no convierte de forma mecánica a un procesado en delincuente, pues la garantía de la defensa admite una colaboración eficaz con la justicia, pero sin la obtención de ninguna confesión involuntaria<sup>24</sup>. Sin embargo, la confesión voluntaria ha venido a menos debido al paradigma del modelo acusatorio que posiciona la eficiencia en lugar de la garantía dentro del proceso penal. La principal institución que amenaza al principio de no autoincriminación es el *plea bargaining*, conocida también

<sup>22</sup> Esta garantía se encontró incluso en la Constitución Política de 1998, que sostuvo que: “Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio. También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar...” (Art. 24.4).

<sup>23</sup> En España se establecen figuras como la *detención comunicada* y la *detención incomunicada*, con lo que se genera un interrogatorio sin acceso alguno a una defensa guiada por un profesional, conminando además a la clandestinidad de la declaración del detenido. Carlos Salido Valle, *La Detención Policial* (Barcelona: José María Bosch Editor, 1997) 163-166.

<sup>24</sup> El afamado constitucionalista Germán Bidart Campos sostuvo que: “la confesión no debe ser forzada ni arrancada por la fuerza, sino espontánea y voluntaria”. Germán J. Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, Tomo I (Buenos Aires: Ediar, 1968) 484. La tortura o el tormento –muy usada en la Inquisición– no solo fue una forma auxiliar en la investigación de la verdad, sino además una pena y una forma de hacer retractar o abjurar la voluntad y la expresión de las personas. Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal...*, 675-676.

como procedimiento abreviado<sup>25</sup>. A través de esta institución la igualdad de armas es negada. Mediante el procedimiento abreviado la obligatoriedad de la carga probatoria no sigue su curso ordinario. Finalmente, producto de la negociación –“acuerdo”– de la pena, quien subyace como la parte más débil del proceso es inducida a admitir “voluntariamente” la culpa.

En algunos ordenamientos jurídicos el derecho a la defensa no implica la centralidad de un letrado en derecho. La auto-defensa es permitida por algunas legislaciones estatales de los Estados Unidos, que solo facultan al abogado para casos de personas que a la vista del juez lo requieran, tal como el caso de personas indigentes<sup>26</sup>. Sin embargo, el derecho a la defensa como una garantía que se expresa mediante un servicio se generalizó a fines del siglo XVIII en los Estados Unidos<sup>27</sup>. La

<sup>25</sup> Bajo el *principio de oportunidad* se pueden tolerar acuerdos y prescindir del juicio, siempre y cuando su resultado no consista en una pena privativa de la libertad. Julio B. J. Maier, “¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?”, en Carlos Julio Lascano, edit., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: homenaje al profesor Claus Roxin* (Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba/Editora Lerner y La Lectura Libros Jurídicos, 2001), 788.

<sup>26</sup> Vale recordar que incluso la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos permite la autodefensa en su art. 8.2.d, cuando expresa que: “...el derecho del inculpado a defenderse personalmente...” Además, la renuncia a la defensa, como un acto voluntario y consciente, está garantizada por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y avalada por reiteradas jurisprudencias de la *Supreme Court*.

<sup>27</sup> El modelo acusatorio en el mundo anglosajón ha avanzado en cuestiones como el desarrollo del principio del contradictorio para garantizar la igualdad de armas, a pesar que ha retrocedido sobre todo en el sostenimiento de garantías como el derecho a ser asistido por un abogado, violando el derecho a no autoincriminarse, pues durante años no existió la defensa gratuita. John H. Langbein, “Tortura y Plea Bargaining”, en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp., *El Procedimiento*

situación económica de las personas procesadas no fue asumida en la concepción histórica del derecho a la defensa. Se partió de un derecho semánticamente consagrable aunque pragmáticamente discriminatorio; es así como la condición socioeconómica de las personas detenidas va adquiriendo cierta visibilidad, es decir, sobre la gran realidad de personas que pueden pagarse un abogado de su elección para litigar sin gastos<sup>28</sup>. La garantía del derecho a la defensa obliga a los Estados a organizarse de la mejor manera posible para promover la realización plena de este derecho, sea a través de defensores públicos o a través de defensores de oficio dependientes de gremios, corporaciones, universidades, ONG´s o la misma organización o función judicial.

*Abreviado* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001) 12. El derecho a la defensa, y como corolario, la asistencia letrada o defensa técnica, depende no solo de la libre elección del detenido sino de la obligación del estado en proporcionarle un abogado sin coste alguno, cuando este no pueda contar con uno. La Defensoría Pública constituye una necesidad para nuestras sociedades, no solo para la prosecución de esta garantía, sino también como institución. Además, según Stella Maris Martínez, la Defensa Pública debe ser un órgano integrado con una suficiente cantidad de miembros, sin forzarlos a hacer sacrificios inhumanos. Stella Maris Martínez, "¿Quién defiende a la defensa? El derecho de defensa como requisito inexcusable de una administración de justicia respetuosa de los derechos humanos", en Ana Messuti y Julio Andrés Sampedro Arrubla, *La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001) 169.

<sup>28</sup> El art. 8.2.e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: "...el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley...". De igual forma, el principio 17.2 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión reza que: "...La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo...".

El servicio de la defensa se coloca en especial posición de garante, sobre todo frente a la posible comisión de maltratos o torturas,<sup>29</sup> pues el maltrato a las personas procesadas y más aún detenidas quizá ha acompañado la historia del proceso penal desde siempre. Por ello, el rol del defensor implica siempre la vigencia plena de los Derechos Humanos, entendiendo que la defensa no se agota solo con el asesoramiento, sino también con el trato digno del detenido, lo que implica garantizar un cautiverio sin torturas. El derecho a la defensa reúne además dos condiciones intrínsecas. Por un lado, la habilidad del defensor, lo que implica el conocimiento teórico y empírico del caso, es decir la sagacidad del profesional más allá del aprendizaje de las normas. Por otra parte, el respeto del Estado como garantía de no-intervención o prestación negativa. En este sentido, el derecho a la defensa solo se promueve eficientemente si el Estado no lo interrumpe<sup>30</sup>. De esta forma, una de las primeras manifestaciones de no interrupción es el desarrollo de la defensa en el marco de una real *confidencialidad*. De cualquier manera, la defensa como derecho y garantía implica la asunción de muchos principios o estándares de derechos humanos. El oficio del defensor es una consecuencia de aquellos estándares que

<sup>29</sup> "Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes" Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principio 6.

<sup>30</sup> El Comité de Derechos Humanos ha señalado que: "...el acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho a impugnar el desarrollo de las actuaciones si consideran que son injustas". Ver Observación General No. 13, Igualdad ante los tribunales y derecho a toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley, art. 14, 21 período de sesiones, párr. 11.

ubican o posicionan fundamentalmente el impedimento de evitar a toda costa la condena de un inocente. Tal es así que la principal garantía judicial que posiciona la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 8) es la que conjuga en el núcleo del derecho a la defensa algunas otras garantías como las siguientes:

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:

- a) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- b) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- c) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- d) derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- e) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable... (Cursivas fuera del texto).

## 5. El fundamento constitucional de la defensa pública

La defensa como servicio público, por lo antes dicho, no tiene su origen en la reforma procesal que convirtió el modelo

inquisitivo en acusatorio. Por ende, su origen fundacional no es a partir del Código de Procedimiento Penal que implementa el servicio de defensa pública como un instrumento del modelo de gestión fiscal. Por el contrario, el origen del servicio de defensa pública emerge de los nuevos derechos y garantías esgrimidos a partir de la Constitución de Montecristi, es decir de la Constitución de la República que entró en vigencia el 20 de octubre de 2008 y que consagra al Ecuador en su artículo 1 como “un Estado constitucional de derechos y justicia”<sup>31</sup>. Es así que su reconocimiento se encuentra en el nuevo marco constitucional que, a su vez, inscribe al garantismo en el nuevo pacto social, pues es a partir de su artículo 191 que se señala que:

Art. 191.- La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

La Defensoría Pública prestará 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.

<sup>31</sup> Como sostiene Gargarella: “Las Constituciones importan, porque pueden facilitar la salida de una crisis, o retrasar el ingreso a ella; importan porque pueden ser condición necesaria o detonante de cambios sociales mayores; importan porque pueden fijar ideales y aspiraciones alcanzables y deseables; importan porque pueden representar pequeños pero decisivos pasos en pos de la autonomía individual y el autogobierno colectivo”. Roberto Gargarella, Prólogo, en Ramiro Ávila y otros, eds., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008) 13.

La Defensoría Pública es indivisible y funcionará de forma desconcentrada con autonomía administrativa, económica y financiera; estará representada por la Defensora Pública o el Defensor Público General y contará con recursos humanos, materiales y condiciones laborales equivalentes a las de la Fiscalía General del Estado.

La coyuntura del nuevo Ecuador giró alrededor de los debates de la Asamblea Constituyente y sus consecuencias políticas ulteriores. Fue en este contexto que la nueva constitución generó: i) un humanitario indulto general a las denominadas “mulas” del narcotráfico; ii) la conformación por primera vez de una Comisión de la Verdad para investigar los crímenes de lesa humanidad ocurridos en especial durante el gobierno de 1984 y 1988; iii) la estructuración de una nueva visión alrededor de la Función Judicial, donde se asume tanto a la agencia fiscal como defensorial como órganos autónomos; y, iv) la creación de instituciones de garantías como los históricamente inexistentes Ministerio de Justicia, Corte Constitucional y Defensoría Pública. Puede decirse entonces que, a pesar de los antecedentes institucionales respecto de Unidad de Defensa Pública Penal, el “mito fundacional” para la institucionalización de la Defensoría Pública no es la reforma procesal penal, sino la nueva Constitución como un fuente le otorga mayor legitimidad.

Pronto la tasa de encarcelamiento va a reflejar el cambio de la política criminal en adopción a la institucionalización del servicio de defensa pública. La inclusión paso a paso de la Defensoría Pública pone en cuestión el manejo de la prisión

preventiva<sup>32</sup>, cuya determinación porcentual no fue corregida por la reforma procesal, pues al momento de su adopción más del 63% de personas privadas de la libertad se encontraron bajo medidas cautelares y no sentencias condenatorias ejecutoriadas. El fortalecimiento de la agencia fiscal sin defensa pública en sus orígenes va a agudizar esta contradicción. Es decir, mientras avanza la reforma procesal que empoderó aún más a la fiscalía, aumenta estrepitosamente la tasa de encarcelamiento. Tal es así que desde la adopción de la reforma procesal penal en 2000 hasta antes de la creación en rango constitucional de la Defensoría Pública en 2007, la cifra de personas privadas de la libertad se incrementó en cerca de un 130%. A ello se suma el incremento del número de personas detenidas bajo medidas cautelares que ascendió en más de un 70%. La reforma hacia el modelo acusatorio sin defensa pública convirtió al sistema penal en una máquina de detenciones.

No obstante, la institucionalización del servicio de defensa pública en el proceso penal acusatorio genera un giro en la tasa de encarcelamiento, transformando la realidad de la

<sup>32</sup> Se ha generado un gran debate respecto al uso de las medidas cautelares personales. Podría decirse que quienes se definen como garantistas encuentran en ello dos posiciones: a) aplicar un derecho penal mínimo sobre la base del uso excepcional y restringido de las medidas cautelares –sobre todo la prisión preventiva–, la cual es predominante; o, b) no emplear –abolicionismo– el uso de medidas cautelares por considerarse como “penas anticipadas”. Alessandro Baratta, “Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal*. Compilación in memoriam; Carlos Alberto Elbert, dir., (Argentina: colección Memoria Criminológica No. 1/ Editorial B de F, 2004) 299-233. Confrontar con Louk Hulsman, “El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado*, No. 1 (Rosario: Editorial Jus, 1993) 75-104.



punitividad. Así, junto con el indulto a las “mulas” de narcotráfico, una de las primeras misiones de la Defensoría Pública fue reducir la tasa de encarcelamiento por prisión preventiva. De 18.675 personas privadas de la libertad en 2007 se redujo a 10.881 en 2009, llegando a un histórico de gestión nunca antes visto, pues se redujo a cero el porcentaje de personas privadas de la libertad con exceso de medidas cautelares. Los mecanismos de salida fueron simplemente los constitucionales, es decir la caducidad de la prisión preventiva por dilación injustificada de su duración. La inclusión del servicio de defensa pública condujo a una autorreflexión de la administración de justicia, pues la misma oralidad no hubiese sido factible sin la presencia de esta institución. Así, la Defensoría Pública es una de las más importantes instituciones estatales de garantías de los más débiles, entre quienes no solo se cuentan las personas privadas de la libertad, sino todas aquellas que en las diversas ramas del derecho no pueden costearse una defensa privada, generando así acceso a la justicia, lo cual puede tener un impacto significativo en sus condiciones de exclusión social.

Una de las características principales de la Constitución de 2008 es que tiene la mayor legitimidad democrática al haber sido aprobada por el pueblo ecuatoriano mediante un referéndum. Fue el texto constitucional el que creó la Defensoría Pública, lo cual la vuelve un caso único en la región, puesto que en el derecho comparado esto ocurrió en las leyes y políticas públicas. Sin embargo, no fue el único intento. Así, en el año 2004 la Fundación Esquel, conjuntamente con otras organizaciones de la sociedad civil, realizó un gran esfuerzo para preparar un “Proyecto de Ley de la

Defensoría Pública Penal”, el que lamentablemente fue vetado de manera total por el entonces presidente de la República, Alfredo Palacio.

No obstante, en el actual proceso político se priorizó la necesidad de institucionalizar el sistema de defensa pública como mecanismo idóneo para garantizar el acceso a la justicia y a la defensa de los sectores menos favorecidos económicamente. En un inicio, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos conjuntamente con la Unidad Transitoria de Gestión de la Defensoría Pública Penal, presentaron a la Asamblea Constituyente el texto relacionado con la Defensoría Pública incorporado en los artículos 191, 192 y 193 de la Constitución vigente. Adicionalmente, la Constitución, en varias disposiciones del capítulo octavo que regula los “Derechos de protección”, reconoce de manera amplia el derecho al acceso a la justicia y el derecho de toda persona a la defensa. De esta manera, el artículo 75 de la Constitución dispone:

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

Por su parte, el artículo 76 del texto constitucional regula el derecho al debido proceso, en el numeral 7 dice: “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”. Adicionalmente, el numeral 7 del artículo 77 que establece las garantías básicas

dentro del proceso penal en el que hubiere una persona privada de la libertad, dispone:

7.- El Derecho de toda persona a la defensa incluye: ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento. Acogerse al silencio. Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

De esta manera, la Constitución elevó a la categoría de “garantía constitucional” el derecho a la defensa, incorporando en sus normas las disposiciones que sobre este derecho establecen los tratados internacionales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que contemplan lo que denominan “garantías mínimas” dentro del proceso. Este reconocimiento, a mi juicio, constituye una de las mayores conquistas en el plano jurídico en el Ecuador. Tal como ya lo analicé, nuestra Constitución es garantista, y la Defensoría Pública es una garantía en sí misma que tiene la finalidad de materializar el derecho de las personas a acceder a la justicia y a tener una defensa pública oportuna, técnica y de calidad. Los instrumentos internacionales de derechos humanos exigen a los Estados la creación de mecanismos de defensa pública gratuita. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, plantean crear condiciones bajo las cuales pueda construirse la justicia y proclama la realización de la

cooperación internacional en el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

La Declaración Universal, los Pactos y Acuerdos en Derechos Humanos consagran los principios básicos del derecho como: la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 11 numeral 1 plantea: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. El art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, determina que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14, numeral 2 sostiene que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. El mismo artículo 14, en su numeral 3, dice: “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: inciso d) “A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por

un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo; y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo”.

Según estas disposiciones, los Estados no deben interponer obstáculos para que las personas acudan a los jueces o tribunales en busca de protección a sus derechos; en ese sentido, cualquier norma o medida estatal que dificulte el acceso a la justicia, y que no esté justificada por necesidades razonables de la propia administración de justicia, debe entenderse como contraria a las citadas normas internacionales. Los jueces, fiscales y defensores públicos deben cumplir un papel fundamental en la administración de justicia, las normas que rigen el desempeño de sus funciones tienen que fomentar el respeto y el cumplimiento de los principios de derechos humanos mencionados y contribuir de esa manera a un sistema penal justo y equitativo y a la protección eficaz de los ciudadanos.

El artículo 1 de la Constitución señala que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social (...)”, disposición constitucional que guarda perfecta congruencia con el numeral 9 del artículo 11 que establece: “(...) El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los Derechos garantizados en la Constitución (...)”; y, con el artículo 75 y el numeral 7 del artículo 76 que establece todas las garantías que comprende el derecho a la defensa. Por su lado, el artículo 191 regula la conformación y funcionamiento de la Defensoría Pública para garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y

el derecho a la defensa. Como consecuencia de lo anterior y para viabilizar las disposiciones constitucionales, la Comisión Legislativa y de Fiscalización aprobó el Código Orgánico de la Función Judicial en el cual se incorporó toda la normativa que regula la Defensoría Pública<sup>33</sup>. En efecto, el Capítulo II del Título V que regula los órganos autónomos de la Función Judicial, hace efectivo el mandato constitucional e incorpora lo que sería la “Ley Orgánica de la Defensoría Pública”, creando esta institución como parte del sistema de justicia. A partir de esto, el derecho a la defensa tiene diversas manifestaciones concretas dentro del Derecho: el derecho de conocer los cargos e imputaciones, oportunidad para efectuar descargos; presentar prueba, confrontar la prueba desde el primer momento que se le imputa un delito, el patrocinio y asesoría legal gratuita; el derecho a audiencia; impugnación de las decisiones judiciales, etc. La Defensoría Pública es el mecanismo para darle vida al derecho a la defensa respecto de los más pobres. Un enfoque garantista del modelo que he descrito hasta aquí es un eje fundamental de lo que puede aportar la Defensoría Pública al objetivo común del Poder Judicial: la transformación de la justicia.

## 6. Bibliografía

### *Libros y revistas*

- Abramóvich, Víctor, *Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio fijado por la*

<sup>33</sup> Artículo 285 y siguientes del Código Orgánico de la Función Judicial.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007.
- Arendt, Hannah, *Sobre la revolución*, Madrid: Alianza Editorial, 2004.
  - Ávila, Ramiro, *Estado Constitucional, de Derechos y Justicia*, en Ramiro Ávila, ed., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
  - Baratta, Alessandro, *Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)*, en Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Carlos Alberto Elbert, dir., colección Memoria Criminológica No. 1, Argentina: Editorial B de F, 2004
  - Bidart Campos, Germán, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires: Ediar, 1968.
  - Binder, Alberto y otros. *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe*, Argentina: PNUD y CEJA, 2001.
  - Burgos Silva, Germán, *¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales*, en Germán Burgos Silva, ed., *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién?, ¿para quién?, ¿Cómo?*, Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos ILSA, 2003.
  - Dulitzky, Ariel, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado*, en Víctor Abramovich y otros, *La Aplicación de los tratados sobre*

derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década, Argentina: Editorial del Puerto, 2007.

- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1995.
- Erickson, Frederick, *Métodos cualitativos de investigación sobre la enseñanza*, en Wittrock, Merlin C., comp., *La investigación en la enseñanza, II: métodos cualitativos y de observación*, Barcelona: Editorial Paidós, 1997.
- Ferrajoli, Luigi, *Garantías Constitucionales*, en Raúl Gustavo Ferreyra y Andrés Gil Domínguez, dir., *El Garantismo Constitucional*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Año I, No 2, Buenos Aires: Ediar, 2000.
- Fundación Esquel- USAID, *La Evaluación del Sistema Procesal Penal en el Ecuador*, Quito: Fundación Justicia y Sociedad, 2003.
- Gargarella, Roberto, *Prólogo*, en Ramiro Ávila y otros, edits., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Madrid: Alianza Editorial, 1993
- Hulsman, Louk, *El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas*, en *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado*, No. 1, Rosario: Editorial Jus, 1993.



- Langbein, John H., *Tortura y Plea Bargaining*, en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino (comp.), *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- Maier, Julio, *¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?*, en Carlos Julio Lascano (edit.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: homenaje al profesor Claus Roxin*, Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba/Editora Lerner y La Lectura Libros Jurídicos, 2001.
- Maris Martínez, Stella *¿Quién defiende a la defensa? El derecho de defensa como requisito inexcusable de una administración de justicia respetuosa de los derechos humanos*, en Ana Messuti y Julio Andrés Sampedro Arrubla, *La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.
- Méndez, Juan, O´Donnell, Guillermo y Pinheiro, Paulo Sergio, comp., *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Buenos Aires: Paidós, Buenos Aires 2002.
- Popkin, Margaret, *Acceso a la justicia, gobernabilidad democrática y sociedad civil*, en Carlos Cordovez, *Justicia. Un vínculo pendiente entre Estado, ciudadanía y desarrollo*, Washington: Banco Interamericano de Desarrollo BID, 2007.
- Rodríguez, Luis y otro, *La Investigación del Derecho y la Ética*, en Karla Sáenz y otros, *Metodología para investigaciones de Alto Impacto en las Ciencias Sociales y Jurídicas*, Madrid: Universidad Autónoma de Nuevo León, 2012.

- Sáenz López, Karla Annet Cynthia, ed., *Métodos cualitativos aplicados al derecho*, en Sáenz López, Karla Annet Cynthia, ed., Metodología para investigaciones de alto impacto en las ciencias sociales, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos/ Universidad Autónoma de Nuevo León Dykinson, 2012.
- Salido Valle, Carlos, *La Detención Policial*, Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.
- Santos, Boaventura De Sousa y García Villegas, Mauricio, *El Revés del Contrato Social de la Modernidad*, en Santos, Boaventura De Sousa y García Villegas, Mauricio (compiladores), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001.
- Vila Casado, Iván, *Nuevo Derecho Constitucional*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
- Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- Wittrock, Merlin C., comp., *La investigación en la enseñanza, II: métodos cualitativos y de observación*, Barcelona: Paidós, Ministerio de Educación y Ciencia, 1997.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá: Grupo Editorial Jurídica Ibáñez, 2006.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid: Editorial Trotta, 1997.

### *Normas jurídicas*

- Asamblea Nacional, *Código Orgánico de la Función Judicial*, RO-S 544: 9-mar-2009.
- Código de Procedimiento Penal, Suplemento del Registro Oficial No. 360 del 13 de enero de 2000.
- Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.
- Constitución del Ecuador (2008), RO 449: 20-oct-2008.
- Constitución Política de la República de 1998.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

