



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURIDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

NIVEL DE POSTGRADO

MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES

TEMA:

**“EL PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTO
PARA LA REALIZACIÓN DEL DERECHO
PENAL”.**

Tesis previa a la obtención del
Título de Magísteres en
Ciencias Penales.

*Autores: Dr. Pablo Anibal Cueva Ortega
Dr. Herman Edi Espinosa Ordóñez*

LOJA- ECUADOR

2010

1859

CERTIFICACIÓN

Dr. Hugo Monteros Paladines, Mg. Sc., Catedrático del Área Jurídica Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, certifica haber revisado el trabajo de investigación “ **EL PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA LA REALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL**”, previa la obtención del grado de Magister en Ciencias Penales, de la autoría de los maestrantes: Drs. Pablo Aníbal Cueva Ortega y Herman Edi Espinosa Ordóñez, mismo que cumple las exigencias reglamentarias de trascendencia jurídica e importancia académica, por lo que autorizo su presentación.

Loja, mayo de 2010

Dr. Hugo Montero Paladines Mg,Sc.

DIRECTOR DE TESIS



AUTORÍA

Las ideas y criterios vertidos en la presente investigación titulada “EL PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA LA REALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL”, son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Dr. Pablo Aníbal Cueva Ortega
Ordóñez.

Dr. Herman Edi Espinosa

AGRADECIMIENTO

Nuestro profundo agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja, a las Autoridades del Área Jurídica Social y Administrativa, a la Coordinación del Programa de Maestría en Ciencias Penales, a los maestros cubanos que participaron en nuestra formación de Cuarto Nivel, y; en especial al Dr. Mg.Sc. Hugo Monteros Paladines, quien ha dirigido nuestro trabajo investigativo.

LOS AUTORES.

DEDICATORIA

A la Función Judicial del Ecuador, que ha permitido formarme como Juez y luchar por la justicia y el derecho.

Pablo Cueva Ortega.

DEDICATORIA

De manera especial a los seres más importantes de mi vida, que son mi mujer, Jeaninna, y mis hijos Adlen y Joshua, gracias por darme la fortaleza y generosidad que se han hecho presente para hacer realidad este modesto trabajo.

Herman Edi Espinosa Ordóñez.



TABLA DE CONTENIDOS

TÍTULO: “EL PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA LA REALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL”.

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN (castellano)

ABSTRACT. (Resumen en inglés)

1.- INTRODUCCIÓN

2.- REVISIÓN DE LITERATURA

2.1.- LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LAS PENAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.

2.1.1.- Libertad Personal. 2.1.2.- Prisión y reclusión. 2.1.3.- Privación del ejercicio de profesiones, artes y oficios. 2.1.4.- Derecho de propiedad.- 2.1.5.- Multa y comiso especial. 2.1.6.- Derechos políticos. 2.1.7.- Interdicción. 2.1.8.- Derecho de ejercer funciones públicas. 2.1.9.- Incapacidad perpetua. 2.1.10.- Proporcionalidad.

2.2.- PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO.

2.2.1.- La presunción de inocencia. 2.2.2.- Incoercibilidad del imputado. 2.2.2.1.- Derecho a la defensa personal. 2.2.2.2.- Respeto a la libertad personal. 2.2.2.3.- Prohibición de la confesión forzada. 2.2.3.- Publicidad de los juicios. 2.2.3.1.- Para las partes procesales. 2.2.3.2.- Para el público.

2.3.- NECESIDAD DEL PROCESO PARA LA APLICACIÓN DE LAS PENAS.

2.3.1.- Finalidades del proceso penal. 2.3.1.1.- Dilucidar la contradicción entre la presunción Constitucional de inocencia del imputado y el derecho de

castigar el Estado. **2.3.1.2.-** Restaurar el ordenamiento jurídico lesionado por el delito. **2.3.1.3.-** La cosa juzgada. 2.3.2.- Declaración de responsabilidad por Juez competente

2.4.- SUJETOS PROCESALES.

2.4.1.- El órgano jurisdiccional penal. 2.4.2.- El Ministerio Fiscal. 2.4.3.- El imputado. 2.4.4.- El defensor de oficio. 2.4.5.- Principales contingentes en los juicios de acción pública

2.5.- VIOLACIONES CONSTITUCIONALES.

2.5.1.- Legalidad y oficiosidad. 2.5.1.1.- Principio dispositivo. 2.5.1.2.- Inmediación. 2.5.1.3.- Concentración. 2.5.2.- Oportunidad. 2.5.2.1.- Indagación previa. 2.5.2.2.- Instrucción fiscal. 2.5.2.3.- Desestimación. 2.5.2.4.- Proceso abreviado.

3.- MATERIALES Y MÉTODOS.

4.- RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

5.- DISCUSIÓN.

5.1.- Verificación de objetivos,
5.2.- Contrastación de la hipótesis.
5.3.- Fundamentación de la propuesta.

6.- CONCLUSIONES.

7.- RECOMENDACIONES.

8.- PROPUESTA.

9.- BIBLIOGRAFÍA.

10.- ANEXOS.

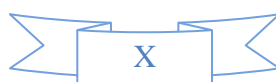
11.- INDICE.

RESUMEN.

La materia penal está concebida para determinar si las conductas humanas son punibles, en cuyo caso el Estado tiene privativamente la obligación de sancionar. Pero surge de inmediato la reflexión, que no toda conducta humana es punible, pero cuando la sociedad ha acordado un tipo de comportamiento calificado como armonioso o equilibrado, todo aquel que irrespete este acuerdo social se encuentra atentando contra la armonía y el equilibrio de la sociedad. Desde esta perspectiva el derecho penal es muy amplio y se va modernizando con la incorporación de nuevas materias especializadas, pero por sobre todo basado en una constante evaluación del progreso de la sociedad, va actualizando la normativa que garantiza esa armonía, pero también se van despenalizando otras conductas que han pasado a ser socialmente toleradas.

La circunstancia de que se encuentre bien redactada la tipicidad de las conductas humanas, no garantiza que en la realidad las conductas punibles se acomoden o se adecúen fácilmente a la norma, por el contrario el hecho de subsumir una conducta al supuesto normativo, es un proceso que cada vez es más exigente de energía científica, encaminada por un rigor legal reconocido en todas las sociedades como procedimiento penal.

El Ecuador de los años 2 000 y siguientes ha venido experimentando un nuevo sistema procesal penal, sustentado por el Código de Procedimiento



Penal aprobado y publicado en el mes de enero de 2 000, cuya vigencia total fue observada desde el 14 de julio de 2 001; este sistema que fue y es un novedoso desarrollo del ejercicio de la acción penal que exige el cambio de paradigmas, debe ir de la mano de la Constitución de la República del Ecuador, ya que adolece de sustanciales errores de forma y de fondo que lo siguen situando en un sistema mixto entre acusatorio oral e inquisitivo, por ello creemos que hemos identificado deficiencias de fondo que son causas de problemas de aplicación tales como el impulso de oficio que puede realizar un juez en una investigación penal, o como la pérdida de la inmediación y contradicción o la condena sin prueba.

ABSTRACT

The criminal law is designed to determine whether human behavior is punishable, in which case the State has the exclusively obligation to punish. But there immediately arises a reflection, not all human behavior is punishable, but when the society has agreed to described a type of behavior as harmonious and balanced, anyone who disrespects this agreement is found to violate social harmony and the stability of society. From this perspective, the criminal law is very broad and modernizes with the addition of new specialized fields, but above all based on a constant evaluation of progress of society, it will update the regulations to ensure that harmony, but also decriminalizes other behaviors that have become socially tolerated.

The fact that typical human behavior has been well written, does not guarantee that in reality punishable behavior is easily accommodate or fitted to the law, on the contrary the fact to subsume the alleged normative, is a process that is increasingly demanding for scientific fields, designed by a rigor legal force and recognized in all societies as the criminal procedure.

Ecuador of the year 2000 and following has been experiencing a new criminal justice system, supported by the Criminal Procedure Code adopted and published in the January 2000, whose total duration was observed from July 14 2 001: this system was and is a new development of criminal action exercise, which demands a paradigm shift, which must go hand in hand with

the Constitution of the Republic of Ecuador, since it suffers from substantial errors of form and substance, which is still being put in a mixed system of oral adversarial and inquisitorial, we believe we have identified substantive deficiencies which are causes for implementation problems.

1.- INTRODUCCIÓN.

“En un lejano país existió hace muchos años una oveja
negra
fue fusilada.
Un siglo después, el rebaño arrepentido le levantó una
estatua
ecuestre que quedó muy bien en el parque.
Así, en lo sucesivo, cada vez que aparecían ovejas negras
eran rápidamente pasadas por las armas.
Para que las futuras generaciones de ovejas comunes y
corrientes pudieran también ejercitarse en la escultura.”

Augusto Monterroso.

No hay verdadera democracia sin una administración de justicia eficaz. Esto no admite contradicción, porque hace a la definición misma de la democracia. No existe democracia si los jueces no cumplen en ella un papel protagónico y se constituyen en los verdaderos garantes de la libertad, de la honra y de los bienes de cada uno de nosotros.

Tampoco hay democracia sin una cultura de apego a la ley, sin el imperio de la ley, no como una manifestación de la eficacia del poder del Estado, sino como una manifestación del consenso de la cultura ciudadana.

La protección de los derechos de las personas, se viene confiando históricamente a una función estatal especial: la jurisdiccional.

La actual justicia penal en el Ecuador, es un proceso social complejo, en el que se enfrenta en proporciones cambiantes, distintas tendencias: por un lado, una preocupación por los derechos humanos fundamentales, en una

doble vertiente, ya se trate de la preservación de las garantías ciudadanas previstas en la Constitución, o la preocupación por el castigo de las violaciones aberrantes a los derechos y libertades más elementales. Por otra parte, la necesidad de estabilizar cierto sector de relaciones jurídicas sacudidas por cambios estructurales, en el campo social y económico; un tercer aspecto, es la aparición, en el campo de la cooperación internacional, de la constante y creciente preocupación por el desarrollo institucional, y dentro de él, por las instituciones dedicadas a la solución o prevención de conflictos sociales. Finalmente, una clara preocupación social por el funcionamiento de la administración de justicia que, especialmente en materia penal, tiene ribetes de inseguridad y desconfianza.

Son estas circunstancias las que nos han motivado para realizar una investigación jurídica en el ámbito de nuestro sistema procesal penal y penal, a fin de lograr establecer cual es la verdadera situación en la que se encuentra el derecho penal.

Es verdad que el derecho procesal penal, es un conjunto de principios y de normas legales, cuya aplicación permite resolver la contradicción entre la presunción de inocencia del inculpado y el derecho de castigar el Estado. Pero no es menos cierto que nuestra legislación penal sustantiva es caduca y deficiente, contraponiéndose a principios constitucionales del debido proceso, como el de proporcionalidad.

El derecho a la defensa y el derecho a un debido proceso son garantías Constitucionales y procesales fundamentales, las cuales pertenecen a una gama de principios procesales como el de presunción de inocencia, el derecho de tutela jurisdiccional (garantías genéricas), las cuales consolidan las bases de un proceso penal más justo, siendo estas las únicas armas frente al poder punitivo del Estado.

En la introducción de la Constitución Política de la República del Ecuador, vigente a octubre de 2 008, el eminente abogado y constitucionalista, doctor Juan Larrea Holguín escribía: “no basta la claridad de las normas y su armónica inserción en el sistema jurídico. Es preciso que se pongan en práctica, comenzando por el serio acatamiento de las leyes por parte de las autoridades seguido de la disciplinada obediencia de los ciudadanos en general”¹

No hay duda que las garantías al debido proceso, en nuestras constituciones han ido paulatinamente mejorando, pero no es menos ciertos que en su gran mayoría, los ecuatorianos no le dimos mayor importancia al control de la constitucionalidad, por el mismo hecho de cambiar constantemente las constituciones (promedio de 10 años cada Constitución) por lo que mal se podía estructurar un sistema de justicia constitucional que cuide de la observancia y aplicación de la Ley fundamental, y porque hasta hace poco,

¹ Constitución Política de la República del Ecuador.- Colección Leyes Ecuatorianas.- Ed. Edi-GAB, Ecuador.-1998

nuestro sistema procesal era completamente inquisitivo (el actual aún es). También es cierto que en los últimos sesenta años, nuestro país ha suscrito varios Tratados Internacionales por los cuales se compromete a garantizar los Derechos Humanos, y se ha adherido a las declaraciones que de ellos han hecho tanto las Naciones Unidas, como la Organización de Estados Americanos, razón más que suficiente, para que tanto las autoridades como el pueblo en general acatemos las leyes, comenzando por el poder ejecutivo, que a nuestro modo de ver, acata las normas constitucionales y legales cuando le conviene.

Alberto Binder, señala “que hablar de garantías, es hablar de mecanismos jurídicos que impiden el uso arbitrario o desmedido de la coerción penal”². De igual manera Julio Maier, sostiene, “que las garantías procesales son las seguridades que se otorga, para impedir que el goce efectivo de esos derechos (los fundamentales) sean conculcados por el ejercicio del poder estatal, ya en la forma de limitación de ese poder o de remedio específico de repelerlo”³.

Dentro de los sistemas procesales actuales, realmente no existe una aplicación pura de los métodos, sino que se aplican ambos sistemas con predominio de uno de los dos, y la diferencia se la encuentra en la forma de organizar el proceso, especialmente en lo tocante a las facultades del Juez.

² Binder, Alberto.- “Introducción al Derecho Procesal Penal”.- Ed. Buenos Aires. 1993. Pag. 58.

³ Maier, Julio.- “Derecho Procesal Argentino”.- Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 1989. Pag. 230.

De manera que cuando se habla de que un sistema procesal es dispositivo o inquisitivo, solo se quiere significar que en él predomina el primero o el segundo, más no se aplica uno con exclusión del otro.

En el sistema acusatorio oral, predomina la oralidad y los principios dispositivo, de concentración e inmediación, concediéndole al Juez la facultad imperativa de garantizar los derechos humanos, y reconociendo la personalidad del procesado, cosa que en nuestro sistema punitivo no se da.

El sistema oral se caracteriza por los principios:

DISPOSITIVO, que es aquel que reconoce a las partes el predominio del litigio, es decir la presentación de las pruebas al juzgador, siendo éstas los fundamentos de hecho y las razones legales de la conclusión lógica a que llegan los jueces en sus fallos con imparcialidad. Sin duda alguna, la independencia e imparcialidad de un tribunal, es una de las garantías indispensables en todo proceso, y tal vez con mayor razón en el proceso penal. La idea de un juicio justo es insostenible si esas características no adornan al órgano estatal a cuyas manos se han confiado las decisiones fundamentales dentro del juicio, es por ello que la Constitución como los instrumentos internacionales exigen que en el juicio prevalezca el principio dispositivo de imparcialidad, situación que no se la representa en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano;

CONCENTRACIÓN: Que equivale a centralizar toda la prueba, es decir a presentar la misma en la audiencia de juzgamiento, situación que en igual forma que el principio anterior, no se cumple en su totalidad en el Código Procesal Penal; e,

INMEDIACIÓN, siendo éste la relación directa que tienen los litigantes, llámese fiscal, acusador y acusado con el Juez, en el caso de Ecuador con los miembros del Tribunal de Garantías Penales, prescindiendo de la intervención de otras personas, significando el medio para que los Vocales del Tribunal Penal conozcan personalmente a las partes y pueda apreciar mejor el valor de las pruebas, especialmente la testimonial.

Parte fundamental del sistema acusatorio oral, en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, fue la Disposición Transitoria Vigésima Séptima de la anterior Constitución, puesta en vigencia en agosto de 1998, la que sostenía que la implementación del sistema oral, se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el entonces Congreso Nacional reformaría las leyes necesarias y la Función Judicial adecuaría las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema. Claro está que sobre este particular ha habido falta de entendimiento, liderazgo y compromiso del Estado. La reforma no está en la mesa de los problemas del país. Se han hecho, y se pretende hacer reformas “parches”, ya que consideran que las penurias de la justicia penal son parte del paisaje, no de los problemas nacionales, es por eso que el país no invierte en justicia, y la

sociedad no ejerce presión sobre el Estado para superar su inercia, ya que el propósito de toda reforma es lograr una mejor investigación, procesamiento y sanción de los delitos, logrando, al mismo tiempo, el más riguroso respeto a los derechos humanos.

Finalmente, Guillermo Cabanellas, nos da un concepto claro de lo que es el sistema acusatorio, y dice: “ordenamiento procesal penal en que el juzgador ha de atenerse en la condena a lo que la acusación pública haya solicitado, sin rebasar la severidad de la pena ni castigar hechos que no hayan sido objeto de controversia o aceptados por el culpable; salvo solicitar especial informe de las partes acerca de delitos y circunstancias modificativas no alegadas hasta entonces o expresamente abandonadas. Predomina este sistema en el moderno enjuiciamiento, tanto ordinario como militar; y se contrapone al sistema inquisitivo del antiguo procesamiento penal”.⁴

Creemos que nuestra formación en la Maestría en Ciencias Penales, nos sirve para presentar este trabajo que lo consideramos importante ya que demostramos que el proceso penal en el Ecuador no se encuentra en línea con la Constitución, y por lo mismo lo ponemos a consideración a la comunidad universitaria, a los profesionales del derecho, a nuestra Escuela de Derecho y al ciudadano común y corriente, que es el que más necesita saber sobre sus derechos y obligaciones

⁴ Cabanellas de la Torre, Guillermo.- “Diccionario de Derecho Usual”.- Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina.- 1976

2.- REVISIÓN DE LITERATURA.

2.1.- LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LAS PENAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.

2.1.1.- LIBERTAD PERSONAL.

Todo Estado tiene una política criminal determinada, tal como tiene una política educativa, ambiental, de salud o económica. La política criminal es una de las políticas sociales y comprende la organización que el Estado decida dar al empleo de la violencia estatal. Esto quiere decir que la política criminal determina el modo como el Estado organiza sus respuestas penales, que tienen, por definición, un gran contenido de violencia, independientemente de su legitimidad, lo cual constituye un problema diferente, o sea las decisiones que adopta para enfrentar el fenómeno de lo criminal, inclusive la manera en que el Estado lo define.

Estos son precisamente, los dos grandes ámbitos de la política criminal: la definición de lo que ha de ser considerado como infracción –que no hay duda que es una definición política- y la definición de la respuesta a ese fenómeno. La articulación de estas dos grandes áreas del problema es lo que se llama política criminal.

Entre los múltiples instrumentos que ella emplea está el proceso penal. Ante todo, debe quedar claro el concepto de que la justicia penal forma parte de lo que se denomina el sistema penal de un Estado, o sea el conjunto de instituciones por las que éste canaliza la política criminal.

El profesor Gustavo Labatut Glana, en su obra Derecho Penal, Tomo I, al referirse a la política criminal dice: “Para ser fecundo, el estudio científico del fenómeno delictivo necesita traducirse en adecuadas reformas de la legislación penal positiva. Esa es la misión de la política criminal, que no es una ciencia autónoma sino el arte de legislar, según las necesidades y posibilidades del momento, examinando si corresponde o no a las exigencias de la sociedad y propone las reformas que reclama a fin de que la ley actúe eficazmente en la represión y en la prevención del delito”.⁵

Entonces creemos que la política criminal desempeña una doble función: de crítica de las instituciones caducas, que no responden ya a las necesidades sociales; y de modernización de leyes penales para luchar con éxito contra el delito. Por consiguiente presenta dos aspectos, uno negativo y otro constructivo.

Una de las formas de la política criminal, es la restricción de la libertad personal, libertad personal que, siendo un derecho fundamental es

⁵ Labatut Glana, Gustavo. DERECHO PENAL, TOMO I.- Editorial Jurídica de Chile.-Santiago de Chile. 1 979.- Pág .33.

susceptible de restricciones, las cuales se encuentran previstas en las normas de la Constitución en las normas internacionales y en las leyes penales.

Pero que nos dice la Constitución de la República del Ecuador en actual vigencia en relación a la Libertad Personal: Art. 66, numeral 29, letra a) “el reconocimiento de que todas las personas nacen libres”⁶; y, Art. 76, numeral 2 “se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.⁷

Pero la misma Constitución, también restringe la libertad personal, así: Art. 77, numeral 1: “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas...”⁸

De la misma manera, las normas internacionales sobre Derechos Humanos establecen restricciones a la libertad personal. Al respecto, el Pacto

⁶ Constitución de la República del Ecuador.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- 2009

⁷ Ibídem. Pág. 27.

⁸ Ibídem. Pág. 28.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9, inciso 1) señala: "Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta"⁹

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 7, dice: " 1) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2) Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas".¹⁰

Al interpretar estas disposiciones la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisa que "Nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material) pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)".¹¹

En consecuencia, si se produjera lo contrario a las normas antes citadas, estaríamos ante una medida de carácter ilegal (privación ilegal de la libertad) que se encuentra prohibida a nivel Constitucional e Internacional.

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.- C.D. entregado por C. Judicatura a Jueces.2007

¹⁰ Convención Americana Sobre Derechos Humanos.- C.D. entregado por C. Judicatura a Jueces.2007

¹¹ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gangaram Panday, de 21 de enero de 1994. C.D. entregado por C. Judicatura a Jueces.2007

Entonces debemos concluir que la expresión ley o leyes, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento interno requerido por el derecho interno de cada Estado. En consecuencia, las leyes son actos normativos emanados del Poder Legislativo, y promulgadas por el Poder Ejecutivo. Solo la ley formal, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio del derecho de libertad personal. Y para que una restricción pueda ser considerada constitucional, no basta que se encuentre prevista en la ley; además tiene que ser razonable y proporcional.

Finalmente debemos indicar que ante casos de detenciones arbitrarias, existe el derecho a la protección judicial o garantía jurisdiccional. Es decir, se puede presentar acciones de hábeas corpus, o amparos de libertad con el objeto de recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, conforme lo determina el artículo 89 de la actual Constitución de la República del Ecuador, con una salvedad importantísima en la primera acción: ya no se la propone ante los alcaldes que a esta garantía la consideraron botín político sino, ante la Jueza o Juez que ejerce jurisdicción.

2.1.2.- PRISIÓN Y RECLUSIÓN.

La historia de los encarcelamientos data del siglo XV en América Latina, en esa época se detenía a las personas, para luego de su juzgamiento imponer pena de muerte al homicida, vergüenza pública al cobarde, tortura al ladrón. En la Conquista española, se impusieron las leyes del conquistador, en donde ya se castigaba con cárcel, con penas y perdones, estableciéndose a la reclusión como acto previo a la ejecución.

Luego en la Colonia, época de la inquisición, en donde a más de la prisión se aplicaron la confiscación y la multa, así como medidas eclesiásticas.

En el tiempo de la independencia se importaron modelos penitenciarios franceses y españoles; y, es el siglo veinte en donde se hace la diferencia entre prisión y reclusión

En términos generales entendemos a la prisión como la pena privativa de la libertad, por el cometimiento de delitos menos graves; y, a la reclusión como la pena privativa de la libertad por el cometimiento de delitos considerados graves, estas dos formas de condena, conllevaba la condición de que la primera, se la cumplía en un centro de rehabilitación social, y la segunda en una penitenciaría, con celdas unipersonales, y a cumplir en muchas ocasiones trabajos forzosos.

Entonces, creemos que al hablar de prisión o reclusión, debemos entender como la pena, que es una sanción impuesta por la ley a quien, por haber cometido un delito o falta, ha sido condenado en sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente.

Es forzoso y obligatorio que la pena esté establecida por la ley con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. (Política criminal), puesto que rige el denominado principio de legalidad (nullum crimim nulla poena sine lege), y obliga a su ejecución una vez que haya recaído sentencia en firme.

Son varios los criterios clasificatorios de las penas. El que resulta admitido con mayor frecuencia por las legislaciones como la nuestra, es el que distingue entre penas graves, y penas de menor gravedad, determinadas en relación a la peligrosidad del acto o conducta sancionado.

Las penas pueden ser privativas de libertad, que suponen el internamiento del reo en un centro de rehabilitación, y pueden tener diversa duración según lo que establezca la ley para cada delito. Generalmente los sistemas o las políticas criminales dan a estas penas diferentes denominaciones, dada su distinta duración y gravedad, así tenemos que el Código Penal ecuatoriano en el Art. 51, establece las penas aplicables a las infracciones de la siguiente manera:

“Penas peculiares del delito:

1.- Reclusión mayor;

- 2.- Reclusión menor;
- 3.- Prisión de ocho días a cinco años;
- 4.- Interdicción de ciertos derechos políticos y civiles;
- 5.- Sujeción a la vigilancia de la autoridad;
- 6.- Privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios; y,
- 7.- Incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público”.¹²

También es posible la privación de libertad en el propio domicilio del reo, como sucede en el denominado arresto domiciliario, conforme lo dispone el Art. 171 del Código de Procedimiento Penal, así como la prisión preventiva. Estas dos formas son lo que se denomina comúnmente por la doctrina como penas anticipadas.

Las Penas de reclusión mayor, se las cumple en un Centro de Rehabilitación Social del Estado, y se dividen en: a) ordinaria de cuatro a ocho años y de ocho a doce años; b) extraordinaria de doce a dieciséis años: y, c) especial de dieciséis a veinticinco años, conforme lo dispone el Art. 53 del Código Penal; y, las penas de reclusión menor que se cumplirá en los establecimientos antes citados, se dividen en ordinaria de tres a seis años y de seis a nueve años, y en extraordinaria de nueve a doce años, con la diferencia de que los condenados a reclusión menor serán sometidos a

¹² Código Penal ecuatoriano.- Editores El Forum.- 2009

trabajos de reeducación o a trabajos en talleres comunes (Art. 54 del Código Penal) .

Toda condena a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria o reclusión menor extraordinaria, lleva consigo la interdicción del reo, mientras dure la pena, y ésta interdicción surte efecto desde que la sentencia causa ejecutoria, y priva al condenado de la capacidad de disponer de sus bienes, a no ser por acto testamentario.

Pero en el Código Penal ecuatoriano, hay una salvedad en relación a la pena de reclusión, y ésta es de que no se impondrá pena de reclusión al mayor de sesenta años, excepto en los delitos sexuales y de trata de personas.

En relación a la prisión correccional, dice el Código Penal, que los condenados “la sufrirán en las cárceles del respectivo cantón, en las de la capital de provincia o en secciones apropiadas de las penitenciarías, debiendo ocuparse en los trabajos reglamentarios, en talleres comunes”.¹³

Cabe en nuestro sistema, la posibilidad de que la condena al reo que supone privación de libertad, cualquiera sea ésta, se la reduzca en un cincuenta por ciento, conforme al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social.

En nuestra legislación, las penas se gradúan según criterios legales o políticas criminales, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso

¹³ *Ibíd.* Pág. 29.

concreto que se juzga. La ley fija un tope máximo y otro mínimo, dentro de los cuales el juez tiene un margen para actuar, y atendiendo a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, al grado de participación del acusado (autor, cómplice o encubridor), puede graduar la pena, incluso reducirla hasta a ocho días de prisión y multa económica, o aplicar una sola de éstas.

2.1.3.- PRIVACIÓN DEL EJERCICIO DE PROFESIONES, ARTES Y OFICIOS.

La privación del ejercicio de profesiones, artes y oficios, consiste en la privación de derechos, a raíz de la comisión de un hecho antijurídico, que la ley lo califica como delito. Está entre las últimas de las penas que establece el Art. 51 del Código Penal. Y quizá esa ubicación está demostrando por sí, la escasa significación que se le asigna a este castigo, probablemente, porque ha influido en ese castigo el hecho de que la fama personal ya no se tiene en el rango supremo que se le asignaba en el pasado.

La privación del ejercicio profesional, de artes y oficios, es una norma que tiene más de cincuenta años en nuestro Código Penal, y que se encuentra comprendida o enumerada (penúltima) entre las peculiares del delito, sin encontrarse hasta la presente en la parte general del Código, norma alguna que realmente regule su aplicación práctica y completa, vista la gravedad

que tiene la participación de profesiones, artes u oficios, en actos delictivos de toda índole.

El Art. 288 del Código Penal, que relaciona al delito de cohecho, nos dice que si un abogado se dejare cohechar siendo juez, o sobornare a un testigo, será condenado a pena de reclusión mayor y quedará privado del ejercicio profesional.

En igual manera, el mismo código, refiere en el Art. 283, que el abogado que favoreciere la actuación de tinterillos, será suspendido en el ejercicio profesional durante el tiempo de la condena. Y el Art. 359 ibídem, también refiere penas al abogado por el delito de soborno, y la privación definitivamente del ejercicio profesional, así como a un facultativo, si éste presentare un informe que faltare dolosamente a la verdad, en donde se lo privará también definitivamente del ejercicio profesional.

La nueva Ley de Tránsito, prevé sanciones temporales y definitivas para la conducción de vehículos a motor.

No hay duda que en todos estos casos habrá que entender que la privación del ejercicio profesional es accesoria de la pena privativa de la libertad correspondiente a estos delitos. Hay que advertir que estas sanciones son de tipo penal, mas nó disciplinarias que cualquier profesional puede recibir por infracciones a la ética profesional, acordadas por los gremios a los que se pertenece.

El profesor Guillermo Cabanellas en el Diccionario de Derecho Usual, nos habla de las penas accesorias, y dice: "PENA ACCESORIA. La que por declaración legal, aun cuando se exija el pronunciamiento por el tribunal sentenciador, acompaña a otra, la principal".¹⁴

La política criminal en este sentido debe cambiar, puesto que deben estas penas dejar de ser accesorias de la pena privativa de la libertad, ya que es de conocimiento general en el orden de la cultura penal, de que se tendría que revertir ésta situación, ya que, si por un lado escuchamos todos los días las opiniones preponderantes que abogan por suprimir la prisión, hasta donde sea posible, reemplazándola por otro tipo de imposiciones penales, una de las mas adecuadas sería ésta, que no separa al ciudadano de la comunidad, pero le hace ver a la misma sociedad y al condenado que para ejercer los derechos civiles, es preciso respetar las reglas que permitan la propia existencia de la civilidad.

Claro está que conspira contra el desarrollo adecuado de la pena de privación del ejercicio de profesiones, artes y oficios, el hecho de que no se trata de una sanción espectacular, como lo es la reclusión especial, que podría llegar hasta los treinta y cinco años de cárcel. A nadie le llama la atención que un juez o un Tribunal haya dictado sentencia imponiendo a una persona la pena de privación de la profesión, artes u oficios, pero si se

¹⁴ Cabanellas Guillermo.- Obra Citada. Pág. 267.

emplearan los mecanismos adecuados y el control necesario, ésta pena que debería transformarse en principal, fuera espectacular y efectiva.

2.1.4.- DERECHO DE PROPIEDAD.

“Propiedad es poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por lo que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que imponga la ley. Es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien”.¹⁵

“Es el derecho de gozar y disponer libremente de nuestras cosas, en cuanto las leyes no se opongan.”¹⁶

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 321, reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental. Esta disposición se ubica en el Título VI, del Régimen de Desarrollo, y en capítulo 6to. Sección 2da. Este tratamiento constitucional de la propiedad, para nuestro modo de ver, no comporta una

¹⁵ Morán, Martín.- Los Derechos sobre las Cosas:” El derecho de Propiedad y Derecho de Posesión”.- Tomo I .- Edit. Universitas, <http://es.wikipedia.org/wiki/propiedad>

¹⁶ Escriche, Joaquín.- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.’ Edt. Fondo de Cultura Ecuatoriana.- año 1 987.- Pág. 736.

simple cuestión de ubicación, sino que de él puede deducirse la doctrina que presenta la Constitución de la República respecto de este derecho.

Por ello creemos que la Constitución concibe a la propiedad como un derecho civil o de libertad desde el plano del individuo y de la comunidad, siendo un medio para lograr el pleno desenvolvimiento moral y material de la persona. Esta lectura se deduce claramente del Art. 66 numeral 26 de la misma Constitución. La conjugación armónica de éstos postulados constitucionales traduce la simultánea y unívoca condición de la persona, que en cuanto a individuo debe reconocérsele el derecho de contar con bienes que satisfagan sus necesidades, pero que al mismo tiempo es un individuo que no puede abstraerse de su natural vocación social y de las obligaciones que ella implica. Se trata de la justicia que reclama el individuo, conjugada con la justicia que reclama la sociedad en la que se está inserto.

La propiedad no sólo funda un derecho, sino que también genera deberes. Este es el espíritu de la Constitución, en marcado contraste con aquella visión individualista que de la propiedad, arbitraria e ilimitada, se tuvo en el pensamiento liberal y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de épocas antiguas. La propiedad como derecho-deber es lo conforme con los principios del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

En la norma suprema no solo hay una referencia a las dos típicas formas de propiedad, esto es, la pública y la privada, sino que establece nuevas figuras

que destacan el propósito de fortalecer la solidaridad y la cooperación en procura del buen vivir de todos los habitantes.

Ahora bien, en derecho, la propiedad es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley. El derecho es real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien.

El objeto del derecho de propiedad está constituido por todos los bienes susceptibles de apropiación. Y para que se cumpla tal condición, se requiere que el bien sea útil, ya que si no lo fuera, carecería de fin la apropiación; que el bien exista, y que sea susceptible de ocupación, por que de otro modo no podría actuarse.

Según el Art. 582 del Código Civil Chileno, propuesto por el eminente jurista venezolano Andrés Bello, el derecho de propiedad sería: “el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra el derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad”.¹⁷

Pero que dice el Art. 599 del Código Civil del Ecuador, “el dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para

¹⁷ Código Civil Chileno.- Editorial Jurídica de Chile.- 1989.- .

gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad”.¹⁸

Entonces, el derecho de propiedad es el más completo que se puede tener sobre una cosa, que se halla sometida a la voluntad, exclusividad y a la acción de su propietario, sin más límites que los que dispone la ley, o los provocados por las leyes penales relacionados con el comiso especial. No obstante, el reconocimiento de la propiedad, como institución, está orientada a una función social, que en la actualidad implica que existan limitaciones inherentes al derecho, así como obligaciones que se derivan de la propiedad en sí.

En doctrina jurídica, especialmente en la nuestra, se considera que el dominio o propiedad está integrado por tres facultades o derechos:

IUS UTENDI: que no es otra cosa que el derecho de uso de la cosa, es decir que el propietario tiene el derecho a servirse de la cosa para sus intereses y de acuerdo con la finalidad social del derecho, siempre y cuando esas conductas no violen preceptos legales ya establecidos o causen lesiones a los derechos de otros propietarios. Bajo este principio, un propietario de un bien inmueble no podría justificar la tenencia de una plantación de cualquier estupefaciente, puesto que está prohibido por la ley específica

¹⁸ Código Civil del Ecuador.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Actualizado a junio 2 008.

IUS FRUENDI: Es el derecho de goce sobre la cosa, en tal virtud el propietario tiene derecho a aprovechar y disponer los frutos o productos que ella produzca.

IUS ABUTENDI: Que es el derecho de disposición sobre la cosa, esto es que el propietario cuando tiene la cosa bajo su dominio (poder de hecho y voluntad de posesión), puede hacer con ella lo que quiera, incluyendo dañarla o destruirla, salvo que esto sea contrario a una función social, como el propietario de un bien que forma parte del patrimonio cultural de una ciudad.

Finalmente puede el propietario disponer de su derecho real, como enajenarla, donarla, y en general desligarse de su derecho de propiedad y dársela a otra persona, o incluso renunciar a su derecho o abandonar la cosa.

2.1.5.- MULTA Y COMISO ESPECIAL.

Algunas tendencias penales modernas son muy partidarias de la pena de multa, sobre todo en sustitución de las penas cortas de privación de la libertad, que precisamente por ser tales no cumplen con ninguna de las finalidades que se asignan en general a las penas privativas de la libertad. Es más, algunas legislaciones la consideran esencial fundamentándose en varias razones:

- 1.- Las penas de multa no tienen el carácter de estigmatizante para la personalidad del condenado que tiene la prisión, y no constituyen, por lo tanto, ningún obstáculo para la rehabilitación;
- 2.- La naturaleza de la multa permite su aplicación con gran flexibilidad, acomodando la pena al caso particular del condenado; y,
- 3.- Esta pena significa ingresos y no egresos para el Estado como en forma cuantiosa representa las penas privativas de la libertad.

La naturaleza de la multa, consiste en el pago de una suma de dinero, establecida en sentencia que el condenado está obligado a pagar a favor del Estado. En las multas penales, como en toda pena, debe estar establecida por la ley, y que correspondan a una infracción penal, y que sea determinada luego de un juicio en una sentencia condenatoria.

Sostiene el doctor Ernesto Albán Gómez, en su obra Manual de Derecho Penal Ecuatoriano que “hay un gran sector de la doctrina que duda de la eficacia de estas penas y advierte serias desventajas que puedan generar, en especial en países como el nuestro, de grandes desniveles económicos. Así, la multa como sanción penal da una importancia inadecuada al poder económico, y por lo tanto la sanción tiene una diferente significación en relación a la situación económica del condenado, lo cual termina por hacerla discriminatoria. Una multa que es cuantiosa para una persona, para otra puede tener escaso valor, y más todavía cuando las multas son establecidas en las leyes mediante cifras absolutas. Esto sucedió por ejemplo, en el

Código Penal ecuatoriano, pues las multas que en el se señalaban, que tal vez tuvieron en algún momento importancia económica, debido a los procesos inflacionarios, se tornaron insignificantes: una vez producida la dolarización, el legislador estableció el valor de multas en dólares de los Estados Unidos (Ley 2 002-75)".¹⁹

Sigue sosteniendo el doctor Albán Gómez, en la misma obra, que "la multa puede ser pagada por un tercero y no por el condenado, con lo cual se pierde el carácter de sanción personalísima que tiene la pena. En muchos casos, por ejemplo, especialmente al tratarse de delitos con implicaciones financieras, las multas pueden ser pagadas por las empresas, con lo cual el efecto sancionador frente al individuo se pierde totalmente".²⁰

Frente a estas consideraciones, se tiene la necesidad de que las leyes no fijen las multas con cifras pre-establecidas, si no que se utilice un criterio de indexación, a fin de que el monto de las mismas vayan acomodándose a la situación económica de la sociedad. Esto es establecer la multa en relación al salario unificado del trabajador en general, cifra que va cambiando con mayor flexibilidad. Pero sobre todo, que la multa esté en relación con el patrimonio de cada sujeto, para que no se produzcan efectos tan diferentes como sucede cuando la multa es igual para todos los condenados.

¹⁹ Albán Gómez Ernesto.- Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y publicaciones.- 2 003

²⁰ Ibídem

El Código Penal Ecuatoriano, establece la multa como una pena accesoria de las penas privativas de la libertad, y en algunos casos como las contravenciones de primera clase y algunos delitos es pena principal. En otros casos es pena alternativa, pues la ley deja al juzgador, la posibilidad de sancionar un delito con multa, con prisión o con ambas penas a la vez (Art. 73 del Código Penal).

Así mismo el Código Penal, en los Arts. 63 y 64, establece la forma en que se debe aplicar la multa. Esto es que se impondrá individualmente a cada uno de los condenados por la misma infracción; que se cobrará por apremio real y no personal, facultando al Juez autorizar el pago de la misma por cuotas, según la condición económica del sentenciado.

En relación al comiso especial, éste consiste en la pérdida del dominio de ciertos bienes del infractor, cuya propiedad pasa al Estado.

La doctrina considera que los bienes que pueden ser comisados deben reunir dos condiciones:

- 1.- Ser de propiedad del condenado; y,
- 2.- Tener alguna vinculación con el hecho delictivo.

El Art. 65 del Código Penal dice: “ El comiso especial recae: sobre las cosas que fueron objeto de la infracción; sobre las que han servido, o han sido

destinadas para cometerla, cuando son de propiedad del autor del acto punible, o del cómplice; y sobre las que han sido producidas por la infracción misma”.²¹, entonces para singularizar dichas penas debemos manifestar que las primeras que fueron objeto de la infracción, son aquellas que se las introdujo por ejemplo de contrabando; las que han servido, o han sido destinadas para cometerlo, cuando son de propiedad del autor del acto punible, y que pueden corresponder a las armas o instrumentos; y, las que han sido producidas por la infracción misma, correspondiendo a drogas o falsificación de documentos.

Hay que establecer que cuando el código en la disposición citada, al referirse a los bienes que sirvieron para cometer la infracción, señala que deben ser del autor o del cómplice, no abre la posibilidad de que en los demás casos se comisen bienes de terceros, y por lo tanto debe entenderse en el sentido de que en tales casos no se podrá comisar los bienes del encubridor.

Finalmente, el comiso es una pena accesoria de las penas privativas de la libertad y aún de la multa cuando ésta es principal. Generalmente se la entiende como opcional para el Juez, pero hay casos que su aplicación es forzosa; esto ocurre en los delitos aduaneros y de narcotráfico, en que además puede tener una gran significación económica. La actual Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en el Art. 83 extiende el comiso

²¹ Código Penal Ecuatoriano.- obra Citada.

inclusive a bienes que han sido obtenidos con los beneficios de la actividad delictiva.

2.1.6.- DERECHOS POLÍTICOS.

La manifestación más obvia y sencilla de este principio está constituido por el hecho de que todas las personas son titulares y gozan de los derechos garantizados en la Carta Magna del Estado, entonces debemos entender que Derecho Político es la rama del derecho público que estudia la estructura dinámica de la organización política y su relación y funciones. Su objeto es la organización política, y su contenido un sistema de conceptos derivados de una teoría de sociedad, del Estado, de la Constitución, y de los actos políticos. Con este alcance, no tiene equivalencia sino prelación al derecho constitucional y administrativo, a los que sirve de base y fundamento.

Este principio se encuentra desarrollado en el Título II, Derechos, Capítulo Primero, Principios de Aplicación de los Derechos, Art. 10 de la Constitución de la República del Ecuador, que textualmente dice: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”²².

²² Constitución del la República del Ecuador, Obra Citada, pág 6.

Pocos temas suscitan tanto interés como los relativos a los derechos políticos, escasos también son los que generan tan disímiles posiciones y también insuficientes los que se relacionan tan directamente al concepto de democracia, participación y representatividad. El ejercicio de los derechos políticos, es lo que nos ha llevado a desarrollar este importante tema. Ese mismo ejercicio es requisito sine qua non y pilar fundamental de la legitimidad de la aplicación de estos derechos.

Entonces, podemos decir que los derechos políticos son el conjunto de condiciones que posibilitan al ciudadano participar en la vida política, constituyendo la relación entre el ciudadano y el Estado, entre gobernantes y gobernados. Representan los instrumentos que posee el ciudadano para participar en la vida pública, o el poder político con el que cuenta este para participar, configurar y decidir en la vida política del Estado.

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los derechos políticos pertenecen, juntos a los derechos civiles, a los llamados derechos de la primera generación o derechos de la libertad. Pueden mencionarse los siguientes con sus respectivos significados:

1.- Derecho de voto: se refiere al derecho que tienen los ciudadanos de elegir a quienes hayan de ocupar determinados cargos públicos.

2.- Derecho a ser electo: es el derecho que tienen los ciudadanos a postularse para ser elegidos con el fin de ocupar determinados cargos públicos.

3.- Derecho de participar en el gobierno y de ser admitido a cargos públicos.

4.- Derecho de petición política: se refiere al derecho de dirigir quejas o peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas.

5.- Derecho a asociarse con fines políticos.

6.- Derecho de reunirse con fines políticos.

Estos dos últimos derechos se enmarcan dentro de los caracteres Colectivo, referidos al derecho de organización, asociación y reunión política, generalmente a través de partidos políticos y sindicatos.

A manera de ejemplo, el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresa: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el art. 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

1.- Participar en la dirección de los asuntos públicos, Directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

2.- Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, Auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

3.- Tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.”²³

2.1.7.- INTERDICCIÓN.

Al respecto el Diccionario de Ciencias Penales de Rogelio Moreno Rodríguez dice: “Restricción absoluta o relativa de la personalidad jurídica, y consiguientemente privación de derechos por razones de incapacidad o de prodigalidad, o como consecuencia de la imposición de una pena grave.”²⁴

Dentro del campo civil podemos decir que Interdicción constituye el estado de una persona a quien se le ha declarado incapaz de actos de la vida civil por adolecer o por carencia de un defecto intelectual grave o por virtud de una condena penal. Es decir opera como producto de una sentencia condenatoria debidamente ejecutada.

²³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Obra Citada. pág. 12.

²⁴ Rogelio Moreno Rodríguez, Diccionario de Ciencias Penales, Editorial Copyright by AD-HOC S.R.L., 2001.- Pág. 236.

En estos casos influye el interés social de la ejecución de la pena; pero una vez declarado entredicho al condenado por ese interés, es necesario atender a los intereses individuales del incapaz, en lo referente al manejo de su patrimonio. La interdicción legal se regula por las normas de la interdicción judicial, en cuanto sean aplicables.

Efectos que Genera:

1.- No queda sometido a tutela, sino al régimen penitenciario del lugar de reclusión que le sentencie el Tribunal Penal correspondiente.

2.- El condenado queda en capacidad de realizar solo aquellos actos personales que no podrían ser realizados por un representante, (otorgar un testamento, reconocimiento de un hijo, contraer matrimonio).

3.- Pierde el derecho de disposición de sus bienes, y la administración de los mismos.

4.- Queda privado del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores no emancipados.

La tutela legal termina con la libertad plena de la persona, ya sea por el cumplimiento de la pena o mediante la figura del indulto.

Interdicción Legal:

Opera como producto de una condena a cárcel, la interdicción legal es una pena accesoria que sigue necesaria a la pena principal, no puede imponerse separadamente de esta. Su nombre deriva de que, impuesta la condena, sin necesidad de ningún otro requisito, el reo queda en entredicho en virtud de la ley. Determina una incapacidad de defensa social.

Inhabilitación:

Es una privación limitada de la capacidad negocial en razón de un defecto intelectual que no sea tan grave como para originar la interdicción o prodigalidad, constituye una situación entre la capacidad negocial y la capacidad plena.

2.1.8.- DERECHO DE EJERCER FUNCIONES PÚBLICAS.

La doctrina de Rudolf Smend sobre la integración del Estado. Como es sabido el maestro alemán expuso tres modos de dicha integración: “personal, funcional y real”²⁵. Aquellos tres modos, que en su debido momento podrían entrelazarse, confirman la convivencia política configurándose mediante normas e instituciones. La vida es un dinamismo

²⁵ Cfr. Monografía; la lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smed, Tecnos, Madrid, 1987. Pág. 144

potencial y/o efectivo que transcurre dentro del estado y en la esfera internacional. En ambos casos pasa dentro, a través y en torno a estructuras estatales e internacionales. La impulsan individuos y grupos que cumplen varios roles políticos.

La creación constitucional de una Carta Fundamental, totalmente nueva o bien parcial, es una forma concreta de organizar e innovar la vida política de una comunidad política. Según lo anterior los constituyentes son los creadores en una situación político-social determinada que condiciona la convivencia política.

Ahora bien, toda creación constitucional se caracteriza por una serie de medidas jurídicas, como es sabido: iniciativa para aprobar la Constitución anterior o reformarla parcialmente en su totalidad; iniciativa mediante una Asamblea Constituyente elegida por el pueblo; discusión del proyecto presentado y ratificarse, mediante referéndum, por parte de los ciudadanos.

La nueva Constitución, contiene disposiciones que impiden o dificultan su modificación para asegurar su permanencia. Es claro que, los cambios producidos por revoluciones pueden superar tales gravámenes en tanto que surge un nuevo poder constituyente. Si éste no se ajusta al autentico estado democrático social y de derecho entonces seria un acto de fuerza incompatible con los valores democráticos.

La creatividad constitucional es un fenómeno vital. Su vitalidad es notoria y al mismo tiempo egregio por la elaboración y aprobación de la Norma Fundamental que regulara la convivencia cívica de un hecho capital.

Para poder analizar este tema debemos tener en cuenta que el hombre no puede alcanzar sus fines actuando aisladamente, requiere para ello de la sociedad, de ahí su naturaleza social como su modo de ser. En primer lugar la familia, indispensable para el nacimiento y formación de la persona, luego la sociedad política y estado, entre otros, las instituciones denominadas intermedias. Por eso, alcance del bien individual material y espiritual del hombre no puede conseguirse si no en un medio social que aliente el bien común. Ese es el fin de la sociedad, pero concebido como el otorgamiento de medios para que el hombre procure su perfeccionamiento moral, como bien superior al bienestar material.

Así mismo, no podemos dejar de mencionar que para la obtención de dichos fines, es esencial un ordenamiento jurídico que le sirva de apoyo, cuya misión será servir y tender al desarrollo y crecimiento de la vitalidad de la sociedad, favoreciendo el logro de sus múltiples objetivos.

Ahora bien, se vulneran los derechos humanos reconocidos por los ordenamientos jurídicos de un país determinado, exigibles al Estado y a las personas y que concretan las exigencias del respeto a la dignidad libertad e igualdad, cuando una persona ha sido sometida a un proceso penal. El art.

1, del Código de Procedimiento Penal, legaliza el principio de “juicio previo”, diciendo: “Nadie puede ser penado sino mediante una sentencia ejecutoriada dictada luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del procesado en un juicio, sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y en este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del procesado y de las víctimas”²⁶, luego del cual, en caso de probarse la materialidad de la infracción y responsabilidad del acusado, se dicta sentencia condenatoria y una vez que la misma se encuentra debidamente ejecutoriada, se suspenden los derechos de ciudadanía y la interdicción civil del reo mientras dure su condena, es decir, a más de la pena privativa de la libertad, se le agrava la pena, ya que si fue empleado o funcionario público perderá su fuente de trabajo, en otros casos, en virtud de la sujeción a la vigilancia especial de la autoridad, puede el juez prohibir que el condenado se presente en los lugares que le señalare, después de cumplida la condena; para lo que, antes de ser puesto en libertad, el condenado indicará el lugar que elija para su residencia y recibirá una boleta de viaje, en la que se determinará el itinerario forzoso y la duración de su permanencia en cada lugar de tránsito, vulnerando el derecho constitucional a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia.

Los derechos humanos constituyen atributos indispensables para el ejercicio de la dignidad humana y han sido reconocidos y consagrados en diversos

²⁶ Código de Procedimiento Penal.- Editores El Forum. 2009. Art.1

instrumentos internacionales firmados y ratificados voluntariamente por los estados y en este caso por nuestro país.

Vivimos en un país democrático proteccionista de las garantías y tutelas mínimas de todo ser humano, sin embargo de aquello se han violentado estos derechos por diferentes circunstancias, que hacen menester recalcarlas para poder comprender sus repercusiones y a la vez reivindicar de alguna forma ese respeto innato de nuestro país de no llegar a los extremos de la represión como otros países del continente, cobijándose bajo el pretexto de eliminar brotes delincuenciales. Es práctica cotidiana la imposición de penas rigurosas, que a más de la privación de la libertad implican la pérdida de su cargo o empleo público, constituyéndose esto en la grabación de la pena; es decir se hace presente la facultad del Estado para la aplicación del *Ius Puniendi* (derecho del Estado para aplicar penas a quienes cometan delitos).

Si el término Derechos Humanos, resulta polémico en muchos aspectos incluyendo su definición, sin embargo, el de garantías parece más preciso, aunque en ocasiones la definición suele utilizarse como sinónimo de derechos. (Ejemplo: La Constitución Mexicana de 1917).

Pero, aún así, el término garantía es uno de los más claros y precisos en el lenguaje jurídico y no adolece de los contornos vagos de imprecisión y generalidad de otros términos.

En fin, etimológicamente deriva de la idea fundamental de confianza que debe presidir todas las relaciones jurídicas, su finalidad no es otra que la de suministrar: **seguridad, protección o defensa.**

Como ha quedado planteado, derechos y garantías son dos categorías con su significado propio, pero ambas están íntimamente relacionadas, siendo las garantías la consecuencia de la importancia y lugar que se le ha atribuido en los ordenamientos jurídicos a los derechos.

En efecto el mero reconocimiento constitucional de los derechos es un requisito jurídico-político necesario, pero no suficiente para garantizar su efectiva aplicación. “La consagración de la noción de Derechos Humanos, sólo se produce cuando el ordenamiento constitucional adquiere determinada cualidad, esto es, cuando la Constitución se convierte en norma suprema y, por consiguiente, cuando al consagrar determinados derechos, determina las consecuencias jurídicas correspondientes a los actos de cualquier índole que los puedan transgredir”²⁷.

De esta forma las garantías de los derechos humanos pasan a convertirse en el complemento imprescindible para hacer posible el tránsito que media desde el reconocimiento de los derechos hasta su real eficacia jurídica en las relaciones humanas.

²⁷ Aensi Sabater, José: Constitucionalismo y Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Es decir, que la efectividad de los derechos depende tanto de su reconocimiento constitucional como de la existencia de mecanismos adecuados, prácticos y disponibles para prevenir sus violaciones y reaccionar contra ellas, unido a la necesaria condicionalidad material para su pleno disfrute.

Varias han sido las definiciones que en torno a las garantías se ha emitido, algunas ofrecen una visión restrictiva de las mismas, al reducirlas a los instrumentos adecuados para una pronta y eficaz tutela procesal de los derechos. Es decir, sólo abarca los mecanismos de índole jurisdiccional.

Por su parte en la Nueva Enciclopedia Jurídica se ofrece un concepto más amplio que incluye las diferentes vías o mecanismos que integran el sistema de garantías al cual nos acogemos, en este sentido, se entiende por Garantías, el conjunto de medidas técnicas e instituciones que tutelan los valores recogidos en los derechos y libertades enunciadas por la Constitución, que son necesarios para la adecuada integración en la convivencia política de los individuos y grupos sociales.

Mediante el análisis de ciertas figuras penales consagradas en la nueva regulación, se busca llamar la atención sobre la necesidad de mantener el respeto irrestricto a los principios capitales, cuya misión primordial es servir de límite y contención al ejercicio del derecho de penar, en aras del aseguramiento del patrimonio cultural, social, político, jurídico constituido por

los derechos y libertades ciudadanas que se enfrentan diariamente al poder penal del Estado y que desde los albores del Derecho Penal moderno se han procurado tutelar.

En sentido general, se consideran principios generales del derecho Penal, aquellos axiomas fundamentales forjados por el hombre a lo largo de la historia, comprendidos en patrimonio común de los pueblos civilizados que permiten orientar y encauzar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica. Su utilidad no sólo está presente en la creación del derecho, sino también se proyectan en la interposición y aplicación del mismo; dotando de armonía al ordenamiento jurídico penal.

En correspondencia con el modelo de Estado, que ha escogido cada sociedad y lo ha reflejado en sus constituciones, surge la idea de los valores fundamentales, que al recibir la protección del Derecho Penal, se convierten en bienes jurídicos penales, pero dicha protección expresada en el ius puniendi, debe ser sometida a límites, tendientes a evitar los excesos, que pueden derivarse de la utilización irracional de dicho poder, por lo que las propias Constituciones de los Estados, de la misma forma que facultan al Estado para crear y aplicar las normas penales, también se erigen como muros de contención al establecer las necesarias limitaciones a esa facultad, expresadas en un sistema de principios reguladores de actuar de los legisladores, de los jueces y tribunales.

Solo mediante la aplicación consecuente y racional de los denominados principios limitativos del poder de castigar del Estado, podemos enfrentar en la medida de lo posible, los excesos del Estado en el ejercicio de tal facultad.

2.1.9.- INCAPACIDAD PERPETUA.

La incapacidad perpetua deviene de las calidades o disposiciones necesarias, para hacer, dar o recibir, transmitir o recoger alguna cosa o ejercer alguna función. Es decir que la incapacidad puede venir de la naturaleza o de la ley.

El Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación a los principios de aplicación de los derechos, señala que todas las personas somos iguales y gozaremos de los mismos derechos, deberes y oportunidades, y fundamentalmente dice 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** (lo subrayado es nuestro), condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; **ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los**

derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación (lo subrayado es nuestro).

Según el texto de la Constitución a nuestro entender, es evidente que se encuentra prohibido toda forma de discriminación, la que será sancionada si se produce. Por ello es preocupante, que se siga condenando a perpetuidad a determinadas personas para el ejercicio o desempeño de funciones o cargos públicos.

El Art. 76 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, condena al servidor público que ha obrado en contra de la ley, a quedar permanentemente inhabilitado para desempeñar funciones o cargos públicos, aparte de recibir las correspondientes penas de reclusión y multa.

La pena de incapacidad perpetua, presenta un problema no compartido por el resto de las penas, así: supone un doble castigo para el penado. Este doble castigo viene derivado de la imposibilidad perpetua de acceder o a desempeñar funciones o cargos públicos. En efecto, a pesar de haber cumplido la pena corporal de forma íntegra, pretendiendo el legislador defender supuestamente a la sociedad, convierten la pena en un alargamiento perpetuo de su condena inicial, esto es que le han dado un doble carácter; por un lado el carácter punitivo, y por otro el preventivo o de evitación de conductas ilícitas futuras (derecho penal del enemigo). Entonces la realidad es muy clara, violentándose la garantía constitucional de igualdad, se llega a que una persona que ha sido condenada a una pena

de reclusión, va a ver como cumplida ésta, va a seguir estando imposibilitado de acceder a un cargo público, por mora a lo dispuesto en el Art. 76 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, y por lo tanto se le está alargando de facto la pena impuesta.

Resulta a nuestro juicio evidente, que la incapacidad perpetua es una pena principalísima (violatoria de la constitución), y que atiende a criterios de culpabilidad, por cuanto es el propio tipo el que contempla una situación en la que la “condición” del sujeto activo es determinante en el actuar delictivo.

2.1.10.- PROPORCIONALIDAD.

Las garantías establecidas en la Constitución, deben desempeñar la función de condicionar las intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos de la política criminal establecida por el Estado. En efecto el Art. 76 de La Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 6 dice: “La Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.²⁸

Pero que entendemos por el principio de proporcionalidad. En el Derecho Penal moderno de corte garantista, se dice que debe medirse el derecho de castigar el Estado y a contraponerlo a los derechos de las personas, de tal manera que ambas partes queden en igualdad de condiciones.

²⁸ Constitución de la República del Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador. 2009

La teoría de la determinación de la pena o proporcionalidad, no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto.

Se trata de determinar cuáles son los datos relevantes del hecho delictivo para modular la pena hacia arriba o hacia abajo, por lo tanto es una cuestión que sólo puede ser resuelta de acuerdo con un concepto material de delito. De esa manera se elimina la arbitrariedad al vincularse los criterios de determinación de la pena a los mismos criterios que sirven para decidir si se impone pena o no. Sólo si sabemos por qué definimos una conducta como delito es posible graduar la pena adecuada a un hecho concreto.

La proporcionalidad establece una orientación de la determinación de la pena a la teoría del delito o al injusto culpable, considerando que la determinación de la pena debe hacerse depender sólo de la gravedad del hecho, es decir, de la dimensión del desvalor del hecho. Lo decisivo, pues, pasa a identificar los factores que en casos concretos permiten realizar adecuadamente el desvalor del hecho delictivo.

Si se asume que el delito es un injusto culpable graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable. La teoría de la determinación de la pena no es una teoría sobre los efectos que se buscan con la pena concreta en el autor del delito, en terceros o en la sociedad, sino sólo una teoría dogmática con todas las ventajas que han hecho triunfar a

ésta como ciencia jurídica. Se hace preciso, pues, desarrollar en paralelo las líneas fundamentales de la teoría jurídica del delito y de la teoría de la determinación de la pena en la medida en la que ésta no es más que una diferenciación gradual de los diversos aspectos relevantes de aquélla.

La teoría de la proporcional ofrece la enorme ventaja, de permitir debatir cuestiones que han tenido un escaso tratamiento por parte de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia que no existe en Ecuador. Pues nuestra legislación penal se mueve a manera de péndulo, es decir se mueve a un lado con penas máximas y hacia el otro con mínimas, más nunca en esa forma se puede establecer el principio constitucional de proporcionalidad, mientras la política criminal no garantice que las normas consideradas delitos, no son para atemorizar a terceros o a la sociedad, sino para castigar al culpable, por el injusto cometido.

De manera amplia, el principio de proporcionalidad, se identifica con el de prohibición de exceso, esto es que la pena es la medida de seguridad o la medida cautelar a imponer, que debe responder a criterios de razonabilidad, idoneidad y necesidad, atendiendo a los fines de la intervención estatal o la política criminal, que debe ser mínima y a la gravedad del delito cometido por el autor en el caso de la imposición de una pena, o a la necesidad de perseguir penalmente los hechos imputados a una persona.

El doctor José García Falconí, eminente constitucionalista, sostiene que: “el principio de proporcionalidad, se sitúa en la limitación de la gravedad de la

sanción, en la medida del mal causado sobre la base de la adecuación de la pena al fin que ésta deba cumplir.”²⁹

Pero no hay duda que la proporcionalidad no solo debe ser para protegerse de la intromisión o la acción del Estado, sino protegerlo al individuo, del desborde de los demás individuos. Debido a la difusión masiva a través de los medios de comunicación, de modelos de vida anticulturales como actos de violencia física y moral, torturas, erotismo, y sexo explícito, mostración del desenfado como sinónimo de elegancia, y del desenfreno como condición necesaria para la diversión, sensacionalismo periodístico a cualquier costo, por lo que la convivencia se ve severamente afectada por las acciones individuales o grupales que imitan tales pautas, originando modalidades delictivas que por su número y gravedad, no reconocen antecedentes.

A ello la realidad social actual añade otras, catalogadas como macro criminalidad o delincuencia mafiosa, caracterizadas por organizaciones metódicas de tipo asociativo, que adopta conjunta o sucesivamente diversas formas conocidas como gansterismo de métodos violentos, delincuencia de astucia (estafa, fraudes, fraudes informáticos, chantaje), explotación de vicios de terceros (prostitución, drogas, juegos clandestinos), delitos de cuello blanco o delincuencia empresarial.

²⁹ García Falconí, José.- Manual de Práctica Procesal Constitucional.- Primera Edición. Septiembre 2001. Pág 67

“El hombre es individuo, concepto que traduce todo lo personal e interior. Pero también es hijo, padre y hermano; ciudadano y extranjero; socio, vecino y comerciante, fiscal o defensor. El hombre es individuo: pero individuo que existe en relación con las cosas, con otros individuos y con Dios. Esta concepción de hombre, propia de la cultura romano-clásica, que lo ve como un protagonista activo del mundo, en contraposición con la visión puramente contemplativa de la paideia griega, o lo abstracta del intelectualismo racionalista, nos acerca a una consideración de la realidad viva de la persona humana, que necesitamos estudiar si queremos averiguar cómo resolver mejor la organización de la convivencia”.³⁰

En relación al proceso judicial, y éste en relación del hombre, permite ver que no basta proteger a las personas de los desbordes del Estado, rodeando su intervención en el proceso de todas las garantías que las ciencias y el arte jurídico han ido elaborando con el paso del tiempo, y que ya son patrimonio universal (derechos humanos). Es necesario además que en el proceso existan recursos que permitan proteger el efectivo disfrute de los derechos a los bienes jurídicos individuales, de los que nos vemos actualmente privados por la carencia de seguridad física y jurídica en la que vivimos sumidos, no tanto en razón de nuestras relaciones con el Estado, sino por las cotidianas relaciones con otros individuos, grupos e intereses.

³⁰ Haecker Teodoro, Virgilio, Padre de Occidente. Ed. Ghersi, Buenos Aires, 1975.-Pag. 29

Recuerda Ortega y Gasset que “el hombre nace siempre en una época: es decir, que es llamado a ejercitar la vida a una altura determinada de la evolución de los destinos humanos. El hombre pertenece consustancialmente a una generación, y toda generación se instala no en cualquier parte, sino precisamente sobre la anterior. Esto significa que es forzoso vivir a la altura de los tiempos y muy especialmente a la altura de las ideas del tiempo”.³¹

Es por todo lo dicho, que el principio de proporcionalidad no solo es condicionar las intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos de la política criminal establecida por el Estado, sino que se refiere a la calidad del proceso, a la vez ecuánime respecto de los derechos de defensa y equilibrio de las partes, y eficaz, entre la proporcionalidad y celeridad.

Proporcionalidad entre las garantías de defensa que se deben al imputado en cuanto ser humano, y las garantías de eficacia de la investigación, en relación a la gravedad del delito, que se deben al resto de los individuos de la sociedad no imputados. Esto dicho en otras palabras: Que es necesario advertir que debe protegerse al individuo no solo del poder punitivo del Estado, sino también de las agresiones que sufre de parte de otros individuos o grupos. Y para que se logre este determinado fin, debemos reconocer en el proceso penal, **-que no sucede en la actualidad-**, la misma importancia a las garantías de defensa que se deben al imputado por su

³¹ Ortega y Gasset, José.- Revista de Occidente, Misión de la Universidad- Madrid 1960.Pag. 17.

dignidad humana, que a las garantías de eficacia de las investigaciones que se deben a los demás individuos no imputados, en procura de su seguridad física y jurídica.

La proporcionalidad entre la defensa y la eficacia de la investigación, constituye un principio que debe incorporarse a las legislaciones procesales, junto al de legalidad y reserva, a fin de procurar una efectiva vigencia de los derechos humanos.

2.2.- PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO.

2.2.1.- LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que relaciona las garantías básicas del debido proceso, en el numeral 2 dice: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.³²

³² Constitución de la República del Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador. 2009

El Código de Procedimiento Penal, en relación a la presunción de inocencia, en el artículo 4, señala: "Todo imputado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable".³³

Cabanellas dice que "las presunciones constituyen en lo civil un medio de prueba legal, inatacable unas veces y susceptible de contraria demostración en otras".³⁴

El significado Constitucional de presunción de inocencia lleva a confirmar que toda persona debe ser tratada como inocente, mientras no exista una sentencia penal de condena ejecutoriada, y es por ello que en nuestro ordenamiento procesal penal, impera un estado de inocencia, desde el momento en el cual el Fiscal inicia una instrucción fiscal y decide vincular a alguien a la misma.

Esta garantía es la más importante y que se encuentra a la cabeza de las demás garantías constitucionales., y que se la considera como una posición de ventaja, que la Constitución atribuye al ciudadano que se encuentra en posición de acusado.

La ventaja consiste en que de entrada en el proceso penal, se la reconoce como inocente a la persona, y además en no obligarle a hacer nada para

³³ Código de Procedimiento Penal. Editores El Forum. 2 009

³⁴ Cabanellas, Guillermo.- Obra Citada. Pág. 369

demostrarlo, o sea que esta persona no tiene en absoluto que probar su inocencia, le basta y le sobra la pasividad más absoluta, por ello es la garantía procesal de mayor importancia.

Entonces, la presunción de inocencia inicia desde el momento que a una persona se le atribuya la comisión de un delito o hecho punible, ésta deberá ser considerada inocente, y ser tratada como tal, hasta que no se demuestre lo contrario, es decir, hasta que el órgano judicial declare su responsabilidad mediante sentencia en firme debidamente motivada.

Como el imputado debe ser considerado inocente y ser tratado como tal hasta que no se demuestre lo contrario, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

Para demostrar que una persona no es inocente, sino responsable de la comisión de un hecho punible, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. Naciendo el principio in dubio pro reo, ya que en caso de duda sobre la responsabilidad penal del imputado o acusado, el juzgador deberá resolver a su favor.

“La presunción de inocencia acompaña a todo imputado desde el inicio de la investigación hasta el fin del proceso y tanto la una como el otro, están

orientados ante la posible comisión del delito, a desvirtuarla, para afirmar la responsabilidad. La regulación procesal debe, por tanto, en virtud de la presunción de inocencia atribuir la carga de la prueba a la acusación y otorgarle relevancia a la duda para en presencia de ésta dejarla incólume. Esta presunción no puede desvirtuarse sino mediante pruebas practicadas en el juicio oral, en presencia del juez y de manera pública, controvertida y continua”.³⁵

Como dijimos anteriormente, se incluye también en la presunción de inocencia con relación directa en el derecho probatorio, de que la carga de la prueba es atribución de quien sostiene la acción penal, no le corresponde al acusado demostrar su inocencia. Es por lo tanto un principio preestablecido, ya que las acciones del mismo se dirigen a refutar la acusación, “ por lo que todo procesado, más que presumirse inocente, es inocente, hasta que no se demuestre definitivamente lo contrario por el tribunal competente y en proceso pleno de garantías”.³⁶

La presunción de inocencia, muestra el enfrentamiento más claro que en el proceso penal se establece entre el hecho y el derecho, es por ello que para algunos penalistas lejos de hablar de presunción de inocencia, la invierten y la convierten en presunción de culpabilidad “soy culpable hasta que se demuestre lo contrario” pues aunque la Constitución la consagra, la ley

³⁵ García Valencia Jesús.- Conferencias sobre el Proceso Penal Acusatorio. Ed. Gustavo Ibañez.

³⁶ Bodes Torres Jorge. El Juez, la norma y el Debido Proceso.- Constitución e ius puniende. Objeto de Estudio Nro. 1.- Maestría en Ciencias Penales. Universidad Nacional de Loja. 2007-2009.

procesal penal contiene disposiciones que contravienen el real sentido, al establecer la prisión preventiva, la reserva de las actuaciones, la confiscación de bienes sin concluir el proceso, etc.

“De todas las disposiciones legales, y que atentan contra la presunción de inocencia, la más cuestionada, no solo por ser la que está presente en todas las legislaciones adjetivas, sino por su esencia misma, es la prisión preventiva”.³⁷

2.2.2.- INCOERCIBILIDAD DEL IMPUTADO.

2.2.2.1.- DERECHO A LA DEFENSA PERSONAL.

El derecho a la defensa y el derecho a un debido proceso, son garantías constitucionales y procesales fundamentales, las cuales pertenecen a una gama de principios procesales como el de presunción de inocencia, el derecho de tutela jurisdiccional, las cuales consolidan las bases de un proceso penal más justo, siendo estas las únicas armas frente al poder punitivo del Estado.

En la introducción de la Constitución Política de la República del Ecuador, que hace poco tiempo fue derogada, el eminente abogado y constitucionalista doctor Juan Larrea Holguín, dijo: “ No basta la claridad de las normas y su armónica inserción en el sistema jurídico. Es preciso que se

³⁷ Winfried Hassemer. Obra Citada. Pág. 105

pongan en práctica, comenzando por el serio acatamiento de las leyes por parte de las autoridades seguido de la disciplinada obediencia de los ciudadanos en general”.³⁸

Es necesario establecer que en lo concerniente a los derechos humanos, nuestras constituciones han ido paulatinamente mejorando, pero no es menos cierto que en su gran mayoría, los ecuatorianos, no le dimos mayor importancia al control de la constitucionalidad, por el mismo hecho de cambiar constantemente las constituciones, por lo que mal se podía estructurar un sistema de justicia constitucional que cuide de la observancia y aplicación de la ley fundamental, y por que hasta hace poco tiempo, nuestro sistema procesal penal era completamente inquisitivo (el actual también). También es cierto que en los últimos sesenta años, nuestro país ha suscrito varios tratados Internacionales por los cuales se compromete a garantizar los derechos humanos, y se ha adherido a las declaraciones que de ellos han hecho tanto las Naciones Unidas como la Organización de Estados Americanos, razón más que suficiente, para que tanto las autoridades como el pueblo en general acatemos formalmente las leyes, comenzando por el poder ejecutivo, que a nuestro parecer acata las normas supremas cuando le viene en gana y de acuerdo a sus intereses.

Alberto Binder, señala “que hablar de garantías, es hablar de mecanismos jurídicos que impiden el uso arbitrario o desmedido de la coerción penal”.³⁹

³⁸ Constitución Política del Ecuador (derogada). Obra Citada. Pág. 16

De igual manera Julio Maier, señala “que las garantías procesales son las seguridades que se otorga, para impedir que el goce efectivo de esos derechos (los fundamentales) sean conculcados por el ejercicio del poder estatal, ya en la forma de limitación de ese poder o de remedio específico de repelerlo”.⁴⁰

El Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador 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: ... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: **a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento**”.⁴¹

Pero esta garantía Constitucional del debido proceso, se complementa con otras del mismo rango y que se encuentran contempladas en el numeral 7 del Art. 77 de la Constitución, en donde se regula el derecho de defensa, que establece que toda persona debe ser informada de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimiento formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento; además, de acogerse al derecho al silencio, y finalmente a no ser forzado a declarar en contra de sí mismo.

³⁹ Binder Alberto.- Obra Citada.-54

⁴⁰ Maier Julio.- Obra Citada..Pag. 230.

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador.. Editorial Jurídica del Ecuador.- 2 009

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, llamado también Pacto de San José de Costa Rica, en el preámbulo de la misma, ya delinea los deberes de los Estados y la protección de los derechos humanos, por ello, en el Art. 1, en el numeral 1, establece “ Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.⁴² Estableciéndose además en dicha Convención el derecho de las personas a la defensa en cualquier etapa o grado de procedimiento, conforme a las garantías judiciales establecidas en la misma. Art. 8.2.

La garantía básica del debido proceso de que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, sin duda alguna es un escudo que debe ser infranqueable, esto es que no puede ser quebrado o quebrantado, puesto que se enfrenta una persona en un momento determinado al poder del Estado, y por lo tanto esta garantía recoge la forma en la que se debe proceder para la búsqueda de la verdad, extrayendo la arbitrariedad, el exceso o la discrecionalidad por parte de los encargados de ejercer el derecho punitivo, de manera que en el desarrollo

⁴² Convención Americana sobre Derechos Humanos. .-C.D. Entregado por C. Judicatura a los jueces.- 2007.

del procedimiento el individuo conserve sus derechos y libertades. Entonces esta garantía básica de la inviolabilidad del derecho de defensa es fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es la única que permite que las demás garantías tengan vigencia concreta dentro de un proceso penal, ya que si ésta no es cumplida debidamente acarrea las nulidades procesales. Por lo tanto el derecho a la defensa, es un fin superior, de respeto y protección, dentro de la estructura del proceso penal, que debe trascender desde la indagación previa hasta la etapa de juzgamiento y sentencia.

El doctor Marco Terán Duque, en la Revista Judicial publicada en Diario La Hora, dice: “ Hay debido proceso si se respetan los fines superiores, como la libertad, la justicia, la dignidad humana, la igualdad y la seguridad jurídica, y los derechos fundamentales, como la legalidad, la controversia, la defensa, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reformatio in pejus”.⁴³

La Corte Penal Internacional, que fue creada a partir de una conferencia diplomática realizada en la ciudad de Roma en 1 998, y que en esa ocasión fue aprobado el Estatuto de Roma, que empezó a tener vigencia a partir del 1 de julio de 2 002, tras la manifestación de consentimiento de sesenta Estados, previó sanciones sin olvidar los respectivos derechos y garantías de los cuales se destaca el derecho de defensa, esto es que el acusado

⁴³ Terán, Duque Marco Dr. REVISTA JUDICIAL.- Garantías Fundamentales.- Diario La Hora. Pág. C1. Jueves 27-enero de 2 005.

tenga la posibilidad de tener un abogado, así como a un procedimiento justo que permita evaluar con imparcialidad a todos los actos presentados en el proceso.

Establece el Estatuto que el reo puede escoger a su propio abogado, sin embargo, si el reo no tiene abogado o no tiene condiciones económicas suficientes para contratarlo, éste podrá solicitar a la Corte la designación de un defensor, debiendo éste evitar cualquier conducta discriminatoria por motivo de raza, color, religión etc., garantizándole el consejo y representación, encontrando además la garantía explícita desde el momento del primer interrogatorio al reo, de informarle acerca de los indicios que llevaron a su acusación, de que tiene el derecho a permanecer en silencio, etc.

El Art. 55 del Estatuto de Roma dice: “**Derechos de las Personas Durante la Investigación:** a) Nadie será obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable; b) Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles o denigrantes; c) Quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente, contará, sin cargo alguno con los servicios de un interprete competente y los traductores que sean necesarios a los efectos de cumplir el requisito de equidad; y, d) Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarias, ni será privado de su libertad, salvo por los

motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él”.⁴⁴

El numeral 2 del mencionado artículo que tiene relación con los interrogatorios dice:

“a) A ser informado de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia; c) A ser asistido por un abogado defensor de su elección, o a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes; y, d) A ser interrogado en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada”.⁴⁵

Finalmente el mencionado Estatuto, en los artículos 66 y 67, propone lo relacionado a la presunción de inocencia y a otros derechos del reo.

Es preciso señalar que el derecho de defensa establecido en el Estatuto de Roma, y en el pacto de San José de Costa Rica, se lo proclamó con mucha anterioridad, en la Declaración de Derechos de Virginia (12-6-1776), Sección 8, que advierte “ Aún en todos los procesos criminales o de pena capital, un

⁴⁴ Estatuto de Roma.- CD entregado por el Consejo de la Judicatura a los Jueces.

⁴⁵ Estatuto de Roma.- CD entregado por el Consejo de la Judicatura a los Jueces.

hombre tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de su acusación, a ser confrontado con los acusadores y testigos, a producir pruebas a su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad”.⁴⁶

De igual manera la XXI Asamblea General de Naciones Unidas, sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, resolución 2200, que dice: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil”.⁴⁷

Por lo tanto la garantía Constitucional de debido proceso, que comprende el hecho de que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, debe operar tanto en la puesta en marcha del proceso como dentro de éste y mirar a la protección de quien podría llegar a ser sujeto activo del delito. Es decir, la protección del ciudadano frente a la eventual imputación y del procesado frente al proceso mismo y frente al poder del Juez, como forma de asegurar que nadie será sometido a

⁴⁶ Taller para Capacitadores “Proyecto de Capacitación Judicial Para la Aplicación del Nuevo Código de Procedimiento Penal.- CAJ-USFQ-USAID-ESQUEL.- Quito 2 001

⁴⁷ Taller Para Capacitadores.- Proyecto de Capacitación Judicial para la Aplicación del Nuevo Código de Procedimiento Penal.- CAJ-USFQ-USAID-ESQUEL.- Quito 2 001.

aquel sino en presencia de determinadas condiciones, un trato humano y digno durante el curso del mismo, y la justicia en la imposición de una pena.

El tratadista peruano Arsenio Ore Guardia, en su Manual de Derecho Procesal dice: “Es un derecho fundamental e imprescriptible en un debido proceso, que permite al imputado hacer frente al sistema penal en una formal contradicción, con igualdad de armas, comprendiendo la facultad de controlar la prueba de cargo, en la de probar los hechos que procuran una exclusión o atenuación de responsabilidad, y todas aquellas que signifiquen la obtención de lo más favorable al acusado”.⁴⁸

En la misma línea de pensamiento, el tratadista Víctor Cubas Villanueva, destaca que “el derecho de la defensa, significa para todo habitante la real posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales en demanda de justicia y la facultad de llevar a cabo ante dicho poder todos los actos razonables encaminados a una cabal defensa personal de su persona o de sus derechos de juicio”.⁴⁹

Finalmente el constitucionalista peruano Vicente Carocca Pérez, advierte las dos dimensiones del derecho de defensa leal, “primero **como derecho subjetivo**, debido a que es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes del proceso, cuyas notas se caracterizan con la

⁴⁸ Ore Guardia, Arsenio.- Manual de Derecho Procesal. Edit. Alternativas, Lima, Perú, pág. 29

⁴⁹ Cubas Villanueva, Víctor.- El Proceso Penal. Edit. Palestra, Lima-Perú, pág. 33

irrenunciabilidad (la parte no puede decidir que se le conceda o no la oportunidad de defenderse y su inalienabilidad no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle sustraído ni traspasado a terceros). En cuanto a la segunda como **garantía del proceso**, esta dimensión, de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aún al margen o por sobre la voluntad de la parte para la validez del juicio”.⁵⁰

Por ello creemos que este derecho fundamental es de primera generación, ya que tiene como titulares a todas las personas que por algún motivo son investigadas o procesadas, y por lo tanto lo que los ordenamientos jurídicos hacen es reconocerlos como tales y brindarles la protección jurídica para garantizar su efectivo cumplimiento. Por este motivo, el derecho a la defensa, es de aplicación inmediata, y no requiere de regulación legal, sino que son consustanciales al hombre por el hecho de serlo. Por ello ésta garantía básica constitucional es parte de los derechos civiles.

“Uno de los componentes esenciales del debido proceso es el derecho de defensa, que consiste en el poder de voluntad de controvertir las pretensiones, pruebas y argumentos de la contraparte o del Estado, según sea el caso, solicitar y allegar pruebas, formular solicitudes e interponer recursos”.⁵¹

⁵⁰ Carocca Pérez, Vicente.- Garantía Constitucional de la defensa personal. Pág. 20

⁵¹ García Valencia Jesús Ignacio.- Conferencias sobre el Proceso Penal Acusatorio.- Edt. Gustavo Ibañez. Bogotá. Pág. 39

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Art. 11.1, dice: 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.

García Falconí, sobre el derecho a la defensa, sostiene: “ El derecho de defensa se caracteriza, porque se trata de una garantía que opera durante todo el proceso penal, esto es desde el principio hasta su completa extinción, o sea poder alegar, probar, intervenir en el juicio, en el procedimiento para su preparación, etc.””, y continúa manifestando que “Este derecho es la aplicación del principio, en el que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio; por esta razón se declara nulo un proceso, cuando el demandado o el sindicado no ha sido citado en forma legal”.⁵²

2.2.2.2.- RESPETO A LA LIBERTAD PERSONAL.

En la primera parte del presente trabajo, realizamos una valoración de lo que es la libertad personal, pero en este momento valoraremos lo que es el respeto a la libertad personal.

⁵² García Falconí, José. Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Responsabilidad extracontractual del Estado. Pag. 102-103

El valor libertad, es consubstancial a la naturaleza humana. Su afirmación debe ser meta de la organización social y el devenir institucional.

El proceso penal, debe edificarse de tal manera que garantice el ejercicio de la libertad. No olvidemos que varios pensadores han afirmado que el código de procedimiento penal es el código de los hombres de bien, porque él es el dique a la arbitrariedad y le brinda al Estado la manera de luchar contra la delincuencia con la certidumbre que cuando descargue sobre un individuo el peso de la ley, lo ha hecho precautelando al máximo la afectación innecesaria e injusta de los derechos fundamentales.

Para afirmar el valor al respeto a la libertad personal, el proceso penal debe reglar de tal manera que se adelante con todas las garantías. Su preservación se refleja en la reglamentación procesal, en la que ella no puede afectar sino de manera excepcional.

De allí que la privación de la libertad como medida de aseguramiento sea exceptiva y se contemplen otras maneras de asegurar la comparecencia del procesado al proceso.

Es por ello que el respeto a la libertad personal debe devenir de la trascendental garantía de presunción de inocencia que conlleva como dijimos, a que la privación de la libertad sea excepcional.

La Constitución, los Tratados Internacionales, prevén que la ley debe definir previamente los motivos; las formalidades para proceder a afectarla; la competencia de la autoridad judicial que puede ordenarla y que, en todo caso, salvo los eventos de flagrancia, debe existir un mandamiento escrito de esa autoridad judicial.

2.2.2.3.- PROHIBICIÓN DE LA CONFESIÓN FORZADA.

Desde hace mucho tiempo, la mayoría de legislaciones en el ámbito penal, prohíben la confesión forzada de un procesado.

El Art. 143 del actual Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, expresamente señala esa prohibición cuando manifiesta que nadie podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, puesto que, si esto se produjera, el juez o la autoridad que obligare a una persona a declarar contra si misma, contra su cónyuge, sus ascendientes o descendientes, o parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, ha cometido un delito relativo a las declaraciones de los sindicados y otras personas, acarreándole responsabilidad penal que implica una pena de prisión que va de seis meses a tres años.

Este particular a nuestro modo de ver, se produce por estar presente en todo el proceso penal, el principio de inocencia, el que implica que la carga de la

prueba le corresponde al Estado, o al acusador particular en su caso, y mas no al procesado.

2.2.3.- PUBLICIDAD DE LOS JUICIOS.

2.2.3.1.- PARA LAS PARTES PROCESALES.

La publicidad de los juicios, es una garantía de debido proceso, por la cual los sujetos procesales y el juzgador, ejercen sus derechos y obligaciones procesales en forma oral y pública, para efecto del control social o censura, y salvo los casos señalados por la ley, el trámite correspondiente es reservado, tal es el caso de los delitos contra la seguridad del Estado, y de los delitos sexuales. Es de señalar que en la legislación ecuatoriana, no se permite la transmisión de los actos procesales orales por los medios de comunicación social, ni su grabación por personas ajenas a los sujetos procesales y a sus defensores.

Pero no hay duda que el principio de publicidad, se encuentra íntimamente ligado a los principios de: **oralidad**, que es el medio jurídico en que se desarrolla un proceso, en donde todas las personas que intervienen en éste, incluyendo al juzgador, realizan verbalmente la actividad que les corresponde ejecutar, y de ésta actividad necesariamente debe dejarse constancia en las respectivas actas; **de intermediación** que es la continuidad

en la ejecución de los actos procesales orales, ante el Juez o Tribunal que debe decidir la causa, significando que una vez que se inicia su ejecución debe concluir en el mismo acto ante el mismo juzgador. Dicho de otra manera, constituye el medio de que el magistrado conozca personalmente a las partes y pueda apreciar mejor el valor de las pruebas especialmente la testimonial.

Estos tres principios – publicidad, oralidad e inmediación – decimos que se encuentran íntimamente vinculados, puesto que, si no hubiera principalmente el principio de oralidad, difícilmente en un mismo acto pudiera haber inmediación y publicidad, ya que cuando el procedimiento es escrito, las diligencias, inclusive la recepción de declaraciones, se practican directamente con el secretario del juzgado, y generalmente ante el auxiliar de dicha dependencia.

Para nuestro modo de ver, el alcance que poseen estos principios en el acto del juicio oral, en el ordenamiento procesal ecuatoriano, no son plenos,

2.2.3.2.- PARA EL PÚBLICO.

Para que haya verdadera publicidad, como regla general es que toda audiencia sea presenciada por el público que lo desee, ya que se garantiza la seguridad jurídica a la que todo ciudadano tiene derecho.

La publicidad implica que lo que se hace delante de todos no tiene dudas, y es democrático, debido a ello los derechos del procesado son más eficaces, ya que de esta manera se obliga a la autoridad a respetarlos. En los juicios orales el procesado y ofendido pueden intervenir con mayores posibilidades, ya que tiene una participación más activa.

2.3.- NECESIDAD DEL PROCESO PARA LA APLICACIÓN DE LAS PENAS.

2.3.1.- FINALIDADES DEL PROCESO PENAL.

El numeral 3 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que se relaciona con los derechos de protección, y principalmente con las garantías básicas del debido proceso, dice que: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.⁵³

El Art. 1 del Código de Procedimiento Penal nos dice: “Nadie puede ser penado sino mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de haberse

⁵³ Constitución de la República del Ecuador .- Obra Citada.- # 3. Art. 76.

probado los hechos en un juicio, sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República y en este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del imputado y de las víctimas”.⁵⁴

Iniciamos así este capítulo, expresando los principios básicos de un proceso penal que son: el principio de legalidad, y el principio de juicio previo, estos dos principios son la finalidad de un proceso penal, que deben estar orientados para establecer a la justicia como valor fundamental, a fin de que una vez que termine un proceso, sus actores colmen las expectativas de justicia que los animaba al comienzo del mismo, y ello solo es posible si el proceso se ha guiado a conseguir la verdad y el diseño del mismo ha estado rodeado de garantías para encontrarla.

El logro de la justicia en el proceso debe estar precedido de la búsqueda de la verdad. Por eso para avanzar hacia la materialización de la justicia, el proceso debe indagar por la verdad, y para hacerlo se rodea de principios establecidos en la Constitución, tales como la publicidad, la contradicción, la oralidad, la inmediación y la concentración, pero ante todo en la publicidad y la contradicción es donde se radica de manera privilegiada los propósitos de búsqueda de la verdad.

⁵⁴ Art. 1.- Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano. Editores El Forum. 2009.

El doctor Aníbal Guzmán Lara, dice: “Es el curso o desenvolvimiento de diligencias que verifica el juez penal, ciñéndose a las prescripciones legales, con el fin de comprobar la existencia de un delito y establecer las responsabilidades y su clase de quienes fueron sindicados, como autoría, complicidad o encubrimiento”.⁵⁵

Entonces queda claro que la finalidad de un proceso penal, es el de precautelar el respeto a todas las garantías fundamentales, que deben primar sobre cualquier acto, como uno de los fines del proceso, definiendo claramente los roles de los sujetos procesales, para finalmente llegar a imponer una posible pena que se encuentre previamente establecida.

2.3.1.1.- DILUCIDAR LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA PRESUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE INOCENCIA DEL IMPUTADO Y EL DERECHO DE CASTIGAR EL ESTADO.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la Revolución Francesa, se consagró por primera vez la presunción de inocencia como una garantía procesal para los procesados o inculcados de delitos. Aquella declaración en su artículo noveno estableció “presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga

⁵⁵ Guzmán Lara Aníbal.- Diccionario Explicativo del Derecho Procesal Penal Ecuatoriano.- Edt. Jurídica del Ecuador. Pág. 369.

indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.⁵⁶

“El fundamento histórico de la norma remite a la Revolución Francesa y reconoce entonces una raíz poderosa: la de impedir que los sometidos a proceso fueran tratados como verdaderos reos del delito imputado (...). Considerado como una suerte de protección contra los excesos represivos de la práctica común, el principio se constituyó, en un desarrollo posterior, en un freno a los desbordes policiales y judiciales y fortaleció la idea de que la inocencia presumida de todo acusado sólo podía ser desestimada a través de una imputación fundada en pruebas fehacientes que no dejaran duda de la responsabilidad y que esa prueba debía ser aportada por los órganos de la acusación, porque el acusado no necesita acreditarla”.⁵⁷

A raíz de éste imperativo nacido de la Revolución Francesa, y que actualmente continúa en plena vigencia – aparentemente- , algunos autores han sostenido por una parte, que a favor del imputado existe una presunción de inocencia que lo ampara durante la sustanciación del proceso; otros en cambio consideran que esa presunción sólo podría aceptarse en algunos casos; y otros simplemente, la impugnan, la rechazan, alegando que se trata de un absurdo nacido del empirismo francés.

⁵⁶ De Elías Carlos M.- Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Edit. Librería el Foro. Pag. 17. Año 2 001

⁵⁷ De Elías Carlos M.- Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Edit. Librería El Foro. Pág. 23.- año 2 001

No obstante, no existe discusión en la doctrina en aceptar que dicha presunción se halla plasmada a nivel supranacional, en documentos internacionales como Convenciones y Declaraciones de Derechos Humanos, como aquella que expresa que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad”.⁵⁸

Hacia finales del siglo XIX y principios del siglo XX, surgieron corrientes encontradas, sobre todo aquellas que rechazaban en forma absoluta la existencia de tal presunción a favor del imputado, así, encontramos a los doctrinarios italianos, entre ellos Garófalo, que consideraba que el principio debilita la acción procesal del Estado, porque constituye un obstáculo para tornar eficaces resoluciones en contra de los procesados, especialmente en materia de prisión preventiva, hasta favorecer la libertad de los imputados, aún cuando ello pudiera constituir un peligro común y una provocación a la víctima del delito, aún cuando la culpabilidad fuese evidente por confesión o flagrancia.

De todas aquellas posturas impugnadoras de la presunción, aparece una afirmativa, la cual ha intentado conciliar sus ideas favorables al principio de inocencia con las medidas restrictivas de la libertad; explicando que “no existe una presunción absoluta de inocencia, porque en la mayoría de los

⁵⁸ Declaración de Derechos Humanos, Art. 11. Documento de la Organización de las Naciones Unidas.

casos el procesado resulta finalmente culpable, sino que existe un estado jurídico de imputado, el cual es inocente hasta que sea declarado culpable por una sentencia firme y esto no obsta, a que durante el proceso pueda existir una reasunción de culpabilidad capaz de justificar medidas coercitivas de seguridad”.⁵⁹

Por todo lo dicho, es necesario ubicar la garantía, en su fuente legislativa, tanto en su nivel de derecho interno como internacional, estando ésta contenida en el numeral 2 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, ley suprema, conjuntamente con los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra constitución.

La presunción de inocencia, que debe ser calificada como un estado jurídico, constituye un derecho fundamental que como lo dijimos, se encuentra reconocido constitucionalmente, por lo tanto, lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos, siendo la máxima garantía de un imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.

Esta garantía es propia de un estado de derecho y forma parte del sistema de enjuiciamiento que tenemos en el Ecuador. Además sirve o se deriva de la garantía del juicio previo, tal como lo hemos enunciado en la introducción del presente capítulo. Dicha garantía es la que inspira al proceso penal de

⁵⁹ Vélez Mariconde.- Estudios de Derecho Procesal Penal.- Tomo II. P{ag. 20

un Estado democrático. La presunción de inocencia como derecho fundamental es un logro del derecho moderno mediante la cual todo inculpado durante el proceso penal, es en principio considerado inocente.

La presunción de inocencia es extremadamente importante en nuestro sistema de justicia, es de avanzada, puesto que en algunos países de Europa, el sospechoso o acusado tiene que probar su inocencia, mientras que en nuestro sistema el sospechoso o acusado no se encuentra obligado a probar su inocencia, ya que por lo contrario, es el Estado el que tiene la responsabilidad de probar la comisión de un delito.

El Estado tiene no solo el derecho, sino la obligación de combatir la violencia en el marco del respeto de la legalidad, de los derechos humanos, y del Estado constitucional de derechos y justicia social, pero no hay duda que debe existir un justo equilibrio entre el goce de las libertades individuales y el interés general en torno a la seguridad nacional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un famoso caso, fue clara al manifestar que “Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de

cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”.⁶⁰ Significando lo expresado por la Corte, que todo sospechoso o acusado, debe ser tratado como un sujeto de una relación jurídica procesal, contraponiéndose a que sea tratado como un objeto pasivo en la persecución penal, o sea una persona con rótulo de inocente al cual se le debe informar de determinados derechos, para poder responder a la acusación a la cual debe enfrentar.

Por ello es claro para el derecho procesal penal, - y así lo exige una sentencia condenatoria con la consecuente aplicación de una pena – que para que la presunción de inocencia se desvanezca, debe haberse probado mas allá de la duda, la certeza de que el acusado fue el que cometió el delito. Siendo la duda y la certeza dos caras de una misma moneda, que se resuelven solo en la certeza cuando el juez decide no dudar sobre la solución que debe dar al caso.

El imputado, el procesado, o como quiera llamárselo es solo un sospechoso, el sujeto pasivo del proceso y únicamente la prueba puede definir su situación. Así es como la presunción de inocencia se afirma claramente en el momento de la decisión, ya que la duda, la falta de certeza, implica la sentencia a favor del acusado. Por lo tanto, para la condena, es necesario el presupuesto indispensable de la prueba suficiente.

⁶⁰ Sentencia Nro. 52 de 30 de mayo de 1 999.- Corte Interamericana de Derechos Humanos.- CD entregado a los jueces por el Consejo Nacional de la Judicatura.

De igual manera la garantía constitucional de inocencia, implica para el procesado o imputado de un hecho delictivo, la inversión de la carga probatoria, ya que el acusador deberá demostrar y hacer cesar a través de las pruebas a dicha presunción. Dicho de otra manera, la garantía de inocencia se conecta directamente con dos principios básicos del proceso penal: el principio de legalidad y el del juicio previo como principio acusatorio.

Algunos autores han expresado que “el principio de legalidad obliga al Ministerio Fiscal a promover la acción pública en cuanto aparezcan indicios materiales de criminalidad y el principio acusatorio, separa radicalmente a la autoridad encargada de la instrucción de la llamada a enjuiciar y dictar sentencia”.⁶¹

Entonces, es el principio Omus Probando, por el cual, por el carácter público y el interés común que detenta el derecho penal, es el Estado sobre quien recae la carga probatoria tendente a demostrar la responsabilidad penal y su correspondiente reproche de culpabilidad que le cabe al procesado; éste no tiene la obligación de probar su inocencia, dado que goza de una situación jurídica que no necesita ser construida, sino todo lo contrario, ella debe ser destruida para que la presunción de inocencia se desvanezca.

⁶¹ Hassemer Winfried.- Fundamentos del Derecho Penal.- Edt. Bosch. Año1994.- Pág. 198.

Pero no hay duda que la presunción de inocencia, tiene problemas con la famosa prisión preventiva, puesto que la prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre una persona, constituye una violación del principio de presunción de inocencia, reconocido como lo dijimos por la Constitución de la República del Ecuador, y además por el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cabe precisar, que la existencia de un ambiente de creciente sospecha contra una persona en el curso de un proceso penal, no es contraria al principio de presunción de inocencia. Tampoco lo es el hecho que esta sospecha creciente justifique la adopción de medidas cautelares como la prisión preventiva, sobre la persona del sospechoso.

El principio de presunción de inocencia, consagra un estado jurídico, y no una presunción legal. El procesado es inocente hasta que sea declarado culpable mediante sentencia ejecutoriada, y aquello no obsta a que durante el proceso pueda existir una presunción de culpabilidad por parte del juez, capaz de justificar medidas coercitivas de seguridad. Es más, si se parte de la base de que toda persona es inocente, hasta que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, toda restricción a su libertad ambulatoria, solamente se puede basar a título de medida de seguridad, cuando sea indispensable para asegurar el imperio del derecho, es decir la aplicación efectiva y actual de la ley.

La restricción a la libertad personal o individual solo puede ser ejercida por el órgano jurisdiccional, mediante interpretación de la ley, siempre que se verifique concretamente dicha necesidad, auscultando la naturaleza y gravedad del delito, las condiciones morales, sociales y económicas del procesado y sus antecedentes. Por lo tanto durante el curso del procedimiento el procesado no puede ser tratado como un sujeto culpable. Sin embargo tal afirmación no se puede sostener, dado que durante la sustanciación del proceso no se elimina la coerción estatal. Así el reconocimiento de tal garantía, no impide la aplicación y regulación de medidas de coerción, todo ello antes de dictada la sentencia de condena.

Coerción, así observada, es el medio organizado por el derecho para que el Estado intervenga en el ámbito de la libertad de las personas, y cuando nos referimos a la coerción procesal, es aquella que se practica con el fin de asegurar la realización del juicio, para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia.

La misma Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 3 del Art. 76 señala que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza.

El enunciado de este principio, conocido como garantía de juicio previo, es amplio, pero a su vez expreso. La mentada garantía está relacionada

directamente con el principio de legalidad como lo dijimos al principio, por el cual toda persona tiene derecho a que se la juzgue conforme, no solo a una ley que establezca previamente el delito y la pena, sino también a una ley que señale el procedimiento a seguir.

Lo expresado representa la aplicación del principio “nullum crimen, nulla poena sine lege”, el cual implica que nadie puede ser condenado sin ley que cree el tipo delictivo y que adjudique la pena consiguiente. Por lo expresado, deja claro que los “delitos” que carecen de pena no fundan constitucionalmente una posible sanción penal. Por lo tanto el juicio previo en materia penal no es más que la aplicación del principio del debido proceso ante los jueces naturales. Ello quiere significar que nadie puede ser condenado sin la tramitación de un juicio en el cual se cumplan las cuatro etapas fundamentales requeridas por el debido proceso legal, esto es, la acusación, defensa, prueba y sentencia.

Finalmente sostenemos que la inocencia es una garantía constitucional y de Derecho Procesal Penal, estructurada como ficción legal, limitando el ius punendi que el Estado posee, y que realiza a través de sus órganos jurisdiccionales impidiéndole todo juzgamiento o adelanto de pena bajo pretexto de la efectiva aplicación de la ley penal y aseguramiento de la verdad real.

2.3.1.2.- RESTAURAR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LESIONADO POR EL DELITO.

No hay duda alguna que cuando se ha cometido un delito se quebranta el ordenamiento jurídico, y por ende se encuentran las víctimas que pueden ser personas naturales o jurídicas; y, el ordenamiento jurídico quebrantado, se lo repara con la imposición de una pena peculiar, que implica reclusión, prisión, la interdicción de ciertos derechos políticos, la sujeción a la vigilancia de la autoridad; la privación de ejercicio de profesiones, artes y oficios, o la incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público, con la adición de las consabidas multas y los comisos especiales.

Ahora bien, lesionado el ordenamiento jurídico por el delito, encontramos a las víctimas, que en nuestra legislación recién se las ha tomado en cuenta para que formen parte importante del proceso, y que se las llama ofendidos. Estas personas llamadas ofendidos por un delito, por mandato constitucional y legal, tienen derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación siempre que acrediten un daño concreto o lesión a un bien jurídico no siempre de naturaleza patrimonial.

De tal manera que las víctimas y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Y estos intereses se traducen en derechos relevantes que son: el derecho a la verdad, esto es, la

posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad histórica. Resultando este derecho relevante frente a graves violaciones de los derecho humanos; el derecho a que se haga justicia sin dilaciones, esto es el derecho a que no haya impunidad; y, finalmente el derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito. Esta posibilidad se la hace mediante la jurisdicción civil, que en el caso particular, cuando en el proceso penal existe acusación particular, será el Presidente del Tribunal, mediante juicio verbal sumario, el que disponga el resarcimiento de los daños; y, en caso de no haber acusación particular, será el juez civil, quien mediante juicio ordinario resuelva el mencionado resarcimiento.

En muchas ocasiones, las víctimas de un delito, están interesadas en el establecimiento de la verdad o el logro de la justicia, es decir en la restauración del ordenamiento jurídico lesionado por el delito, dejando de lado la obtención de una indemnización. Ello ocurre generalmente cuando los delitos afectan la moral pública, o el daño material causado es ínfimo.

Pero, demostrada la calidad de víctima o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimado para constituirse en parte y pueda orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objeto patrimonial.

2.3.1.3.- LA COSA JUZGADA.

El doctor Manuel Ossorio, al referirse a la cosa juzgada dice: “Autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial que pone fin a un litigio, y que no es susceptible de impugnación, por no darse contra ella ningún recurso o por no haber sido impugnada a tiempo, lo que la convierte en firme. Es característico en la cosa juzgada que sea inmutable e irreversible en otro procedimiento judicial posterior”.⁶²

El penalista colombiano Gil Miller Puyo Jaramillo, sostiene que: “Se dice que tiene la calidad de cosa juzgada, la materia, situación o hecho sometidos a la decisión de la rama jurisdiccional del poder público que han sido definidos por medio de sentencia ejecutoriada y por tanto inmodificable, ya que no admite recursos ordinarios o extraordinarios. Ello significa que nada de lo que se convierta, aduzca o alegue en contra de ella tiene valimiento, puesto que se mantiene su permanencia y seguridad jurídicas. ... Quien haya sido condenado o absuelto por la justicia penal, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aún cuando a éste se le dé una denominación distinta”.⁶³

El denominador común en la lectura de las expresiones expuestas por los tratadistas que hemos citado, es el de que nadie puede ser sometido

⁶² Ossorio Manuel.- DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES.- Edt. Heliasta.- 2 001.- Pág. 251.

⁶³ Puyo Jaramillo Gil.- DICCIONARIO JURÍDICO PENAL. Edt. Librería del profesional.- Pág.108.

nuevamente a juicio por un hecho por el que ya fue juzgado, y por que el mismo hecho se ha decidido en juicio contradictorio, y como resultado de ello se produce una sentencia válida que ha causado ejecutoria.

La cosa juzgada se presume verdadera, y la ley le da el carácter de irrevocabilidad, no admitiendo a las partes a probar lo contrario, porque de otro modo los procesos jamás tendrían fin.

La verdad procesal es única e indivisible y por lo tanto, si la resolución que pone término al proceso penal contiene una expresión de verdad y la aplicación de la ley pertinente a esta verdad, resulta evidente que, la verdad proceso no puede ser discutida o impugnada en otro proceso, porque en el curso del proceso concluido constan los medios jurídicos procesales para impugnar la resoluciones que le ponen término, lo cual significa que, una vez que se agotan los medios de impugnación, la resolución que pone término al proceso o extingue la acción penal queda firme y consecuentemente opera el **non bis in ídem**.

La autoridad de la cosa juzgada no tiene lugar sino precisamente con respecto a lo que ha sido objeto del juicio. Entonces, es necesario que la acción se instaure sobre los mismos hechos, para que se pueda establecer la cosa juzgada.

Es de relieves que, la garantía de cosa juzgada o del proceso único por un delito, no solo que protege constitucionalmente el derecho a la seguridad jurídica del sospechoso acusado por el delito, objeto del proceso penal concluido, sino que también confiere seriedad y respetabilidad a las resoluciones en firme que le ponen término; resoluciones que pueden provenir tanto del Ministerio Fiscal cuando se abstiene de acusar al procesado, como del titular del órgano jurisdiccional penal, cuando éste resuelve que la acusación fiscal carece de méritos y sobresee definitivamente al procesado, o en su defecto el Tribunal Penal dicta sentencia absolutoria; así como también, cuando se ha probado la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del procesado, y se le impone una pena en sentencia condenatoria.

2.3.2.- DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL JUEZ COMPETENTE.

Parte fundamental en el presente capítulo es lo que implica la presunción constitucional de inocencia, y ésta es que nadie pueda ser condenado penalmente sin que se hayan practicado pruebas de cargo para acreditar tanto la ejecución del hecho penalmente típico como de la participación del procesado en tal hecho.

Entonces claro está que terminado el juicio oral, el Tribunal Penal tendrá que valorar las pruebas que se hayan practicado en el desarrollo de la audiencia de juicio, en forma pública, contradictoria, concentrada y por supuesto en su presencia, porque estas son las únicas pruebas que tienen aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia.

Si realizada la evaluación de la prueba por parte del Tribunal, queda siquiera una duda, ésta hay que resolverla a favor del procesado, y ello significa que la presunción de inocencia quedó incólume y se impone al Tribunal dictar una sentencia absolutoria.

Si las pruebas dan certeza, más allá de la duda, de la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado o procesado, el Tribunal Penal dicta sentencia condenatoria, imponiendo la pena que corresponde.

La sentencia debe ser motivada y contener el análisis individualizado de cada prueba, al igual que el análisis en conjunto de todo el acervo probatorio, para obtener una síntesis que le permita al juzgador tomar una decisión sobre la responsabilidad o inocencia del acusado. Pero la libre valoración de las pruebas, de cara a los contenidos subjetivos de la verdad, no podrá entenderse como libre arbitrio para el juzgador, ni como libertad facultativa para condenar o absolver, sino que con la experiencia, y con los ejercicios de la sana crítica, con las leyes de la lógica y leyes de la ciencia, imponer una pena o absolver al acusado.

Con la declaratoria de responsabilidad penal del acusado por parte del Juez competente, la situación jurídica del sentenciado se agrava, pues éste pierde sus derechos de ciudadanía lo que implica llegar a la interdicción, es decir llega a tener incapacidad relativa para realizar actos civiles. Pero además la sentencia condenatoria, implica de hecho la reparación del daño causado por el delito a la parte ofendida, lo que significa que tiene derecho a demandar el resarcimiento del mismo mediante juicio civil el que ordena el pago de daño emergente, lucro cesante y demás posibilidades probadas.

2.4.- SUJETOS PROCESALES.

2.4.1.- EL ÓRGANO JURISDICCIONAL PENAL.

La Constitución de la República, con mucha claridad establece que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y claro está que no existe justicia, si se lincha a un sospechoso o se lo azota y ortiga al acusado sin un proceso previo regulado por normas legítimamente aprobadas; adicionalmente del mismo mandato constitucional se desprende que, la aplicación racional de la justicia no solo exige un proceso, sino que al interior de éste se harán efectivas las garantías del debido proceso y además se dispone que no se sacrificará a la justicia por la sola omisión de formalidades.

Por otra parte, el Art. 76 de la misma Constitución, estipula como garantías básicas que todo procesado, sospechoso o imputado, tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a presentar pruebas y a controvertir las que se presenten en su contra; a impugnar las sentencias condenatorias y por supuesto a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. O sea, que estas disposiciones nos están indicando que a la investigación y al juzgamiento deben concurrir necesariamente la fiscalía y la defensa como actores indispensables del proceso, ante el órgano jurisdiccional penal competente. Lo anterior se complementa en el Art. 167 de la Constitución, que nos dice quienes administran justicia, y por tanto, quienes deben decidir en el ámbito de su competencia los procesos penales.

Ahora bien, entre los intervinientes en el proceso penal, ocupa lugar de preponderancia el Juez, sea éste unipersonal o pluripersonal, que es el titular del órgano jurisdiccional penal. El Juez tiene como función primordial, tomar las decisiones de fondo dentro del proceso y, en especial, aquellas que afecten derechos fundamentales, bien sea dentro de la investigación o en el juicio. Su función decisoria, para un correcto ejercicio, debe emanar de la jurisdicción, la competencia y, ser autónomo, imparcial e independiente.

El Juez para gozar de capacidad de decisión debe estar investido de la jurisdicción, en el caso del juez penal, para juzgar la conducta e imponer una

sanción a determinada persona. Esa capacidad se adquiere con el nombramiento y la posesión, previo cumplimiento de los requisitos legales.

El Juez, sea unipersonal o pluripersonal, cuando está investido de jurisdicción y competencia, tiene capacidad para tomar decisiones dentro del proceso penal, tanto en la etapa de investigación como en la de juzgamiento. Pero para poder aplicar y adoptar decisiones debe éste, ser independiente, independencia que emana de la propia constitución conforme lo dispone el Art. 168 numeral 1: “Los Órganos de la Función Judicial, gozaran de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley”.⁶⁴. Con esta disposición los jueces, están libres de la intromisión de los otros poderes para tomar sus decisiones. Pero ahora hay un factor que en muchos de los casos influye en la independencia judicial, y que inquieta realmente a los estudiosos de estos temas y es el de la influencia de los medios de comunicación masiva, vale decir, la radio, la prensa y principalmente la televisión.

Ahora bien, el Juez unipersonal o pluripersonal, interviene en la investigación y en el juzgamiento. En la etapa de investigación, que puede ser la indagación previa o instrucción fiscal, el juez se convierte en Juez de garantías penales, y su función como lo indica la misma denominación es pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones que

⁶⁴ Constitución de la República del Ecuador.- Obra Citada. Art. 168, numeral 1.-

practiquen durante la investigación la fiscalía y la policía judicial; y, como juez de conocimiento solo para pronunciarse por medidas cautelares, llamamientos a juicio o sobreseimientos. En el juicio, interviene siempre en su calidad de juez de conocimiento o de resolución.

El órgano Jurisdiccional Penal, es permanente, porque todos los días y horas son hábiles para ello; la función es concentrada, puesto que las actuaciones que se desarrollan en el juicio se producen en una audiencia, en forma continua y consecutiva; es oral, puesto que la función se ejerce en audiencia de formulación de cargos, en audiencia preliminar y en la audiencia de juicio; y, es obligatoria, ya que la fiscalía debe someter a conocimiento del órgano jurisdiccional los procedimientos que utilizaron para recolectar evidencias o versiones. En esto, el control que ejerce o debe ejercer el Juez de Garantías Penales o Tribunal de Garantías Penales, es integral, esto es, tanto formal como material. En consecuencia el titular del órgano jurisdiccional penal, debe analizar si las actuaciones sometidas a su conocimiento cumplen o no con los requisitos constitucionales del debido proceso y legales; y, además si los motivos que tuvo en cuenta el fiscal para proceder a cumplirlos son suficientes o no, dado que se trata de diligencias que afectan derechos fundamentales, y por lo mismo todas las resoluciones del poder público deben ser motivadas (**literal I, del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución**).

Si encuentra que la fiscalía ha vulnerado las garantías del debido proceso, establecidas en la Constitución, el Juez a cargo del control, no legitima la actuación de aquella y, lo que es mas importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal.

Por el contrario, si el Juez advierte que la fiscalía, en ejercicio de sus facultades, no ha desconocido los límites de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y finalmente pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del Juez unipersonal de control de garantías penales, no implica un pronunciamiento sobre los elementos de convicción que recogió el fiscal para sustentar su dictamen, ya que ésta tarea será realizada por el Tribunal de Garantías Penales en la atapa de juzgamiento, etapa en la que se produce un debate público sobre las pruebas de cargo y descargo del procesado.

Finalmente los Órganos de Jurisdicción Penal en el Ecuador son: La Presidencia de la Corte Nacional de Justicia; las Salas de Garantías Penales de la Corte Nacional de Justicia; Las Presidencias de las Cortes Provinciales de Justicia; las Salas de Garantías Penales de las Cortes Provinciales de Justicia; los Tribunales de Garantías Penales; y, los Juzgados de Garantías Penales

2.4.2.- EL MINISTERIO FISCAL.

Según el Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador, la Fiscalía “dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; y que durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el Juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal”.⁶⁵

Con la disposición constitucional anotada, distinguimos claramente que el proceso penal acusatorio tiene dos partes completamente distintas, que son el derecho de punir y el derecho de perseguir; el primero le corresponde al órgano jurisdiccional penal, que actúa en calidad de garantizador del debido proceso y sancionador; y, el segundo al Ministerio Fiscal, o Fiscalía General del Estado, que es el organismo que persigue al presunto infractor ante el órgano jurisdiccional, por lo cual dentro de sus atribuciones está la de dictar la resolución de inicio de instrucción fiscal, cuando encuentra elementos de convicción que le sirven para establecer un delito e imputar a una persona determinada el cometimiento del mismo.

El Ministerio Fiscal, para cumplir sus funciones, tiene supuestamente organizado (no creemos) un sistema especializado integral de investigación,

⁶⁵ Constitución de la República del Ecuador.- Obra Citada. Art. 195

de medicina legal y ciencias forenses, que incluye a personal civil y policial; dirigiendo además un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal.

Ahora bien, cuando el Ministerio Fiscal, no dispone de fundamento para imputar el delito a determinada persona, necesariamente debe actuar como órgano de investigación preprocesal, hasta encontrar elementos que le sirvan de sustento para la imputación del delito al presunto infractor en la resolución de inicio de la instrucción fiscal; pero, en el curso de ésta (instrucción fiscal) actúa como órgano de investigación procesal del delito, con el objeto de obtener resultados que le proporcionen datos relevantes sobre la existencia del delito y la participación en el mismo del procesado, sirviéndole además dichas investigaciones procesales, como elementos de convicción, para sustentar el dictamen acusatorio.

Tanto en la investigación preprocesal, como procesal, el Ministerio Fiscal o Fiscalía, debe observar estrictamente las garantías del debido proceso, a fin de que los resultados de las investigaciones realizadas tengan eficacia como elementos de prueba.

Observando las garantías del debido proceso, Fiscalía debe asegurar los elementos materiales probatorios, siendo esta una función fundamental en la tarea investigativa, porque de su oportunidad y adecuado desarrollo depende el éxito de la investigación. Por tanto deberá velar porque no se

pierdan o alteren los rastros o vestigios que haya dejado el delito, mediante su reconocimiento y fijación en el lugar de la comisión del delito, su recolección y embalaje adecuado.

Pero parte fundamental del accionar del Ministerio Fiscal o Fiscalía. Es la aplicación del principio constitucional de oportunidad, y la mínima intervención penal.

Este es un principio que despierta polémica puesto que se argumenta, que éste principio tiene naturaleza política, y no debe ser considerado en instancias judiciales, porque los criterios políticos se agotaron cuando el legislador decidió erigir una conducta en delito y señalarle una sanción.

En materia de regulación del principio de oportunidad se presentan dos modelos claramente diferenciados: el discrecional, de origen anglosajón, en el cual el órgano de persecución penal tiene libertad para decidir cuándo lo aplica y responde políticamente por su determinación; y el reglado – el nuestro- que se caracteriza porque al aplicarlo el órgano de persecución penal debe someterse a un sinnúmero de circunstancias previstas en el procedimiento penal, y la decisión es controlada por un juez de garantías.

Pero, por lo general, entre las consideraciones que se deben tener en cuenta para aplicar el principio de oportunidad, están: el grado de lesión al bien jurídico; la naturaleza del bien jurídico y la frecuencia de comisión del ilícito; la insignificancia de la pena prevista para algún delito.

No está por demás advertir que la Constitución y el Código de Procedimiento Penal, impide que ciertos delitos queden amparados por el principio de oportunidad, tales son: los delitos que comprometan de manera seria el interés social; los delitos contra la administración pública o que afecten los intereses del Estado; los delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio, o los delitos de lesa humanidad.

Este principio lo que pretende es racionalizar el trabajo judicial, ya que el sistema no es capaz de procesar todos los delitos que llegan a su conocimiento, por lo tanto impone señalar preferencias en materia de investigación.

2.4.3.- EL IMPUTADO O PROCESADO

“Es aquel en contra de quien existen simples sospechas de participación en un hecho que revisten caracteres de delito, teniendo dicha calidad desde el primer momento de la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”.⁶⁶

La legislación ecuatoriana, sostiene que imputado es la persona a quien el fiscal le atribuye participación en un acto punible, en calidad de autor, cómplice o encubridor.

⁶⁶ Batista, María Elvira.- Tendencias Modernas del Proceso Penal.- Pág. 22.- Módulo 3.- Maestría en Ciencias Penales. U:N:L.

Pero claro está que siendo nuestro sistema garantizador, todos los derechos del imputado tienden a resguardar su persona y su dignidad de tal, asegurándole su calidad de sujeto de la investigación y no objeto de la misma (debería ser igual con las víctimas). No hay duda que se protege la calidad jurídica del imputado, respetando su derecho de presunción de inocencia, esto es mientras no se pruebe su culpabilidad, abarcando todas las etapas del procedimiento.

Pero como se entera una persona que está siendo imputada o procesado de algún delito. Se entera mediante la formalización de la instrucción fiscal. Y no hay duda que éste fin es de otorgar garantías al imputado en cuanto al conocimiento de la imputación y sus límites (no puede ser imputado por un acto y juzgado por otro.)

Pero a más de ésta garantía constitucional importantísima, goza de otras garantías, como la de no ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa; ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; a no ser interrogado sin la presencia de un defensor; a ser asistido por un abogado defensor; a no ser juzgado más de una vez por una misma causa; a acogerse al derecho al silencio y a otras posibilidades más.

Pero algo que debe preocupar sobre manera y que violenta el principio constitucional de inocencia, son las llamadas medidas cautelares personales, principalmente la prisión preventiva. Ésta medida cautelar que como sostienen algunos tratadistas, supone que se logre un equilibrio entre la presunción de inocencia y la libertad por un lado; y, la necesidad de combatir las actividades delictivas por el otro, con la finalidad de proteger el orden social y los bienes jurídicos protegidos por el otro.

Esta medida cautelar supone que su aplicación es de carácter excepcional, pudiendo imponerse al imputado o procesado otra medida alternativa de aseguramiento que no sea definitiva y que garantice los fines del proceso en aquellos supuestos en que se presume que el presunto autor tratará de evadir la acción de la justicia. Pero más sucede que se ha demostrado que el empleo de la prisión preventiva no resulta una vía efectiva en el combate de la criminalidad, que debe ser enfrentada mediante medidas de carácter social, económicas y políticas, evitándose las llamadas penas anticipadas desde un momento tan temprano a la conclusión de un proceso, siendo esto responsabilidad del Estado.

2.4.4.- EL DEFENSOR DE OFICIO O DEFENSOR PÚBLICO.

La figura de defensor de oficio muy en boga hasta hace muy poco tiempo en nuestro sistema procesal penal, siempre fue en tono figurativo, ya que lo

único que pretendía, era “proteger oficialmente” al procesado de la instrucción fiscal o proceso penal que se instauraba en su contra.

Esta figura fue siempre “figurativa”, a tal punto de que servía únicamente para constancia procesal de que al sindicado se le garantizaba la defensa profesional de un abogado en libre ejercicio profesional, a quien se lo notificaba con la designación, y hasta ahí llegaba su actuación.

Tan grave es la situación de los imputados, acusados o como quiera llamárselos, que sigue en pie la Segunda Disposición Transitoria del Código de Procedimiento Penal vigente parcialmente, desde el trece de enero de 2 000, y vigente en forma total desde el 13 de julio de 2 001, disposición que en su parte pertinente dice: “Mientras no se organice plenamente la Defensoría Pública, cuando no se pueda contar con un defensor público o fuese imposible designarlo inmediatamente, se nombrará un defensor de oficio, que será abogado en el libre ejercicio de su profesión...”⁶⁷

No es menos cierto que se establecieron los defensores públicos, y que éstos pueden servir en calidad de abogados defensores de los imputados, acusados y procesados, pero claro está que no son ellos, ni los abogados en libre ejercicio en calidad de defensores de oficio los que deben hacer la defensa técnica a favor de un sospechoso del cometimiento de una infracción tipificada como delito, como garantía constitucional de debido

⁶⁷ Código de Procedimiento Penal.- Obra Citada.- Segunda Disposición Transitoria.

proceso. Los primeros por no tener el tiempo suficiente para poder entregarse a cabalidad en defensa de los intereses del sospechoso, como sucedía en la ciudad de Zamora, que el defensor público, cuando se lo notificaba por parte del Tribunal para que ejerza la defensa técnica del acusado en la audiencia de juzgamiento, éste, en el día y hora señalados para la audiencia, recién se conocía con el acusado, dejándolo sin duda alguna en indefensión, por falta de tiempo para ejercer la defensa, o por irresponsabilidad; y, los segundos, es decir los defensores de oficio, que son abogados en libre ejercicio de la profesión, no ejercen la defensoría de oficio a cabalidad, por que se excusan de intervenir en la misma argumentando un sinnúmero de situaciones; y principalmente porque ejercer la defensoría de oficio, les lleva a perder tiempo y dinero, porque dejan abandonado sus bufetes, que conlleva la pérdida de cliente y por ende de dinero, situación que no es reconocida en el ejercicio de la defensoría de oficio.

Por ello creemos que es imperioso se implemente formalmente la Defensoría Pública Nacional, como órgano independiente y autónomo y que se establezcan defensores públicos penales en todos los cantones de las veinticuatro provincias del Ecuador, solo así podremos decir que la justicia penal, en relación a los derechos del sospechoso se la ha comenzado a implementar. Como dijimos en el capítulo dos del presente trabajo, el derecho a la defensa y el derecho a un debido proceso, son garantías constitucionales y procesales fundamentales, las cuales pertenecen a una gama de principios procesales como el de presunción de inocencia, el

derecho de tutela jurisdiccional, las cuales consolidan las bases de un proceso penal más justo, siendo estas las únicas armas frente al poder punitivo del Estado.

2.4.5.- PRINCIPALES CONTINGENTES EN LOS JUICIOS DE ACCIÓN PÚBLICA.

Debemos entender que la idea central del sistema acusatorio es, pues, la preservación del concepto del juicio y, mediante él, el rescate del poder de los jueces. Actualmente se discute mucho acerca de la necesidad de establecer la figura legal de los “jueces en vigilancia permanente”, en virtud de la cual ellos asumirían las consecuencias de sus decisiones y vigilarían el cumplimiento de la pena, sin que signifique que el sistema penitenciario pase a depender de la función jurisdiccional, sino que el condenado tendrá la posibilidad de recurrir a un juez cuando sus derechos sean violados. Y que el juez, por su parte, mantenga una actitud “activa” respecto de los fines constitucionalmente establecidos de la pena, la rehabilitación y la resocialización. Por regla general sería conveniente que esos jueces no fueran los mismos que dictaron el fallo y que se dedicaran exclusivamente al control de la ejecución de la pena o a la vigilancia penitenciaria.

A nuestro juicio, lo propio de un sistema acusatorio es la preservación del poder del magistrado. Ya que la idea de lo jurisdiccional se basa en la

convicción de que el Juez debe dedicarse sustancialmente a la resolución del conflicto, que constituye la base del proceso penal, y a la preservación de los derechos constitucionales de las personas.

Entonces, creemos como dijimos anteriormente que la idea central del sistema acusatorio es, pues, la preservación del concepto del juicio y, mediante él, el rescate del poder de los jueces. Solo gracias a esta recuperación podrá la judicatura adquirir un verdadero papel protagónico en la sociedad, y si no se lo otorgamos, será difícil construir democracias que sean auténticas y no un simple juego democrático en manos de unos pocos.

Pero como se escucha todos los días, “del dicho al hecho...”. Con la expedición del sistema acusatorio oral implementado en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, éste ha provocado confrontaciones, por la falta de consenso acerca de cuál es la naturaleza del sistema procesal acusatorio que el país requiere, encontrando desfases principalmente en la implementación de los juicios de acción pública.

Las principales contingencias en los juicios de acción pública, son la forma de investigación de un presunto delito; la forma de presentación de la prueba para que sea apreciada por el juzgador, y finalmente la forma de resolver.

En lo que tiene relación a la forma de investigación de un presunto delito. Para todos es conocido que el Ministerio Fiscal, y la policía judicial no

cuentan con verdaderos investigadores, mucho menos con laboratorios científicos para identificar o aclarar un delito, así como a sus responsables, es por ello que en muchos casos por falta de calidad de la investigación, al Ministerio Fiscal se le “cae” el caso, y el delito y su responsable queda en la impunidad.

En relación a la forma de presentación de la prueba para que sea apreciada por el juez, principalmente por parte de la fiscalía, ésta en la mayoría de los casos carece de sustento probatorio por lo que dijimos anteriormente, por falta de calidad en la investigación, por falta de preparación de los testigos, entendiéndose en el buen sentido de la oración, ya que todos, sin excepción, al momento de su presentación en la audiencia de juicio, recién son conocidos por el fiscal, desconociendo por lo mismo éste último, la calidad del testigo, su formación y el real conocimiento del hecho investigado y presentado para el juzgamiento.

Finalmente, a muchos juzgadores les falta preparación en el sistema, se sigue condenando por presunciones, siguen en su mayoría convirtiéndose en el mejor protagonista del juicio, a veces a favor del Ministerio Fiscal, otras a favor del acusado. En su mayoría nunca establecen – por no presentar la fiscalía- la presunción de nexo causal entre el delito y el delincuente, y resuelven por lo más fácil (**para ellos**) condenando al acusado en respuesta al temor de la ciudadanía.

2.5.- VIOLACIONES CONSTITUCIONALES.

2.5.1.- LEGALIDAD Y OFICIOSIDAD.

La ley penal describe una conducta punible y amenaza con una sanción a quien incurra en ella. Su actuación práctica requiere un mecanismo mediante el cual, frente a la hipótesis de que se ha incurrido en esa conducta, se procure establecer si en verdad ha incurrido, para dar paso a la aplicación de la sanción prevista al responsable. Solo así se satisfará la vocación jurisdiccional en la norma a ser actuada cuando se den sus presupuestos fácticos.

El dominio del principio de legalidad se encuentra comprendido en la máxima “nullum crimen nulla poena sine lege”, lo que significa que nadie puede ser castigado sino por los hechos que la ley haya definido como delictuosos, ni ser sujeto de una pena que no sea establecida previa y específicamente. El numeral 3 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador nos dice: **“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con**

observancia del trámite propio de cada procedimiento⁶⁸ (lo subrayado es nuestro). Las infracciones penales son consecuencia de la acción del infractor y la ley penal se ha encargado de tipificarlas como delitos y contravenciones, de manera que cualquiera otra acción u omisión, por inmoral que pudiera parecer, no podrá calificarse como infracción penal si previamente el Código de la materia no lo ha determinado así.

Sobre el punto se presentan, teóricamente, dos alternativas posibles. O la reacción del Estado, buscando acreditar el hecho para castigarlo, debiendo darse en todos los casos en que exista la hipótesis de la comisión de un delito, sin excepción y con la misma energía; o bien puede elegir en que casos se va a provocar esta actividad, y en que casos no, según diversas razones. La primera se denomina legalidad; la segunda disponibilidad o también oportunidad o como ahora lo llama la Constitución “la mínima intervención penal”

Se ha conceptualizado a la legalidad como la automática e inevitable reacción del Estado a través del Ministerio Fiscal o Policía, para que frente a la hipótesis de la comisión de un delito (de acción pública) se presente a los órganos jurisdiccionales con la respectiva investigación, con la prueba a solicitar el juzgamiento, y si corresponde el castigo del delito que se hubiere logrado comprobar.

⁶⁸ Constitución de la República del Ecuador. Obra Citada.- Art. 76 # 3

Esta reacción oficial, en cuanto exterioriza la pretensión punitiva del Estado, se conoce como acción penal o pretensión penal, que no es otra cosa que la afirmación de la posible existencia de un hecho delictivo, y la petición que se verifique su existencia y se sancione al responsable que hubiere (si lo hubiere). La acción penal o procesal, es el poder de presentar esta pretensión ante los órganos jurisdiccionales obligándolos a que resuelvan sobre el fundamento fáctico y jurídico de aquella.

En lo que corresponde a la oficiosidad, y con la introducción de varias reformas al Código de Procedimiento Penal y vigentes a partir del 24 de marzo de 2009, principalmente el segundo Art. Innumerado después del Art. 5 en donde la Jueza o Juez carecerá de iniciativa probatoria, debemos indicar que se olvidaron de suprimir el Art. 10 del mencionado Código, disposición que concede el impulso del proceso penal al Juez, y corroborada por lo dispuesto en el numeral 10 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial. No hay duda que esto es uno de los elementos para que las instituciones como el poder judicial sea vencida por la cultura inquisitiva, ya que el legislador no fue capaz de diferenciar los roles al anterior sistema. En la medida que ello ocurre, los jueces no solo se van involucrando en las tareas propias de las partes – investigación, producción de prueba y sostenimiento de la acción -, sino que lo hacen con frecuencia desde la antigua cultura del sistema inquisitivo, que en su mayoría lo conocen a la perfección y en el cual han desarrollado toda su carrera. El rol que juega el Juez en este aspecto es no solo de velar por el respeto de los derechos de

los intervinientes en el proceso, sino también de llevar adelante la investigación.

En este contexto, el Juez asume tanto las funciones jurisdiccionales como las persecutorias durante el desarrollo de la investigación, dicho en otras palabras, está completamente a cargo de la instrucción. Esto significa, en primer lugar, que el Juez debe tomar las decisiones de mérito, es decir, las decisiones acerca de la necesidad de llevar adelante la investigación, etc. En segundo lugar, le corresponde realizar el control de la legalidad de dichas decisiones, es decir, una vez que determina la conveniencia de realizar las distintas actividades y diligencias que supone la investigación, el Juez debe controlar que ellas mismas sean legales o se adecuen a la legalidad del sistema.

Como debe llamar la atención esta doble función, de mérito y control del mérito, es sumamente problemática y constituye una de las principales debilidades del sistema. Desde esta perspectiva objetiva, la garantía de imparcialidad es principalmente un problema de diseño institucional del sistema, debido a que éste está estrechamente relacionado con la forma en que la función judicial está estructurada en un sistema particular, por sobre las creencias o perjuicios subjetivos de los jueces que forman parte del mismo.

La Corte Europea de Derechos Humanos, en la materia, dice que la intervención de un juez o varios jueces en la etapa de investigación, que luego participan como miembros del tribunal de juicio, resulta problemática con relación a la garantía de imparcialidad desde el punto de vista objetivo. Ejemplo de esta conclusión es el caso “ De Cubber vs. Bélgica, la Corte sostuvo que el cumplimiento sucesivo de funciones de juez instructor y miembro del tribunal del fallo, afectan la imparcialidad del tribunal desde el punto de vista objetivo. Esta situación inspira legítimas dudas en orden al respeto del principio de imparcialidad, debiendo demostrarse que la justicia no solo debe ser imparcial, sino que también debe parecerlo”⁶⁹. Esta realidad no solo genera problemas puramente en términos de imparcialidad –jueces que producen pruebas que después están llamados a juzgar – sino, además , daña lo que pretende el sistema: constituirse sobre la base de una competencia aguda entre las partes, en frente de un Tribunal que no tenga compromisos institucionales con ninguna de ellas y que las mismas sabrán llegar a las audiencias con casos profesionalmente preparados y los jueces sabrán que deben estar completamente atentos a la información que se está produciendo en ellas y preparados para tomar decisiones.

Al respecto el anterior Tribunal Constitucional, ahora Corte Constitucional, en resolución 088-2001-T.P. (R.O. 351), segundo suplemento, de 20 de junio de 2 001 dice: “De modo general en la doctrina se expresa que este

⁶⁹ Programa de Capacitación a Jueces y Vocales de los Tribunales Penales.- Pág 97.- Consejo Nacional de la Judicatura.

principio (dispositivo), se opone por definición al principio inquisitivo, ya que no se puede concebir al Juez investido de todas las facultades para investigar y aplicar la ley, en cuyo caso estamos frente al principio inquisitivo, o por el contrario se lo puede concebir al Juez sujeto a la iniciativa de las partes, de tal modo que pesa sobre las partes la carga de proporcionar los fundamentos de la sentencia mediante sus actos de postulación (peticiones, alegaciones, aportación de las pruebas). El principio contrario al dispositivo es el de investigación, que recibe también los nombres de principio inquisitivo, de instrucción o principio de conocimiento de oficio. El principio dispositivo en su versión privatística implica pues, no solo la entrega de la iniciativa y la disposición de la acción a las partes, sino también la atribución a las mismas del impulso procesal. Concibe al Juez y al proceso como órgano e institución inermes, que solo adquieren movimiento ante la solicitud permanente de las partes interesadas. Como se señaló en nuestra Constitución en el Art. 194 que se refiere expresamente a este principio para todos los sistemas procesales”⁷⁰ .

En síntesis, el principio de legalidad, que se constituye en el paradigma del derecho positivo escrito, significa que el Juez y el Fiscal impulsarán el proceso penal sin gestión de parte y que el proceso penal solo puede suspenderse o concluir en los casos y formas expresadas por la ley, de manera que ni el fiscal ni el Juez pueden detenerse a observar los beneficios

⁷⁰ Vaca Andrade Ricardo.-“Manual de Derecho Procesal Penal”.- Primera Edición.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- 2001.- Quito-Ecuador.- . Pág 55

o perjuicios que en cumplimiento de su función pueden obtener o recaer en terceros. La oficiosidad es consecuencia del principio de legalidad y consiste en la atribución que tiene el Juez para actuar sin solicitud de parte y aun contra la voluntad de ésta en orden a establecer la verdad de los hechos objeto del proceso.

2.5.1.1.- PRINCIPIO DISPOSITIVO.

De acuerdo con el principio dispositivo, el proceso sólo puede iniciarse a instancia de quien pretende la tutela de un derecho y no puede desarrollarse sino mediante impulso de las partes. Con lo cual se observa una pasividad absoluta del Juez, ya que no puede actuar por si solo, sino a petición de parte, le está vedada por completo cualquier iniciativa para establecer la verdad de los hechos materia de controversia o para suplir la falta de actividad de las partes.

Al disponer el Art. 168 numeral 6 de la Ley suprema que: “ La sustanciación de los proceso en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”⁷¹,se convierte al particular y al Ministerio Fiscal en la parte demandante, debiendo naturalmente el Juez o el Tribunal atender exclusivamente lo solicitado por el sujeto activo de la

⁷¹ Constitución de la República del Ecuador.- Obra Citada. Art. 168 # 6.

acción, sin poder actuar o pronunciarse sobre asuntos que no han sido sometidos a su jurisdicción y competencia.

En base a este principio dispositivo, los mismos que tienen la iniciativa para iniciar la acción penal e impulsarla y aportar prueba, pueden en ciertos casos, poner fin al proceso, así se verifica del Art. 370 reformado del Código de Procedimiento Penal. Es decir que lo harán ha pedido del fiscal o del procesado que son las partes activas del proceso, observándose claramente que las partes son dueñas del proceso.

Sin embargo, al parecer nuestros legisladores, continúan manteniendo rezagos del sistema inquisitivo cuando como lo dijimos anteriormente en el Art. 10, dice que el proceso penal será impulsado por la Fiscal o el Fiscal y la Jueza o Juez, sin perjuicio de gestión de parte; los Arts. 288, 294, 295 del Código Adjetivo Penal, confieren competencia al Presidente y Jueces, para que interroguen de ser necesario a la parte ofendida, peritos, testigos y acusado, es decir coadyuva en la práctica de prueba que de acuerdo a la naturaleza del sistema acusatorio oral no lo puede hacer porque afecta el principio de imparcialidad, visto bajo el concepto de que el juez no puede ser demandante y juzgador al mismo tiempo, pues la esencia del proceso es la existencia de dos partes parciales y un tercero imparcial, más aun recordemos que las funciones básicas del proceso judicial son: acusación, defensa y decisión amparadas a sujetos procesales independientes, diferentes y separados, de tal modo que las pruebas comportan a las partes,

sin que el Tribunal Penal pueda aportar hechos al proceso, pues ello supondría convertirlo en acusador o defensor, y este le corresponde al Ministerio Público y defensor, ya que el Juez es árbitro del proceso

El hecho es que, siendo el objetivo del proceso penal el debido proceso, la integridad personal y sobre todo hacer justicia, la participación del juez en el impulso del proceso y la práctica de la prueba no puede ser aceptada, porque el juez no es parte del proceso violándose el principio dispositivo, ya que justamente ese rol le corresponde única y exclusivamente al fiscal, procesado y al ofendido en caso de haber comparecido como acusador particular.

2.5.1.2.- INMEDIACIÓN.

Es la relación directa que tienen los partícipes en el proceso penal, comprendidos entre estos: al fiscal, al ofendido, al procesado o procesados, a los Jueces y a los terceros que pueden ser los peritos y los testigos.

El principio de inmediación tiene por objeto poner en contacto directo y personal a los Jueces del Tribunal con los actores del proceso, tanto activo como pasivo, así como los demás partícipes, sean estos peritos o testigos, de tal modo que de ese contacto el juzgador obtenga la convicción necesaria para llegar a dictar la sentencia que corresponda. La inmediación permite

conocer a la persona, observar sus reacciones y establecer en cierta forma cuando dice la verdad y cuando la deforma.

En el sistema acusatorio oral, la inmediación tiene toda probabilidad de surtir los efectos hacia los que apunta, además de que permite la contradicción esto es el ejercicio del derecho de defensa en forma cabal y la concentración de distintos actos procesales en una sola diligencia.

2.5.1.3.- CONCENTRACIÓN.

Este principio equivale a centralizar toda la prueba, es decir presentar la misma en la audiencia de juzgamiento. Según la Enciclopedia Jurídica OMEBA, este principio supone “la reunión de todas las actividades procesales dirigidas a la instrucción de la causa (prueba y discusión de las pruebas) en una sola sesión o en un limitado número de sesiones, en todo caso próximo unas a otras. El objeto es lograr que el proceso sea una obra unida, homogénea. Se considera que la aplicación de este principio facilita a su vez la realización de la inmediación, o sea la recepción por el juez de la prueba de manera que la expresión escrita responda a la realidad y tenga solo como fin conservar la prueba oral, para su conocimiento por los jueces de alzada. Así mismo, acelera el trámite acortando el plazo de prueba y por lo tanto también termina con los incidentes de caducidad de la prueba por negligencia y evita y disminuye la variada serie de otros incidentes, permite poner a la vista del adversario todos sus medios de ataque y de defensa, sin

maliciosos ocultamientos. Se trata de comparar lo que resulta de la prueba respecto a cada hecho controvertido, a medida que se produce en forma tal que los profesionales y el juez, puedan advertir desvíos de la verdad, en los absolventes y testigos. Los jueces pueden formar su convicción sobre los hechos a medida que evacuan las pruebas. Exige una labor mas intensa en la preparación de la demanda (acusación), en su respuesta y también en la prueba, pero a la larga se ahorra mucho más tiempo. Con una o dos audiencias se evitan días y meses de audiencia o actuaciones parciales”⁷².

La explicación detallada anteriormente, en la que se mencionan los principios rectores del procedimiento en el Ecuador, sería suficiente para puntualizar las diferencias que se aplicaban en el sistema inquisitivo. Con el nuevo sistema la eficacia de la inmediación no debería ser soslayada por los operadores de justicia. No debería haber prueba válida sin notificación a la otra parte, para que ejerza el derecho de contradicción, no debe haber prueba que se la practique de oficio o sin la presencia de las partes, por que se violenta el principio dispositivo de imparcialidad. Que significa esto, que no hay juicio sin proceso previo, que no hay prueba fuera del proceso, que no hay prueba que se consiga violando los principios constitucionales del debido proceso.

⁷² OMEBA.- Enciclopedia Jurídica. Tomo III, Pág. 575.

2.5.2.- OPORTUNIDAD.

Con las reformas constitucionales de 1998, y en la actual Constitución de la República del Ecuador, a la Fiscalía se le asignó un nuevo papel en el procedimiento penal, que está implícito en el Art. 195 de la Constitución que dice: “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal...”⁷³.

Por medio de esta disposición constitucional se consagra el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, que deberá ser observado por la Fiscalía General del Estado, pues en el Código de Procedimiento Penal anterior (1983) regía el principio de legalidad, es decir que el fiscal tenía la obligación de presentar su exitativa al juez y éste la obligación de instruir el sumario.

Alberto Wray se refiere al principio de oportunidad, con el siguiente criterio: “Se denomina así, en general, al reconocimiento de poderes discrecionales al Ministerio Público para decidir sobre la conveniencia o no de ejercer la acción penal en un caso concreto. En este sentido, se contraponen al llamado

⁷³ Constitución de la República del Ecuador.- Obra Citada. Art. 195.

principio de legalidad, en cuya virtud el Fiscal que conoce que se ha cometido un delito tiene la obligación de actuar, con prescindencia de cualquier consideración relativa a las posibilidades reales de prueba o a la poca significación social del hecho”⁷⁴ .

El principio de oportunidad tiene que conectarse necesariamente con la idea de subsidiaridad del derecho penal, es decir, que éste es la última pieza del ordenamiento jurídico, y que solo es lícito recurrir a él cuando otras sanciones jurídicas menos incisivas aparezcan insuficientes para mantener la confianza en el derecho y la paz social.

Las tendencias a formalizar el principio de oportunidad favorecen sin duda la capacidad operativa del sistema penal, en la medida que le permite a los órganos encargados de promover el enjuiciamiento, prescindir de su promoción o continuación en los casos en que los criterios de oportunidad así lo indican. En ese sentido el principio de oportunidad institucionaliza la selectividad que bajo el principio de legalidad se practica de facto. La institucionaliza, pues en rigor de verdad el sistema de persecución penal fundado en el principio procesal de legalidad aplica de facto el principio de oportunidad. En el caso de los delitos leves contra la propiedad atribuido a autores desconocidos el fiscal de la investigación no realiza en verdad ninguna averiguación, simplemente se limita a formalizar una breve

⁷⁴ Revista Nro. 3 del Colegio de Jurisprudencia IURIS DICTIO publicada por la Universidad San Francisco de Quito. Enero 2001. Pág. 14

secuencia procesal. Muchas denuncias de defraudaciones y abusos de confianza originados en relaciones contractuales son desestimados de plano con indicación de recurrir a la vía civil con dudosos fundamentos acerca de la naturaleza extra penal del conflicto, lo que en buen romance significa que los jueces derivan a las partes a que compongan su conflicto por medio del procedimiento civil. El cierre de la etapa de investigación fija el número de personas en condiciones de ser acusadas y en ciertos casos garantiza a otras que ya no podrán ser llevadas a juicio, por los hechos de la causa.

Las experiencias hablan a favor de introducir el principio de oportunidad, pero ello exige que la introducción sea formalizada, esto es, que todos los criterios de regulación del principio estén claramente fijados en la ley y que el órgano facultado para determinar la oportunidad goce de una inserción institucional que lo ponga a resguardo de intereses políticos ajenos a los de la política criminal y que la someta al mismo tiempo al control público para evitar que la decisión sobre la oportunidad se ejerza “por la puerta de atrás” del sistema penal. El principio de oportunidad sólo es compatible con el estado de derecho, si sus criterios están determinados con precisión en la ley; las reglas de oportunidad que estén reguladas sin precisión destruyen en su totalidad al principio de legalidad. Por otro lado el principio de legalidad sobrecarga la tarea de los encargados de promover la averiguación de los delitos y el principio de oportunidad se manifiesta como alternativa seductora. Pero lo más decisivo es que la mezcla de legalidad y oportunidad depende de la ética de los fiscales y operadores de justicia.

2.5.2.1.- INDAGACIÓN PREVIA.

La Constitución cuando en el Art. 195 establece que corresponde la investigación preprocesal al fiscal, no la limita; sin embargo el Art. 33 del Código de Procedimiento Penal la limita de manera exclusiva a los delitos de acción pública pues solo en éstos cabe la etapa de instrucción fiscal. Con ello no es factible la indagación previa o investigación preprocesal en los delitos de acción privada, lo cual en ciertos casos vulnera el derecho de la persona e impide una actuación oportuna para la recolección de elementos de prueba.

La indagación previa es el conjunto de actos investigativos que han de realizarse, una vez que se ha conocido – por cualquier medio – el cometimiento de un hecho presumiblemente punible, para determinar sus circunstancias y saber si procede la pertinente instrucción fiscal. El objetivo principal es investigar los hechos e identificar a las personas que podrían tener vinculación con los mismos. Esta parte inicial está a cargo del Ministerio Fiscal con el apoyo de la policía judicial.

El maestro Cabanellas cuando se refiere a la indagación dice: “Investigación, averiguamiento. Pesquisa. Búsqueda. Instrucción del sumario”

La indagación previa tiene las siguientes características: es preprocesal, es facultativa, no obligatoria, es reservada y sujeta a plazo; y, rige el principio

de legalidad para el ejercicio de las funciones del fiscal, de la policía judicial y de los jueces.

Pero si antes nos quejábamos de la inconstitucionalidad que tenía la disposición establecida en el Art. 215 del Código de Procedimiento Penal que hablaba de la reserva y en donde los fiscales no hacían conocer a nadie cualquier indagación que realizaban, y que medianamente ahora ha sido corregida al establecerse que la indagación previa se mantendrá en reserva para terceros ajenos a ésta. Ahora en el Art. 217 del mismo cuerpo legal se comete el más grave atropello constitucional al sostenerse en la parte final de la mencionada disposición que “No impedirá la realización de la audiencia, el desconocimiento, respecto del lugar o domicilio en que deba notificarse a la persona o personas contra quienes se vaya a formular la imputación; y en todo caso la audiencia se desarrollará con la intervención del defensor público para garantizar el derecho a la defensa”.

Esto realmente es regresar al tiempo del sistema inquisitivo, en el que no importaba si se citaba o no al sindicado, ya que bastaba citar con el inicio de un proceso al defensor de oficio, y así el proceso culminaba con la sentencia.

Si la actual Constitución de la República, que ya no es política sino garantizadora, sostiene en el Art. 1 que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, no puede una norma de menor

jerarquía vulnerar dichas garantías. Dentro del debido proceso sin duda alguna tenemos dos megas derechos, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa, por lo mismo es obligación del Ministerio Fiscal al realizar una indagación previa, establecer con claridad meridiana donde debe ser notificada la persona a quien se ha indagado y contra quien se formularán los cargos, para que puede defenderse ya que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo proceso.

2.5.2.2.- INSTRUCCIÓN FISCAL.

El Art. 26 del Código de Procedimiento Penal señala “La Fiscal o el Fiscal que como resultado de la indagación preprocesal o por cualquier otro medio hallare fundamento para imputar a persona determinada la participación de un delito de acción penal pública, iniciará la instrucción conforme a lo previsto en el Art. 217 y lo comunicará de inmediato a la Jueza o Juez de Garantías Penales competente...”

El objeto de la instrucción fiscal es el de efectuar la investigación que permitan al fiscal recolectar evidencias que le sirvan de elementos de convicción para emitir su dictamen, y luego constituya el sustento de su acusación en el juicio.

En nuestro sistema la instrucción fiscal, presenta las siguientes características: a) es la etapa inicial; b) es de carácter aparentemente público; c) está sujeta a plazo improrrogable; d) pretende respetar los derechos del procesado, con apariencias burdas, principalmente el de la defensa.

Para que la instrucción fiscal se inicie, es preciso que se cumplan los siguientes requisitos: a) existencia de hechos presumiblemente constitutivos de delito de acción pública; b) individualización e identificación de la o las personas que participaron en el hecho; c) existencia de elementos suficientes para imputar la autoría o la participación en el hecho a la o las personas que fueron debidamente identificadas; d) que la acción no esté prescrita; e) que no sea una cuestión prejudicial.

Y constituyen elementos de la instrucción fiscal, los siguientes: a) la indagación previa si hubiere sido necesaria; b) la denuncia verbal; y, c) el conocimiento de un hecho presumiblemente punible que por cualquier medio hubiere tenido el fiscal.

Pero no todo lo que brilla es oro; las reformas introducidas por el congresillo del Ecuador, y que se publicaron el 24 de marzo de 2 009, sin duda alguna transgrede normas constitucionales del debido proceso, pues de conformidad al Art. 217 del procedimiento penal, la resolución de inicio de la instrucción penal es atentatoria, ya que limita el derecho a la defensa del

procesado, en donde descaradamente se dice que cuando la Fiscal o el Fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, el fiscal le solicitará al juez de garantías que señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos, en cuya audiencia la Fiscal o el Fiscal, solicitará al Juez que notifique con el inicio de la instrucción a los sujetos procesales y señalará además el plazo dentro del cual concluirá la etapa de instrucción fiscal, la que no podrá excederse de noventa días. Situación ilegítima, por cuanto bien puede suceder que el fiscal con la información necesaria que la recogió reservadamente, informe al juez que concluye la misma al siguiente día de notificada o a la semana siguiente o a los noventa días, violentándose con eso la garantía constitucional 7 letra c) del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, que sostiene que el derecho de las personas a la defensa incluirá el ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

2.5.2.3.- DESESTIMACIÓN.

En los artículos 38, 39 y 39.1 del Código de Procedimiento Penal, se institucionaliza la desestimación, que tiene relación además con el artículo 226 del mismo cuerpo de ley.

De entre las discrecionalidades que el sistema acusatorio oral otorga al Ministerio Fiscal, como salidas al sistema procesal penal para descongestionarlo y que permiten aparentemente el ejercicio del principio de

oportunidad, se encuentra la desestimación, que supone un filtro para evitar “perder tiempo en investigar” o practicar diligencias cuando se dice que es manifiesto que el caso no entra en el ámbito de actuación del Ministerio Fiscal.

En el caso de nuestra legislación se concreta al hecho de que si el asunto que ha llegado a conocimiento del fiscal no constituye delito o no se encuentra previsto como tal en el Código Penal o cuando exista algún obstáculo legal insubsanable para el desarrollo del proceso, debe el fiscal requerir al juez el archivo de la denuncia, parte informativo o cualquier otra forma por la que llegue la noticia del ilícito.

Como obstáculo procesal se considera la prejudicialidad al ejercicio de la acción penal como en el caso de quiebra fraudulenta o en caso de declararse falso un documento público, en la misma sentencia el Juez Civil ordena el enjuiciamiento penal, sin que se pueda iniciar antes de tal declaración.

En los casos de desestimación que el Fiscal somete a consideración del Juez de Garantías Penales, a pesar de que el Juez decida no aceptar el pronunciamiento del fiscal, debe enviar el caso al fiscal superior para que éste a su vez lo envíe a otro fiscal, para que de considerarlo continúe con la investigación pre procesal o en su caso con la tramitación de la causa. Pero que sucede cuando en nuevo fiscal designado por el fiscal superior

concuera con la desestimación realizada por el primero. Esta desestimación es vinculante para el Juez, evidenciándose la interferencia del Ministerio Fiscal a la independencia de la Función Judicial contemplada en el Art. 168 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; y, además contraviene de manera grave el ejercicio de la potestad jurisdiccional que de manera exclusiva y excluyente corresponde a la Función Judicial.

2.5.2.4.- PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

El Título V del Libro IV del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, que trata sobre los procedimientos especiales, dedica el Capítulo I al procedimiento abreviado, que sin duda alguna es un tratamiento sumarísimo para las infracciones de acción penal pública, y tiene aplicación para los delitos que tengan prevista una pena privativa de libertad de hasta cinco años. Se supone que es un trámite muy ágil, rápido, porque se omiten algunas diligencias procesales, y son competentes para tramitarlo y resolverlo los Jueces de Garantías Penales y los Jueces de los Tribunales de Garantías Penales, desde el inicio de la instrucción fiscal hasta antes de la audiencia de juicio. Para ello es preciso que el procesado admita el hecho fáctico que se le atribuye y que su defensor acredite con su firma que el procesado ha prestado su consentimiento libremente, sin violación a sus derechos fundamentales.

El proceso abreviado requiere que los sujetos principales de la acción penal (fiscal, defensor y procesado) estén de acuerdo en la aceptación de esa vía, en la calificación legal, en la aceptación del procesado de su participación en los hechos atribuidos y en la pena a imponer.

No cabe duda que el proceso especial abreviado es nuevo en nuestra legislación, que pretende dar celeridad y lograr una resolución en un tiempo mínimo.

Pero es oportuno que destaquemos algunos aspectos importantes en torno a este procedimiento:

1.- Puede proponérselo desde el inicio de la instrucción fiscal y hasta antes de la audiencia de juicio, lo que implica que se omite la práctica de pruebas con lo que se rompe uno de los fundamentos básicos del sistema acusatorio que implica la inmediación, contradicción y concentración (numeral 6 del Art. 168 de la Constitución), además de que resulta imposible cumplir con la exigencia imperativa del Art. 304-1 del Código Procesal Penal que prescribe que la sentencia condenatoria debe expedirse cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es el responsable del mismo, pero conforme a lo dispuesto en los Arts. 83 del Código Procesal Penal que tiene relación con la legalidad de la prueba, y fundamentalmente con la disposición del Art. 85 del mismo cuerpo legal que tiene relación con la finalidad de la prueba la

misma que debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado.

2.- El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones cuenta como una de sus fundamentales garantías constitucionales la establecida en la parte final del numeral 3 del Art. 76 de la Constitución que dispone que **solo se podrá juzgar a una persona ante un Juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.** En el caso es evidente que se violenta esta previsión.

3.- El acuerdo (dudoso) entre fiscal, procesado y defensor de este, al ser aceptado por el Juez de Garantías Penales o Tribunal de Garantías Penales resulta vinculante, puesto que el Juez deberá imponer la pena acordada, con lo que nuevamente se atropella la independencia de la función judicial; y, el principio de valoración de la prueba y sana crítica quedan como mero enunciado.

Sin embargo, pese a lo anotado anteriormente, el procedimiento abreviado es inconstitucional, porque suprime lo principal, la etapa de juicio, etapa indispensable para que el juzgador pueda arribar con absoluta claridad y certeza al convencimiento de la culpabilidad o inocencia del procesado. Proceder con el sistema abreviado significa adoptar una actitud retrógrada, en donde la simple confesión del acusado es suficiente para declararlo culpable e imponerle una pena. Pena que se convierte vinculante para el que

administra justicia. También significa volver al sistema inquisitivo en donde la confesión del acusado constituía suficiente prueba para su juzgamiento; la confesión de un procesado no puede, de ningún modo constituir prueba, aparte de que esa confesión es atentatoria de los preceptos constitucionales. Y es inconstitucional porque vulnera el derecho a la defensa, propia del proceso penal.

En los Estados Unidos se acusa a la fiscalía de haber reimplantado la tortura porque a base de amenazas psicológicas logra que el procesado acepte haber intervenido en un acto ilícito a condición de que se le imponga una pena previamente acordada por un acto que incluso no pudo haberlo cometido, puesto que no se realiza ninguna prueba de materialidad de infracción, mucho menos de responsabilidad penal. Este procedimiento es criticado por haber desfigurado al sistema procesal acusatorio oral.

3.- MATERIALES Y MÉTODOS.

Los autores del presente trabajo nos propusimos analizar en profundidad el sistema procesal penal ecuatoriano, que instituye la acusación y oralidad; para ello revisamos con prolijidad los contenidos normativos expresados en los Convenios y Tratados Internacionales, los consagrados en la Constitución de la República del Ecuador y los desarrollos secundarios constantes en el Código Procesal Penal, Código Penal y Código Orgánico de la Función Judicial, a lo que debe sumarse los principios doctrinarios de los más destacados tratadistas extranjeros y nacionales, a más de la opinión especializada consagrada en revistas, folletos, periódicos y medios de comunicación social.

Nuestro objetivo es enfocar y desarrollar el presente trabajo como una tesis jurídico-realista, a fin de medir la eficacia de las normas jurídicas adjetivas, sustantivas y constitucionales, respecto a la realidad social.

Para ello utilizamos el método científico, con el cual formulamos interrogantes sobre la realidad del proceso penal, como instrumento para la realización del derecho penal, buscando la verdad en los hechos, cuya información la recogemos en forma objetiva para analizarla y probar o descartar las conjeturas formuladas en la hipótesis..

Hemos utilizado el método deductivo, con el que hacemos un estudio objetivo acerca de los fundamentos de los Derechos Constitucionales, del proceso penal y las penas en el Código Penal Ecuatoriano, enfocándolo desde aspectos generales hasta llegar a determinar si se producen o no inconstitucionalidades en el desarrollo del proceso penal como instrumento para la realización del derecho penal.

El método inductivo con el que realizamos un estudio profundo para establecer si se cumplen los principios fundamentales del proceso penal en el Ecuador, para ello contamos con el auxilio de la experiencia y la observación en los Juzgados y Tribunales de Garantías Penales, para inferir hacia aspectos generales, tendentes a la elaboración de conclusiones generales.

Hemos realizado una encuesta aplicada a cincuenta profesionales del derecho en las ciudades de Loja y Zamora, entre Jueces, Fiscales y abogados en libre ejercicio, habiendo obtenido los resultados que a continuación detallamos.

4.- RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.

La encuesta fue aplicada a un total de cincuenta profesionales del derecho, repartidos entre Abogados en libre ejercicio, Jueces Provinciales y Cantonales y Fiscales de las ciudades de Zamora y Loja, obteniendo los siguientes resultados, que pasamos a sintetizarlos y analizarlos de la siguiente manera.

PRIMERA PREGUNTA.

1.- ENTRE LAS GARANTÍAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO ENCONTRAMOS LA ESTABLECIDA EN EL NUMERAL 6 DEL Art. 76 DE LA CONSTITUCIÓN QUE RELACIONA A LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LAS INFRACCIONES Y LAS SANCIONES PENALES. ¿CONSIDERA USTED QUE LA POLÍTICA CRIMINAL DETERMINADA POR EL ESTADO GARANTIZA LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA PENA Y EL DELITO?.

CUADRO NRO. 1. PREGUNTA NRO. 1

PROPORCIONALIDAD ENTRE PENA Y DELITO.

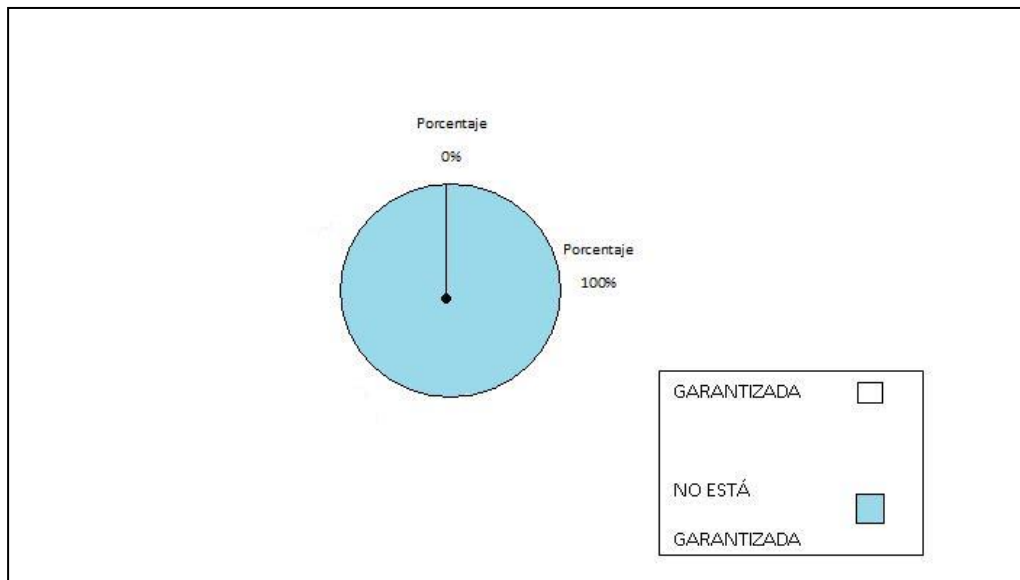
VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
GARANTIZADA	0	0%
NO ESTA GARANTIZADA	50	100%
TOTAL	50	100%

Fuente: Abogados encuestados

Elaboración: Los autores.

GRÁFICO NRO. 1.

PROPORCIONALIDAD ENTRE LA PENA Y DELITO.



RESULTADOS

El 100% de los profesionales encuestados consideran que al Estado no le interesa tratar los asuntos de fondo en relación a la política criminal, por miedo a perder votos o por ignorancia jurídica, y por lo mismo consideran que la proporcionalidad entre el delito y la pena no existe, situación que se contrapone al principio de proporcionalidad establecido en la Constitución.

ANÁLISIS: Según los resultados, en el Ecuador no se aplica la proporcionalidad, primero por no existir aquella y segundo porque al Estado no le interesa sentarse a la mesa de discusión de la nueva corriente penal aplicada principalmente a favor de las garantías penales.

SEGUNDA PREGUNTA.

2.- EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA LLEVA A CONFIRMAR QUE TODA PERSONA DEBE SER TRATADA COMO INOCENTE MIENTRAS NO EXISTA UNA SENTENCIA PENAL DE CONDENA EJECUTORIADA. ¿ CONSIDERA QUE LA PRISIÓN PREVENTIVA DEBE SER ELIMINADA O REGULADA CON CRITERIO CRIMINOLÓGICO Y NO POLÍTICO?.

CUADRO NRO. 2. PREGUNTA NRO. 2

LA PRISIÓN PREVENTIVA DEBE SER ELIMINADA O REGULADA.

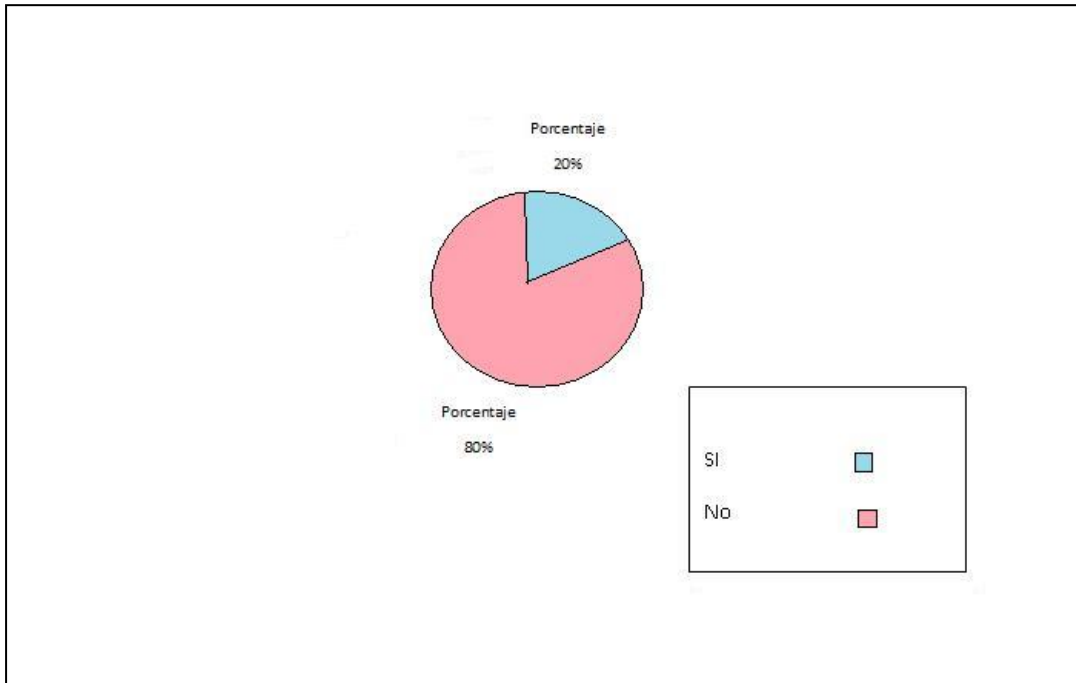
VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	20%
NO	40	80%
TOTAL	50	100%

Fuente: Abogados encuestados.

Elaboración: Los autores.

GRÁFICO NRO. 2.

LA PRISIÓN PREVENTIVA DEBE SER ELIMINADA O REGULADA.



RESULTADOS:

El 20% de los encuestados (10) consideran que la prisión preventiva por violentar el principio constitucional de inocencia debe ser eliminada.

Mientras que el 80% (40) consideran debe ser regulada con criterio criminológico y procurar si es posible, que en todos los delitos de acción pública se conceda fianza carcelaria.

ANÁLISIS: De los resultados de la encuesta se desprende que la medida de prisión preventiva debe ser parte integral del sistema acusatorio oral, procurando su establecimiento con criterio criminológico.

TERCERA PREGUNTA.

3.- EL DERECHO A LA DEFENSA EN TODO ESTADO O GRADO DE UN PROCESO, SIN DUDA ES UN ESCUDO QUE NO PUEDE SER QUEBRANTADO, PUESTO QUE SE ENFRENTA UNA PERSONA EN UN MOMENTO DETERMINADO AL PODER DEL ESTADO, AL EXCESO Y A LA ARBITRARIEDAD. ¿ CONSIDERA QUE EL INCISO FINAL DEL ART. 217 REFORMADO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL VULNERA EL DERECHO A LA DEFENSA DE UN INDAGADO O PROCESADO?.

CUADRO NRO. 3. PREGUNTA NRO. 3

DERECHO DE DEFENSA Y ART. 217 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

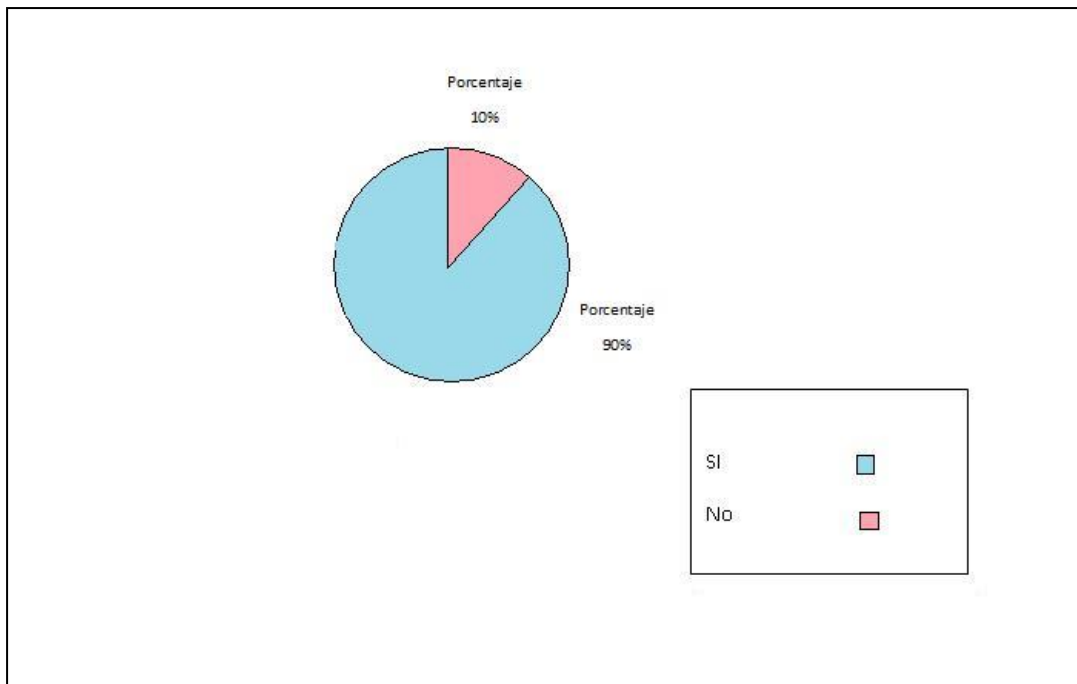
VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Vulnerado	45	90%
No es vulnerado	5	10%
TOTAL	50	100%

Fuente: Abogados encuestados.

Elaboración: Los autores.

GRÁFICO NRO. 3.

DERECHO DE DEFENSA Y ART. 217 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL



RESULTADOS.

El 90% de los encuestados (45) consideran que el inciso final del Art. 217 del Código de Procedimiento Penal reformado vulnera el derecho a la defensa de un indagado o procesado, y creen que es una forma más para que la Fiscalía no indague bien los hechos, permitiendo la indefensión.

Mientras que el 10% (5) consideran que con la intervención del defensor público se subsana el derecho de defensa.

ANÁLISIS: Con éstos resultados se desprende categóricamente que a más de vulnerar el principio Constitucional de defensa, se retrocede a actuaciones inquisitivas procesales.

CUARTA PREGUNTA.

4.- LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA QUE ESTABLECE EL SISTEMA ORAL, EXPRESA QUE LA SUSTANCIACIÓN DE LOS PROCESOS QUE INCLUYE LA PRESENTACIÓN Y CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA, SE LLEVARÁ A CABO DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS DE CONCENTRACIÓN, CONTRADICCIÓN Y DISPOSITIVO.¿ EN SU OPINIÓN CONSIDERA QUE LOS ARTS. 10 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y 130 NUMERAL 10 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL CONTRADICEN EL PRINCIPIO DISPOSITIVO DE IMPARCIALIDAD?.

CUADRO NRO. 4.- PREGUNTA NRO. 4

PRINCIPIO DISPOSITIVO DE IMPARCIALIDAD.

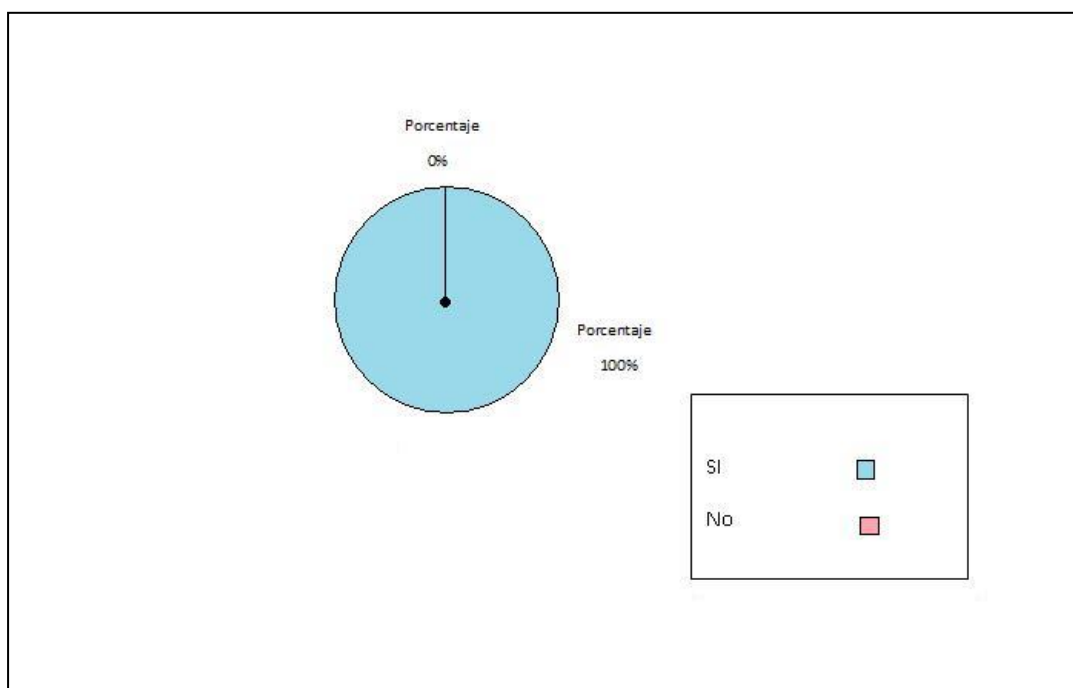
VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Contradice	50	100%
Respetado	0	0%
TOTAL	50	100%

Fuente: Abogados encuestados.

Elaboración: Los autores.

GRÁFICO NRO. 4.

PRINCIPIO DISPOSITIVO DE IMPARCIALIDAD.



RESULTADOS.

El 100% de los encuestados considera que el Art. 10 del Código Procesal Penal, y el numeral 10 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, vulneran el principio dispositivo de imparcialidad.

ANÁLISIS: Con el establecimiento de ésta normas: procesal penal y orgánica de la Función Judicial, se violenta los dispuesto en el numeral 6 del Art. 168 de la Constitución.

QUINTA PREGUNTA.

5.- CONSIDERA USTED QUE LOS ARTS. 130, 131, 132, 271 Y 272 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL CONTRAVIENEN LOS PRINCIPIOS DE ORALIDAD, CONCENTRACIÓN, Y CONTRADICCIÓN, ESTABLECIDOS EN EL ART. 168 NUMERAL 6 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA?.

CUADRO NRO. 5.- PREGUNTA NRO. 5

PRINCIPIOS DE: ORALIDAD, CONCENTRACIÓN Y CONTRADICCIÓN.

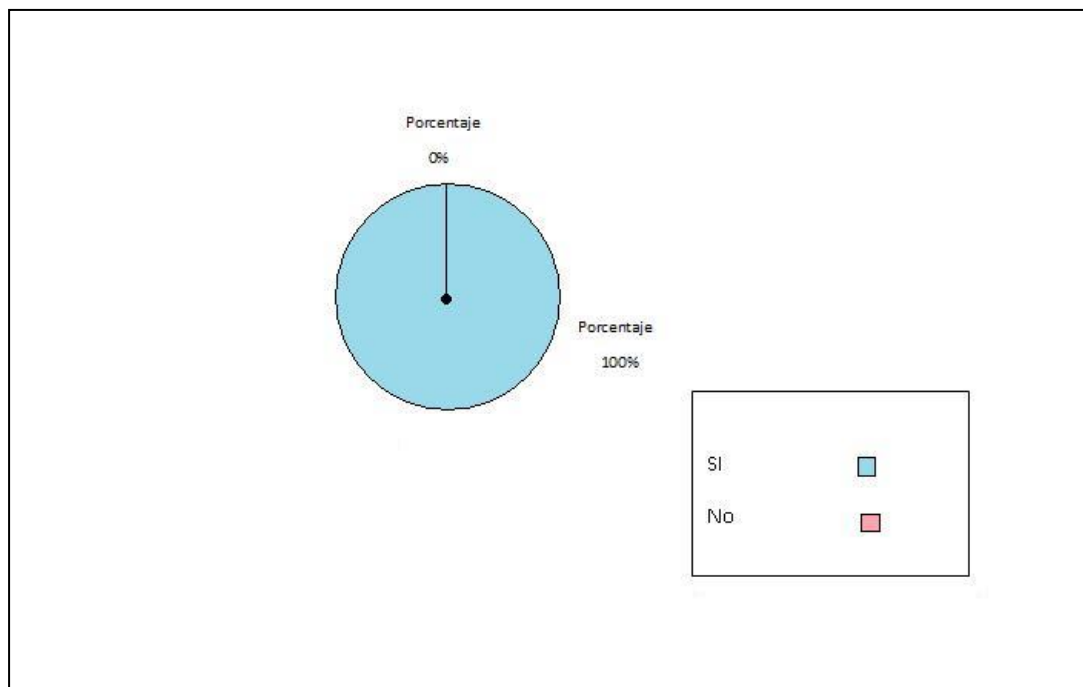
VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Contravienen	50	100%
No contravienen	0	0%
TOTAL	50	100%

Fuente: Abogados encuestados.

Elaboración: Los autores.

GRÁFICO NRO. 5

PRINCIPIOS DE: ORALIDAD, CONCENTRACIÓN Y CONTRADICCIÓN.



RESULTADOS:

El 100% de los encuestados consideran que la prueba debe ser aportada en la audiencia de juicio, para que se produzca la oralidad, la concentración, la inmediación y la contradicción, y por lo mismo creen que los mencionados artículos del Código de Procedimiento Penal contravienen los preceptos establecidos en el numeral 6 del Art. 168 de la Constitución de la República.

ANÁLISIS: Con los resultados obtenidos, consideramos se debe derogar las disposiciones del Procedimiento penal enumeradas en la pregunta, por violentar los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

SEXTA PREGUNTA.

6.- SEGÚN EL PRINCIPIO DISPOSITIVO, EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PÚBLICA, LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL IMPULSO PROCESAL, CORRESPONDEN A LAS PARTES, MÁS LOS ARTS. 288, 294 Y 295 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, FACULTAN AL PRESIDENTE Y A LOS JUECES DE LOS TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES INTERROGAR A LOS CONCURRENTES A LA AUDIENCIA EN LA ETAPA DE JUICIO. ¿CONSIDERA QUE ESTAS NORMAS LE RESTAN IMPARCIALIDAD A LOS JUZGADORES?.

CUADRO NRO. 6. PREGUNTA NRO. 6

IMPARCIALIDAD DE JUZGADORES

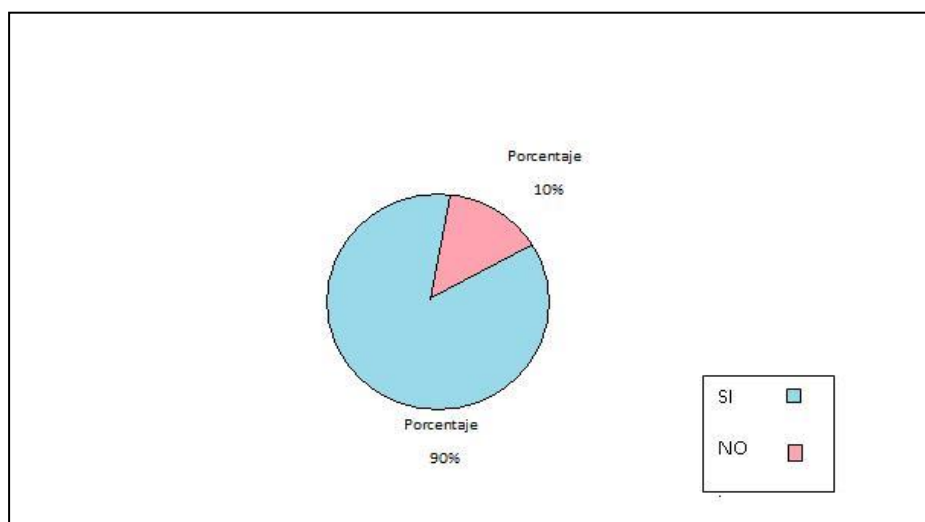
VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Disminuida	45	90%
No disminuida	5	10%
TOTAL	50	100%

Fuente: Abogados encuestados.

Elaboración: Los autores

GRÁFICO NRO. 6.

IMPARCIALIDAD DE JUZGADORES.



RESULTADOS:

El 90% de los encuestados (45), consideran que las mencionadas normas contradicen el principio dispositivo de imparcialidad, ya que la prueba debe ser aportada por las partes; que el Juez debe ser imparcial; y principalmente que el sistema acusatorio se caracteriza por asignarle a los Jueces de Garantías Penales de Tribunal, la competencia para sentenciar y no la de investigar.

Mientras que el 10% (5) consideran que los Jueces ayudan con sus intervenciones a llegar a la verdad histórica de los hechos.

ANÁLISIS: En base a los resultados, se logra determinar que la intervención de los Jueces vulnera el principio dispositivo de imparcialidad, por lo que a más de ser jueces de resolución se convierten en creadores de prueba a favor de alguna de las partes.

5.- DISCUSIÓN.

5.1.- VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

El objetivo general propuesto fue el de realizar un análisis crítico-jurídico de los principios fundamentales del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, y de los Derechos y Garantías Constitucionales y las penas que establece el Código Penal Ecuatoriano.

Para llegar a éste objetivo general, hemos realizado un análisis crítico-jurídico y teórico-doctrinal de los principios fundamentales del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, de los Derechos y Garantías Constitucionales y las penas que establece el Código Penal, determinando la existencia de ciertas normas inconstitucionales, contradictorias e incongruentes en el Código de Procedimiento Penal y Código Orgánico de la Función Judicial.

Como objetivos específicos propusimos:

Determinar la existencia de ciertas normas inconstitucionales, contradictorias e incongruentes en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

Y Así se lo ha demostrado, y hemos establecido que se encuentran normas inconstitucionales en el Código de Procedimiento Penal, tales como los Art. 10, 130, 131,132, 271, 272, 284, 294 y 295.

- Como segundo objetivo propusimos dilucidar la contradicción entre la presunción constitucional de inocencia del imputado y el derecho de castigar del Estado. En este objetivo demostramos que mientras el sistema acusatorio oral establecido en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, no se rija por los principios Constitucionales de garantías de debido proceso, nadie puede sostener que legítimamente a una persona se le haya quebrantado el principio constitucional de inocencia.

- El tercer objetivo, es el de establecer la falta de proporcionalidad entre el delito y el delincuente. Se ha demostrado que en el sistema punitivo y procesal establecido en el Estado Ecuatoriano, no se goza de el principio de proporcionalidad, ya que se tiene establecidas penas máximas y mínimas.

Por todo lo dicho, hemos establecido la falta de proporcionalidad entre el delito y el autor, por lo que consideramos se deben reformar los Códigos de Procedimiento Penal y Penal ecuatorianos; además, mientras no exista un procedimiento penal acorde con la Constitución nadie puede asegurar que en el sistema acusatorio oral establecido en el Código de Procedimiento Penal, puede hacer prevalecer el principio de inocencia establecido en la Constitución; y por considerar sin duda alguna, que hemos llegado a

demostrar los objetivos que nos propusimos afirmamos categóricamente haber cumplido tanto el objetivo general como los objetivos específicos que planteamos inicialmente en el proyecto investigativo.

5.2.-CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

La hipótesis planteada en el proyecto para la presente investigación fue: “si el sistema procesal acusatorio oral implementado en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, que contiene normas inconstitucionales, puede dilucidar la contradicción entre la presunción Constitucional de inocencia del imputado-acusado y el derecho de castigar el Estado”.

Creemos que la hipótesis planteada se ha justificado plenamente, contrastándose en forma negativa, por la investigación jurídico-doctrinal realizada, y, principalmente por los resultados y análisis provenientes de la investigación de campo (encuestas), determinándose fehacientemente que existiendo disposiciones de fondo en el Código de Procedimiento Penal inconstitucionales, se produce la contradicción entre la presunción constitucional de inocencia y el derecho de castigar el Estado.

Por otro lado, hemos establecido que siendo el Estado el encargado de estructurar la correspondiente política criminal, la que debe ir de la mano con la Constitución de la República que impone un nuevo concepto jurídico-

institucional del Estado de derechos y justicia, sigue éste (Estado) sin intentar sentar en la mesa de deliberaciones a los encargados de la política criminal, para establecer fundamentalmente la proporcionalidad entre la pena a imponer y el delito, y reformar en forma debida las leyes que tiene relación con el castigo corporal a una persona que se basa en la imposición de una pena.

5.3.- FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA.

El sistema acusatorio oral implementado en el Código Procesal Penal, debe constituirse en un instrumento eficaz para reducir las tasas de criminalidad, debiéndose convertir en un mecanismo racional de investigación y juzgamiento de las conductas humanas que lesionan bienes jurídicos penalmente tutelados, estableciendo un régimen de garantías que fija los límites de la persecución de la acción punitiva del Estado.

Los derechos fundamentales reconocen facultades referentes a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, imprescindibles para su desarrollo como persona y derivados de su propia dignidad de tal. Sin duda a equivocarnos, los derechos fundamentales están ligados a la dignidad de la persona, y constituyen su libertad y autodeterminación. El desconocimiento o conculcación de éstos vulnera la dignidad e impide el desarrollo del individuo como persona. Por eso su

disfrute y su tutela jurídico-penal resultan imprescindibles. Los derechos fundamentales constituyen el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del status jurídico de la persona

Es deber de todos los Tribunales de Justicia del Ecuador, tener en cuenta fundamentalmente las normas constitucionales, los Tratados y Convenios Internacionales, para llegar a tomar la decisión de la restricción de la libertad de una persona que es inocente, ya que ellos constituyen la última protección que existe entre el poder penal del Estado y los derechos fundamentales de las personas. Ante toda omisión o acción de un órgano cualquiera de los poderes del Estado que afecte o restrinja ilegítimamente la libertad de una persona, es el poder judicial exclusivamente quien puede y debe cumplir la tarea de proteger sus derechos fundamentales, y de impedir o hacer cesar todo acto ilegítimo. Todo acto penal o procesal penal será ilegítimo en la medida en que no cumpla con todas y cada una de las exigencias jurídicas formales y materiales.

6.- CONCLUSIONES.

1.- La política criminal es una de las políticas sociales y comprende la organización que el Estado decida dar al empleo de la violencia estatal. Esto quiere decir que la política criminal determina el modo como el Estado organiza sus respuestas penales, que tienen, por definición, un gran contenido de violencia, independientemente de su legitimidad, lo cual constituye un problema diferente, o sea las decisiones que adopta para enfrentar el fenómeno de lo criminal, inclusive la manera en que el Estado lo define.

2.- Que entre los múltiples instrumentos que la política criminal emplea está el proceso penal. Ante todo, debe quedar claro el concepto de que la justicia penal forma parte de lo que se denomina el sistema penal de un Estado, o sea el conjunto de instituciones por las que éste canaliza la política criminal.

3.- Que la manifestación más obvia y sencilla de los derechos políticos está constituida por el hecho que todas las personas son titulares y gozan de derechos garantizados en la Carta Magna del Estado, entonces debemos entender que Derecho Político es la rama del derecho público que estudia la estructura dinámica de la organización política y su relación y funciones. Su objeto es la organización política, y su contenido un sistema

de conceptos derivados de una teoría de sociedad, del Estado, de la Constitución, y de los actos políticos.

4.- En relación a la proporcionalidad, las garantías establecidas en la Constitución, deben desempeñar la función de condicionar las intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos de la política criminal establecida por el Estado. En efecto el Art. 76 de La Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 6 dice: La Ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. En el Derecho Penal moderno de corte garantista, se dice que debe medirse el derecho de castigar del Estado y a contraponerlo a los derechos de las personas, de tal manera que ambas partes queden en igualdad de condiciones.

5.- La teoría de la proporcional ofrece la enorme ventaja, de permitir debatir cuestiones que han tenido un escaso tratamiento por parte de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia que no existe en Ecuador. Pues nuestra legislación penal se mueve a manera de péndulo, es decir se mueve a un lado con penas máximas y hacia el otro con mínimas, más nunca en esa forma se puede establecer el principio constitucional de proporcionalidad, mientras la política criminal no garantice que las normas consideradas

delitos, no son para atemorizar a terceros o a la sociedad, sino para castigar al culpable, por el injusto cometido.

6.- Por lo dicho, el principio de proporcionalidad no solo es condicionar las intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos de la política criminal establecida por el Estado, sino que se refiere a la calidad del proceso, a la vez ecuánime respecto de los derechos de defensa y equilibrio de las partes, y eficaz, entre la proporcionalidad y celeridad.

7.- Que el significado Constitucional de presunción de inocencia lleva a confirmar que toda persona debe ser tratada como inocente, mientras no exista una sentencia penal de condena ejecutoriada, y es por ello que en nuestro ordenamiento procesal penal, impera un estado de inocencia, desde el momento en el cual el Fiscal inicia una instrucción fiscal y decide vincular a alguien a la misma.

8.- Es por lo tanto un principio preestablecido, ya que las acciones del mismo se dirigen a refutar la acusación, por lo que todo procesado, más que presumirse inocente, es inocente, hasta que no se demuestre definitivamente lo contrario por el tribunal competente y en proceso pleno de garantías.

9.- Que el derecho a la defensa, sin duda alguna es un escudo que debe ser infranqueable, esto es que no puede ser quebrado o quebrantado, puesto que se enfrenta una persona en un momento determinado al poder del Estado, y por lo tanto esta garantía recoge la forma en la que se debe proceder para la búsqueda de la verdad, extrayendo la arbitrariedad, el exceso o la discrecionalidad por parte de los encargados de ejercer el derecho punitivo, de manera que en el desarrollo del procedimiento el individuo conserve sus derechos y libertades.

10.- Que los principios básicos de un proceso penal son: el principio de legalidad, y el principio de juicio previo, estos dos principios son la finalidad de un proceso penal, que deben estar orientados para establecer a la justicia como valor fundamental, a fin de que una vez que termine, sus actores colmen las expectativas que los animaba al comienzo del mismo, y ello solo es posible si el proceso se ha guiado a conseguir la verdad y el diseño del mismo ha estado rodeado de garantías para encontrarla.

11.- Que la presunción de inocencia, debe ser calificada como un estado jurídico, y que constituye un derecho fundamental que se encuentra reconocido constitucionalmente, por lo tanto, lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para

todos, siendo la máxima garantía de un procesado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.

12.- Que para que la presunción de inocencia se desvanezca, debe haberse probado más allá de la duda, la certeza de que el acusado fue el que cometió el delito. Siendo la duda y la certeza dos caras de una misma moneda, que se resuelven solo en la certeza cuando el juez decide no dudar sobre la solución que debe dar al caso.

13.- No hay duda que la presunción de inocencia, tiene problemas con la famosa prisión preventiva, puesto que la prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre una persona, constituye una violación del principio de presunción de inocencia, reconocido como lo dijimos por la Constitución de la República del Ecuador, y además por el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

14.- Que entre los intervinientes en el proceso penal, ocupa lugar de preponderancia el Juez, sea ésta unipersonal o pluripersonal, que es el titular del órgano jurisdiccional penal. El Juez tiene como función primordial, tomar las decisiones de fondo dentro del proceso y, en especial, aquellas

que afecten derechos fundamentales, bien sea dentro de la investigación o en el juicio. Su función decisoria, para un correcto ejercicio, debe emanar de la jurisdicción, la competencia y, ser autónomo, imparcial e independiente.

15.- La Constitución de la República que establece el sistema oral expresa que la sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo, sin embargo, en el Código Procesal Penal y en el Código Orgánico de la Función Judicial se instituyen disposiciones que contradicen estos principios y mantienen el sistema inquisitivo.

16.- Las disposiciones de los Arts. 130, 131, 132, 271, 272, del Código de Procedimiento Penal, contravienen los principios de oralidad, concentración e inmediación establecidos en la Constitución, puesto que permiten que otro Juez, diferente del juzgador actúe prueba testimonial.

17.- Proceder con el sistema abreviado significa adoptar una actitud retrógrada, en donde la simple confesión del acusado es suficiente para declararlo culpable e imponerle una pena. Pena que se convierte vinculante para el que administra justicia. También significa volver al sistema inquisitivo

en donde la confesión del acusado constituía suficiente prueba para su juzgamiento; la confesión de un procesado no puede, de ningún modo constituir prueba, aparte de que esa confesión es atentatoria de los preceptos constitucionales. Y es inconstitucional porque vulnera el derecho a la defensa, propia del proceso penal.

7.- RECOMENDACIONES

1.- A Fiscalía: Que solo la ley formal, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio del derecho de libertad personal. Y para que una restricción pueda ser considerada constitucional, no basta que se encuentre prevista en la ley; sino además tiene que ser razonable y proporcional.

2.- A Fiscalía: Que el procesado debe ser considerado inocente y ser tratado como tal hasta que no se demuestre lo contrario, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

3.- A Ministerio de Justicia: De todas las disposiciones legales, y que atentan contra la presunción de inocencia, la más cuestionada, no solo por ser la que está presente en todas las legislaciones adjetivas, sino por su esencia misma, es la prisión preventiva, que sin duda alguna debe ser regulada con criterio criminológico y no político.

4.- A fiscales y Jueces de Garantías Penales: Que el logro de la justicia en el proceso debe estar precedido de la búsqueda de la verdad. Y, para hacerlo debe estar rodeado de principios establecidos en la Constitución, tales como la publicidad, la contradicción, la oralidad, la inmediación y la concentración, pero ante todo en la publicidad y la contradicción que es donde se radica de manera privilegiada los propósitos de búsqueda de la verdad.

5.- A Ministerio de Justicia: El Estado tiene no solo el derecho, sino la obligación de combatir la violencia en el marco del respeto de la legalidad, de los derechos humanos, y del estado constitucional de derechos y justicia social, pero no hay duda que debe existir un justo equilibrio entre el goce de las libertades individuales y el interés general en torno a la seguridad nacional.

6.- A profesores de Procesal Penal: Si se parte de la base de que toda persona es inocente, hasta que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, toda restricción a su libertad ambulatoria, solamente se puede basar a título de medida de seguridad, cuando sea indispensable para asegurar el imperio del derecho, es decir la aplicación efectiva y actual de la ley. Por lo tanto durante el curso del procedimiento el procesado no puede ser tratado como un sujeto culpable.

7.- A Jueces de Garantías Penales: Si el Juez encuentra que la fiscalía ha vulnerado las garantías del debido proceso establecidas en la Constitución, no debe legitimar la actuación de aquella como así se produce y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se deben reputar inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal.

8.- A Ministerio de Justicia: Es necesario que el Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico de la Función Judicial, se enmarquen estrictamente en la letra de la Constitución, para evitar la continuidad del sistema inquisitivo, pues deben ser derogados los Arts. 10 del Procedimiento Penal y numeral 10 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial. No hay duda que estos son elementos para que las instituciones como el poder judicial sea vencida por la cultura inquisitiva, ya que el legislador no fue capaz de diferenciar los roles al anterior sistema.

9- A los Asambleístas: Consideramos deben derogarse del Código de Procedimiento Penal los Art. 288, 294 y 295, que otorgan atribuciones a los Jueces del Tribunal de Garantías Penales, para poderlos convertir en garantes de los derechos del procesado.

10.- A los Asambleístas: Debe derogarse el Art. 217 del Código de Procedimiento Penal por inconstitucional, en el que descaradamente se dice que cuando la Fiscal o el Fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, el fiscal le solicitará al juez de garantías que señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos, en cuya audiencia la Fiscal o el Fiscal, solicitará al Juez que notifique con el inicio de la instrucción a los sujetos procesales y señalará además el plazo dentro del cual concluirá la etapa de instrucción fiscal, la que no podrá excederse de noventa días. Situación ilegítima, por cuanto bien puede suceder que el fiscal con la información necesaria que la recogió reservadamente, informe al juez que concluye la misma al siguiente día de notificada o a la semana siguiente o a los noventa días, violentándose con eso la garantía constitucional 7 letra c) del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, y además que es obligación del Ministerio Fiscal al realizar una indagación previa, establecer con claridad meridiana donde debe ser notificada la persona a quien se ha indagado y contra quien se formularán los cargos, para que puede defenderse ya que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo proceso.

8.- PROPUESTA

El Desarrollo del presente trabajo, nos lleva a establecer que, el proceso penal acusatorio oral, como medio para la realización del derecho penal en el Ecuador, contiene disposiciones legales que contradicen los principios dispositivo, de inmediación, de contradicción, de oralidad, establecidos en la Constitución de la República, haciendo necesario buscar mecanismos que puedan corregir la inobservancia constitucional en el sistema procesal penal ecuatoriano., que sin duda alguna generan inseguridad jurídica e impunidad.

Es básico que, el proceso penal sea el instrumento verdadero para la realización del derecho penal en el Ecuador, a fin de que garantice los principios de concentración, inmediación, defensa, celeridad y oralidad.

Por tal motivo nos permitimos someter a vuestra consideración un proyecto de ley, a efecto de que si se lo estima pertinente sea promovido hacia niveles superiores para su conocimiento y discusión y que está concebido en el siguiente texto.

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 169 de la Constitución de la República, en relación al sistema procesal, establece que es un medio para la realización de la justicia. Y que las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso.

Que el Código de Procedimiento Penal, al que se le implementó a partir de junio de 2 000, el sistema acusatorio oral, como instrumento para la realización del derecho penal, ha sido en varias ocasiones reformado.

Que, en todo el lapso transcurrido hasta la fecha, a pesar de las distintas reformas, el sistema procesal penal, contiene disposiciones legales que contradicen los principios: dispositivo, de inmediación, de contradicción, de oralidad, establecidos en la Constitución de la República, haciendo necesario buscar mecanismos que puedan corregir la inobservancia constitucional en el sistema procesal penal ecuatoriano., que sin duda alguna generan inseguridad jurídica e impunidad.

Que es ineludible, en consecuencia, desarrollar la normativa procesal penal y penal acorde con los principios establecidos en la Constitución y en los Convenios Internacionales.

En uso de las facultades establecidas por el artículo 126 de la Constitución de la República del Ecuador, **expide** la siguiente,

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Y CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.

AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL:

Art. 1.- Derogase el Art. 10 por violentar el principio constitucional de imparcialidad.

Art. 2.- Por contravenir a los principios de oralidad y concentración, derogase los Arts. 130, 131, 132, 271 y 272.

Art. 3.- Por violentar el numeral 6 del Art. 162 de la Constitución de la República del Ecuador, derogase los Art. 369 y 370.

Art. 4.- Por inconstitucionales derogase los Arts. 288, 294 y 295.

Art. 5.- en el Art. 217 suprimase por inconstitucional lo siguiente: en el inciso 4to. La oración: “ **y señalará además el plazo dentro del cual concluirá la etapa de instrucción fiscal**” y todo el inciso séptimo.

AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.

Art. UNICO: suprimase por inconstitucional el numeral 10 del Art. 130

9.- BIBLIOGRAFÍA.

AENSI SABATER, José.- “Constitucionalismo y Derecho Constitucional”.- Ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1 996.

ALBÁN GÓMEZ, Ernesto.- “Manual de Derecho Penal Ecuatoriano”.

BATISTA, María Elvira.- “Tendencias Modernas del Proceso Penal”.- Módulo 3.- Maestría en Ciencias Penales, Universidad Nacional de Loja, 2 008.

BODES TORRES, Jorge.- “El Juez, La norma y el Debido Proceso”.- Constitución e ius Puniendi.- Objeto de Estudio # 1.- Maestría en Ciencias Penales, Universidad Nacional de Loja.- 2 007.

BINDER, Alberto.- “Introducción al Derecho Procesal Penal.- Ed. Buenos Aires.- 1993 Pág. 54

CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo.- “Diccionario de Derecho Usual”.- Edición 1 993.

CAROCCA PÉREZ, Vicente.- “Garantía Constitucional de la Defensa Personal”.- Ed. Alternativas, Lima-Perú.- Pág. 20.

CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR.- Actualizado a mayo de 2 008.- Editorial Jurídica del Ecuador.

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE.- 1989.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR.- Actualizado a marzo de 2 009.- Editorial El Forum. Editores.

CÓDIGO PENAL DEL ECUADOR.- Actualizado a marzo de 2 009.- El Fórum Editores.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

Colección Leyes Ecuatoriana. Edi-GAB. Ecuador.- 1998.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.- Publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2 008.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.- C.D. entregado por el Consejo de la Judicatura a los Jueces.- 2 007.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor.- “El Proceso Penal”.- Edit. Palestra, Lima-Perú.- Pág. 33.

DE ELÍAS, Carlos M.- “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”.- Edit. Librería El Foro.- 2001.

ESCRICHE JOAQUÍN.- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.- Edit. Fondo de Cultura Ecuatoriano.- 1987.

ESTATUTO DE ROMA.- C.D. entregado por el Consejo de la Judicatura a los Jueces.- 2 007.

GARCÍA FALCONÍ, José.- “Garantías Constitucionales en el Nuevo Código de Procedimiento Penal.- Primera edición.- Septiembre 2 001.

GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio.- “Conferencias sobre el Proceso Penal Acusatorio”.- Edit. Gustavo Ibáñez. Bogotá.- Pág. 39.

GUZMÁN LARA, Aníbal.- “Diccionario Explicativo de Derecho Procesal Penal Ecuatoriano”.- Editorial Jurídica del Ecuador.

HAECKER, Teodoro.- “Virgilio, Padre de Occidente”.- Edit. Ghersi, Buenos Aires Argentina.

HASSEMER, Winfried.- “Crítica al Derecho Penal de Hoy”.- Edit. Bosch. 2 004.

HASSEMER, Winfried.- “Fundamentos del Derecho Penal”.- Edit. Bosch. 1 994.

LABATUT GLENA, Gustavo.- “Derecho Penal”. Tomo 1.- Editorial Jurídica de Chile.

LARREA HOLGUÍN, Juan.- “Constitución Política de la República del Ecuador.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- 1 998.

LEY DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y SICOTRÓPICAS.- Editorial Jurídica del Ecuador. 2005.

MAIER, Julio.- “Derecho Procesal Argentino”.- Edit. Hammurabi. Buenos Aires. 1989 Pág. 230.

MORÁN, Martín.- Los Derechos Sobre las Cosas.- “El Derecho de Propiedad y Derecho de Posesión.- Edit. Universitas.- <http://es.wikipedia.org/wiki/propiedad>.- 1 de junio de 2010

MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio.- “Diccionario de Ciencias Penales”.- Editorial COPYRIGHT BY AD-HOC S.R.L. 2001.

OMEBA, Enciclopedia Jurídica, Tomo III.

ORE GUARIDA, Arsenio.- “Manual de Derecho Procesal”.- Edit. Alternativas.- Lima-Perú.- Pág. 29.

ORTEGA Y GASSET, José.- Revista de Occidente, Misión de la Universidad.- Madrid 1 960.

OSSORIO, Manuel.- Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.- Edit. Heliasta.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.- C.D. entregado por el Consejo de la Judicatura a los Jueces.- 2 007.

PUYO JARAMILLO, Gil Miller.- Diccionario Jurídico Penal.- Edit. Librería del Profesional.- Pág. 108.

SMED Rudolf.- Monografía.- La Lucha contra el Positivism Jurídico en la República de Weimar.- La Teoría Constitucional.- Madrid 1 987.

SENTENCIA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.- Caso Gangaram Panday.- 21.enero 1 994.- C.D. entregado por el Consejo de la Judicatura a los Jueces.- 2 007.

SENTENCIA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Nro. 52 de 30 de mayo de 1 999.- C.D. entregado por el Consejo de la Judicatura a los Jueces. 2007.

TALLER PARA CAPACITADORES.- Proyecto de Capacitación Judicial para la Aplicación del Nuevo Código de Procedimiento Penal.- CAJ-USFQ-USAID-ESQUEL.- Quito 2 001.

TERAN DUQUE, Marco Dr..- REVISTA JUDICIAL.- Garantías Fundamentales.- Diario La Hora. Loja.- Jueves 27 de enero de 2 005. Pág. C1.

VACA ANDRADE, Ricardo.- Manuel de Derecho Procesal Penal.- Primera Edición.- Corporación de Estudios y Publicaciones. 2 001.

VÉLEZ, Mariconde.- Estudios de Derecho Procesal.- Tomo III. Pág. 20.

WRAY, Alberto.- Revista Nro. 3 del Colegio de Jurisprudencia IURIS DICTIO, Universidad San Francisco de Quito. 2 001

ANEXOS

10.- ANEXOS.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

NIVEL DE POSTGRADO DEL AREA JURÍDICA, SOCIAL Y
ADMINISTRATIVA.

MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES

Señor Doctor.

En el desarrollo de la Tesis de Postgrado titulada “ **EL PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA LA REALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL**”, queremos solicitar su colaboración, la misma que contribuirá a la culminación del presente trabajo.

1.- Entre las garantías básicas del debido proceso encontramos la establecida en el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución que relaciona a la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales. ¿ Considera usted que la política criminal determinada por el Estado garantiza la debida proporcionalidad entre la pena y el delito?.

SI () NO ()

Porque:

.....
.....
.....

2.- El significado constitucional de presunción de inocencia, lleva a confirmar que toda persona debe ser tratada como inocente, mientras no exista una sentencia penal de condena ejecutoriada. ¿ Considera que la prisión preventiva debe ser eliminada o regulada con criterio criminológico y no político?

SI () NO ()

Porque:

.....
.....
.....

3.- El derecho a la defensa en todo estado o grado de un proceso, sin duda es un escudo que no puede ser quebrantado, puesto que se enfrenta una persona en un momento determinado al poder del Estado, al exceso y a la arbitrariedad. ¿ Considera que el inciso final del Art. 217 reformado del Código de Procedimiento Penal vulnera el derecho a la defensa de un indagado o procesado?

SI () NO ()

Porque:

.....
.....
.....

4.- La Constitución de la República que establece el sistema oral, expresa que la sustanciación de los procesos que incluye la presentación y contradicción de la prueba, se llevará a cabo de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. ¿ En su opinión considera usted que los Arts. 10 del Código de Procedimiento Penal y 130 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, contradicen el principio dispositivo?.

SI () NO ()

Porque:

.....
.....
.....

5.- Considera usted que los Arts. 130, 131, 132, 271 y 271 del Código de Procedimiento Penal contravienen los principios constitucionales de oralidad, concentración, contradicción y dispositivo, establecidos en el Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República?.

SI () NO ()

Porque:

.....
.....
.....

6.- Según el principio dispositivo, el ejercicio de la acción pública, la carga de la prueba y el impulso procesal, corresponden a las partes, más los Arts. 288, 294 y 295 del Código de Procedimiento Penal, facultan al Presidente y a los Jueces de los Tribunales de garantías Penales, interrogar a los concurrentes a la audiencia en la etapa de juicio. ¿ Considera que estas normas contradicen el principio dispositivo?.

SI () NO ()

Porque:

.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN.

11.- INDICE.

TÍTULO: “ EL PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA LA REALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL”.

CERTIFICACIÓN.

AUTORIA

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

TABLA DE CONTENIDOS.

RESUMEN (castellano)

ABSTRACT (resumen en inglés)

1.- INTRODUCCIÓN.....	1
2.- REVISIÓN DE LITERATURA.....	8
2.1.- LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LAS PENAS DEL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.	
2.1.1.- Libertad Personal.....	8
2.1.2.- Prisión y Reclusión.....	13
2.1.3.- Privación del Ejercicio de Profesiones, Artes y Oficios.....	17
2.1.4.- Derecho de Propiedad.....	20

2.1.5.- Multa y Comiso Especial	24
2.1.6.- Derechos Políticos.....	29
2.1.7.- Interdicción.....	32
2.1.8.- Derecho de Ejercer Funciones Públicas	34
2.1.9.- Incapacidad Perpetua.....	42
2.1.10.- Proporcionalidad.....	44

**2.2.- PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO
PENAL ECUATORIANO.**

2.2.1.- La Presunción de Inocencia.....	50
2.2.2.- Incoercibilidad del Imputado.....	54
2.2.2.1.- Derecho a la Defensa del Imputado.....	54
2.2.2.2.- Respeto a la Libertad Personal.....	64
2.2.2.3.- Prohibición de la Confesión Forzada.....	66
2.2.3.- Publicidad de los Juicios.....	67
2.2.3.1.- Para las Partes Procesales.....	67
2.2.3.2.- Para el Público.....	68

**2.3.- NECESIDAD DEL PROCESO PARA LA APLICACIÓN
DE LAS PENAS.**

2.3.1.- Finalidades del Proceso Penal.....	69
--	----

2.3.1.1.- Dilucidar la Contradicción Entre la Presunción Constitucional de Inocencia del Imputado y el Derecho de Castigar el Estado.....	71
2.3.1.2.- Restaurar el Ordenamiento Jurídico Lesionado por El Delito.....	81
2.3.1.3.- La Cosa Juzgada.....	83
2.3.2.- Declaración de Responsabilidad por el Juez Competente.....	85
 2.4.- SUJETOS PROCESALES.	
2.4.1.- El Órgano Jurisdiccional Penal.....	87
2.4.2.- El Ministerio Fiscal.....	92
2.4.3.- El Imputado.....	95
2.4.4.- El Defensor de Oficio o Defensor Público.....	97
2.4.5.- Principales Contingentes en los Juicios de Acción Pública.....	100
 2.5.- VIOLACIONES CONSTITUCIONALES.	
2.5.1.- Legalidad y Oficiosidad.....	103
2.5.1.1.- Principio Dispositivo.....	109
2.5.1.2.- Inmediación.....	111

2.5.1.3.- Concentración.....	112
2.5.2.- Oportunidad.....	114
2.5.2.1.- Indagación Previa.....	117
2.5.2.2.- Instrucción Fiscal.....	119
2.5.2.3.- Desestimación.....	121
2.5.2.4.- Procedimiento abreviado.....	123
3.- MATERIALES Y MÉTODOS.....	126
4.- RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.....	129
5.- DISCUSIÓN.....	146
6.- CONCLUSIONES.....	151
7.- RECOMENDACIONES.....	158
8.- PROPUESTA.....	162
9.- BIBLIOGRAFÍA.....	166
10.- ANEXOS.....	173
11.- ÍNDICE.....	177