

POLITICA CRIMINAL

ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL

ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL

Profesor Honorario de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega
Profesor de post grado en la Universidad Central de Venezuela
Conferencista invitado en la Universidad de Buenos Aires
Conferencista invitado en la Universidad de Málaga
Profesor Titular de la Universidad Católica de Guayaquil

POLÍTICA CRIMINAL



Política Criminal

© ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.

LIMA

Jr. Miguel Aljovín N° 201
Teléfonos: 427-6688 - 428-1072
Telefax: 426-6303

SUCURSALES:

TRUJILLO

Jr. Bolívar N° 542
Telf.: (044) 200785

AREQUIPA

Calle Colón N° 127 - Cercado
(054) 203794

Edición: noviembre 2009

© Derechos de Autor Reservados
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N°

ISBN:

Composición y Diagramación
Víctor Arrascue Cárdenas

*Al eminente jurista y Dr. Dr. h.c. mult.
Prof. Dn. **Eugenio Raúl Zaffaroni**,
por su invariable amistad y afecto.*

*Al destacado catedrático de la U.B.A.
Prof. Dr. Dn. **José Saéz Capel**,
por su permanente solidaridad.*

*Al ilustre y eximio penalista español
Prof. Dr. Dn. **José Luis Diez Ripollés**
por mi estancia académica en Málaga.*

PRESENTACIÓN

El colega y amigo Alfonso Zambrano Pasquel me ha concedido un honor tan grato e invaluable como inmerecido. Es suficiente observar la nutrida trayectoria del Profesor Zambrano Pasquel para darse cuenta de lo exacta que resulta mi afirmación.

Con más de 35 años en el ejercicio de la profesión, el profesor Zambrano Pasquel se ha desempeñado brillantemente en la magistratura, el ejercicio libre de la profesión y la docencia universitaria, en un recorrido de coherencia que permite calificarle, sin temor a exageraciones, como el más importante penalista ecuatoriano de nuestros días.

Como advertí, coherencia es la nota característica de la persona y la obra de Alfonso Zambrano Pasquel. Quienes le conocemos, sabemos de su espíritu incansable y de su tenaz lucha por la mejora del Derecho penal en las constantes tensiones propias de nuestra disciplina¹ que provocan una suerte de crisis permanente de los postulados propios de un Derecho penal liberal². Esta convicción se trasmite en la profusa bibliografía del Profesor Zambrano Pasquel y puede observarse con claridad en los contenidos de la obra que ahora presentamos.

¹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. “Derecho penal del enemigo y la impronta del terrorismo”, disponible en <http://www.alfonsozambrano.com> (publicado también en este volumen).

² ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Derecho penal. Parte General*, tercera edición, ARA Editores, Lima, 2006, pp. 370 ss.

Zambrano Pasquel es un convencido, como puede vislumbrarse en el propio título de la obra, que la Política Criminal de un Estado de Derecho debe suponer la instrumentalización de las ciencias penales a favor de la realización de los derechos fundamentales. A esta idea Zambrano Pasquel incorpora una referencia social que no debe ni puede soslayarse: “La política criminal bien entendida, representa una verdadera transformación social e institucional (...) No se trata de una política criminal alternativa de meros sustitutivos penales con afanes reformistas, humanitarios y políticamente demagógicos, sino de una política de verdaderas reformas sociales e institucionales que permitan llegar a la igualdad y a una democracia plena”³.

Esta forma de entender la Política Criminal encuentra plasmación, como solución de continuidad, en la Criminología, el Derecho penal, el Derecho Procesal penal y el Derecho de ejecución penal. Piénsese, en el contexto antes referido, en la conocida –y pionera– postura abolicionista de la represión penal de las drogas que defiende desde hace bastantes años el Profesor Zambrano Pasquel⁴, en los planteamientos a favor de *una auténtica política criminal frente al delito “de cuello blanco”*⁵, en su ferviente defensa de las garantías ciudadanas en el sistema procesal penal⁶ o en el reconocimiento de la prescripción como barrera de contención frente a la intervención punitiva del estado⁷, por citar sólo algunos ejemplos.

³ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Derecho penal. Parte General*, p. 430 (cursiva nuestra).

⁴ Véanse los trabajos “Abolicionismo y antiprohibicionismo” “Criminología y drogas: De la represión a la legalización”, contenidos en la presente obra.

⁵ Observéese su trabajo “El delito ‘de cuello blanco’”, contenido en el presente volumen.

⁶ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. “Garantías constitucionales en el proceso penal ecuatoriano”, en: Rivera Oré, Jesús (Director). *El Derecho procesal penal frente a los retos del nuevo Código procesal penal*, ARA Editores, Lima, 2009, pp. 41 ss. (publicado también en este volumen).

⁷ Véase el trabajo “La prescripción de la acción penal”, contenido en esta obra.

La concepción político-criminal que diseña Zambrano Pasquel, producto sin duda de su esforzado recorrido, constituye un aporte fundamental en la hora actual de las realidades latinoamericanas en que el populismo penal y el autoritarismo aparecen no sólo infiltrados sino, y es lo peor, enquistados en nuestros sistemas legislativos y judiciales.

En Lima-Perú.
A los ocho días del mes de junio de 2009.

Luis Miguel Reyna Alfaro
Catedrático de Derecho penal
Universidad Inca Garcilaso de la Vega
Universidad de San Martín de Porres

INDICE GENERAL

PRESENTACIÓN	9
- CRIMINALIDAD DE LA INFANTO ADOLESCENCIA. FACTORES CRIMINÓGENOS EXTERNOS	15
- ABOLICIONISMO Y ANTIPROHIBICIONISMO	33
- CRIMINOLOGÍA Y DROGAS. DE LA REPRESIÓN A LA LEGA- LIZACIÓN.....	93
- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	121
- MINISTERIO PÚBLICO, ASISTENCIA LEGAL Y EL OMBUDS- MAN O DEFENSOR DEL PUEBLO	149
- REFLEXIONES SOBRE EL DEBIDO PROCESO	181
- EL DELITO DE «CUELLO BLANCO»	215
- COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA LUCHA CON- TRA EL LAVADO DE DINERO	231

- DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA IMPRONTA DEL TERRORISMO	253
- BALANCE DE LA CRIMINOLOGÍA EN EL ECUADOR EN EL SIGLO XX, PERSPECTIVAS PARA EL SIGLO XXI	287
- GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO	315
- LA RECIENTE POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL EN ECUADOR...	347
- SEMINARIO INTERNACIONAL DE EXPERTOS SOBRE LA RECIENTE POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL EN IBEROAMÉRICA	375
- LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.....	381
- REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN	407

**CRIMINALIDAD DE LA
INFANTO ADOLESCENCIA.
FACTORES CRIMINOGENOS EXTERNOS**

La pertenencia del infante y del adolescente (del menor) a un determinado estatus social y económico, así como la pertenencia a un sector político de privilegio, son variables que deben ser apreciadas con objetividad, aunque se diga que el medio económico puede determinar el tipo de delito, pero no la delincuencia en sí. El fenómeno de la estructura del medio-socioeconómico en el que desenvuelve sus actividades el menor no puede ser minimizado.

Lo que ocurre es que son los menores de menos recursos, los que soportan la represión social formal a través de la intervención policial, o del sistema de justicia penal de menores, o de la reacción social informal en hogares incompletos, con deserciones escolares; y una crítica en más de una ocasión implacable de los medios de comunicación.

El menor que pertenece a un estatus de privilegio, llega a otro tipo o forma de criminalidad, a la que realmente no se sanciona porque el filtro de selectividad del control social lo protege generando impunidad. Pero la desproporción en la repartición de la riqueza sí es un factor criminógeno, que hay que averiguar para conocer si en los países que aumenta la prosperidad económica, aumenta también la justicia social.

Es acertado por eso decir que: «la posición económica, funciona al menor, como un factor selectivo de internamiento»¹.

Cuando se pretende encontrar factores que expliquen la criminalidad de la minoridad por la pertenencia a un determinado estatus socio económico, apreciamos explicaciones en algunos momentos que resultan hasta contradictorias. Así un autor sostiene:

«La ideología marxista, como se sabe, atribuye a las precarias condiciones económicas un papel importantísimo en la génesis de la criminalidad. Esta teoría aunque no sea parcialmente exacta, es a nuestro parecer demasiado simplista, en cuanto sólo un reducido grupo de delitos puede ser referido a la indigencia. Los crímenes provocados por la pobreza económica pertenecen en realidad sólo a los estratos deprimidos de la población y se terminan casi completamente en el ámbito de la pequeña criminalidad»².

Las afirmaciones que precedentemente hemos insertado, tienen como fin que no se llegue a maximizar el factor económico, al que se le reconoce una matriz criminógena; sino que se trate de buscar un punto de equilibrio en la correlación de los diferentes factores, esto es que se tomen en cuenta los factores fisiopsicológicos del individuo y las influencias ambientales que se producen en el seno del reducido círculo de familiares y amigos, e incluso las que provengan del medio escolar que tiene un importante rol.

El profesor Eugenio González González trata de explicar los móviles de la conducta criminal juvenil, en razón de la pertenencia a un estatus o a otro, afirmando:

«a) Los que proceden de la clase social alta. A grandes rasgos se podría decir que los menores que salen de las filas de los status económicamente altos o medios suelen actuar por hambre de cariño, de atención de sus padres... que tienen tiempo para todo y descuidan o abandonan la obligación de educar y estar cerca de

¹ RODRIGUEZ MANZANERA LUIS. Criminalidad de Menores. Ob. cit. pág. 150.

² PARENTI FRANCESCO Y PAGANI PIER LUIGI. Ob. cit. pág. 49-50.

sus hijos... De esta delincuencia poco o nada se sabe, porque los padres de los menores, con tal de no verse involucrados en un escándalo, compran a cualquier precio el silencio de las víctimas de sus hijos...

b) Los que proceden de las clases sociales bajas o muy bajas. Los menores que proceden de estas clases sociales, además de carecer –normalmente– del cariño, protección, ayuda y apoyo de sus padres desde su mas tierna infancia... carecen normalmente también del dinero de sus padres para comprar el silencio de sus víctimas. Esta es la delincuencia juvenil «callejera» de la que se habla y sobre la que se hacen las estadísticas»³.

El profesor ecuatoriano Francisco Dalmau Gavilanez en un trabajo que hemos podido consultar, hace afirmaciones en cuanto el entorno socioeconómico en el que vive el menor, con condiciones que no han mejorado en nuestro medio ni por votos piadosos, sino que antes por el contrario me atrevo a sostener que se han empeorado, lo que convierte en caldo de cultivo el medio socioeconómico. Hay un agravamiento del medio con condiciones de pobreza que originan una vivencia inmunda, escasa alimentación, promiscuidad y falta de distracciones sanas.

«La falta de trabajo de los padres, lanza a los niños a buscar el sustento por propia iniciativa. Los mas se dedican a la mendicidad, al robo al descuido; otros a la realización de toda clase de tareas. Nuestro Código del Trabajo prohíbe la labor de los menores. Sin embargo gran cantidad de niños están empleados en talleres, fábricas, almacenes, plazas y casas particulares.

«El trabajo prematuro del niño produce la despauperización del mismo, que se agota con esfuerzos a los que no está acostumbrado. Su influencia nociva no sólo hace mella en su cuerpo sino que el contacto con obreros adultos no suele ser del todo favorable. Desde luego, esta influencia es menos nociva que la de la calle»⁴.

³ GONZALEZ GONZALEZ EUGENIO. Ob. cit. pág. 42-43.

⁴ DALMAU GAVILANEZ FRANCISCO, Ob. cit. pág. 97.

Queda en claro que no pretendemos agotar una temática como la que se plantea en este opúsculo, pues es suficientemente conocido que las propuestas de enfrentar idóneamente el aumento de la tasa de criminalidad, conllevan un cambio radical y una transformación de la estructura social. Si no hay suficientes medios de trabajo, esto explica la situación del menor que vagabundea durante las tardes y las noches, dedicado a tareas, como emisario de homosexuales y prostitutas. Ese menor, por un estado de necesidad convive con tareas de riesgo que pueden arrastrarlo al mundo del crimen.

La situación tiende a hacerse mas grave porque hay un deterioro sostenido y una situación de extrema pobreza en que viven los menores de los cinturones de miseria que tiene Guayaquil, y que en buena medida son el resultado de la actividad política electorera y demagógica que incentiva el precarismo urbano. La migración campesina que no encuentra en la tierra prometida las condiciones mínimas para una coexistencia digna, es víctima del engaño político. Como consecuencia inmediata de la migración, el costo socio-económico y político para la ciudad es ya intolerable.

El medio ambiente

El profesor Luis Rodríguez Manzanera nos recuerda que el medio ambiente por sí solo no es capaz de producir delincuencia, pero califica al ambiente como cómplice, y al criminal como el microbio que se desarrollará y evolucionará en ese caldo de cultivo. Afirma igualmente que con respecto al medio ambiente, éste comprende: al trabajo, la policía, la vagancia, la mendicidad y el urbanismo⁵.

Con respecto al trabajo, debemos mencionar que aunque la ley proscriba el trabajo de la minoridad o que lo limite en situaciones excepcionales, lo cierto es que en nuestro país el menor trabaja sin ningún tipo de protección, que no sea la teórica que le proporciona formalmente el código del trabajo. Los esfuerzos, para dar

⁵ RODRIGUEZ MANZANERA LUIS. Criminalidad de Menores. Ob. cit., pág. 161 y siguientes.

protección al menor en este nivel también se pierden porque no existe la adecuada infraestructura para velar por un trabajo idóneo. No conocemos cifras estadísticas oficiales de menores que presten servicios de manera subordinada, menos aún la cantidad de menores que laboren de manera autónoma, esto es sin patrono y bajo las formas ya conocidas de subempleo como venta de números de lotería, lustrada de zapatos, venta de cigarrillos, voceada de periódicos, etc.

Hay determinados tipos de trabajo que pueden ser calificados como criminógenos, esto es aquellos que se desarrollan en centros de vicios, como prostíbulos, cantinas, cabarets, expendio de bebidas alcohólicas. Este medio laboral extrafamiliar es criminógeno.

La policía puede también convertirse en medio criminógeno, cuando por ej. actúa en labores únicamente de represión a los menores de edad que deambulan por la ciudad porque se han convertido en «los hijos de la calle», y ese es lamentablemente su propio habitat, no tiene ni conoce otro. Esta falta de comunicación policial genera conflictos psicológicos de autoridad, porque el pequeño va a reaccionar negativamente en contra del agente de la autoridad en quien va a encontrar un enemigo.

Tal vez lo aconsejable sería contar con una policía de menores y una estrecha relación de ésta con trabajadores sociales. Los Congresos de NN.UU. se han pronunciado por la necesidad de crear una policía especializada para controlar el área de la criminalidad de la minoridad, pero sabemos que esos buenos intentos, son solamente eso.

En lo relacionado con la vagancia y mendicidad, deben ser calificadas como actitudes asociales o parasociales que pueden llegar a convertirse en acciones antisociales. La vagancia puede hasta ser desencadenada por causas psicopatológicas (factor interno). A esto debe reconocerse que hay una tendencia a un número mayor de horas de ocio, lo que a la inversa ocasiona un número menor de horas de clase.

En nuestro medio es grave la situación de la mendicidad y la vagancia sin que se hayan dado propuestas alternativas, para tratar de atender adecuadamente el espectro negativo, de la delincuencia de menores y por supuesto de las bandas y pandillas

juveniles. Es doloroso el cuadro de los menores de edad que en los sectores céntricos de la ciudad se dedican a solicitar dinero a los transeúntes, o que tratan de limpiarle los vidrios, o se dedican a espectáculos de gimnasia. Estos menores terminan por agruparse y allí vamos a encontrar un germen para explicar lo de las bandas y pandillas.

También se considera al urbanismo como un factor potencial de criminalidad, porque hay una invasión del campo a la ciudad que ha sido castigada políticamente, sin poder atender la prestación de servicios básicos que le son exigidos. Las ciudades que tienen una gran densidad poblacional son más criminógenas que aquellas que no han sufrido el impacto de la invasión y el precarismo urbano.

Llevadas estas reflexiones al campo de las bandas y las pandillas juveniles en Guayaquil, según una información: en 1989 las víctimas de los pandilleros solamente en Guayaquil, llegó a 20. Esto significa un incremento del 200% en el último año. Se sostiene que en Guayaquil existen actualmente 1500 pandillas, siendo una de las más peligrosas la llamada «Los Jerry's» que en el sector donde se han asentado, han producido en poco tiempo cuatro muertes. Las razones son baladíes, como el hecho de llevar unos zapatos «Reebok» que en el ámbito pandillero son considerados como sinónimo de status.

En Guayaquil los principales, asientos de pandilleros, están en el sector Sur, desde la ciudadela La Pradera, así como en el sector de los Guasmos y Suburbio Oeste. En publicación de diario El Telégrafo (a la que nos referimos): del martes 2 de enero de 1990, se nos entrega la siguiente reseña correspondiente a 1989:

Febrero 13, en el sector de las calles 6 de marzo y C. Nájera, aparece un joven muerto de un disparo de cartuchera; el móvil aparente fue el robo.

Marzo 17, entre unos matorrales de la ciudadela Pradera 3 aparece el cuerpo de Luis Alberto Yui Castro, víctima de un enfrentamiento entre pandilleros del sector.

Mayo 22. Edmundo Ramos Morán de 19 años, miembro de la banda «O Bay», muere en un enfrentamiento con otros pandilleros.

Agosto 30, Luis Felipe Borja Ulloa es asesinado cuando intentaba escapar de unos pandilleros que le querían quitar los zapatos.

Octubre 7, Segundo Enrique Burgos Soria, de 17 años es muerto en el sector del Guasmo, por pandilleros a la salida de una fiesta en esa zona.

Octubre 23, el joven José Hilario Ortiz Basilio, muere por no dejarse asaltar por los miembros de la pandilla denominada «Los Trinicot».

El ambiente que rodea al individuo va a influir sobre él, incluso el tipo de actividades que realice como las que tienen que ver con los medios de comunicación conforme lo apreciaremos posteriormente. El problema de la delincuencia juvenil debe centrarse en dos estructuras típicas: en la estructura individual de la personalidad delincuente, y en la estructura ambiental en la que ese delincuente nace, crece y se desarrolla. A esto lo calificamos como un proceso de simbiosis criminal.

Las diversiones y los medios de comunicación

Con razón se dice que al lado de la familia, el rol de la escuela es de una importancia capital, porque es la segunda fase de socialización del menor; más debemos admitir que las condiciones precarias en las que se desenvuelve el proceso educativo oficial, sin la infraestructura mínima adecuada es un obstáculo simplemente insalvable. Sin dejar de reconocer la importancia de la escuela, al igual que la del barrio en el que crece y se desarrolla el menor, que se puede también convertir en un factor criminógeno por las condiciones del mismo, no nos hemos detenido mayormente en estos sectores que bien pueden ser ubicados como parte del medio ambiente.

Uno de los segmentos olvidados, en una hipotética tarea de rehabilitación del menor delincuente, y de una política de prevención de la criminalidad de los jóvenes, es el que tiene relación con la ausencia de diversiones no criminógenas. Pero este es también un problema insoluble porque su génesis es de orden estructural y su solución depende de una adecuada infraestructura social.

Con que sitios de diversión cuenta el menor de edad en nuestro medio? Tal vez con los billares o las casas de tolerancia y prostíbulos que funcionan a menos de 200 metros de las escuelas y colegios, no obstante que existe un reglamento que en la práctica no se cumple porque afectaría los beneficios que le brinda una sociedad de consumo de este modelo?

Es común y corriente encontrar a menores en billares, o en otros sitios en que funcionan máquinas electrónicas para juegos de video. Lo que se le puede brindar como alternativa conlleva un cambio incluso de mentalidad, pues por lo general se trata de menores que pertenecen a los sectores de menores recursos económicos, de quienes el Estado se ha olvidado. Es verdad que los menores de la clase social alta o pudiente tienen mejores posibilidades, porque son generalmente educados en colegios particulares o confesionales, que tienen los recursos para ofrecerles la posibilidad de diversiones sanas.

Los medios de comunicación

Existe una natural resistencia a tratar y más aún a discutir la problemática de los medios de comunicación. Aunque el rol social legitimador de la prensa escrita, de la radio, del libro, del cine y de la televisión es el de constituir un poderoso agente e instrumento de la transmisión de las ideas y del conocimiento; no es menos cierto que pueden convertirse en medios capaces de ser nocivos a la comunidad, y en factores criminógenos por el mercado de la violencia que nos llega por su conducto, y la magnificación de conductas inmorales o delictuosas.

«El empleo negativo de los medios masivos de comunicación tiene una explicación de fondo; como parte del sistema económico dominante, son poderosos instrumentos comerciales casi siempre en manos de empresas multinacionales que los manipulan en su propio beneficio; y como el sexo la violencia y el crimen vestidos con ropaje sensacionalista son absorbidos ávidamente por la masa anodina de sus destinatarios, han explotado esas vertientes con desaforada codicia y con el empleo de los últimos avances de la técnica; por eso la prensa, la radio, la televisión, el cine y el libro se han venido transformando de eficaces instru-

mentos de cultura en medio idóneos de enriquecimiento particular»⁶.

Debemos admitir que los medios de comunicación están destinados a cumplir una importante tarea de socialización y culturización, pero degeneran creando una subcultura de la violencia. No solo transmiten diversión y noticias sino en gran cantidad, una publicidad alienante con mensajes subliminales que afectan principalmente al menor, que recibe el impacto de la publicidad gratuita del crimen en circunstancias que afronta una crisis de valoración para cuya normatividad es negativo el mensaje del delito, de los vicios y de los desórdenes sociales.

El doctor Luis Rodríguez Manzanera manifiesta que los medios masivos pueden convertirse en factores criminógenos cuando:

- « 1.- Enseñan las técnicas del delito.
- 2.- Por su frecuente mención, los delitos no parecen algo des-acostumbrado.
- 3.- Sugestionan a los jóvenes de que el delito es atractivo y excitante.
- 4.- Dan la impresión de que el delito es rentable.
- 5.- Despiertan una simpatía patológica por algunos delincuentes.
- 6.- Muestran a los delincuentes como hombres que han adquirido un gran prestigio por sus actos antisociales.
- 7.- Dan una versión falsa y ocultan las verdaderas causas del delito.
- 8.- Describen al delito de manera que parece fácil escapar a la acción de la justicia.
- 9.- No se destaca suficientemente el elemento de la pena inherente a la comisión de un delito.

⁶ REYES ECHANDIA ALFONSO. Ob. cit. pág. 121.

10.- Desacreditan la persecución penal.

11.- Sugieren metas engañosas a la vida.»⁷.

Se discute a nivel especializado, la influencia real o no de la violencia en los menores de edad, a quienes les llega el mensaje subliminal de los diferentes medios difusivos. En nuestra opinión es innegable el mensaje negativo de la violencia y la creación de una probable subcultura criminal en la delincuencia juvenil individual y también en la criminalidad de las bandas y pandillas juveniles. No obstante sigue abierta la discusión y los criterios son contrapuestos.

Federico Werthan un destacado investigador americano en el campo de la psiquiatría sostiene que:

«existe un efecto acumulativo en toda esta violencia, que constituye un factor que contribuye a todo tipo de perturbaciones infantiles»⁸.

En la orilla opuesta se ubican algunos sociólogos que se preocupan menos por lo que estos medios influyen en lo que la gente haga y mas por lo que hacen determinados individuos con cierta predisposición a dejarse influir por los medios. Incluso otro psiquiatra el doctor Betlheim, es del parecer: «que los medios no pervierten al inocente»⁹.

Para tomar partido por una determinada posición, debemos anotar que de acuerdo con lo que nos enseña la Psicología Experimental, hay tendencia al aprendizaje y a la imitación por una especie de «ley del desplazamiento». Evidentemente al tratarse de menores de edad la transferencia negativa de la agresividad, encuentra un mejor terreno que si la violencia hubiese sido proyectada a una persona adulta y con suficiente equilibrio emocional. ¡La inmadurez del niño y del menor constituyen una buena parcela!

⁷ RODRIGUEZ MANZANERA LUIS. Criminalidad de Menores. Ob. cit. pág. 179.

⁸ Citado por IZQUIERDO MORENO CIRIACO. Ob. cit. pág. 117.

⁹ Citado por IZQUIERDO MORENO CIRIACO. Ob. Cit. pág. 117.

Es discutible la función de catarsis que se le atribuye a la violencia que proporcionan los medios de comunicación. De acuerdo con quienes participan del criterio catártico, la violencia que proporcionan los medios de información permite liberar la carga de agresividad y la tensión emocional en muchos individuos que allí pueden desahogar sus pasiones por una especie de morbosidad, que no llega a la agresión a terceros.

La prensa y la radio

Son importantes y tradicionales medios de comunicación, con respecto a los que modernamente se han acuñado los conceptos de prensa escrita y prensa hablada. En todo caso seguimos manteniendo en la concepción tradicional de la prensa, a los que conocemos corrientemente como periódicos, diarios, semanarios, tabloides matutinos o vespertinos, escritos, etc.

El problema no está en proporcionar la información o dar la noticia que es una necesidad social de un alto valor, sino en la forma como se proporciona la información. Esto es en el manejo o mas bien manipulación de lo que se califica como «crónica roja» o información de hechos violentos, como asesinatos, violaciones, robos seguidos de muerte, actos de terrorismo, etc., con una bien condimentada dosis de sensacionalismo.

La sobredimensión de la crónica roja y el sensacionalismo con el que se la cubre, tiene una sola explicación «se trata de vender más», sin que importe el costo social porque se utiliza un viejo aforismo», el fin justifica los medios». Se pretende ignorar que:

«La prolijidad en los detalles escabrosos, especialmente en tratándose de delitos sexuales o contra la moral pública, abre un amplio horizonte a las mentes juveniles en un estadio vital en el que el sexo ejerce sobre ellas un magnetismo vigoroso; por este mismo camino suelen llegar a conocimiento público hechos que en momento desgraciado envuelven a familias honorables en un manto de ludibrio y deshonor.

No pocas veces la descripción mas o menos detallada del modus operandi del criminal constituye una verdadera lección que no tarda mucho en ser aprovechada; prueba de ello es la

repetición de ilícitos de igual especie mediante el empleo de la misma técnica descrita por la prensa»¹⁰.

El libro

Es también un poderoso agente de transmisión cultural, pero hay tres tipos de literatura que merecen nuestra atención: la criminal, la pornográfica y la de los llamados «comics». No participo de la idea de darle una gran trascendencia al libro como vaso comunicante de ideas perniciosas en el orden científico, social o moral porque somos un país que vive bajo la sombra de la pobreza y la miseria, con una tasa alta de analfabetismo y semianalfabetismo, y con libros que resultan inaccesibles por su alto costo económico.

La literatura criminal también nos parece de poca influencia criminógena en países de la periferia y subdesarrollados. Es probable que se la tome en consideración en países que tienen un mejor sistema de vida y fácil acceso a la lectura, como ocurre en los países industrializados o desarrollados.

Es de mayor relevancia criminógena la literatura pornográfica, que se presenta incluso «ilustrada» con gráficas y fotos eróticas, que incentivan la libido sexual en los menores que las encuentran con facilidad. En nuestro medio existen algunos tabloides y revistas que bajo la etiqueta de «crónica roja» venden a bajo costo pornografía de la peor clase, a cualquiera que pueda comprarla. Esto se verifica en los puestos de venta de revistas del centro de la ciudad y en las calles, en donde son ofrecidas por voceadores menores de edad que previamente las leen. En ese tipo de literatura sucia es corriente leer «padre violó a hermana», «hermano y hermana son amantes, y tienen ya varios hijos»; la proyección del mensaje subliminal es preocupante pero nada se hace para encontrar algún tipo de correctivos.

A los países periféricos nos llegó ya el mensaje alienante de las llamadas «comics», literatura infantil degradante de la personalidad que presenta como normales a hechos inmorales, antisociales

¹⁰ REYES ECHANDIA ALFONSO. Ob. cit. pág. 122.

ciales y hasta criminales, bajo la etiqueta de cómicas ilustradas. Así se presenta a un niño infiriendo una puñalada al profesor que le pide la lección, o a una niña que mata al padre porque no la deja salir a jugar en horas de la noche. En tributo a la verdad debemos reconocer que una inmediata labor de prevención y represión, las extirpó de nuestro medio en el que aparecieron a mediados de 1987 y duraron en el mercado menos de seis meses.

El cine

Ha tenido y tiene una gran importancia como medio de comunicación de la cultura, aunque hoy en un país como el Ecuador afronta una severa crisis, no tanto por la competencia con la televisión sino por la proliferación de los clubes de video que «piratean» las «películas» esto es las consiguen de manera fraudulenta con copias que no pagan derechos de autor, ni impuestos de ninguna índole, y que son comercializadas libremente. Como se comprende el acceso a la pornografía y a las películas violentas no tiene censura ni limitación alguna, porque no existe ningún tipo de control en los clubes de video.

En cuanto al cine, el mensaje de la violencia nos llega en forma permanente y el mensaje de transferencia se remota a películas ya viejas como «Rebelde sin causa», «El Salvaje», «Nacidos para perder», etc', y a películas nuevas como «Rambo», «Los perros de la guerra», «Los guerreros del Bronx», «Pandilleros de la noche», etc., con una gama interminable de títulos sugestivos, que constituyen la primera fuente de información y de aprendizaje de las pandillas y las bandas juveniles.

Surge así el culto a la «rambomanía», y los pandilleros imitan al super-héroe, creando manualmente armas de corto alcance a las que llaman «rambo» y que se forman por un tubo de hierro galvanizado en el que se inserta un cartucho de perdigones, y para disparar o hacer detonar el cartucho fabrican una aguja que es accionada mediante un resorte. Esta es el arma preferida de los pandilleros juveniles, y a ella le han rendido tributo muchos jóvenes en enfrentamiento contra pandilleros.

La proyección de la pornografía es controlada en teoría, porque a los cinematógrafos concurren menores de edad, y la prensa

se encarga de darle una gran publicidad despertando la morbosidad sexual. Con la publicidad se incentiva también el consumo del licor y del tabaco, aunque este tipo de publicidad es más notorio en la TV.

Es verdad que se presentan películas de gran contenido humano, que destacan la generosidad, el amor filial, el culto al estudio y al deporte, etc. pero en el momento del balance hay que admitir que no tienen la misma comercialización ni constituyen la fuente de ingresos, que es «el otro tipo de cine».

La televisión

Es el más importante medio de comunicación social de los tiempos modernos, y en un país como el nuestro ha sido de consumo masivo, al convertirnos en país petrolero. Es el medio de mayor acceso porque puede llegar al público incluso analfabeto que se limita a ver a y escuchar. Sabemos el valor educativo del sistema audio-visual en la enseñanza, por lo que debemos medir con la misma vara el efecto negativo con el mensaje de violencia, sexo, culto a la guerra, al pandillaje, a la prostitución, al consumo de licor, cigarrillo y otras drogas «duras», que nos permite la TV.

En importantes trabajos de investigación se hace notar el efecto negativo que además del mensaje de la violencia y del sexo tiene la TV, por el tiempo que permanecen sentados frente a un televisor los menores de edad, que por ello incluso desatienden sus tareas escolares.

Eugenio González González, nos orienta así:

«Esta influencia puede considerarse desde dos ángulos:

a) Frecuentemente se insiste en la morbosidad de tal o cual contenido de los mensajes televisivos, pero no es sólo la violencia y el sexo de los medios de comunicación los factores influyentes de la criminalidad de los menores.

Hay otro factor de indudable repercusión, nos referimos a la publicidad, a esa continua lluvia de anuncios, a esa provocación constante al consumo de tal manera que parece que sea el disfrute de los bienes materiales el único ideal de la vida. Se produce esta

tremenda contradicción: de una parte en los anuncios y películas, se nos presentan en televisión unos medios, unos hogares y lugares de ocio muy confortables y prácticamente al alcance de todos, pero, por otra parte, sólo muy pocos los poseen. De esta forma a los jóvenes que no tienen medios para conseguir las comodidades ofrecidas, se los incita a obtener estos medios para poder disfrutar de esos bienes.

b) Aun cuando se lograra un saneamiento en los programas de televisión infantiles y estos se convirtieran en formativos, debemos hacer constar que ello poco remediaría, toda vez que los menores seguirían viendo televisión hasta el último programa. Por parte de los padres se impone la obligación de hacer una lectura crítica de los contenidos y mensajes recibidos en televisión por el niño, pues, aunque los programas fuesen muy depurados, los menores necesitan que se les ayude a interpretar las imágenes recibidas audiovisualmente; en caso contrario los menores se ven expuestos a lavados de cerebro»¹¹.

No es infrecuente que un canal de TV nos presente, cumpliendo alguna disposición del ministerio de educación, un mensaje como «dígame no a la droga», pero a continuación exhibe un capítulo de una serie muy conocida que nos trae un gran conflicto familiar y en la que es normal que aparezca un miembro de dicha familia en conflicto ¡fumando marihuana!

No contamos con estadísticas que revelen el tiempo que dedica a la televisión un menor de edad en el Ecuador, pero para dimensionar la gravedad del problema citamos polos opuestos: en Francia (poco tiempo viendo TV), los niños de 6 a 11 años pasan cada semana 7.45 hs. frente a un aparato de televisión, contra 27 hs. en la escuela primaria, en la época escolar que es de 32 semanas al año.

¹¹ GONZALEZ GONZALEZ EUGENIO. Ob. cit. pág. 84.

En la misma Francia, los jóvenes de menos de 15 años de edad y de más de 11, llegan a un promedio de 18 horas de televisión, por semana.

En EE.UU. (se pasa mucho tiempo viendo TV), los niños de 3 a 12 años tienen un promedio de 6 horas diarias dedicados a la televisión y de 5 horas de escuela. Esto determina que a los 12 años han visto 19.600 horas de TV contra 13.600 horas de escuela. El promedio de homicidios que ha presenciado en la televisión un muchacho medio de 14 años, está calculado en 11.000.¹²

El profesor Alfonso Reyes Echandía¹³, considera que tal fenómeno no puede pasar desapercibido, porque en primer lugar hay que admitir que la variedad de programas que ve un menor de edad puede alterar el equilibrio sicosomático del menor, que es más delicado que el del adulto. Por otra parte se corre el riesgo de que coexistan en el niño como dos tipos de realidad diversos y a veces antagónicos: la que él comienza a captar como resultado de sus primeras experiencias sociales y familiares, y la que le transmiten los canales de televisión surgiendo así una ambivalencia desconcertante. Además por las leyes del contagio y de la imitación -dada su escasa capacidad de crítica y análisis-, se van a reproducir en su psique situaciones y actitudes morbosas o violentas con desmedro para su formación personal y social.

Creo que la única respuesta legítima y aceptable frente al rol de socialización y culturización que debe cumplir la televisión, como el principal y más importante agente de la comunicación de masas, es el de reordenar su estructura de trabajo en cuanto a la hora que le llega al gran público (a los menores de edad). Siendo como es, una formidable herramienta de penetración cultural se está perdiendo su objetivo, cuando le rinde culto al mensaje subliminal, al hedonismo y al consumismo.

¹² RODRIGUEZ MANZANERA LUIS. Criminalidad de Menores. Ob. cit. pág. 186.

¹³ REYES ECHANDIA ALFONSO. Ob. cit. pág. 129.

BIBLIOGRAFIA DE CONSULTA

DALMAU GAVILANES FRANCISCO. El Joven Delincuente en Guayaquil. 2da. edición. Universidad de Guayaquil, 1989.

GONZALEZ GONZALEZ EUGENIO. Bandas Juveniles. 2da. edición. Editorial Herder. Barcelona, 1982.

IZQUIERDO MORENO CIRIACO. La Delincuencia Juvenil en la Sociedad de Consumo. Editorial Mensajero. Bilbao, 1980.

ABOLICIONISMO Y ANTIPROHIBICIONISMO

Introducción

Cuando reflexionamos en torno a la cárcel con extrema facilidad aseguramos que ella ha fracasado. Tal afirmación puede resultar legítima si partimos de las funciones declaradas de la cárcel, pero que decir cuando se trata de las funciones latentes o no declaradas?

No puede seguirse desconociendo el rol de la cárcel como medio idóneo y eficaz de un conjunto de estrategias que conocemos como control social, de manera que la cárcel al igual que la ley penal cumple también una propuesta instrumental que aunque deslegitimada por la contradicción entre las funciones declaradas y las conseguidas, es funcional para los fines que subyacen en su ideología.

El discurso larvado o encubierto sigue no sólo latente sino que hasta podría afirmarse que la función no declarada de este segmento del control social encuentra un mecanismo reproductor en su admitida crisis, pues se genera una epistemología del terror con una bien dirigida publicidad del deterioro carcelario, de las reales condiciones infrahumanas en que se debaten nuestras cárceles, cuya muestra al gran público produce el impacto traumatizante del miedo.

Bajo esta última consideración resultará dudoso desconocer el «éxito» de la cárcel si por tal entendemos el cumplimiento de sus

funciones latentes¹. Otro aspecto de su funcionalidad lo podemos encontrar admitiendo que a pretexto de examinar el estado actual de la cárcel se sigan produciendo reuniones de expertos, foros académicos, debates científicos, etc., que en alguna medida alimentan su vigencia.

El cuestionamiento que se le formula a la cárcel ha dado paso a una propuesta abolicionista de la que se llega a afirmar que se encuentra en una línea paralela a la criminología crítica y que los movimientos contra la esclavitud han sido los precursores del abolicionismo². Una concepción materialista del abolicionismo parte de la idea de que las estructuras materiales determinan el contenido de las normas, de los valores, de la consciencia, y que la transformación sólo se podrá lograr a través del cambio radical de las relaciones sociales de producción.

Bajo la concepción de un derecho penal mínimo o de ultima ratio se expresa que sus representantes se han declarado adversarios tímidos, o seguidores con reservas del abolicionismo (Smaus, Pavarini, Emilio García Méndez) y que otros podrían ser considerados como abolicionistas a largo plazo (Baratta, Zaffaroni)³. Por nuestra parte apreciamos como digno de rescate aun admitiendo que las propuestas abolicionistas demandan un proceso mediato, que la reflexión en torno a las mismas, nos conduce hoy en día a una búsqueda inmediata de un derecho penal mínimo o de última ratio. Con sobradas razones Nils CHRISTIE aboga por establecer restricciones severas al uso del dolor provocado por el hombre como un medio de control social, basándose en la experiencia de los sistemas sociales que usan una cantidad mínima de dolor.⁴

¹ Esta especie de olvido «voluntario» impide discutir la importancia de las funciones no declaradas de la cárcel y admitir bajo este discurso su notable «éxito».

² Así nos recuerda Mauricio Martínez Sánchez, en «La abolición del sistema penal», Temis, Bogotá, 1990, p. 23.

³ Cf. Mauricio MARTINEZ SANCHEZ, op. cit., p. 35.

⁴ Cfr. Nils CHRISTIE, Los límites del dolor, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1984, pp. 7-8. Quien propugna porque los siste-

Un interesante documento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México recoge algunos planteamientos de la lucha por la vigencia y respeto de los Derechos Humanos en el sistema penitenciario mexicano. De cara a la realidad se hacen agudas formulaciones y recomendaciones, recordando que la labor de este organismo ha permitido la reducción del número de internos racionalizando la utilización de la pena privativa de libertad, despenalizando conductas de bajo costo social, introduciendo hipótesis en las que el juez puede optar por penas alternativas a la prisión, ampliando las posibilidades de libertad provisional para los procesados pobres y ensanchando los límites dentro de los cuales se puede obtener una condena condicional o una conmutación de la pena.⁵

Uno de los méritos de la criminología crítica ha sido deslegitimar al sistema penal como reproductor de desigualdades e injusticias sociales. El abolicionismo llega incluso a negarle realidad ontológica al delito y a denunciar la ausencia de la *víctima* en una potencial solución del conflicto, cuestionándose hasta las medidas alternativas por ser relegitimadoras del sistema penal y de la cárcel.

Con mucha ponderación y objetividad Luis DE LA BARREDA dice, «El sueño de terminar con el derecho penal es otra de esas utopías que en los últimos años se ha venido derrumbando vertiginosamente⁶. La propuesta de una sociedad mejor le resulta de difícil aceptación a corto plazo porque no se puede predecir lo que

mas sociales se construyan de manera que tenga lugar un diálogo esto es que los actos puedan ser apreciados como intereses en conflicto, vale decir que «los sistemas sociales deberían construirse de manera que redujeran al mínimo la necesidad percibida de imponer dolor para lograr el control social. La aflicción es inevitable, pero no lo es el infierno creado por el hombre», op. cit., 15.

⁵ Cfr. La Lucha por los Derechos Humanos en el Sistema Penitenciario Mexicano, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993, p. 6.

⁶ Luis DE LA BARREDA SOLORZANO, «Abolir la prisión: Un canto de sirenas», en Criminalia, año LVIII, enero-abril, No. 1, México,

ocurrirá en el nuevo milenio en que podrían haber comunidades con menos injusticias y desigualdades, con más libertad, democracia y solidaridad, Luis DE LA BARREDA se pronuncia porque el reto estriba en conservar y fortalecer los principios garantizados, democráticos, consagrados en las partes generales de los estatutos punitivos, reduciendo las partes especiales al mínimo necesario, disminuyendo a límites razonables la pena como sanción privativa de la libertad y observando escrupulosamente que no se rompa la debida proporción entre bien jurídico tutelado y punibilidad.⁷

De un derecho penal mínimo a un derecho penal máximo

Para enfrentar la problemática de la criminalidad se acude a diferentes discursos, pudiendo advertirse con claridad que la dialéctica de los procesos de criminalización tiene una marcada tendencia a buscar la consolidación de un derecho penal mínimo, garantista y liberal cuando se trata del derecho penal común u ordinario. La contradicción es evidente cuando se trata de leyes penales especiales como la ley de drogas o los estatutos antiterroristas en que la propuesta es la de buscar un derecho penal máximo bajo cuya ideología se irrespetan las garantías formales del Estado de Derecho y toman carta de ciudadanía los frutos del árbol prohibido.

Con la primera propuesta se busca un derecho penal alternativo y democrático en el que las garantías constitucionales se irradian al proceso penal respetándose el principio de inocencia, el de

1992, p. 18. Quien nos recuerda que para Ferraioli el abolicionismo es una utopía regresiva asentada sobre la ilusión de una sociedad buena o de un Estado bueno que podría generar alternativas peores que el derecho penal como una reacción vindicativa desenfrenada por parte de los particulares o del Estado, un disciplinarismo social que internacionalice rígidos controles que operen bajo las formas de censura o como expresiones de policía moral colectiva, o bien con técnicas de vigilancia total en forma policial o de control tecnológico (sic).

⁷ Luis DE LA BARREDA SOLORZANO, en op. cit., p. 19.

la igualdad de los ciudadanos ante la ley, se proscriben tratamientos procesales de excepción, se garantiza el derecho de defensa, se respeta la legalidad y la judicialidad de la prueba, la inmediación del juez con las pruebas, se admiten las penas alternativas, etc.

Con la admisión de un derecho penal mínimo (concepción minimalista) se propugna la preeminencia o el valor social del bien jurídico afectado, de manera que la poca o ninguna afectación del bien jurídico podría hasta permitir la renuncia al ejercicio de la potestad punitiva del Estado mediante el principio de oportunidad. Se pretende acudir a la violencia oficial como último recurso con la investigación fiscal propia del sistema procesal acusatorio moderno, afirmándose la inexistencia de delito sin un daño socialmente significativo para algún bien jurídico o sin ponerlo en peligro efectivo.

Las sanciones penales no privativas del derecho a la libertad que se traducen en el respeto a los principios de **fragmentariedad** y **subsidiariedad** permitirían un descongestionamiento carcelario lo que devendría en un ahorro de gastos y pondría a los pequeños delincuentes al margen de ese proceso de deterioro y simbiosis criminal que significa la prisión. «Además, sin duda habría mejores perspectivas de un mejor **trato** y de un auténtico **tratamiento** a los presos»⁸.

Cuando se acepta la necesidad de un derecho penal máximo (tendencia maximalista) se cree con excesiva ingenuidad que el derecho penal y el sistema penal deben ser el primer recurso del Estado de Derecho y que en esa declaratoria de guerra total se debe llegar a la imposición de la pena de muerte y al recorte de todas las garantías constitucionales como el mejor instrumento de disuación conquie cuenta el control social formal.

Cuando esto último acontece por ejemplo en materia de drogas, se pierden en el laberinto de la represividad todas las posibilidades de acudir al sistema penal como la última respuesta, pues a pretexto de este combate el discurso perverso del sistema penal

⁸ Cf. Luis DE LA BARREDA, en op. cit., p. 21.

llega a su máxima expresión, y con frecuencia más de un Estado llega a demenciales decisiones de renuncia a su propia soberanía con la concesión de la extradición, o la autorización para incursiones militares extranjeras en suelo nacional.⁹

Incluso a nivel de organismos supranacionales e instituciones gubernamentales como las del Consejo de Europa, el Parlamento Europeo, Las Naciones Unidas, etc., como dice Antonio BERINSTAIN, «Más o menos inconscientemente, estos organismos, a la luz de la moderna epistemología, están poco capacitados para constatar (o no quieren ver) algunos de los principales factores etiológicos (y los convenientes planteamientos) de la toxicomanía y su 'paralelo' narcotráfico... Uno de ellos es el control estatal desaforado y parcial».¹⁰

Es verdad que no se produce un diálogo entre los partidarios del control punitivo del tráfico y del uso abusivo de drogas y los defensores de la liberación, adoptando a ultranza posiciones irreductibles¹¹. Coincidimos con Elías CARRANZA poniendo en evi-

⁹ Elías CARRANZA, Tráfico de drogas: su represión, balance y perspectivas, en *Doctrina Penal*, año 15, julio-diciembre 1992, No. 59/60, Depalma, Buenos Aires, pp. 296-297, al comentar las recientes políticas en la materia nos recuerda la tendencia de una mayor represividad en materia de drogas, la misma que también se ha puesto de manifiesto en los países desarrollados. Tal tendencia de mayor represivización penal en el caso de América Latina, «tiene mayor acentuación y sus efectos son también más pronunciados por una serie de razones entre las cuales se destacan: a) el criterio geopolítico de reprimir primordialmente la 'oferta' con acciones en los países de América Latina y el Caribe, y no en los principales centros de consumo; b) el énfasis puesto en la acción del subsistema policial y en la participación de los ejércitos en ella; c) el estado de deterioro de los sistemas de justicia penal de la región, lo que agrava para los judiciales los efectos negativos de la mayor represión».

¹⁰ Antonio BERINSTAIN, La criminología ante las drogas y el narcotráfico, en *Revista Criminología y Derecho Penal*, año II, enero - diciembre, Nos. 3-4, Edino, Guayaquil, 1992, p. 221.

¹¹ Antonio BERINSTAIN sugiere reemplazar esa inconciliable posición, liberalización versus prohibición, por un tertium, «una tercera sali-

dencia algunos aspectos negativos de la represión como: 1) Los sistemas de justicia penal de la región están desequilibrados, pues se aumenta el número de policías por habitantes en tanto que los poderes judiciales y los sistemas penitenciarios se raquitan. 2) No es bueno para la estabilidad de los nacientes gobiernos democráticos de la región el desequilibrio que se está produciendo entre Poder Judicial y Policía, ni tampoco que los ejércitos se alejen de su función específica e intervengan nuevamente en asuntos que no son de su propia competencia al interior de los países. 3) Los sistemas penitenciarios acusan un mayor deterioro y falta de capacidad operativa para intentar cualquier proyecto asistencialista. 4) Las leyes especiales sobre la materia son irrespetuosas de un derecho penal liberal, contravienen las propuestas de un derecho penal mínimo y son abiertamente inconstitucionales (conforme hemos manifestado también por nuestra parte en otros trabajos) pues crean tipos penales abiertos, delegan facultades legislativas en el ejecutivo, crean ordenamientos punitivos de excepción sancionando conductas preparatorias o de mero peligro abstracto. 5) La erradicación de los cultivos con herbicidas y sustancias tóxicas produce una depredación ecológica de incalculables consecuencias. 6) La represividad cada vez mayor del tráfico de drogas aun ilegales no ha disminuido el negocio ilícito ni su consumo. 7) En materia de salud la falta de control sanitario sobre la producción y el consumo han aumentado el riesgo y los daños como el Sida, hepatitis B y muertes por sobredosis. 8) La prisión para el tratamiento es contradictoria y coarta la voluntariedad y libre determinación de los sujetos. 9) Las propuestas de represión y penalización de los drogodependientes han creado mercados paralelos de extorsión y violencia y delincuencia de aprovisionamiento por parte de los consumidores que no cuen-

da (atendiendo a su fuerte dimensión económica), que vaya armonizando dialécticamente posturas opuestas... En mi opinión por el camino del término medio-inspirado en la tradición humanista, base de nuestra cultura (Jescheck, p. 434) debe avanzar la respuesta hoy, procurando con eficacia acercarnos mañana, lo antes posible, a la total liberalización (abolición) del Derecho Penal». En op. cit., pp. 225-226.

tan con recursos suficientes. 10) Comparativamente la represión y sus consecuencias tienen un costo humano que en ocasiones excede el contingente de muertes que se producen en guerras convencionales. 11) Hay que desmitificar la división taxonómica de drogas legales e ilegales pues todas producen por igual daño en la salud, y con tal división se pierde la óptica sanitaria y preventiva para dar paso a una política eminentemente policial-represiva. Un ejemplo de las consecuencias de tal diferenciación se encuentra en la tasa de muertes anuales por otras drogas como el alcohol y sobredosis por psicofármacos, que supera la de muertes por drogas ilegales.¹²

Esta tendencia que marca la dialéctica moderna de los procesos de legislación tiene ejemplos recientes en el Ecuador con la Ley de Drogas de 1990 y con el anteproyecto de Código Penal de 1993. Este fenómeno no es aislado y forma parte de una estrategia de transnacionalización del control aunque la política sobre drogas acusa un innegable fracaso, dando lugar desde principios de siglo a dos tendencias contrapropuestas.¹³

¹² Cr. Elías CARRANZA, en op. cit., pp., 301-306. Pueden revisarse nuestros trabajos, El discurso de la droga o el juego de la doble moral, en Libro Homenaje al Dr. Jorge Zavala Baquerizo, Edino, Guayaquil, 1992, pp. 233-257, y Las drogas nuevas iniciativas: extradición, hábeas corpus, pena de muerte y los derechos humanos, en Criminología y Derecho Penal, año II, enero-diciembre 1992, No. 3/4, Edino, Guayaquil, pp. 255-281, en los que desarrollamos algunas aproximaciones a un discurso legalizador o antiprohibicionista con respecto a las drogas que aun siguen siendo ilegales.

¹³ Cfr. José Luis DIEZ RIPOLLES, Alternativas a la actual legislación sobre drogas, en Nuevo Foro Penal, No. 54, Temis, Bogotá, 1991, p. 467, al referirse a estas tendencias contrapropuestas expresa: «la primera de ellas insiste en la necesidad de exacerbar la persecución, singularmente penal, de esas conductas, atribuyendo los resultados negativos obtenidos hasta ahora a no haber agotado plenamente el modelo elegido. La segunda cuestiona la política represiva desde muy diversos puntos de vista, entre los que se destacan recientes razonamientos sobre su nula eficacia, sus contraproducentes efectos colaterales y su distorsionada consideración de la protección de la salud y la libertad de los ciudadanos adultos».

La Ley de Drogas ecuatoriana fiel a las directrices de la Convención de Viena de 1988 ha ampliado el objeto material incluyendo a los precursores químicos, a los equipos y materiales destinados a fines de cultivo, fabricación o tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, con una marcada preeminencia del elemento subjetivo. Igualmente se ha ampliado el objeto material para incluir a los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de las actividades del tráfico ilícito.

Se penalizan las conductas encaminadas al uso personal, encontrando la paradoja de que la tenencia para consumo está prevista como delito (Art. 62), pero si la droga ya ha sido consumida se enerva la responsabilidad penal y el drogodependiente debe ser conducido a una casa asistencial (Art. 32), esto significa no otra cosa que una ilógica punición de actos preparatorios pues la posesión o tenencia tiene un fin que es impune , pero sus actos previos no. Coincidimos con José Luis DIEZ RIPOLLES de que tal política criminal resulta inadmisibles: implica una flagrante violación de la libertad personal en un contexto pervertido de protección de la salud de un modo difícilmente compatible con importantes preceptos constitucionales, « supone perseguir un objetivo imposible, con los consiguientes efectos negativos sobre la conciencia de validez de las normas jurídicas; va a causar, con diferencia, más daños que ventajas, en oposición al principio de **ultima ratio** que debe inspirar la legislación penal; y contradice el precepto de la propia Convención, que taxativamente establece que las medidas tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita, deberán tener como mira destacada la de reducir el sufrimiento humano»¹⁴.

El radio de aprehensión de la Ley de Drogas de 1990 contempla comportamientos específicos de ejecución imperfecta, y de autoría y participación, como cuando se hace referencia a la fabri-

¹⁴ José Luis DIEZ RIPOLLES, op. cit., p. 470. Cfr. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, El discurso de la droga o el juego de la doble moral, en Libro Homenaje al Dr. Jorge Zavala Baquerizo, Edino, Guayaquil, 1992, p. 249-250.

cación, transporte o distribución de materiales, equipos o precursores químicos con el conocimiento de que se pretende utilizarlos con fines de cultivo, producción o fabricación ilícitos de las drogas ilegales. Debemos reconocer que se están tipificando y sancionando actos preparatorios de una eventual participación en un delito. Así mismo se sancionan penalmente la instigación o inducción públicas, y la asociación y confabulación para cometer una serie de conductas calificadas como delictivas, con lo cual se estarían tipificando actos preparatorios que se incluyen en los conceptos de conspiración o provocación.

Creemos que un examen de la ley vigente nos permite encontrar la punición de supuestos de autoría mediata, inducción o cooperación necesaria tipificándose diferentes formas de autoría y participación referentes a la organización, gestión o financiación de conductas básicas e incluso de conductas preparatorias. Se hace referencia así a la participación, asistencia, incitación, facilitación y asesoramiento de diferentes conductas sancionadas. El encubrimiento se sanciona tanto para conductas realizadas como para actos preparatorios con lo que se pretende sancionar la conversión o transferencia de bienes para ocultar su origen, o para eludir las consecuencias jurídicas de los responsables, la ocultación o encubrimiento de tales bienes, así como la adquisición, posesión o utilización de bienes cuyo origen ilícito se conozca en el momento de recibirlos. Vale decir que se ha introducido un elemento subjetivo en el tipo que sería el conocimiento del origen de tales bienes por parte del encubridor, que va a responder por un delito autónomo.

En esta propuesta expansiva del derecho penal en materia de drogas ilegales se hace referencia al encubrimiento, y se alude también a supuestos de receptación, con lo cual se pretende sancionar el aprovechamiento para sí como para un tercero, llegándose a penalizar el encubrimiento de partícipes y hasta conductas preparatorias de un acto de receptación o favorecimiento real. DIEZ RIPOLLES al analizar el contenido de la Convención de Viena de 1988 que contiene el germen de esta propuesta de derecho penal máximo, expresa « se ha producido un desmesurado avance en el ámbito de la criminalización de comportamientos relacionados de alguna manera con el tráfico y consumo de drogas: se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales prin-

cipios jurídico penales de intervención mínima y de seguridad jurídica».¹⁵ Estas afirmaciones surgen por la punibilidad de conductas preparatorias en grados de autoría y participación, incluido el encubrimiento, o a la inversa por el encubrimiento de actos preparatorios, o porque se considere delito el encubrimiento de actos de participación en conductas ejecutivas o preparatorias.

Como hemos expresado en otros documentos, la penalización por drogas en el caso ecuatoriano es la más alta en nuestro país (25 años), hay un recorte de garantías constitucionales con una inversión de la carga de la prueba afectándose el principio de inocencia, se le otorga valor probatorio a las actuaciones policiales generalmente reñidas con un discurso respetuoso de los derechos humanos y garantías mínimas y se llega a utilizar a los delincuentes delatores, favoreciendo su situación, etc.¹⁶

Como se ha dicho con acierto en referencia al tema del derecho penal frente a la problemática de la droga, «si la historia del derecho penal es la historia de un fracaso, nada mejor para demostrarlo que el fracaso de la política penal seguida a escala internacional desde la famosa Convención de la ONU de 1961, en relación con el tráfico de drogas. Ninguna de las soluciones técnico legislativas adoptadas hasta la fecha ha servido para combatir adecuadamente el fenómeno. Más bien ha sucedido lo contrario».¹⁷

Algunas propuestas abolicionistas

Es probable que su surgimiento responda al grito desesperado de mirar la realidad del deterioro de una institución total como es la cárcel y su entorno de depurada violencia abierta o larvada. Como apuntamos con mayor detalle la ideología fundamentadora

¹⁵ José Luis DIEZ RIPOLLES, op. cit., pp. 471-472.

¹⁶ Cfr. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, Las drogas, nuevas iniciativas: extradición, hábeas corpus, pena de muerte y los derechos humanos, en *Criminología y Derecho Penal*, año 2, enero-diciembre 1992, Edino, Guayaquil, Nos. 3-4, pp. 255-281.

¹⁷ Francisco MUÑOZ CONDE y Bella AUNION ACOSTA, Drogas y derecho penal, en *Nuevo Foro Penal*, No. 54, Temis, 1991, p. 505.

de la cárcel como rehabilitadora, resocializadora y readaptadora está contradicha con la realidad pues no se conoce con certeza de tratamientos de éxito para impedir por ejemplo la reincidencia, ni para recuperar a delincuentes inimputables.¹⁸

El velo de la verdad es sistemáticamente rasgado para mostrarnos la cara del terror y de la miseria de una cárcel, cuyo «éxito» puede ser medido por su sobrevivencia. Si ni en los países centrales o del primer mundo al final del siglo XX pueden ser absorbidos sus costos menos aun en los periféricos; un ejemplo de su estado actual puede apreciarse cuando los presos más pobres de la cárcel de la ciudad boliviana de Potosí optaron por salir a las calles con escolta policial para mendigar ante la falta de recursos de ese centro de reclusión. Las autoridades penitenciarias de Potosí, 551 kilómetros al sur de La Paz, dieron permiso a los presos para que salgan a las calles y apelen a la caridad del transeunte, a fin de no morir de hambre, decía la noticia internacional.¹⁹

Los niveles de violencia carcelaria han sobrepasado cualquier límite de racionalidad y tolerancia citando para ello el caso ocurrido en octubre de 1992, en que al menos 111 presos perdieron la vida y 35 resultaron heridos cuando la policía militar intervino para sofocar unos disturbios en el pabellón Núm. 9 de la Casa de Detención de Sao Paulo, en que también recibieron heridas unos 20 agentes de Policía. A los pocos días de ocurridos los hechos una delegación de investigación de Amnistía Internacional con un médico forense visitó el recinto carcelario por cuatro ocasiones. Los delegados se entrevistaron con los presos, con autoridades

¹⁸ Nils CHRISTIE, dice a este respecto, «como se ha demostrado eficientemente en la literatura sobre los efectos de los tratamientos para la delincuencia, los alegatos de su utilidad no han sido confirmados. Con excepción de la pena capital, la cadena perpétua y posiblemente la castración, ninguna cura ha resultado ser más eficiente que las demás como un medio para impedir la reincidencia», en op. cit., 33. Como sabemos CHRISTIE es abiertamente abolicionista por lo que sus expresiones anteriores no deben ser interpretadas como las de diácono de un discurso mortícola o de penas crueles.

¹⁹ Cf. Diario EL UNIVERSO, Guayaquil, 25 de agosto de 1993.

penitenciarias, organizaciones de derechos humanos y familiares de reclusos. Existen indicios que permiten presumir razonablemente que los internos fueron asesinados en sus celdas después de rendirse. Las marcas de bala en las paredes de las celdas, cerca del piso o a la altura de las camas parecen confirmar las declaraciones de los supervivientes: según éstos, a sus compañeros se les dió muerte mientras estaban tendidos o sentados con las manos en la cabeza. Los resultados de las autopsias corroboraron esta afirmación.²⁰

Pero es un hecho cierto que la población penitenciaria sigue creciendo y la manipulación de los indicadores delincuenciales con una marcada sobredosis de sensacionalismo sigue alimentando este circuito infernal. Así en Ecuador se publicita que en 1981 la cifra de delitos era de más de 16.000 y que en 1992 el ascenso llegaba a los 42.000 con un aumento del 163 %, que en los últimos 20 años el fenómeno de la delincuencia en el país ha experimentado un incremento que se manifiesta en una tasa anual del 5,7 %, marcadamente superior al crecimiento de la población penitenciaria (3,4 % anual) lo que implica que en las calles de las ciudades ecuatorianas se encuentren un gran número de potenciales delincuentes que han escapado del control policial (sic).²¹

²⁰ AMNISTIA INTERNACIONAL, Boletín Informativo, enero de 1993, volumen XVI, No. 1, p. 2., en el que se agrega: «...varios heridos a los que se llevaron con la excusa de prestarles asistencia fueron ejecutados extrajudicialmente. Algunos presos intentaron ocultarse entre los cadáveres pero, al parecer, la policía pasó los cuerpos a la bayoneta e hizo fuego contra los que gritaron... Aunque la policía alega que los presos le dispararon, los sobrevivientes han afirmado que los reclusos no tenían en su poder armas de fuego, y que los disturbios en el pabellón Núm. 9 habían sido de poco alcance y se los podía haber controlado mediante negociaciones. El entonces Secretario de Seguridad Pública, encargado de las prisiones y de la policía de Sao Paulo, declaró: En casos como éste, la policía tiene orden de tirar a matar. No tiene nada de absurdo que se hayan empleado ametralladoras; después de todo, estaba en juego la vida de los agentes de la ley...».

²¹ Cf. Diario EL UNIVERSO, Guayaquil, 23 de agosto de 1993, primera sección, p. 19.

En estos últimos 20 años en nuestro país, hasta finales de 1992, la población penitenciaria ha subido de 4.392 a 7.956 internos, lo que significa un aumento del 81%, en tanto que los recursos humanos, materiales y financieros que se destinan a la rehabilitación social no han experimentado cambios notables, aunque se afirme oficialmente que la infraestructura física se ha ampliado de manera considerable.

Sabemos por los estudios de Massimo PAVARINI, Dario MELOSSI, Michel FOCAULT, Georg RUSCHE y Otto KIRCHHEIMER, y otros, la funcionalidad de la cárcel como instrumento de control y dominación política, su proceso de crisis y deterioro y el costo que significa su mantenimiento actual. Igualmente una aproximación dialéctica e histórica a sus orígenes nos permite conocer que sólo en aquellos momentos en que la cárcel se convirtió en pequeño taller y luego en fábrica pudo autoabastecerse porque generaba sus propias rentas, aunque como conocemos históricamente la fábrica terminó liquidándola por la competencia en el mercado fabril, productos baratos y mano de obra de bajo costo que le significaba la cárcel-fábrica.

Parte de este discurso deslegitimador de la cárcel que produce y encuentra mecanismos de supervivencia es desempolvado cuando se presenta la oportunidad excepcional de convertirse en una unidad de producción. Examinemos el caso de las cárceles de China Comunista, a las que una investigación emprendida por INTERNATIONAL BUSINESS WEEK califica como « EL SUCIO SECRETO DE LAS EXPORTACIONES CHINAS », en que se acude a manipular el discurso de los derechos humanos, de los derechos de los trabajadores, del dumping, etc., y todo un conjunto de maniobras sucias con las que se pretende «denunciar» la supuesta perversidad del «gulag chino» y la explotación al preso con bajos sueldos, excesivos horarios de trabajo y condenas excesivamente largas.

Sinopsis de la experiencia carcelaria china

De acuerdo con la investigación que citamos²², hacía pocos meses una fábrica de zapatos en la provincia china de Guangdong

²² Cf. revista CASH 9 INTERNACIONAL, No. 4, julio 1991, Editada por Carvajal S.A., Cali, Colombia, pp.14-16.

solicitó con urgencia la presencia de un agente con sede en Hong Kong que vendía mercancía a varias compañías de calzado en Estados Unidos. La fábrica precisaba de mano de obra adicional para cumplir con un pedido de sandalias y para conseguir un subcontratista de inmediato, el norteamericano fué llevado a un complejo compuesto por cerca de 20 talleres en donde se fabricaban zapatos, linternas y artículos de ferretería, adentro vió a 150 hombres, todos con el cabello rasurado y portando pijamas de algodón azul con números en el pecho, percatándose que estaba en una prisión (sic).

Según dicha investigación la verdad es escalofriante porque los funcionarios de comercio de China están diseñando una política secreta con miras a utilizar mano de obra de sus campos carcelarios y prisiones para fabricar productos de exportación destinados específicamente a Estados Unidos, Alemania y Japón. Sin saberlo muchas compañías internacionales son socios de transacciones comerciales con campos de prisioneros, y más sorprendente resulta aún que algunos japoneses y taiwaneses están invirtiendo en la producción carcelaria con maquinaria y capital, atraídos por el bajo precio de los artículos allí fabricados.²³

Según la misma investigación la red de prisiones de China es vasta, pues cuenta con 10 millones de reclusos y sólo en la provincia de Guangdong hay por lo menos 133 cárceles. « La represión de Tiananmen contribuyó a inflar la población carcelaria. Los pri-

²³ Según la «valiente denuncia» de INTERNATIONAL BUSINESS WEEK en esa supuesta investigación de seis meses, sustentada en documentación confidencial del Departamento de Estado y en entrevistas con ejecutivos de empresas estadounidenses, intermediarios de Hong Kong y diplomáticos occidentales, se revelaba el alto grado de compromiso de los chinos con el comunismo de gulag como parte de su planeación económica. «Un documento del Departamento de Estado citaba declaraciones públicas oficiales chinas según las cuales las exportaciones de productos elaborados en prisiones ascendían a US\$ 100 millones anuales. No obstante, si se tiene en cuenta que el superávit comercial de China solamente con Estados Unidos es de US\$ 10.000 millones, es probable que la cifra real sea mucho mayor».

sioneros trabajan hasta 15 horas diarias y reciben una miseria -si es que reciben algo- fabricando todo tipo de artículos, desde punta para cordones de zapatos hasta tarjetas de circuito impreso para computadoras. Las utilidades devengadas como resultado del trabajo no remunerado de los reclusos llegan directamente a las arcas de las fábricas oficiales o a los bolsillos de los funcionarios de las prisiones»²⁴. Creo es poco lo que pueda agregarse a un argumento inventado como el comentado según el cual la cárcel-fábrica china es un moderno campo de concentración, ¡donde además de trabajar y producir se violan los derechos humanos!

La pena de muerte

Los niveles de violencia estructural pretenden ser contrarrestados con la violencia oficial o institucionalizada no sólo con propuestas de endurecimiento del sistema punitivo sino incluso con replanteamientos que llegan a reciclar el viejo discurso de la pena de muerte, la misma que cuenta con una disciplinada legión de simpatizantes.

Si la pena de muerte fuese la solución mágica al fenómeno de la criminalidad de contenido violento y al crimen organizado con la secuela dolorosa de asesinatos múltiples, violaciones, etc., habría que pensar también en la pena de mutilización, cortándoles no una sino ambas manos a los verdaderos depredadores de los

²⁴ La citada fuente periodística luego de sostener que se prefiere en las cárceles chinas la mano de obra que proviene de los disidentes políticos, de prostitutas encarceladas entre los 15 y 22 años de edad, dice: «Los bancos japoneses también prestan dinero para el desarrollo de las prisiones chinas. Según el informe de Asia Watch, una de las negociaciones se hizo con la Fábrica de Textiles Nueva Vida, una próspera empresa carcelaria de Jiangsu. Entre 1983 y 1988, Nueva Vida registró ganancias acumuladas de US\$ 28 millones en divisas extranjeras, con lo cual se le puede catalogar como una de las principales compañías textiles de provincia. En 1988, Nueva Vida y la sucursal china de American Boatong celebraron un contrato de US\$ 3.5 millones, con un préstamo japonés de US\$ 2 millones a interés bajo».

fondos públicos que pasean campantes su impunidad, para mal ejemplo de una audiencia social que ha perdido toda credibilidad en su sistema de justicia convertido - salvo excepciones honrosas- en una cantera de mediocridad y de compromisos políticos.

Con que criterio que no fuese el de notoria selectividad clasista, se aplicaría la pena de muerte en un país en el que la demagogia y la corrupción política han jurado votos de sumisión?

Crear en la pena de muerte en una sociedad que se alimenta del fraude y del engaño, en un medio como el nuestro en el que se publicita con gran audacia política el «bono de pobreza» y en el que sin pudicia, vergüenza ni rubor se saquean los fondos públicos y se predica una moralidad pública que no se practica, resulta excesivamente ingenuo. Los países que han acudido al modelo mortícola o patibulario no han conseguido ningún resultado positivo a no ser la eliminación física de algunos delincuentes. En el caso del medio Oriente el tráfico de drogas no ha disminuido no obstante las ejecuciones masivas con las que se pretende ejemplificar y sembrar el terror, y en países como EE.UU en una década (1980- 1990) la población carcelaria se ha duplicado aproximándose en la actualidad a los ochocientos mil internos.

La ausencia del efecto disuasivo de la pena de muerte puede cuantificarse con la tasa de ejecutados en los Estados Unidos del norte de América desde 1976 en que la Suprema Corte reimplantó la pena capital. El número de ejecutados llegó en agosto de 1993 a 218 y existen más esperando en el pabellón de la muerte. Uno de los mayores cuestionamientos deslegitimadores de este recurso apocalíptico en la lucha contra la criminalidad ha sido incluso el del criterio racista con que se la aplica, pues es más probable la ejecución de un delincuente negro antes que de uno blanco.

La probabilidad de un error judicial irreparable es un argumento invulnerable en contra de la pena de muerte pues cumplida ésta no hay posibilidad de volver las cosas a su estado anterior. Este argumento irrefutable, a lo largo de la historia de la humanidad ha tenido una dolorosa evidencia empírica.

Referirnos a la pena de muerte debe significar no otra cosa que recordar el ocaso de un mito, que en un medio como el nuestro se convertiría en un poderoso instrumento de control y domi-

nación. Pensar en la pena de muerte en el Ecuador resulta inoportuno, cuando no nos reponemos aun del severo traumatismo que ha significado para la administración de justicia ecuatoriana la episódica experiencia de un proceso de reforma constitucional degenerado, cuyo costo social apreciado con relativa inteligencia nos hace creer que la situación ha empeorado y que en el balance pueden ser mayores las pérdidas que las ganancias.

Esta fuera de toda duda y discusión que si se consulta a la sociedad civil su opinión en relación a la pena de muerte, el entorno de inseguridad, de violencia y de temor en que vive determinará una respuesta positiva, que es consecuencia de un estado de necesidad social frente al que se ha perdido toda posibilidad de una respuesta medianamente coherente y racional. Aunque no se pueda medir con exactitud el aumento de la criminalidad es innegable tal fenómeno y se vuelve funcional incluso para vender los productos que crea la comunicación que tienen un alto nivel de rentabilidad, como dice CHRISTIE , «el crimen es una parte sumamente importante de los productos que se venden a través de los medios de comunicación».²⁵

En esta especie de movimiento pendular de un mínimo a un máximo y viceversa se encuentra el doble discurso oficial o la política criminal no formalizada, aunque como anota LOLITA ANIYAR de CASTRO « muchas de las cosas que se alegan desde la criminología crítica están orientadas a la reconsideración del pensamiento clásico»²⁶ con una base epistemológica diferente, pues es característica ontológica del pensamiento criminológico crítico moderno, rasgar los velos del discurso oficial para destacar los antagonismos entre pensamiento y realidad.

Acaso puede discutirse la existencia de un **sistema penal aparente** y un **sistema penal subterráneo**? El sistema penal aparente responde a una estructura formal de Política Criminal que parte desde la propia Constitución Política y textos legales subal-

ternos y el sistema penal subterráneo ejerce con prioridad la política criminal no formalizada²⁷. Con el sistema penal subterráneo se legitima desde el abuso de poder hasta el autoritarismo pues aunque distanciado de las prescripciones normativas no puede negarse que es práctica oficial y repetida, la que llega a replantear la judicialización de la pena de muerte y la fractura de un discurso penal medianamente racional y humanitario.

La crisis de legitimidad que afecta al sistema penal aparente permite que so pretexto de la escalada de la criminalidad que es manipulada para multiplicar la ideología del terror, se llegue a respuestas oficiales violentas y a una desaplicación progresiva de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Por otra parte, de esta manera la política criminal no formalizada se convierte en un discurso que no pasa de ser legitimador y simbólico con el que se consigue crear el espejismo de un sistema ideal y protector de los ciudadanos.

Estamos en la línea de aquellos que propugnan el respeto a la legalidad como la mejor expresión del respeto a la libertad, pretendiendo una inmediata contención de la violencia punitiva estatal que está dirigida selectivamente a las clases subalternas o sumergidas. El respeto a la legalidad puede también ser interpretado como parte del conjunto de estrategias que buscan una disminución progresiva del radio de acción del derecho penal y su sustitución por mecanismos de control no estigmatizantes y reparadores.

Como lo expresa Lolita ANIYAR, en la obra de BECCARIA encontramos ya vestigios de un **derecho penal mínimo** pues se reconocía el carácter selectivo y privilegiante de la ley²⁸ que determinaba una composición clasista del poder judicial y la implantación de modelos culturales selectivos determinados por los intereses de los grupos en el poder. Hoy debemos reconocerle a los jueces la autoridad de interpretar las leyes llegando hasta a un uso racional «alternativo» del derecho, que no significa hacer otro

²⁵ Cf. Nils CHRISTIE, op. cit., p. 86.

²⁶ Cf. Lolita ANIYAR de CASTRO, Democracia y Justicia Penal, Ediciones del Congreso de la República, Venezuela, 1992, p. 224.

²⁷ Cf. Lolita ANIYAR de CASTRO, en op. cit., p. 226.

²⁸ Cf. Lolita ANIYAR en op. cit., p. 230-231.

derecho sino usar el mismo en forma alternativa buscando encontrar la exégesis al derecho justo con una acentuada protección de los intereses subalternos sobre la base de disposiciones legales superiores como las constitucionales.

En el documento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México citado *supra*, se ponen de manifiesto los logros a través de una sostenida lucha por su defensa, formulando un llamamiento para unir esfuerzos para combatir los males que aquejan a los espacios carcelarios, pues como dice la Comisión; «El empeño redundará, sin duda, en favor de la sociedad cuando la prisión, que fué pensada como pena no cruel ni degradante, no sea, en efecto, ni lo uno ni lo otro; cuando constituya efectivamente una sanción jurídica y no se asemeje tan de cerca a una venganza irracional y peligrosa».²⁹

Empero todo ese conjunto de estrategias que se pueden optar y afinar en el marco teórico-conceptual, el aumento de los niveles de violencia y del crimen organizado que no podemos negar en un sociedad sistemáticamente victimizada hace que aquellos esfuerzos toquen fondo en la obscuridad, produciendo lo que BINDER denomina «degradación de las garantías procesales» aumentando las penas y despreciando las garantías procesales, en aquellos momentos en que se advierten demandas de seguridad de la población que se sigue alimentando del efecto simbólico de la represividad penal.

«Esta visión equivocada de la necesidad de la reforma de la justicia se manifiesta en reformas parciales a los Códigos procesales, estableciendo presunciones de peligrosidad, limitando las posibilidades de excarcelación, estableciendo delitos inexcusables, limitando la defensa en juicio, dotando de mayores y más arbitrarias funciones a la policía, en fin, aparentemente pequeños retoques, pero que transforman el proceso penal en un poderoso instrumento de control social y de punición, en desmedro de su contenido garantizador».³⁰

²⁹ Cfr. *op. cit.*, p. 23.

³⁰ Alberto M. BINDER, *Estrategias para la reforma de la justicia penal*, en Capítulo Criminológico, 18-19, Maracaibo, 1992, pp. 151-152.

CHRISTIE formula lo que denomina **algunas condiciones para causar un bajo nivel del dolor**, organizando ese análisis en cinco categorías básicas : conocimiento, poder, vulnerabilidad, dependencia mútua y sistema de creencias.³¹

Aproximación a las contradicciones del control penal de las drogas.

Igual que con respecto a la cárcel, creemos que cuando se trata de la utilización del sistema y del control penal para enfentar el fenómeno de las drogas ilegales o prohibidas, sus problemas y contradicciones son a la postre mayores que las soluciones que con tal estrategia se pretende encontrar. Como nos explica el prof.

³¹ Cfr. Nils CHRISTIE, *op. cit.*, pp. 110-124. El conocimiento permitiría una mejor interacción entre los miembros de una sociedad, pues con una mejor información podría encontrarse una solución al conflicto que se aleje del dolor que significa el sistema penal. El poder no puede ser desconocido pues no es novedad admitir que «la gente con poder puede repartir dolor. El poder significa la capacidad de hacer que los demás hagan lo que uno desea que hagan, independientemente de sus deseos. El juez penal está por encima del acusado». Una forma de controlar el poder es hacer vulnerable a quienes lo ostentan. «La vulnerabilidad se puede establecer en varias formas; hay tres particularmente importantes: la vulnerabilidad por la igualdad de posición, por la igualdad de calidades, y por la proximidad física». Una sociedad en pequeña escala con mucha dependencia mútua y donde los participantes no pueden ser reemplazados, se presenta como una sociedad orgánica en su máximo nivel de funcionamiento «en las unidades grandes, las condiciones para la solidaridad son más limitadas, puesto que quienes desempeñan los papeles pueden ser cambiados con facilidad». El sistema de creencias permite que se pueda prescindir del dolor porque su imposición llega a ser admitida como una idea absurda, restringiendo así las posibilidades de usar los sufrimientos de otras personas como medios de mantener la ley y el orden. «Claro está que al abrirse a la importancia de las creencias también se está abierto a las creencias que demandan dolor. El Palacio de la Inquisición en Cartagena es un edificio muy hermoso, donde vivieron con dignidad y comodidad benévolos sacerdotes, con la cámara de torturas sólo un piso más abajo».

Alessandro BARATTA la política actual sobre la droga en nuestras sociedades, es decir la política de criminalización de ciertas drogas, constituye un sistema «autorreferencial», o sea, un sistema que se autorreproduce ideológica y materialmente.

Por «reproducción ideológica se entiende el proceso general a través del cual cada actor o grupo de actores integrados en el sistema encuentra confirmación de su propia imagen de la realidad en la actitud de los otros actores»³², este mecanismo puede ser representado por un círculo cerrado pues se trata de un proceso circular en que cada actor depende de los otros de modo que es difícil o improbable una modificación de su imagen de la realidad y de sus actitudes.

Por «reproducción material se entiende el proceso en base al cual la acción general del sistema, determinada por una imagen inicial de la realidad, modifica parcialmente la misma realidad haciéndola en una fase posterior, más parecida a la imagen de partida. Es decir se trata del proceso en virtud del cual el sistema produce una realidad conforme a la imagen de la cual surge y que la legitima»³³. En el caso del problema de la droga, dicha realidad estaría caracterizada por cuatro elementos:

- a) la relación necesaria entre consumo de droga y dependencia y la evolución necesaria desde la dependencia de las drogas blandas a las drogas duras;
- b) la pertenencia de los toxicómanos a una subcultura que no comparte el sentido de la realidad propio de la mayoría de los «normales»;
- c) el comportamiento asocial y delictivo de los drogodependientes, que los aísla de la vida productiva y los introduce en carreras criminales;
- d) el estado de enfermedad psicofísica de los drogodependientes y la irreversibilidad de la dependencia.

³² Alessandro BARATTA, Introducción a una sociología de la droga, en Revista Jurídica, 1993/7, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, p. 197.

³³ Cf. A. BARATTA, en op. cit, p. 197-198.

Aunque se nos presenta así la imagen de los consumidores de drogas ilegales, hay muchos consumidores que no son en verdad dependientes, que no forman parte de una subcultura «desviada», que no son asociales ni criminales, ni que tampoco están enfermos pues hay más muertes y enfermedades por el consumo incontrolable de alcohol y tabaco. Agregamos que clínica y socialmente la drogodependencia es hoy curable, estando en decadencia la demonización de su irreversibilidad.

Más se afirma hoy que la distancia entre la realidad y su imagen tiende a disminuir, habiendo más dependientes jóvenes que durante la fase «inicial»; más drogodependientes marginados en subculturas que contravienen normas penales y están integrados en trayectorias criminales; como dice el prof. BARATTA la dependencia de drogas ilegales hoy resulta menos curable de lo que lo sería si no hubiera intervenido la justicia penal en esta zona problemática de la sociedad representada por la drogodependencia».³⁴

En el sistema de la droga, la reacción social criminalizadora produce por sí misma la realidad que la legitima, por lo que se llega a expresar que la representación de la droga ha sido utilizada por parte de los «empresarios morales» en la construcción del problema social correspondiente, por lo que es en este sentido una profesión que se autorrealiza. Un sistema puede ser apreciado como estructura referencial de comportamientos y de significados, pudiendo ser por su extensión más o menos generales o más o menos específicos, y se puede considerar todo sistema a su vez como subsistema específico de un sistema más general.³⁵

³⁴ A. BARATTA, en op. cit.

³⁵ El prof. BARATTA nos ilustra explicándonos que el subsistema «política de la droga» puede ser estudiado en relación a diversos sistemas de referencia como la comunidad local, el Estado o un sistema aun más amplio. «El sistema de referencia más adecuado para una comprensión cabal del fenómeno parece ser la estructura política y económica supranacional de la sociedad tardocapitalista en que vivimos», op. cit. p. 200.

El grado de homogeneidad interna es decir de consenso entre los actores permite una subdivisión entre **sistema abierto** y **sistema cerrado**, en el primero predomina el disenso y la dinámica del cambio en la estructura de comportamientos y significados, en tanto que en el segundo una «mayoría» que maneja el poder se dirige a todos los grupos a excepción de alguno que llega a tener la calidad de disidente. Resultará entonces que el sistema de la droga será cerrado, del que escaparán los drogodependientes que por su categoría de «desviados» en relación a la representación de la realidad aceptada por la mayoría, refuerzan el sistema cerrado aumentando su capacidad de autorreproducción.

El circuito de la droga ilegal determina el ejercicio de un control formal y social del que la minoría desviada es el grupo sobre el que se ejerce el control. En un sistema cerrado como el examinado es decisivo el rol de los medios de comunicación sin que esto signifique que los medios de comunicación impongan a la «opinión pública» y a los otros actores del sistema una determinada imagen de la realidad. Pero en un sistema cerrado como es la política de la droga la homogeneidad de los mensajes emitidos por los medios de comunicación es tal que se constituye en un elemento determinante de su autorreproducción material e ideológica. En algunas legislaciones los cambios que se introducen en la normatividad carcelaria para propiciar un tratamiento alternativo de los dependientes responsables de conductas criminales o para transferir la intervención de la justicia penal desde la persecución del consumo a la del tráfico, desde la venta al por menor al gran comercio de drogas, no ha aparejado cambios significativos y el nivel de selectividad que se dirige a los drogodependientes es mayor.

Por **efectos primarios** de la droga debemos reconocer aquellos producidos por la naturaleza propia de las sustancias al margen de la penalización por su uso, así son efectos negativos que legitimarían una política de prevención, educación e información, los perjuicios para la salud del que consume y los riesgos de dependencia, que por lo demás se producen igualmente con el consumo excesivo o inmoderado de otras sustancias permitidas. Por **efectos secundarios** entendemos a los debidos a la criminalización, estos efectos secundarios son considerados más importantes y siempre

negativos y se traducirían en la expresión «costos sociales» de la prohibición y penalización de la droga.

Los costos sociales de la penalización de las drogas se clasifican en relación a los **consumidores**, su **ambiente social**, el **sistema de la justicia penal**, los **sistemas alternativos de control de la drogodependencia**, en particular el sistema terapéutico - asistencial y el sistema informativo educativo. Puede agregarse un quinto punto relacionado con los **efectos de la penalización sobre el mercado de la droga**.³⁶

En torno a los **consumidores** debemos recordar que la marginalización es una consecuencia de la ilegalidad de la droga, y que buena parte del aislamiento social es fruto de una estigmatización altamente deteriorante, buscándose la confirmación de su percepción de la realidad en la subcultura de los drogodependientes. La mayoría de las consecuencias más graves sobre la salud y el status social de los fármacos dependientes son consecuencia de las condiciones en que se consumen las drogas ilegales en un sistema prohibicionista, con un inexistente control de calidad, con condiciones antihigiénicas de consumo, y otras que se suman a los efectos primarios que tienen relación con el alto costo que genera la ilegalidad, cuyo uso favorece la inserción de los jóvenes en el circuito infernal de la droga para procurársela en el contexto criminal del tráfico prohibido.

No vamos a desconocer que también por efecto de la represión y la estigmatización los más sensibles son víctimas del síndrome de ansiedad por la abstinencia y con alteraciones de la personalidad, síndromes a los que se llega a valorar como efectos primarios de las drogas ilegales sin serlos realmente.

En cuanto al **ambiente social** que forma parte del circuito de la droga es influenciado negativamente por la estigmatización, pues los padres y personas cercanas también sufren por el riesgo de marginación, pero existen otros «mundos» subterráneos e invi-

³⁶ Para una amplia y fundamentada reflexión, cf. A. BARATTA, op. cit, p. 206 y ss.

sibles que son privilegiados, en los que sujetos que pertenecen a ciertos grupos sociales tienen las ventajas de estar menos expuestos al peligro de la represividad, cuando nó, de no estar expuestos a peligro alguno de represión.

Uno de los rubros más deteriorados por el circuito de la droga es el de la **justicia penal** que puede ser apreciado en un enfoque micro por el alto nivel de corrupción que produce el crimen organizado que compra policías, jueces, tribunales, magistrados, abogados, fiscales, medios de comunicación, la banca nacional que participa del lavado, el comercio ilegal de los precursores químicos, etc. En el enfoque macro debe admitirse la internacionalización del problema para encontrar mecanismos de control transnacional, que resultan incapaces de generar resultados realmente apreciables de represión penal internacional, pero que perfilan una sostenida política internacional intervencionista, básicamente del país del centro a los países periféricos.

Este discurso de la modernidad de las drogas ilegales marca una ruptura con principios liberales y garantistas que forman parte del discurso de los derechos humanos, llegándose a una no encubierta degeneración del sistema de justicia penal, en que la acción de la policía pretende encontrar su legitimidad en la ilegalidad, llegando a entronizarse una especie de derecho a la delación y a encontrar mecanismos de premialidad de dudosa y cuestionable moralidad como la infiltración de agentes provocadores que son ontológicamente coautores de delito.

Las actuales legislaciones en materia de drogas ilegales son un reflejo de la Convención de Viena de 1988 que tiene marcadas diferencias con las anteriores de 1961 y 1971, «mientras que los anteriores instrumentos internacionales justificaban básicamente su existencia en la necesidad de salvaguardar la salud de la humanidad, la última Convención modifica significativamente el énfasis sin abandonar las referencias a la salud, complementada con el término genérico de **bienestar** y con una especial preocupación por los efectos del tráfico y del consumo sobre la infancia, el acento se coloca en las repercusiones de tipo político, económico y cultural del tráfico ilícito. Se reconoce que la capacidad económica y organizativa desarrollada por lo narcotraficantes es tal que está

socavando las economías lícitas de muy diversos países, corrompiendo las estructuras administrativas, comerciales, financieras y de todo tipo de naciones enteras, y afectando ya de modo directo a la estabilidad y soberanía de los Estados». ³⁷

A propósito del «combate al flagelo de la droga»

«Se utilizan procedimientos delictivos que contradicen las normas mínimas de respeto al principio de inocencia, a la inviolabilidad del domicilio, de los bienes, de la honra, de la buena fama y reputación. Como en los tiempos de peor barbarie se llegan a producir casos de toma por asalto de bienes no vinculados al comercio ilícito de drogas y a depredarse tales bienes. No puede perderse de vista la funcionalidad política de la «lucha contra las drogas» que es un buen mecanismo para distraer la atención de otros graves problemas económicos y sociales, aunque estos operativos anti-drogas arrasasen cualquier principio de un Sistema Penal de respeto mínimo a las garantías ciudadanas. Una grave consecuencia de estos procedimientos arbitrarios es la fractura de cualquier parámetro de racionalidad que lleva a la institucionalización del abuso incluso con las medidas de aseguramiento personales y reales.

No se producen generalmente reclamaciones por las abusivas prácticas policiales, por lo que en este rubro llega a su más alta expresión la intervención sin límite alguno de las agencias policiales, de las agencias judiciales y del ministerio público.

Tan cierta es la inversión de principios garantistas y liberales propios del Estado de Derecho que el **principio de legalidad** es pervertido con prácticas aberrantes como la delación, el premio y la inmunidad para los criminales arrepentidos. El **principio de idoneidad** demanda que se demuestre lejos de cualquier duda razonable la utilidad de la penalización para controlar el problema de la droga ilegal; como sabemos la realidad contradice tal pretendida idoneidad. El **principio de subsidiariedad** nos lleva a

³⁷ Cfr. José Luis DIEZ RIPOLLES, en op. cit., p. 468.

demostrar previamente que la penalización no tiene otras alternativas posibles, y éste es olvidado y violado por la intervención del sistema punitivo, que además influye negativamente sobre los sistemas terapéutico- asistencial e informativo-educativo. El **principio de proporcionalidad** resulta torpemente violado porque en el caso del tráfico de drogas ilegales la gravedad del bien jurídico pretensamente vulnerado es discutible, y en el caso de la tenencia y consumo de drogas esta es penalizada sin respetar la *sindéresis* de legislaciones como la ecuatoriana que no sancionan penalmente las autolesiones ni la tentativa de suicidio. El **principio de racionalidad** que sugiere tener en cuenta las razones a favor y en contra de la penalización de acuerdo con la relación costo-beneficio, nos puede llevar con mediana coherencia lógica a admitir que los costos sociales que genera la prohibición son mayores que los publicitados beneficios de su penalización.

Que nos presentan los **sistemas alternativos de control** ? Cuando se trata de otros sistemas de control como el **sistema terapéutico- asistencial** y el **informativo- educativo** hay que tener cuidado con la distorsión de tales sistemas como cuando la terapia y la asistencia se integran con la justicia penal, pues es frecuente que los plazos para acogerse a las medidas alternativas sean sumamente largos aun en tratándose de fármacos dependientes. Otro aspecto negativo es la posibilidad de regresión al sistema institucional como una especie de castigo por la recaída en la práctica del consumo, tomándose la reincidencia y el abandono del tratamiento como barómetros de fracaso. Agregamos como aspecto igualmente negativo las funciones de control que la práctica y la legislación le otorgan al personal médico y especializado que se convierten en vigilantes extramuros, con una pérdida de la debida confianza.

No obstante hay que estar prevenidos de que las **medidas alternativas** no aborten en formas larvadas del control penal que inevitablemente produce la cárcel, pues esas medidas plantean viejos y nuevos problemas que como dice María Angélica JIMENEZ, «tocan no sólo el ámbito de la ejecución penal sino del Sistema Penal mismo, en tanto tales medidas se inscriben en el último eslabón del circuito penal y por ende reciben el efecto negativo de los procesos de criminalización que lo pre-

cede»³⁸. De lo que se trata es de apreciar en su justa dimensión los beneficios de las medidas alternativas que demandan paralelamente una reforma integral del sistema penal.

Como manifiesta Massimo PAVARINI en la práctica el equívoco reside en que lo que se pretende es sustituir la pena de cárcel con otra penalidad, «o sea, se busca algo 'diferente de la cárcel' pero siempre algo que sea sufrimiento legal; es decir que sea pena»³⁹. Así la propuesta reduccionista, vale decir de ultima ratio de la cárcel ha sido desnaturalizada porque se ha entendido como posible de alcanzar mediante una estrategia única de alternativa al sistema de justicia penal, pero esta propuesta de abstención mayor de la cárcel ha sido inconciliable con los fines electoreros y políticos que recurren de primera mano a una mayor utilización de la cárcel y del sistema de justicia penal.

Es de dudosa efectividad sustitutoria la institución de los «premios y castigos» en razón de la conducta observada «dentro de los muros» porque lo que se consigue es prolongar el control institucional «extramuros». Como dice con acierto PAVARINI, «reducir la aflicción -sea acortando el tiempo de pena-, sea convirtiendo éste o parte de éste en modalidades delictivas más ligeras puede abrir el camino a formas de 'sufrir' la pena de cárcel en espacio fuera de los muros».⁴⁰

³⁸ María Angélica JIMENEZ, Sistema penal y medidas alternativas, en Capítulo Criminológico, No. 20, Universidad del Zulia, Venezuela, 1992, p. 125.

Por su parte, Masimo PAVARINI refiriéndose al movimiento de reforma en Italia deslegitima la idoneidad de las medidas alternativas, pues aunque debieran provocar un empleo cada vez menor de la cárcel no es cierto que favorezcan un empleo más restringido de la misma; tal argumentación con la prueba de los hechos se muestra falaz. Cf. DELITO Y SOCIEDAD, Menos cárcel y más medidas alternativas, año 1, número 2, 2do. semestre 1992, Buenos Aires, p. 75.

³⁹ Cf. M. PAVARINI, en op. cit, p. 76.

⁴⁰ M. PAVARINI, en op. cit. pp,78-79, que agrega lapidariamente: «llamar a estas modalidades de tratamiento carcelario extramuros 'medidas alternativas a la pena privativa de libertad', es absolutamente falso; ellas serán siempre penas carcelarias aún cuando sean sufridas, en parte, fuera de aquellos muros».

La falta de una profunda reforma integral impide que las medidas alternativas sean verdaderamente una respuesta no institucional, vale decir sustitutivas de la pena privativa de libertad. La propuesta de cambio se orienta más que como una respuesta coyuntural e inmediata al hacinamiento carcelario; a la consecución de un cambio de política criminal, de manera que sea lo menos represiva que las circunstancias permitan pues una menor utilización del poder punitivo del Estado se convierte en un sólido argumento liberal y garantista.⁴¹

Las medidas alternativas para que sean tales deben desprenderse del cordón umbilical que las une con la cárcel, pues de seguir siendo solamente sustituciones condicionadas a la cárcel no hacen otra cosa que legitimarla y funcionan como mecanismos amplificatorios del control carcelario dado que serían tan solo un apéndice o prolongación de la cárcel y no su sustitución verdadera. Una política criminal reduccionista al máximo de la utilización de la cárcel nos conduce a una propuesta desprisionalizadora, despenalizadora y descriminalizadora, esto devendría en una ampliación de las medidas alternativas y sustitutivas, para que se detengan los índices de encarcelamiento con medidas no institucionales.⁴²

⁴¹ Ma. Angélica JIMENEZ considera que si bien es verdad hay un aumento de las medidas alternativas, hay también un aumento de la privación de encarcelamiento, y que «las alternativas a la cárcel, hasta ahora no han significado realmente una sustitución a la privación de libertad, pues no han sido aplicadas en lugar de cárcel, sino junto a la cárcel, lo cual significa producir un aumento sustancial en las formas de control social», en op. cit. pp. 129-130.

⁴² Para Ma. Angélica JIMENEZ, «sin embargo, para que estas medidas cumplan un rol verdaderamente sustitutivo a la cárcel, estas deben darse en un contexto garantista y de profundo respeto a los derechos humanos, en el cual se reorienten las bases sobre las cuales se realiza la selección, el control y el tratamiento en esta área, en la perspectiva que el receptor de las medidas sea considerado como un sujeto pleno de derechos», en op. cit, pp. 132-133.

Hay suficiente evidencia empírica de que aunque se acceda a un proceso de medidas alternativas o sustitutorias que al menos involucren una concepción política humanitaria menos violenta, el criterio de selectividad para gozar de vías alternativas reproduce y amplifica el criterio de selectividad del clientelismo penitenciario, y que la ruptura también se produce cuando sobreviene lo que PAVARINI ha denominado «la cultura de la emergencia», esto es la presencia de categorías definidas como actos de terrorismo, de crimen organizado por grupos mafiosos y de tóxico dependencia.⁴³

En relación con el **sistema informativo-educativo** con incursiones en el campo escolar o a través de los medios de comunicación hay que reconocer que se llega fácilmente a sobredimensionar el estereotipo del traficante y del consumidor y a una satanización de las drogas ilegales, confundiendo drogas blandas con duras, se llega a publicitar la teoría de la escalada, y hasta se inducen patrones de consumo por el mensaje subliminal que una inadecuada intervención pedagógica produce con inexactitudes científicas y crasos errores psicológicos.

Droga y mercado

Este es uno de los aspectos menos discutidos por quienes asumen la condición de expertos para tratar de encontrar respuestas menos violentas al circuito de la droga ilegal, pero no se puede seguir ignorando la funcionalidad de la penalización que ha llegado a producir una economía subterránea o paralela que alimenta el crimen organizado que tiene un poder de corrupción de tal magnitud que hoy se habla de narcoeconomía, narcodesestabilización y hasta de narcodemocracia. La penetración del crimen orga-

⁴³ Para M. PAVARINI, «esta 'cultura de la emergencia', que se construye y legitima como respuesta a un malestar social difuso, de hecho a llevado a orientar la acción política en un sentido inverso a una disminución del umbral represivo. En una situación así determinada, el espacio de realización de políticas limitadoras de la cárcel está objetivamente restringido», op. cit, p. 85.

nizado que genera la droga ilegal se ha convertido en parte de la economía de mercado y de la historia del mundo moderno al punto que el efecto del ilegalismo, sea por su rentabilidad la principal barrera de contención de cualquier propuesta antiprohibicionista, ignorándose que el crimen organizado incorpora como eslabones en la cadena de explotación a los dependientes y a los pequeños sembradores, productores y distribuidores.

En nuestro país la discusión en torno a una propuesta legalizadora de las drogas, hasta hoy prohibidas, fué ya insertada por el Presidente León Febres-Cordero (1984-1988), habiéndose retomado la discusión de tal propuesta por destacadas personalidades del foro y de las ciencias médicas que lejos de asumir una falsa postura que por ser tal es hipócrita, han optado por admitir la necesidad de una propuesta antiprohibicionista. Se reconoce en la relación costo - beneficio que la prohibición de la comercialización termina por encarecer el precio de la droga, que el éxito de la policía en la confiscación de la droga aumenta su precio, que los más interesados en que se mantenga como ilícito tal producto son los mismos **perseguidos** que asumen el riesgo de una «profesión» que por ser peligrosa es altamente rentable.⁴⁴

En otro comentario se dice que cualquiera que fuese la causa de la dependencia, mientras que la producción y la comercialización ilícitas de las drogas sean altamente rentables para el crimen organizado, no habrá sistemas eficientes de control, ni políticas de

⁴⁴ Cf. Jaime DAMERVAL MARTINEZ, en artículo «Prohibición que alienta y enriquece el crimen», publicado en diario El Universo, domingo 19 de septiembre de 1993, página editorial, quien concluye expresando, «La estrategia frente a la droga debe cambiar: lo que interesa a la humanidad es que mediante la educación no aumente el número de consumidores; que mediante el tratamiento se rehabilite el mayor número de enfermos; y que los incurables tengan acceso fácil, aunque medido, a la droga, para evitar su violencia que es la semilla del crimen». Antonio BERINSTAIN nos previene en esta materia pues «Los argumentos históricos en favor o en contra de la legalización de la droga necesitan una difícil lectura o relectura llevada a cabo por especialistas», en op. cit., p. 234.

represión aplicables para frenar el consumo de drogas en el mundo, mientras no se levanten las prohibiciones correspondientes. Se recuerda con acierto el costo social y político que ocasionó la prohibición del consumo de alcohol en los EE.UU y los peligros para la salud física de los consumidores por los productos adulterados, así como la corrupción institucionalizada que produjo. Se termina por admitir un conjunto de argumentos basados en principios filosóficos, científicos, políticos e históricos en pro de la legalización.⁴⁵

El importante que se reconozca el derecho individual de cualquier ciudadano adulto a su libre determinación y arbitrio, que se diga que es el abuso con las drogas y no su uso el que produce daño, que políticamente el crimen organizado asociado al tráfico de drogas produce violencia y corrupción, y que históricamente es demostrable que la legalización y control del consumo de alcohol disminuyó el alcoholismo. Al comentar «La práctica de la persecución penal del consumo y tráfico de drogas» en el caso de Argentina, Eugenio Raúl ZAFFARONI nos dice que el problema no era muy manifiesto ni grave hasta la irrupción de la violencia política en su país en la década de 1970 en que organizaciones violentas retornaron a sus prácticas anteriores, y la represión violenta cobró evidentes características de ilegalidad (sic).⁴⁶

⁴⁵ Cf. Michel DOUMET, en artículo, «Legalización o no de las drogas», publicado en diario EL TELEGRAFO, jueves 23 de septiembre de 1993, en página editorial. Se reproducen las argumentaciones de Ethan NADELMANN que plantea la legalización de la cocaína para acabar con la violencia, la corrupción y el descontrol que ocasiona el tráfico ilegal. Expresando el articulista DOUMET, «Con los argumentos que se esgrimen en los foros internacionales los países industrializados activos consumidores y los países subdesarrollados activos productores deben revisar seriamente las nuevas políticas a aplicarse con el objeto de contrarrestar el aparente descontrol del consumo de las drogas».

⁴⁶ Cf. Eugenio Raúl ZAFFARONI, en Política criminal, en materia de drogas en Argentina, publicado en Nuevo Foro Penal, No. 54, Temis 1991, p. 456, agregando que «En este contexto fué confundiendo todo: como suele suceder en estas ideologías confusas, libertad sexual,

La funcionalidad que presta al sistema de producción-explotación y a la economía subterránea de la droga ilegal su penalización, nos hace pensar que existe una manipulación del productor y del consumidor que se convierten en instrumentos de un proceso de explotación y de reproducción del sistema económico, en este sistema productivo el centro y sujeto no es en verdad el hombre sino el «sistema» mismo que se autorreproduce a su costa.

En esta inversión con una preeminencia del sistema y no del hombre habría que reflexionar con un mínimo de honestidad en la funcionalidad y «ganancia» que genera para el sistema la prohibición y su consiguiente penalización y las consecuencias reales para la oferta y la demanda. Podríamos intentar un paralelismo con el éxito o fracaso de la cárcel.

Con un criterio científico correcto debemos reconocer las funciones no sólo declaradas de las instituciones sino también las latentes, pues las declaradas como control de la criminalidad y control del consumo de drogas penalizadas no se cumplen, pero que ocurre con las funciones latentes? Si pretendemos una reconstrucción de las funciones reales es posible que debamos admitir que la política de la penalización de las drogas tiene una doble función, la función política incluso internacional y una función económica (de narcopolítica y narcoeconomía) cuyos beneficiarios no están dispuestos a renunciar.

No nos olvidemos de la interrelación en el sistema económico mundial entre la circulación legal e ilegal de capitales. Ya en otros momentos nos hemos referido a los paraísos fiscales y a los beneficiarios porcentualmente mayores del «enfriamiento del dinero caliente». Tampoco podemos pasar por alto el intervencionismo político-militar a pretexto de la penalización de la droga. Entonces

libre expresión corporal, indumentarias no convencionales, subversión, guerrilla y uso de 'droga' constituían el mismo fenómeno o bien, eran todos expresión de un general síntoma de 'disolución social', de 'crisis moral' o de agresión al 'ser nacional' (entendido en sentido nazista)».

resultará más razonable y lógico admitir el éxito de la penalización de las drogas hasta hoy prohibidas antes que su fracaso.

En opinión del prof. BARATTA hay una criminología que está dentro y otra que está fuera del sistema cerrado de la política de la droga y que así mismo hay dos «racionalidades» de las que se derivan dos modelos de «política racional» de la droga, según se ponga al hombre como centro de referencia de los valores y de los fines del sistema político y económico, o por el contrario, se lo subordine al sistema. El centro de una política alternativa de control de las drogo-dependencias no debe ser el sistema sino el hombre que debe dejar de ser objeto de represión, con una oferta de asistencia y de cura, y con una política de prevención de la demanda de drogas de alto riesgo entre las que deben ser consideradas las legales o permitidas. La propuesta estaría entonces en desarrollar las condiciones adecuadas para llegar a la liberación frente a la necesidad del consumo de drogas.⁴⁷

Fernando SABATER responde de una en una las que el llama «objeciones que desde el Estado Clínico se efectúan contra la despenalización», las que se pueden resumir: primera, la droga mata; segunda, permitir lo inmoral es una inmoralidad, aunque pueda resultar a veces pragmático; tercera, la despenalización

⁴⁷ A efectos de que se interprete correctamente la racional propuesta del prof. BARATTA, coincidimos en que: «En primer lugar, si la demanda de 'droga' surge hoy en gran parte de la necesidad de evadirse de las angustias producidas por la realidad, liberarse de esta necesidad significa sobre todo construir el proyecto de una realidad, es decir de una sociedad más justa y humana que no produzca la necesidad de escapar de ella sino la de vivirla. En segundo lugar, en la medida en que la demanda de determinadas drogas, hoy legales o prohibidas, responde a necesidades de estimulación intelectual afectiva, de comunicación, de desahogo y de placer fisiológicamente radicadas en las diferentes tradiciones culturales, 'liberación de esas necesidades' significa tanto en relación con las drogas como con cualquier otra mercancía, rescatar en la medida de lo posible su valor de uso de la violencia de la lógica capitalista del valor». Op. cit, p. 219.

aumentaría el número de drogadictos en lugar de disminuirla; cuarta, los grandes traficantes seguirían haciendo negocio por medio de las multinacionales farmacéuticas; quinta, aunque los drogadictos no son delincuentes al menos son enfermos de los que hay que ocuparse y la despenalización no resuelve que es lo que debemos hacer con ellos. Al responder a la **primera** dice que la mayoría de las sustancias pueden causar la muerte y que el problema es de dosis⁴⁸. A la **segunda** nos plantea una concepción de real y no de falsa moralidad, pues es preferible respetar el derecho a la determinación de los usuarios voluntarios, antes que el daño que ahora padecen que proviene de alimañas que se aprovechan de la prohibición para lucrarse.⁴⁹

A la **tercera**, expresamos que admitimos que en un primer momento es probable que personas que no habían probado drogas lo hagan, en parte por la propaganda de la satanización que ha convertido al fruto prohibido en algo deseable, pero « sin la excitación morbosa y autodestructiva de la clandestinidad, el empleo de tal o cual sustancia se reducirá a sus prestaciones placenteras,

⁴⁸ Cf. Fernando SABATER, El estado clínico. En No hay Derecho, año III, número 8, diciembre 1992, Buenos Aires, p. 33, para quien, «En el caso de la droga lo que mata sin lugar a dudas es la mitología prohibicionista, que impide conocer la dosis que se toma, el estado de pureza o mezcla del producto, que favorece los cortes con sustancias venenosas inesperadas, que obliga a conseguirla por medios delictivos o recurriendo a delincuentes...». Citando las afirmaciones de expertos que dicen que la cocaína utilizada con conocimiento y garantías de pureza, no tiene efectos más dañinos que otras prácticas habituales recomendadas.

⁴⁹ Cf. Fernando SABATER, op. cit, p. 34. Que dice, «quienes se preocupan por la 'inmoralidad' deberían ante todo considerar la que entraña el medio de inducción al delito para atrapar a pequeños traficantes y consumidores practicado por la policía de tantos países o la destrucción de plantaciones en países extranjeros por quienes no permitirían esa injerencia en sus viñedos californianos, por mencionar un ejemplo. Por no hablar de los atentados a la intimidad y dignidad personal de los registros anales o vaginales...».

contrapresadas por sus riesgos de deterioro fisiológico»⁵⁰. A la **cuarta** dice el mismo autor SABATER que las mutinacionales

farmacéuticas no son peores que las que fabrican electrodomésticos y quizás son mejores que las que producen armas. Así como se afirma que la despenalización no es la solución de todos los problemas que hoy nos afligen, lo mismo que la droga no es en modo alguno el mayor de ellos. «De un modo u otro, siguiendo una u otra graduación, la droga acabará por despenalizarse. Es cosa que ya nadie medianamente informado pone seriamente en duda».⁵¹

A la **quinta** expresa que el uso de las drogas no tiene porque ser considerado una enfermedad, si quien las emplea no tiene el más mínimo interés en dejar de tomarlas.» Hay un uso represivo de la noción 'enfermedad' que la convierte en algo puramente objetivo, que se establece desde fuera y sin que la opinión del interesado cuente para nada».⁵²

Resulta interesante conocer en forma compendiada la posición de algunos autores del primer mundo o del centro como es el caso de Doug BANDOW que se muestra en pro de la legalización y de Elliott CURRIE que mantiene una línea prohibicionista⁵³. BANDOW sostiene que la guerra contra las drogas continúa y que es oportuno reevaluar la guerra y discutir la orientación de sus políticas en el futuro pues una propuesta legalizadora se ha incorpo-

⁵⁰ Cf. Fernando SABATER, op. cit, p. 34, que agrega, «Los drogadictos, por llamarlos así, serán más o menos, pero no tendrán que prostituirse ni robar para conseguir sus dosis, podrán regularlas a su conveniencia, tendrán un control social sobre la calidad de lo que compran y no deberán pagar precios abusivos por ello».

⁵¹ Cf. Fernando SABATER, op. cit, p. 34.

⁵² Cf. Fernando SABATER, op. cit, p. 35. Que expresa a continuación «quien tenga ganas de suicidarse, es problema suyo; si comete algún delito contra los demás, que sea castigado, pero en otro caso que le dejen vivir en paz pues nadie puede cometer un delito contra si mismo en un estado libre».

⁵³ Cfr. diario EL UNIVERSO de Guayaquil, 3 de enero de 1993, p. 6.

rado al debate público en los últimos años, abogando por su legalización personajes conservadores como el economista Milton Friedman, el escritor William F. Buckley Jr. y funcionarios públicos como el alcalde de Baltimore, Kurt Schmoke, el ex secretario de Estado George Shultz y el juez federal Robert Sweet.

Al tratar de responder a la interrogante de lo que significaría en realidad la legalización, BANDOW dice que algunos defensores del statu quo han visto que es más fácil criticar la ausencia de un proyecto para la legalización, que defender la prohibición de las drogas, «como si la falta de un consenso preciso entre los partidarios de la legalización justificara los excesos de la guerra contra esos fármacos».

Agregando que las sanciones penales contra el uso de las drogas son una mala política, por cinco razones, cuando menos:

- Las sanciones contra el uso de drogas limitan de modo indebido la libertad de los adultos para usar sustancias no más peligrosas que otras actualmente disponibles en forma legal, enviándose a la cárcel a gente por actos que, a diferencia de la mayoría de los delitos no dañan a otros en forma directa.

- Al impartir carácter penal al uso de drogas no se logra reducir éste de modo apreciable. Un alto porcentaje de la población ha experimentado con esas sustancias (un tercio de los mayores de 12 años han consumido marihuana, por ejemplo).

Además la mayoría de las personas tendrían acceso a las drogas si así lo desearan.

- Las sanciones aumentan el peligro del uso de drogas, pues obligan a los usuarios a recurrir al mercado ilícito.

- Al conferir carácter criminal a las drogas, se atrae a los niños al uso y la venta de éstas, pues se crea una clandestinidad criminal que les brinda a los menores oportunidades económicas imposibles de encontrar en otra parte.

- La prohibición de las drogas ocasiona la mayor parte de los asesinatos y los delitos contra la propiedad en las grandes áreas urbanas, pues crea un mercado negro cuya principal característica son los proveedores que se combaten entre sí, y cobran precios

inflados a los usuarios, quienes a su vez tienen que robar para pagar su hábito. La prohibición de las drogas fomenta también el crimen en el exterior, pues financia a empresarios violentos e incluso a insurgencias terroristas, que amenazan a los frágiles gobiernos civiles de los países pobres.

Siguiendo las propuestas de BANDOW, éste reconoce que no vamos a llegar al paraíso, pero permitiría reducir los gastos del sistema de justicia penal, pondría fin al continuo incremento de arrestos y detenciones, abatiría el número de muertes por el uso de drogas, debilitaría la tentación que estas causan en los niños y reduciría la tasa de criminalidad. Es probable que el consumo tenga algún tolerable incremento; aumento que provendría de los experimentadores casuales, sin que esto signifique un problema grave porque no habría ni sanciones penales ni un mercado ilegal. Un mercado legal demandaría como estrategias, seis opciones principales:

- Legalizar las drogas menos peligrosas.
- Suprimir el carácter criminal del uso de drogas, en lugar de legalizarlo por completo.
- Exigir la receta de un médico.
- Vender las drogas en tiendas del gobierno, como se vende el alcohol en algunos estados.
- Permitir la venta de drogas en establecimientos privados, pero con ciertas restricciones, como la prohibición de su venta a menores y por medio de máquinas vendedoras.
- Permitir la venta sin restricción alguna.

Algunas de las opciones de BANDOW llevan a la legalización de la marihuana, invocando su poca nocividad y el costo actual de alrededor de un millón de detenidos anualmente en EE.UU, que se reduciría a la mitad, con lo cual se podría combatir las drogas más nocivas. Mas agrega que el problema subsistiría, porque « si la heroína no deja de considerarse ilegal, los delitos contra la propiedad seguirán siendo frecuentes, los adictos no dejarán de robar para pagar su hábito. Si el crack sigue siendo ilegal, continuará la violencia entre los traficantes que luchan por los distintos territo-

rios... Con una política de prohibición parcial se mantendría también la práctica, moralmente dudosa, de encarcelar a gente que no daña a otros en forma directa. Así lo que es ante todo un problema social y de salud seguiría siendo un fenómeno clandestino, a causa del estigma por el cual algunas personas no se atreven a pedir ayuda».

Otra opción sería la de reemplazar la cárcel por la sanción de multa para el usuario, manteniéndose en vigor las sanciones penales para los vendedores, con lo que se dejan intactos los problemas de hoy en materia de corrupción, crimen y violencia. «Además al considerar el uso de drogas como un acto ilícito, aunque no criminal, la despenalización seguiría desalentando la investigación y el intercambio de información sobre el tema, impidiendo así el control de la calidad de los fármacos o la normalización de las dosis para su empleo, y los jóvenes seguirían siendo vulnerables a la tentación del comercio de esas sustancias».

Sobre la opción del control médico esto ocasionaría severos problemas por las restricciones para quien no estuviese oficialmente registrado lo cual aumentaría el mercado negro, y hasta muchos usuarios tratarían de eludir lo que consideran un control estigmatizante, como aconteció en Gran Bretaña.

La venta bajo control oficial se convertiría en un monopolio del Estado que eliminaría la competencia actual del crimen organizado por mantener el control y el poder. Claro está que esta opción de venta bajo orientación oficial permitiría que se controlara la calidad y cantidad del producto. Aquí sigue latente el riesgo de aumentar la demanda que podría ser combatido con un aumento del precio, gravando impuestos y limitando los efectos nocivos de la publicidad.

«La última opción, y la más drástica, sería revocar en su totalidad las leyes sobre drogas, para permitir la venta sin restricción alguna. Salvo la responsabilidad en caso de vender productos adulterados, se podría prescindir de todas las demás restricciones contra las drogas que hoy son ilícitas. A la gente que las consumiera se le haría legalmente responsable de sus actos, como ocurre hoy con los conductores ebrios. Con este sistema se evitarían los costos

y la ineficiencia del control gubernamental y no se alentaría la existencia del mercado negro. Por último, se elevaría al máximo la libertad individual, una consideración importante que se suele pasar por alto en los debates sobre la política en materia de droga».

Si se gravara la venta de drogas los estados tendrían recursos para financiar campañas de educación y prevención, patrocinar programas de atención para la salud de los drogodependientes y suministrar servicios sociales a los familiares de los usuarios dañinos, y se controlaría estrictamente el uso de drogas por mujeres embarazadas.

BANDOW culmina exhortando a la familia, a la iglesia y a la comunidad en un trabajo que es tarea de todos y no de unos pocos, porque incluso los usuarios de drogas ilícitas responden a la presión social. En fin, agrega, «es importante edificar una ética social que desaliente la conducta irresponsable, cualquiera que sea la droga en cuestión. Por sí misma, la legalización no puede fomentar el control del individuo sobre sus propios impulsos destructivos. Para eso se requiere el es fuerza concentrado de toda una gama de instituciones sociales».

En la orilla opuesta se ubica Elliott CURRIE otro investigador norteamericano que centra sus discrepancias con BANDOW, empezando por afirmar que el problema crucial de la defensa de la legalización «es que quienes la proponen les resten importancia a los posibles costos y exageran los beneficios potenciales de acabar con la penalización del tráfico de drogas mayores en los Estados Unidos. Lo que más nos preocupa de la legalización de la venta de drogas mayores es que facilitaría el acceso de las mismas, y por ende su consumo, lo cual exacerbaría los costos sociales del abuso endémico de esas sustancias, que a menudo son devastadores, sobre todo entre los más vulnerables y los menos favorecidos».

CURRIE califica de ingenua la opinión de que los costos de la crisis son fruto de la proscripción de las drogas y no del uso de las mismas, a menos que se pase por alto la masiva y creciente evidencia acerca de los efectos adversos del abuso endémico de estos tóxicos en las comunidades más afectadas. «Los efectos abar-

can desde muertes y muchos problemas de salud (incluso un riesgo mayor de daño fetales y de contraer el SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual), hasta la desintegración de la familia, el abandono de los hijos y la pérdida del empleo, el hogar y la posibilidad de ganarse la vida». En su opinión el aumento del consumo eleva los costos sociales y de salud pública como acontece con el alcohol, y no encuentra razones para que tal fenómeno no se repita con las drogas llamadas mayores como el crack y las meta anfetaminas.

La propuesta de un impuesto bastante oneroso daría paso a un mercado paralelo (mercado negro) de drogas más baratas con lo cual el problema subsistiría en los niveles de salud y de control, en tanto que si el impuesto fuese bajo esto ayudaría poco a desalentar su consumo sobre todo en caso de productos como el crack que tienden a crear ansiedad por consumirlos una y otra vez, a pesar de su costo en términos de dinero, salud, dignidad y aun de la propia vida.

En cuanto a los niños CURRIE piensa que estarían más propensos a la drogodependencia pues con respecto a los licores aunque no puedan comprarlos en las máquinas, el número de niños que consumen alcohol sigue aumentando porque hay un comercio clandestino, y podría ocurrir lo que ya ocurre con el crack, de que los dependientes adultos pueden comprar droga para los menores a cambio de alguna pequeña dosis para su propio consumo. En cuanto a la situación de las mujeres embarazadas manifiesta que si bien es verdad que se podría prohibir la venta a las embarazadas, tal venta no se va a prohibir a los esposos, amigos, amantes y parientes de las interesadas por lo que terminaríamos en un círculo vicioso.

«Se ha dicho - señala - que podríamos encarcelar a esas mujeres por el cargo de maltrato al niño. Sin embargo, la idea de aumentar a ciencia y paciencia la disponibilidad de las drogas para las mujeres en quienes estas implican un alto riesgo, y luego encarcelar a las que incurran en el uso de las mismas, sería una execrable política pública y una medida perturbadora de la moral. La amenaza de ir a la cárcel sería suficiente para mantener en un nivel bajo el uso de la drogas por esas mujeres? Esa idea es inte-

resante, pues implica que las sanciones penales pueden reducir, en efecto, el abuso de las drogas. En ese caso, todo el argumento en contra de la penalización se debilita en forma considerable».

En otros segmentos de su análisis, CURRIE, sostiene que se exagera la aportación **independiente** que hace la penalización a los fenómenos destructivos propios de la crisis de las drogas, sobre todo en el aspecto delictivo y la «absorción» de la gente joven en el comercio ilícito de esas sustancias; que no es verdad que los delitos cometidos por quienes abusan de las drogas se deben sobre todo o únicamente a su necesidad de comprarlas a los precios inflados del mercado negro, porque muchas personas se volvieron delincuentes antes de ser drogodependientes y que las altas tasas de criminalidad y habitualidad a las drogas tienen raíces sociales y culturales muy hondas, que no van a desaparecer por el simple hecho de ofrecer drogas más baratas a los toxicómanos. «Este argumento tiende a confundir los efectos de la penalización de las drogas con los de la privación social (o, para ser más exactos, la relación recíproca de esa penalización con la privación y la exclusión de tipo social). A causa de esto, se exagera el grado en que dicha penalización contribuye a la crisis de las drogas y, por lo tanto, se infla el efecto benéfico de la legalización».

CURRIE toma el modelo de sociedad sueca y holandesa para establecer un análisis comparativo con la sociedad estadounidense, admitiendo que no tienen el problema de pandillerismo, de delitos de contenido violento como robos y asesinatos y aunque en Suecia subsiste la penalización y un mercado de drogas ilícitas no está atestado de jóvenes atraídos por las excesivas ganancias resultantes de la penalización. «El ejemplo de Suecia no nos enseña que la penalización esté exenta de costos, sino que la magnitud de éstos - como los de la legalización - depende del contexto social. Suecia no tiene un gran número de mozalbetes pobres que se maten unos a otros en el mercado de las drogas ilegales porque no abundan los muchachos pobres. Así, por causas similares, la demanda de drogas mayores no es suficiente para sostener a un número elevado de traficantes».

Para el mismo CURRIE la estrategia más prometidora se podría basar en el modelo holandés, en el que se combate el tráfico

de drogas mayores y se ha despenalizado de facto el consumo de marihuana. Esa estrategia de «solidaridad» implica la reducción de la demanda de las drogas mayores mediante amplias políticas sociales, que den lugar a una plena participación social y económica, con atención especial a reducir la privación, la alienación y la exclusión de los jóvenes. Se harían todos los esfuerzos posibles por ayudarles a vencer su dependencia por medio de un mejor trato y, lo más importante, dándoles ayuda en los demás problemas de su vida, haciéndolos responsables de aprender a dirigir sus propias vidas.

«Una política solidaria en materia de drogas trataría de reducir al mínimo el daño social y personal ocasionado por el abuso de drogas mayores, a causa del intercambio de agujas, le brindaría a la población de alto riesgo un servicio de salud más eficaz y accesible, y ofrecería otras estrategias para la `reducción del daño`. Así mismo se recurriría mucho menos a las sanciones penales para los usuarios de esas drogas, pero sin cejar en la lucha contra los traficantes. No se legalizaría la venta de drogas mayores con el pretexto de que los costos en términos de bienestar social, salud pública y solidaridad de la sociedad, son inaceptables en el aspecto moral y también en la práctica».

Como no podría ser de otra manera en esta especie de «debate sin debate», CURRIE se olvida de los países periféricos y del costo humano, político y social que para la región significa la prohibición de cierto tipo de drogas, por lo que no plantea ninguna «salida humanitaria» al problema, insistiendo en recuperar el terreno perdido y el «estado de bienestar» para la sociedad del primer mundo en que vive.

Eugenio Raúl ZAFFARONI, analizando la experiencia Argentina nos dice que concluida la dictadura, el manejo político de la 'droga' dejó de vincularse a la ideología de la 'seguridad nacional', para incorporarse a la política de la 'seguridad ciudadana', con triple efecto: a) Suscitar un alto grado de curiosidad en los adolescentes, pues la 'droga' se presenta como algo milagroso que produce placer (sexual) y que está prohibido, lo que permite que se identifique la prohibición de la 'droga' con la prohibición del placer. b) Genera un alto grado de paranoia en los padres, pues se

asocia la 'droga' a la idea de la muerte, del misterio, de lo desconocido y fatal, del delito y de la estigmatización, con un entorno de psicosis de alto costo familiar. c) Centra la atención en las 'drogas ilegales o prohibidas' dejando a un lado el problema de otras sustancias tóxicas, de los psicofármacos y de los inhalables⁵⁴.

Esa política penal de la represidad que caracteriza la mayoría de las leyes antidrogas por lo menos en el contexto latinoamericano no ha conseguido la meta propuesta que ha sido la de erradicar o al menos disminuir cierta y notoriamente el tráfico y consumo de las drogas ilegales, y se ha producido un efecto contrario pues el consumo de drogas ilegales es hoy mayor y el tráfico ilícito ha reclutado masivamente sirvientes, en todos los niveles, desde cultivadores, procesadores, empresarios, vendedores, banqueros, policías, jueces, fiscales, medios de comunicación y hasta gobiernos.

Francisco MUÑOZ CONDE y Bella AUNION ACOSTA afirman y con toda razón, que «la ilegalidad ha tenido además un efecto colateral impresionante, a mayor grado de represión, mayor es el precio de la droga y mayores son los márgenes comerciales y las ganancias que genera. La ilegalidad ha convertido el tráfico de drogas en el mayor de los negocios existentes, mayor que el tráfico de armas o el contrabando, el más rentable de los negocios, sean legales o ilegales. Esto ha originado la aparición de los grandes traficantes que, con un poderío económico sin igual, corrompen las instituciones más sólidas del Estado y evaden fácilmente la persecución penal».⁵⁵

Un punto sin final

Una política alternativa del control de las drogodependencias forma parte ya del discurso diario pero una propuesta despenalizadora del consumo y de la posesión para el consumo de drogas

⁵⁴ Eugenio Raúl ZAFFARONI, en op. cit., p. 462.

⁵⁵ Cf. Francisco MUÑOZ CONDE y Bella AUNION ACOSTA, en op. cit., p. 510.

aun prohibidas se enfrenta con la conveniencia de una despenalización en el ámbito de la producción y del tráfico, y un control alternativo al penal. La impopularidad de tal propuesta en parte se debe como dice el prof. BARATTA a la confusión entre despenalización con desregulación, como si por el simple hecho de no utilizar o utilizar menos el instrumento penal para el control, la producción, el tráfico y el suministro de drogas debieran quedar sin ningún control tanto por el Estado como por la comunidad⁵⁶. La despenalización significa realmente eliminar en gran medida la intervención de un sistema de control ineficiente, negativo y generador de la corrupción y del crimen organizado.⁵⁷

Sería un grave error suponer que desaparecería la prohibición de suministrar drogas a menores o a personas disminuidas mentalmente o afectadas por severos trastornos de personalidad psíquicos y psicofísicos, o de la publicidad de todas las drogas peligrosas, pues de lo que se trata es de focalizar algunos frentes de lucha y encontrar mecanismos alternativos frente al factor criminógeno en que se ha convertido la droga por su costo para adquirirla y por los problemas de salud que de ninguna manera han mejorado⁵⁸. Esto conllevaría no sólo un mejoramiento de la cali-

⁵⁶ A. BARATTA, insiste en que se dé mayor espacio a la intervención de sistemas más adecuados como el informativo-educativo y el terapéutico-asistencial, y que normas administrativas de control apoyadas por sanciones adecuadas y racionales serían de todas formas necesarias en el caso de una despenalización de la producción y de la distribución. Cf. op. cit. p. 221.

⁵⁷ El prof. ZAFFARONI se refiere al caso Argentino en el que se ha aprovechado la coyuntura de la 'droga', «para canalizar un derecho penal autoritario que abarca todos los elementos antiliberales que han recorrido el camino de la demolición del derecho penal de garantías desde el siglo pasado. En el fondo, no hay un debate sobre la 'droga', sino el debate de siempre: derecho penal liberal o de garantías y derecho penal autoritario o totalitario». Cf. op. cit. p. 466. Por nuestra parte hicimos un planteamiento similar al inicio de estas reflexiones cuando nos referimos a las propuestas de un derecho penal mínimo frente a las de un derecho penal máximo.

⁵⁸ Francisco MUÑOZ CONDE y Bella AUNION ACOSTA coinciden en que la droga se ha convertido en un factor criminógeno porque

dad y del control de calidad de la sustancia, sino que el control administrativo y fiscal de la actividad productiva y comercial de la droga tendría como uno de sus efectos positivos impedir la nueva formación de monopolios y por ende la reconstrucción del crimen organizado más violento de la era actual. Los países productores tendrían que optar por mecanismos alternativos, vale decir sustitutivos, y reconducir la producción de las drogas a los límites ancestrales que forman parte de la cultura y tradición de los pueblos.

Claro está que desaparecería la funcionalidad institucional y política que produce la penalización de las drogas hasta hoy prohibidas, y el costo para la economía subterránea de lo que significaría una despenalización controlada y regulada sería sumamente gravoso.

Pensemos si es o no verdad que casi todos hemos sido víctimas del discurso de la represividad a pretexto de la penalización de las drogas ilegales? Es probable que involuntariamente hayamos coayudado al «éxito» de esta cruzada, legitimando el abuso y los ilegalismos y que a finales de 1993 se diga públicamente que ahora (sin explicar las razones) ya no es un problema de seguridad nacional para EE.UU, ni es un problema para la seguridad continental de los países periféricos y pobres de la región.

Si el mercado negro de la droga ilegal maneja una economía paralela que supera los cien mil millones de dólares anuales, del que se reconoce que entre un 15 y 20 % regresa a los países pro-

quien quiera conseguirla está en situación de riesgo no sólo de persecución penal, sino para su salud por la falta de control de calidad, y «los que no tienen medios suficientes para adquirirlas tienen que recurrir a actividades ilícitas, e incluso delictivas... tampoco la salud pública, eje en torno al cual debe girar toda la regulación legal de la materia, se ha visto mejorada con la actual política represiva. Es precisamente la prohibición la que, al evitar el control por parte del Estado y organismos públicos de la producción y venta, convierte a la droga en un producto de escasa calidad o de una calidad imposible de conocer por el potencial consumidor, op. cit., p. 510.

ductores y el resto es lavado en los paraísos fiscales que son manejados por la banca internacional, como explicar que las grandes mafias latinas hayan sido virtualmente aniquiladas en casi toda la región? Esto es verdad, pero debemos igualmente admitir que ha sido parte de una planificada estrategia que en aproximadamente cinco años consiguió recuperar el valor de la mercancía «droga prohibida» porque la baja de la producción del producto motivada por la campaña transnacional de alta y mediana intensidad, originó una recuperación del precio en el mercado de consumo.

Las leyes de la oferta y la demanda son decisivas para poner al descubierto las verdaderas razones de política económica que alimentaron la escalada de represión, pues cuando un kilo de clorhidrato de cocaína tenía un precio alto (entre 45 y 60 mil dólares) puesto en Miami o Nueva York y cuya venta al menudeo con la consiguiente rebaja producía una utilidad de más de 200 mil dólares por kilo, era un negocio no sólo rentable sino social y sanitariamente manejable. Pero cuando se produce (como ocurrió) una sobreproducción cocatera y de droga ilegal y el kilo de ésta llega a caer por debajo de los 10 mil dólares, el problema sanitario y social para el país consumidor fue cuatro veces más grave, pues debía ingresar cuatro veces más droga ilegal para mantener el nivel de utilidad al que no está dispuesto a renunciar el crimen organizado.

Hoy que el precio ha alcanzado sus niveles «normales» y el problema puede ser manejado internamente en los centros de consumo porque no hay sobreproducción, la guerra ha sido declarada en estado de moratoria.

No obstante si se trata de respuestas alternativas habría que considerar que una política criminal real debe admitir la multidimensionalidad del problema de manera que por ej. no bastaría la sustitución de cultivos sin un desarrollo alternativo integral sustentable. Una estrategia eminentemente represiva, que se conciba al margen de la existencia real de un mercado de consumo de gran capacidad y al margen de las necesidades de empleo de un mercado laboral de cientos de miles de personas de América Latina, en un momento histórico coyuntural en que la tasas de desempleo

son muy altas, camina de la mano con el fracaso⁵⁹. La oferta y la demanda son partes de un todo que debe ser reducido integralmente. Como se ha reconocido precedentemente un planteamiento cerrado inconciliable de legalización vs. prohibición no permite soluciones sociales a un complejo problema social como el examinado que demanda un control sobre todo tipo de drogas, y no selectivamente sobre las denominadas ilegales.

Creemos en la necesidad de la intervención del derecho penal en materia de drogas cuando se tratare de reprimir el tráfico ilegal, pues su legalización no significaría la desaparición de la producción clandestina o la adulteración de la sustancia que se puede comercializar legalmente en forma controlada, y ratificamos que el consumo no debe ser considerado delito, como a la inversa debe ser considerado delito agravado el suministro de drogas a menores y a personas incapacitadas o disminuidas⁶⁰.

Los drogodependientes deben recibir una adecuada asistencia médica, terapéutica y hospitalaria en forma voluntaria de manera que abra las puertas a su eventual recuperación, quedando pendiente encontrar los mecanismos para desarticular las bases económicas del crimen organizado asociado al tráfico de drogas prohibidas, que por su enorme poder económico tiene una gran capacidad de corrupción vertical y horizontalmente.

⁵⁹ Cfr. Elías Carranza, en op. cit., p. 308.

⁶⁰ Cf. Francisco MUÑOZ CONDE y Bella AUNION ACOSTA, quienes denuncian la perversión de las relaciones entre Estados Unidos y los países latinoamericanos, que van desde la renuncia de la soberanía de los pequeños para permitir la extradición de sus propios ciudadanos, la intervención de tropas norteamericanas en sus propios territorios y la fumigación de plantaciones de coca con un gravísimo daño para el ecosistema y la salud, y afirman que «el narcotráfico es un cáncer que le ha salido a la economía capitalista, consecuencia de un afán desmedido de lucro y de capital. La actual política penal represiva no hace más que favorecerlo. Hay que aislarlo y luchar contra él con sus mismas armas: quitándole el mercado. Pero esto no puede suceder más que quitándole los clientes, ofreciéndoles en condiciones sanitarias y económicas aceptables, el producto que estos desean», en op. cit., pp. 512-515.

Régimen Penitenciario y Política Criminal

Aunque en el marco teórico doctrinario de estos días es de generalizado conocimiento lo que debe ser y a lo que debe aspirar un régimen penitenciario moderno que responda a las proclamas de un Estado de Derecho; y que se tiene una concepción claramente diferenciada de lo que es la política criminal, de lo que es una política penal eminente represiva, esto es negativa de una política penal desinstitucionalizadora, la mayoría de los sistemas penitenciarios de la región acusan un verdadero proceso de involución y de no de evolución, y hay una tendencia o propuesta de derecho penal máximo y de recorte de garantías constitucionales, principalmente cuando se trata de combatir los delitos vinculados al terrorismo y al tráfico de drogas ilegales o prohibidas.

Un buen sector del régimen penitenciario latinoamericano es una instancia más del ejecutivo y hasta se han llegado a crear regímenes de excepción como en los casos colombiano y peruano en que se han delegado funciones judiciales y penitenciarias a los mandos militares, lo que deviene en una abierta contradicción con cualquier razonable criterio de democracia y de respeto al estado de derecho y a un derecho penal liberal de tipo garantista.

El sistema penal actual empezó por expropiarle el derecho de la víctima y terminó por olvidarse de ella, que de pronto podría sentirse mejor atendida con otro tipo de intervenciones que no fuesen la eminentemente penal y penitenciaria. En la orilla opuesta encontramos al usufructuario del sistema penitenciario a quien se le expropia el derecho a la libertad para tratar de enseñarle en prisión a vivir en libertad, esto es que se lo priva de la libertad para tratar de enseñarle a vivir en ella.

No siempre se respeta el **principio de disponibilidad** esto es el derecho de la víctima a optar por un tipo de reclamación o por otra para no caer en la trampa de la doble victimización, entendiéndose por tal la que es consecuencia del delito y la que depende del trato que le da el sistema penal que degenera en una victimización judicial por la serie de actos atentatorios a la dignidad del damnificado a pretexto de asegurar la prueba material en el proceso penal.

El **principio de oportunidad** que tiene como presupuesto la relevancia del bien jurídico afectado y que podría ser ejercido por el Ministerio Público mediante la instrucción fiscal, a no dudarlo permitiría hacer efectivo un Régimen Penitenciario

también de **última ratio** y la concreción de un posible proyecto de Política Criminal, pero mientras el clientelismo penitenciario siga siendo reclutado de las clases sociales subalternas, el derecho penal, su puesta en marcha y ejecución no pasarán de ser el ejercicio de la represión legalizada.

Si bien es verdad como admitimos, que no hay fórmulas mágicas, que el derecho penal sigue vendiendo ilusiones y que como ha manifestado en más de una ocasión Raúl ZAFFARONI creemos con excesiva ingenuidad que el derecho penal y el sistema penal van a ser resolver problemas diversos tratando de darle soluciones penales a problemas sociales, cuando estos deben ser resueltos socialmente, no existe posibilidad de decretar un estado de moratoria porque se sigue recurriendo al derecho penal y a la cárcel como la respuesta de primera mano.

Regímenes Penitenciarios de excepción

Tan difícil se nos hace asimilar la idea de que un Régimen Penitenciario democrático sería el menos violento, al que menos se recurra, o al que debiera de recurrirse cuando la afectación de los bienes jurídicos, que protege las relaciones sociales concretas entre las personas, fuese de tal magnitud que su intervención fuese necesaria. Pero la relevancia del bien jurídico afectado es poco significativa y el mejor ejemplo lo encontramos en el Régimen Penitenciario bifronte, en el que por ej. un sindicato a quien se le imputa homicidios o violaciones sexuales múltiples si es sobreseído recupera su derecho a la libertad de inmediato guardando coherencia con el principio de inocencia que es una garantía constitucional de universal reconocimiento, pero si la imputación fuese por delitos previstos en la Ley de Drogas ha tomado carta de naturalización en la región la propuesta de la Convención de Viena última de no dar paso a la liberación mientras no se confirme dicho auto resolutorio por un tribunal de alzada y previa opinión favorable del Ministerio Público.

Otro tanto ocurre cuando se trata de actos delictivos etiquetados como de terrorismo, en el que el bien jurídico afectado es igualmente difuso esgrimiéndose el manoseado argumento de la **seguridad nacional**. Como sabemos la construcción teórico dogmática, teórico doctrinaria de una categoría jurídica como el delito de terrorismo rebasa el marco ortodoxo de los elementos del delito por su alto contenido político que vuelve al tema polémico, cuando no explosivo.

Se produce el nacimiento de un Régimen Penitenciario de excepción como en el caso de Perú para combatir el terrorismo de «sendero luminoso» con cárceles militarizadas en el marco de una severa contradicción histórica pues por una parte se publicita en 1991 la expedición de un nuevo Código Penal de corte liberal y respetuoso del Estado de Derecho en el que se aceptan en buena parte un conjunto de medidas de Derecho Penal mínimo ya previstas en la Parte General del Código Penal brasileño de 1984 y se produce una evidente ruptura con el orden constitucional al disolverse el Congreso Nacional y decapitarse al Sistema Judicial.

Lo anterior degeneró en la reconstrucción del mito de un Derecho Penal máximo, llegándose a la condena a perpetuidad, que como sabemos es un paso para la aplicación de la pena de muerte judicial, pues la pena de muerte extrajudicial, la creación de ficticios encuentros con las fuerzas de seguridad, las ejecuciones sumarias y la pena de desaparición son el fantasma permanente con el que cohabitan nuestras raquíticas democracias.

Situación similar ha ocurrido en Colombia con las sostenidas declaratorias de emergencias y la supervivencia bajo un permanente estado de sitio, la creación de los jueces sin rostro, etc., que han abortado en prácticas abusivas del aparato estatal que ha fracturado el discurso garantizador de los derechos humanos, magnificando la represividad que ha conllevado niveles de violencia estructural insoportables⁶¹.

⁶¹ Edgar SAAVEDRA ROJAS, en *Las contradicciones en la política criminal del narcotráfico*, publicado en el *Boletín de la Comisión An-*

En los países del área andina es más notoria la tendencia a utilizar esa especie de híbrido narco terrorismo, narco-guerrilla, narco-subversión, lo que ha permitido la fácil vigencia de un derecho penal de autor. A pretexto de la peligrosidad de los rotulados se crean tipos penales abiertos, se hacen peligrosas delegaciones de facultades legislativas al juez para la aplicación de la Ley o estatuto de excepción, se aplica la **analogía in malam partem**, se afecta el **principio de seguridad jurídica**, llegándose a penalizar actos de responsabilidad objetiva, bastando la sola conformación de una asociación criminal para que se formule un reproche de culpabilidad colectivo, excepto para los arrepentidos o delatores que son inclusive premiados, y finalmente se invierte el principio constitucional de inocencia por el de culpabilidad, desplazándose el onus probandi o la carga de la prueba por la sola imputación delictiva.

El Régimen Penitenciario a imitar

La intervención del Régimen Penitenciario debe reivindicar el discurso de la menor lesividad para los derechos del ciudadano que goza de libertad, buscando en alguna medida complementar la satisfacción de necesidades humanas básicas con la menor daño social.

Un buen ejemplo a imitar de última data lo encontramos en el Proyecto de Código de Ejecución de Penas de Costa Rica de 1992 que seguramente sacudido por lo que significa el proceso de prisionización en esa institución total o de secuestro como denomina gráficamente Foucault a la cárcel, institución que es una verdadera

dina de Juristas, Lima- Perú, septiembre de 1993, p. 31, «en lo que va corrido de este siglo nuestra nación ha pasado cerca de cincuenta años en Estado de Sitio, volviéndose perdurable lo que por su propia naturaleza debía de ser transitorio, porque era sintomático que cuando habían particulares manifestaciones de perturbación del orden público como consecuencia del accionar de bandas delictivas comunes o políticas, la justificante del discurso político de los gobiernos era la lentitud e ineficacia de la justicia ordinaria, para de esa manera legitimar la implantación de los tribunales militares».

maquinaria de demolición de la personalidad del interno⁶², recoge un conjunto de penas alternativas en la fase de ejecución penal.

Estas penas alternativas a la pena de prisión que deben ser parte fundamental de un proyecto desinstitucionalizador fueron previstas en el Anteproyecto de Código Penal para el Ecuador en 1992 y 1993, sin que las mismas hayan sido apreciadas y discutidas a la luz de un auténtico régimen de política criminal.

El Régimen Penitenciario ecuatoriano

En el caso ecuatoriano su sistema penitenciario acusa un incremento de la tasa de internos por conductas vinculadas con alguna de las actividades previstas como ilícitas en la Ley de Drogas de 1990 que es un reflejo de la Convención de Viena de 1988, cuyas directrices para ampliar el radio de acción del control social rebasan cualquier límite de racionalidad y proporcionalidad. Las posibilidades de excarcelación dependen de la anuencia del Ministerio Público, la investigación policial se ejerce sin control alguno y el promedio de presos sin condena se acerca a la barrera del 75% del total de los internos.

El paradigma de un régimen carcelario indolente ha sido constante en el Ecuador, caracterizado con un reclutamiento penitenciario de personas alejadas del manejo de los medios de producción, esto es de los sectores menos favorecidos que son estigmatizados y despersonalizados hasta el punto de llegar a la pérdida de su propia autoestima⁶³. La única respuesta legítima frente

⁶² Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, segunda edición, Temis, Bogotá 1990, p. 107, nos dice, «la prisión o 'jaula' es una institución que se comporta como una verdadera maquinaria deteriorante: genera una patología cuya característica más saliente es la regresión, lo que no es difícil de explicar. El preso o prisionero es llevado a condiciones de vida que nada tienen que ver con las del adulto; se le priva de todo lo que usualmente hace el adulto, o debe hacerlo en condiciones y con limitaciones que el adulto no conoce (fumar, beber, mirar televisión, comunicarse telefónicamente, recibir o enviar correspondencia, mantener relaciones sexuales, vestirse, etc.)».

⁶³ Como dice Alessandro BARATTA, «la cárcel produce hoy, reclutándolo sobre todo en las zonas más desfavorecidas de la sociedad, un

al aumento de la criminalidad y de cualquier plan de política criminal en el que deben estar coludidos una reforma sustancial del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, depende de los progresos que se logren para mejorar las condiciones sociales y para elevar el nivel de la calidad de vida, esa ha sido la respuesta coherente y racional que han dado los últimos Congresos Mundiales de las Naciones Unidas

(V Congreso de 1980 de Caracas, VI de 1985 de Milán, y VII de 1990 de La Habana).⁶⁴

No es menos cierto que el espectro de la región nos permite apreciar que las ciudades de mayor crecimiento poblacional son víctimas del precarismo urbano, fruto prohibido de la rapacidad electorera que incentiva las invasiones ciudadanas son el surgimiento de los cinturones de miseria que se convierten en un factor criminógeno por la falta de fuentes de trabajo y la ausencia de un Estado asistencialista o benefactor, pues la vida se desarrolla en peores condiciones que las que tenían los invasores en su lugar de origen. Los planificadores de una estrategia de política criminal que probablemente no saben lo que es, son regularmente improvisados, reivindicando la intervención policial y la cárcel.⁶⁵

sector de marginación social, particularmente cualificado por la intervención estigmatizante del sistema punitivo del Estado, y por la realización de aquellos procesos que, en el nivel de la interacción social y de la opinión pública, son activados por la pena y concurren a realizar su efecto marginador y atomizador», Cfr. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, México, 1986, p. 174.

⁶⁴ Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, en *La cárcel: Utopía y realidad*, publicado en revista *Criminología y Derecho Penal*, año 1, julio-diciembre, No. 2, Edino, Guayaquil, 1992, p. 220.

⁶⁵ Coincidimos con Alessandro BARATTA en que, «la cárcel representa el momento culminante de un proceso de selección que comienza aún antes de la intervención del sistema penal con la discriminación social y escolar, con la intervención de los institutos de control de desviación de los menores, de la asistencia social, etc. La cárcel representa generalmente la consolidación definitiva de una carrera criminal». Cfr., op. cit. p. 175.

Cuando funciona y prima la política de la improvisación burocrática esto degenera en la inexistencia de una verdadera política criminal pues el acceso a ciertos cargos funciona con criterio político y no técnico. Esto explica el porqué de las razones estructurales por las cuales fracasan las campañas antidelinquenciales, pues si no se da un continuo aumento del bienestar de toda la población, con una plena participación en el proceso de desarrollo y una justa distribución de los beneficios que derivan del mismo, cualquier plan de política criminal tiene asegurado anticipadamente el fracaso.⁶⁶

La aplicación selectiva y clasista de la ley penal no es una novedad de los tiempos modernos, pues la defensa del interés hegemónico de quienes detentan el poder político ha sido una constante, pues ya en el siglo 18 el soborno a los jueces era práctica de rutina, y se promovieron una serie de demandas en procura de la publicidad de los procesos penales, de libertad en la elección de los defensores, en la supresión de la tortura, en la legalidad de la prueba, en la protección de las detenciones ilegales, con lo que se pretendía ilúsamente promover un derecho igual para todos, que tenía el efecto del realismo mágico.⁶⁷

En el Ecuador contamos con un Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Penitenciaria⁶⁸ que consagra teórica y normativamente la individualización de la pena y del tratamiento, el régimen progresivo en la fase de ejecución, de la clasificación biotipo-

⁶⁶ Fernando TOCORA, *Política criminal en América Latina*, Edic. Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1989, p. 16, nos dice, «una política criminal en América Latina que se adecúe a las pretensiones de reducir a límites racionales y tolerables la criminalidad debe partir de la formulación de modelos de desarrollo que eliminen la miseria y las carencias alimentarias, de salud, ocupación y vivienda, sin este presupuesto en infructuosa toda otra medida».

⁶⁷ Como hacen notar RUSCHE y KIRCHHEIMER, «sin embargo, la experiencia demostró que los efectos de los nuevos procedimientos diferían ampliamente entre las distintas clases sociales». Cfr. *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984, p. 18.

⁶⁸ Publicado en el R.O. No. 282 de 9 de julio de 1982.

lógica delincencial, el estudio interdisciplinario de la personalidad del recluso, la ubicación poblacional internos, la pre libertad y la libertad controlada, y hasta se contempla un capítulo para la asistencia de los liberados.

En teoría se destaca la presencia el psiquiatra y del trabajador social, lo que podría llevarnos a creer en la ilusión de que se ha dado paso en el Régimen Penitenciario ecuatoriano a la humanización, ampliación y modernización de la cárcel, lo cual no es cierto pues se sigue alimentando por el discurso político la falsía resocializadora, mientras se amplifica y reproduce ese gran atlas que es la cárcel con una enorme fauna humana en cautiverio, como dice Massimo Pavarini. Es conocido hasta el cansancio que se sigue pretendiendo el gran milagro o la transformación del hombre en cautiverio, mediante la observación.

No son mayores las esperanzas en un medio en el que se ha producido una especie de involución y de regresión, llegándose a la institucionalización de la pena de muerte mediante el amparo legal del Art. 45 del Código de Ejecución de Penas que declara impune la conducta del custodio de un interno que a pretexto de impedir la fuga y no actuando en acto de legítima defensa, le dispara incluso por la espalda para impedir el acto de la evasión.

En estos últimos 20 años en nuestro país, hasta finales de 1992, la población penitenciaria ha subido de 4.392 a 7.956 internos, lo que significa un aumento del 81%, en tanto que los recursos humanos, materiales y financieros que se destinan a la rehabilitación social no han experimentado cambios notables, aunque se afirme oficialmente que la infraestructura física se ha ampliado de manera considerable, el hecho cierto es que es una cárcel improductiva a la que el Estado no puede atender hasta por la limitación de recursos metariales.

Sabemos por los estudios de Massimo Pavarini, Dario Melossi, Michel Foucault, Georg Rusche y Otto Kirchheimer, y otros, la funcionalidad de la cárcel como instrumento de control y dominación política, su proceso de crisis y deterioro y el costo que significa su mantenimiento actual. Igualmente una aproximación dialéctica e histórica a sus orígenes nos permite conocer que solamente en aquellos momentos en que la cárcel se convirtió en pequeño

taller y luego en fábrica pudo autoabastecerse porque generaba sus propias rentas, aunque como conocemos históricamente la fábrica terminó liquidándola por la competencia en el mercado fabril, productos baratos y mano de obra de bajo costo que le significaba la cárcel-fábrica.

Plan de Política Criminal y propuestas alternativas

Admitida la necesidad histórica de dar un vuelco a cualquier plan de política criminal buscando la decisión judicial menos violenta, teniendo en cuenta como expresa Zaffaroni, «que es la fuente de legitimación del ejercicio de poder decisorio de la agencia judicial»⁶⁹, admitimos la conveniencia de un primer intento honesto con la previsión de medidas alternativas a las de prisión, como parte de un plan que involucra a los códigos penal y de procedimiento penal.

En el Ecuador, alguna reforma penal ha permitido la decriminalización de delitos que no tenían ningún costo ni relevancia social como en el caso del concubinato y del adulterio, en 1983. Y posteriormente por resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales se despenalizó la denominada «habitualidad al hurto» que nos recordaba la conocida «Ley de vagos y maleantes» que heredaron algunos sistemas penales de la región. En alguna medida esto último ha deslegitimado operaciones paramilitares y redadas inconstitucionales que tenían como objetivo la aprehensión de ciudadanos por encontrarse rotulados como delincuentes profesionales o habituales en las oficinas de seguridad del Estado, lo que entronizaba un auténtico derecho penal de autor, pues se sancionaban delitos sin conducta.

Mediante Ley de 9 de septiembre de 1992 se ha hecho posible una anhelada aspiración que era establecer un límite prudencial y razonable al auto de prisión preventiva, determinando su caducidad o perecibilidad por el transcurso de un plazo. La declaratoria de cesación de una medida de aseguramiento provisoria que era abiertamente violatoria del principio constitucional de inocencia

como es la prisión sin condena a firme ha reivindicado en el Ecuador el respeto al Pacto de San José de Costa Rica del que somos signatarios.

Como se trata de articular las propuestas de un derecho penal alternativo y democrático coherente con la vigencia del Estado de Derecho, como parte de un plan de Política Criminal, hay que desmitificar la ideología fundamentadora de la pena, reexaminando sus límites racionales, partiendo de la premisa de que el discurso legitimante de la rehabilitación, readaptación y resocialización es perverso, pues si la Constitución Política de la República dice que la pena de prisión tiene como fines los de la rehabilitación, resocialización o readaptación, su incumplimiento tornan a la pena de prisión en inconstitucional.

Hay que marcar una ruptura con el **statu quo** buscando propuestas alternativas más democráticas y menos violencias, no se trata de ignorar o abolir el derecho penal y la pena de prisión, por lo menos no en la hora actual; de lo que se trata es de establecer un límite prudencial y razonable a la intervención punitiva que es una manifestación de la violencia oficial. Una mayor expansión democrática en un Estado de Derecho debe significar correlativamente una menor utilización del derecho penal y de la pena. La pena por ser un mal y no tener otro fundamento filosófico que el de la **retribución** debe ser utilizada en casos de excepción, y sólo cuando sea socialmente necesaria, tomando en consideración la relación costo-beneficio.⁷⁰

Como nos recuerda con acierto Roberto Bergalli la doctrina ejecutivo-penal ha hecho notables tentativas « de adecuar el postulado de la reeducación o resocialización al objetivo de que quien fuera sometido a tratamiento penitenciario pudiera llevar en el futuro una vida sin volver a cometer delitos o bien para que a través de él se alcance, ante todo, la atenuación de los efectos

⁶⁹ Cfr., op. cit. p. 168.

⁷⁰ Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, en Teoría del Delito y Anteproyecto de Código Penal, publicado en Libro Homenaje al Dr. José Miguel García Moreno, Editorial Edino, Guayaquil, 1993, pp. 146-147.

negativos de las penas privativas de libertad. Más todas estas tentativas han chocado contra la materialidad objetiva de la institución total». ⁷¹

Hemos trabajado en un Anteproyecto de Código Penal (1992-1993) que contempla un conjunto de estrategias desinstitucionalizadoras que van desde la creación del Juez de Ejecución Penal hasta una serie de penas alternativas como la detención de fin de semana, el arresto domiciliario, el trabajo socialmente comunitario, el sometimiento a instrucciones judiciales, la fijación o prohibición de residencia, la multa reparatoria, la paralización del proceso a prueba, la amonestación, la caución de no ofender, etc. Creemos que debe incluso renunciarse a la pena en casos extremos como serían un irreversible daño físico para el autor con ocasión del hecho, o cuando padeciere una enfermedad que limite sus expectativas de vida, o se encontrare en fase terminal.

Como era de esperarse este Anteproyecto ha encontrado una seria resistencia en los sectores políticos y hasta en aquellos calificados como académicos, sin que hayan cumplido con presentar una respuesta mejor articulada al problema carcelario !Simplemente cerraron toda posibilidad al debate!

⁷¹ Roberto BERGALLI, en *Cárcel y Derechos Humanos*, publicado en *Revista de Ciencias Penales*, año 5, No. 7, San José, Costa Rica, 1993, p. 4.

CRIMINOLOGIA Y DROGAS

De la represión a la legalización

Introducción

Para enfrentar la problemática de la criminalidad se acude a diferentes discursos, pudiendo advertirse con claridad que la dialéctica de los procesos de criminalización tiene una marcada tendencia a buscar la consolidación de un derecho penal mínimo, garantista y liberal cuando se trata del derecho penal común u ordinario. La contradicción es evidente cuando se trata de leyes penales especiales como la ley de drogas o los estatutos antiterroristas en que la propuesta es la de buscar un derecho penal máximo bajo cuya ideología se irrespetan las garantías formales del Estado de Derecho y toman carta de ciudadanía los frutos del árbol prohibido.

Con la primera propuesta se busca un derecho penal alternativo y democrático en el que las garantías constitucionales se irradian al proceso penal respetándose el principio de inocencia, el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, se proscriben tratamientos procesales de excepción, se garantiza el derecho de defensa, se respeta la legalidad y la judicialidad de la prueba, la intermediación del juez con las pruebas, se admiten las penas alternativas, etc.

Con la admisión de un derecho penal mínimo (concepción minimalista) se propugna la preeminencia o el valor social del bien jurídico afectado, de manera que la poca o ninguna afectación del bien jurídico podría hasta permitir la renuncia al ejercicio de la potestad punitiva del Estado mediante el principio *de oportunidad*. Se pretende acudir a la violencia oficial como último recurso con la investigación fiscal propia del sistema procesal acusatorio

moderno, afirmándose la inexistencia de delito sin un daño socialmente significativo para algún bien jurídico o sin ponerlo en peligro efectivo.

Las sanciones penales no privativas del derecho a la libertad que se traducen en el respeto a los principios de *fragmentariedad* y *subsidiariedad* permitirán un descongestionamiento carcelario lo que devendría en un ahorro de gastos y pondría a los pequeños delincuentes al margen de ese proceso de deterioro y simbiosis criminal que significa la prisión. «Además, sin duda habría mejores perspectivas de un mejor *trato* y de un auténtico *tratamiento* a los presos»¹.

Cuando se acepta la necesidad de un derecho penal máximo (tendencia maximalista) se cree con excesiva ingenuidad que el derecho penal y el sistema penal deben ser el primer recurso del Estado de Derecho y que en esa declaratoria de guerra total se debe llegar a la imposición de la pena de muerte y al recorte de todas las garantías constitucionales como el mejor instrumento de disuasión con que cuenta el control social formal.

Cuando esto último acontece, por ejemplo en materia de drogas, se pierden en el laberinto de la represividad todas las posibilidades de acudir al sistema penal como la última respuesta, pues a pretexto de este combate el discurso perverso del sistema penal llega a su máxima expresión, y con frecuencia más de un Estado llega a demenciales decisiones de renuncia a su propia soberanía con la concesión de la extradición, o la autorización para incursiones militares extranjeras en suelo nacional².

¹ Cfr. La lucha por los Derechos Humanos en el Sistema Penitenciario Mexicano, *De la Barreda Solórzano, Luis*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993, p. 21.

² CARRANZA, Elías. «Tráfico de drogas: su represión, balance y perspectivas», en *Doctrina Penal*, año 15, julio-diciembre 1992, N° 59/60, Depalma, Buenos Aires, pp. 296-297, al comentar las recientes políticas en la materia nos recuerda la tendencia de una mayor represividad en materia de drogas, la misma que también se ha puesto de manifiesto en los países desarrollados. Tal tendencia de mayor re-

Tratamiento del problema de la droga

Incluso a nivel de organismos supranacionales e instituciones gubernamentales como las del Consejo de Europa, el Parlamento Europeo, las Naciones Unidas, etc., como dice *Antonio Berinstain*, «Más o menos inconscientemente, estos organismos, a la luz de la moderna teoría los principales factores etiológicos (y los convenientes planteamientos) de la toxicomanía y su 'paralelo' narcotráfico... Uno **de ellos es el control** estatal desaforado y parcial»³.

Es verdad que no **se produce un diálogo** entre los partidarios del control punitivo del tráfico y del uso abusivo de drogas y los defensores de la liberación, adoptando a ultranza posiciones irreductibles⁴. Coincidimos con *Elías Carranza* poniendo en evidencia algunos aspectos negativos de la represión como:

presivización penal en el caso de América Latina, «tiene mayor acentuación y sus efectos son también más pronunciados por una serie de razones entre las cuales se destacan: a) el criterio geopolítico de reprimir primordialmente la 'oferta' con acciones en los países de América Latina y el Caribe, y no en los principales centros de consumo; b) el énfasis puesto en la acción del subsistema policial y en la participación de los ejércitos en ella; c) el estado de deterioro de los sistemas de justicia penal de la región, lo que agrava para los judiciables los efectos negativos de la mayor represión».

³ BERINSTAIN, Antonio. «La criminología ante las drogas y el narcotráfico», en *Revista Criminología y Derecho Penal*, año II, enero-diciembre, Nos. 3-4, Edino, Guayaquil, 1992, p. 221.

⁴ BERINSTAIN, Antonio. Sugiere reemplazar esa inconciliable posición, liberalización versus prohibición, por un tertium, «una tercera salida (atendiendo a su fuerte dimensión económica), que vaya armonizando dialécticamente posturas opuestas... En mi opinión por el camino del término medio inspirado en la tradición humanista, base de nuestra cultura (Jeschek, p. 434) debe avanzar la respuesta hoy, procurando con eficacia acercarnos mañana, lo antes posible, a la total liberalización (abolición) del Derecho Penal». En op. cit., pp. 225-226.

1) Los sistemas de justicia penal de la región están desequilibrados, pues se aumenta el número de policías por habitantes en tanto que los poderes judiciales y los sistemas penitenciarios se raquitizan. 2) No es bueno para la estabilidad de los nacientes gobiernos democráticos de la región el desequilibrio que se está produciendo entre Poder Judicial y Policía, ni tampoco que los ejércitos se alejen de su función específica e intervengan nuevamente en asuntos que no son de su propia competencia al interior de los países. 3) Los sistemas penitenciarios acusan un mayor deterioro y falta de capacidad operativa para intentar cualquier proyecto asistencialista. 4) Las leyes especiales sobre la materia son irrespetuosas de un derecho penal liberal, contravienen las propuestas de un derecho penal mínimo y son abiertamente inconstitucionales (conforme hemos manifestado también por nuestra parte en otros trabajos) pues crean tipos penales abiertos, delegan facultades legislativas en el ejecutivo, crean ordenamientos punitivos de excepción sancionando conductas preparatorias o de mero peligro abstracto.

5) La erradicación de los cultivos con herbicidas y sustancias tóxicas produce una depredación ecológica de incalculables consecuencias. 6) La represividad cada vez mayor del tráfico de drogas aún ilegales no ha disminuido el negocio ilícito ni su consumo. 7) En materia de salud la falta de control sanitario sobre la producción y el consumo han aumentado el riesgo y los daños como el SIDA, hepatitis B y muertes por sobredosis. 8) La prisión para el tratamiento es contradictoria y coarta la voluntariedad y libre determinación de los sujetos. 9) Las propuestas de represión y penalización de los drogodependientes han creado mercados paralelos de extorsión y violencia, y delincuencia de aprovisionamiento por parte de los consumidores que no cuentan con recursos suficientes. 10). Comparativamente la represión y sus consecuencias tienen un costo humano que en ocasiones excede el contingente de muertes que se producen en guerras convencionales. 11) Hay que desmitificar la división taxonómica de drogas legales e ilegales pues todas producen por igual daño en la salud, y con tal división se pierde la óptica sanitaria y preventiva para dar paso a una política eminentemente policial-represiva. Un ejemplo de las consecuencias de tal diferenciación se encuentra en la tasa

de muertes anuales por otras drogas como el alcohol y sobredosis por psicofármacos, que supera la de muertes por drogas ilegales»⁵.

La Ley de Drogas de Ecuador de 1990

Esta tendencia que marca la dialéctica moderna de los procesos de legislación tiene ejemplos recientes en el Ecuador con la Ley de Drogas de 1990. Este fenómeno no es aislado y forma parte de una estrategia de trasnacionalización del control aunque la política sobre drogas acusa un innegable fracaso, dando lugar desde principios de siglo a dos tendencias contrapropuestas⁶.

La Ley de Drogas ecuatoriana fiel a las directrices de la Convención de Viena de 1988 ha ampliado el objeto material incluyendo a los precursores químicos, a los equipos y materiales destinados a fines de cultivo, fabricación o tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, con una marcada preeminencia del elemento subjetivo. Igualmente se ha ampliado el objeto material

⁵ Cr. CARRANZA, Elías. En op. cit., pp. 301-306. Pueden revisarse nuestros trabajos, «*El discurso de la droga o el juego de la doble moral*», en Libro Homenaje al Dr. Jorge Zavala BaqueriZo, Edino, Guayaquil, 1992, pp. 233-257, y «*Las drogas nuevas iniciativas: extradición, habeas corpus, pena de muerte y los derechos humanos*», en Criminología y Derecho Penal, año II, enero-diciembre 1992, N° 3/4, Edino, Guayaquil, pp. 255-281, en los que desarrollamos algunas aproximaciones a un discurso legalizador o antiprohibicionista con respecto a las drogas que aún siguen siendo ilegales.

⁶ Cfr. DIEZ RIPOLLES, José Luis. «*Alternativas a la actual legislación sobre drogas*», en Nuevo Foro Penal, N° 54, Temis, Bogotá, 1991, p. 467, al referirse a estas tendencias contrapropuestas expresa: «la primera de ellas insiste en la necesidad de exacerbar la persecución, singularmente penal, de esas conductas, atribuyendo los resultados negativos obtenidos hasta ahora a no haber agotado plenamente el modelo elegido. La segunda cuestiona la política represiva desde muy diversos puntos de vista, entre los que se destacan recientes raZonamientos sobre su nula eficacia, sus contraproducentes efectos colaterales y su distorsionada consideración de la protección de la salud y la libertad de los ciudadanos adultos».

para incluir a los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de las actividades del tráfico ilícito.

Se penalizan las conductas encaminadas al uso personal, encontrando la paradoja de que la tenencia para consumo está prevista como delito (art. 62), pero si la droga ya ha sido consumida se enerva la responsabilidad penal y el drogodependiente debe ser conducido a una casa asistencial (art. 32), esto significa no otra cosa que una ilógica punición de actos preparatorios pues la posesión o tenencia tiene un fin que es impune, pero sus actos previos no. Coincidimos con *José Luis Diez Ripolés* de que tal política criminal resulta inadmisibile: implica una flagrante violación de la libertad personal en un contexto pervertido de protección de la salud de un modo difícilmente compatible con importantes preceptos constitucionales, «supone perseguir un objetivo imposible, con los consiguientes efectos negativos sobre la conciencia de validez de las normas jurídicas; va a causar, con diferencia, más daños que ventajas, en oposición al principio de *ultima ratio* que debe inspirar la legislación penal; y contradice el precepto de la propia Convención, que taxativamente establece que las medidas tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita, deberán tener como mira destacada la de reducir el sufrimiento humano»⁷.

El radio de aprehensión de la Ley de Drogas de 1990 contempla comportamientos específicos de ejecución imperfecta, y de autoría y participación, como cuando se hace referencia a la fabricación, transporte o distribución de materiales, equipos o precursores químicos con el conocimiento de que se pretende utilizarlos con fines ilícitos de cultivo, producción o fabricación de las drogas ilegales.

Debemos reconocer que se están tipificando y sancionando actos preparatorios de una eventual participación en un delito. Asimismo se sancionan penalmente la instigación o inducción públicas, y la asociación y confabulación para cometer una serie

⁷ DIEZ RIPOLLES, José Luis. Op. cit., p. 470. Cfr. Zambrano Pasquel, Alfonso. «*El discurso de la droga o el juego de la doble moral*», en Libro Homenaje al Dr. Jorge Zavala Baquerizo, Edino, Guayaquil, 1992, pp. 249-250.

de conductas calificadas como delictivas, con lo cual se estarían tipificando actos preparatorios que se incluyen en los conceptos de conspiración o provocación.

Creemos que un examen de la ley vigente nos permite encontrar la punición de supuestos de autoría mediata, inducción o cooperación necesaria tipificándose diferentes formas de autoría y participación referentes a la organización, gestión o financiación de conductas básicas, e incluso, de conductas preparatorias. Se hace referencia así a la participación, asistencia, incitación, facilitación y asesoramiento de diferentes conductas sancionadas. El encubrimiento se sanciona tanto para conductas realizadas como para actos preparatorios con lo que se pretende sancionar la conversión o transferencia de bienes para ocultar su origen, o para eludir las consecuencias jurídicas de los responsables, la ocultación o encubrimiento de tales bienes, así como la adquisición, posesión o utilización de bienes cuyo origen ilícito se conozca en el momento de recibirlos. Vale decir que se ha introducido un elemento subjetivo en el tipo que sería el conocimiento del origen de tales bienes por parte del encubridor, que va a responder por un delito autónomo.

En esta propuesta expansiva del derecho penal en materia de drogas ilegales se hace referencia al encubrimiento, y se alude también a supuestos de receptación, con lo cual se pretende sancionar el aprovechamiento para sí como para un tercero, llegándose a penalizar el encubrimiento de partícipes y hasta conductas preparatorias de un acto de receptación o favorecimiento real.

Diez Ripolés al analizar el contenido de la Convención de Viena de 1988 que contiene el germen de esta propuesta de derecho penal máximo, expresa que «se ha producido un desmesurado avance en el ámbito de la criminalización de comportamientos relacionados de alguna manera con el tráfico y consumo de drogas: se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídico-penales de intervención mínima y de seguridad jurídica»⁸. Estas afirmaciones surgen por la

⁸ DIEZ RIPOLLES, José Luis. Op. cit., pp. 471-472.

punibilidad de conductas preparatorias en grados de autoría y participación, incluido el encubrimiento, o a la inversa por el encubrimiento de actos preparatorios, o porque se considere delito el encubrimiento de actos de participación en conductas ejecutivas o preparatorias.

Como se ha dicho con acierto en referencia al tema del derecho penal frente a la problemática de la droga, «si la historia del derecho penal es la historia de un fracaso, nada mejor para demostrarlo que el fracaso de la política penal seguida a escala internacional desde la famosa Convención de la ONU de 1961, en relación con el tráfico de drogas. Ninguna de las soluciones técnico-legislativas adoptadas hasta la fecha ha servido para combatir adecuadamente el fenómeno. Más bien ha sucedido lo contrario»⁹.

La pena de muerte

Los niveles de violencia estructural generados por el negocio de las drogas aún ilegales o prohibidas pretenden ser contrarrestados con la violencia oficial o institucionalizada no sólo con propuestas de endurecimiento del sistema punitivo sino incluso con replanteamientos que llegan a reciclar el viejo discurso de la pena de muerte, la misma que cuenta con una disciplinada legión de simpatizantes.

Crear en la pena de muerte en una sociedad que se alimenta del fraude y del engaño, en medios en los que se publicita con gran audacia política la «ayuda a los pobres» y en los que sin pudicia, vergüenza ni rubor se saquean los fondos públicos y se predica una moralidad pública que no se practica, resulta excesivamente ingenuo. Los países que han acudido al modelo morticóla o patibulario no han conseguido ningún resultado positivo a no ser la eliminación física de algunos delincuentes. En el caso del Medio Oriente el tráfico de drogas no ha disminuido no obstante las ejecuciones masivas con las que se pretende ejemplificar y

sembrar el terror, y en países como EE.UU. en una década (1980-1990) la población carcelaria se ha duplicado aproximándose en la actualidad a los ochocientos mil internos.

La ausencia del efecto disuasivo de la pena de muerte puede cuantificarse con la tasa de ejecutados en los Estados Unidos del norte de América desde 1976 en que la Suprema Corte reimplantó la pena capital.

El número de ejecutados llegó en agosto de 1993 a 218 y existen más esperando en el pabellón de la muerte. Uno de los mayores cuestionamientos deslegitimadores de este recurso apocalíptico en la lucha contra la criminalidad ha sido incluso el del criterio racista con que se la aplica, pues es más probable la ejecución de un delincuente negro antes que de uno blanco.

La probabilidad de un error judicial irreparable es un argumento invulnerable en contra de la pena de muerte pues cumplida ésta no hay posibilidad de volver las cosas a su estado anterior. Este argumento irrefutable, a lo largo de la historia de la humanidad ha tenido una dolorosa evidencia empírica, por esto decimos que referirnos a la pena de muerte debe significar no otra cosa que recordar el ocaso de un mito.

Está fuera de toda duda y discusión que si se consulta a la sociedad civil su opinión en relación a la pena de muerte, el entorno de inseguridad, de violencia y de temor en que vive determinará una respuesta positiva, que es consecuencia de un estado de necesidad social frente al que se ha perdido toda posibilidad de una respuesta medianamente coherente y racional. Aunque no se pueda medir con exactitud el aumento de la criminalidad es innegable tal fenómeno y se vuelve funcional incluso para vender los productos que crea la comunicación que tienen un alto nivel de rentabilidad, como dice *Christie*, «el crimen es una parte sumamente importante de los productos que se venden a través de los medios de comunicación»¹⁰.

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y AUNION ACOSTA, Bella. «Drogas y derecho penal», en Nuevo Foro Penal, N° 54, Temis, 1991, p. 505.

¹⁰ Cf. 1984, CHRISTIE, p. 86 NiLs. «Los límites del dolor», Fondo de Cultura Económica, México D.F.

En esta especie de movimiento pendular de un mínimo a un máximo y viceversa se encuentra el doble discurso oficial o la política criminal no formalizada, aunque como anota *Lolita Aniyar de Castro* «muchas de las cosas que se alegan desde la criminología crítica están orientadas a la reconsideración del pensamiento clásico»¹¹ con una base epistemológica diferente, pues es característica ontológica del pensamiento criminológico crítico moderno, rasgar los velos del discurso oficial para destacar los antagonismos entre pensamiento y realidad.

La crisis de legitimidad que afecta al sistema penal aparente permite que so pretexto de la escalada de la criminalidad que es manipulada para multiplicar la ideología del terror, se llegue a respuestas oficiales violentas y a una desaplicación progresiva de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad. Por otra parte, de esta manera la política criminal no formalizada se convierte en un discurso que no pasa de ser legitimador y simbólico con el que se consigue crear el espejismo de un sistema ideal y protector de los ciudadanos.

Empero todo un conjunto de estrategias que se pueden optar y afinar en el marco teórico-conceptual para desacelerar el discurso de la represividad, el aumento de los niveles de violencia y del crimen organizado que no podemos negar en una sociedad sistemáticamente victimizada hace que aquellos esfuerzos toquen fondo en la obscuridad produciendo una degradación de las garantías procesales, aumentando las penas y despreciando las garantías procesales en aquellos momentos en que se advierten demandas de seguridad de la población que se sigue alimentando del efecto simbólico de la represividad penal.

Aproximación a las contradicciones del control penal de las drogas

Igual que con respecto a la cárcel, creemos que cuando se trata de la utilización del sistema penal y del control penal para enfren-

tar el fenómeno de las drogas ilegales o prohibidas, sus problemas y contradicciones son a la postre mayores que las soluciones que con tal estrategia se pretende encontrar. Como explica el prof. *Alessandro Baratta* la política actual sobre la droga en nuestras sociedades, es decir la política de criminalización de ciertas drogas, constituye un sistema «autorreferencial», o sea un sistema que se autorreproduce ideológica y materialmente.

En el caso del problema de la droga, dicha realidad estaría caracterizada por cuatro elementos:

- a) la relación necesaria entre consumo de droga y dependencia y la evolución necesaria desde la dependencia de las drogas blandas a las drogas duras;
- b) la pertenencia de los toxicómanos a una subcultura que no comparte el sentido de la realidad propio de la mayoría de los «normales»;
- c) el comportamiento asocial y delictivo de los drogodependientes, que los aísla de la vida productiva y los introduce en carreras criminales;
- d) el estado de enfermedad psicofísica de los drogodependientes y la irreversibilidad de la dependencia.

Aunque se nos presenta así la imagen de los consumidores de drogas ilegales, hay muchos consumidores que no son en verdad dependientes, que no forman parte de una subcultura «desviada», que no son asociales ni criminales, ni que tampoco están enfermos pues hay más muertes y enfermedades por el consumo incontrolable de alcohol y tabaco. Agregamos que clínica y socialmente la drogodependencia es hoy curable, estando en decadencia la demonización de su irreversibilidad.

Pero en un sistema cerrado como es la política de la droga la homogeneidad de los mensajes emitidos por los medios de comunicación es tal que se constituye en un elemento determinante de su autorreproducción material e ideológica. En algunas legislaciones los cambios que se introducen en la normatividad carcelaria para propiciar un tratamiento alternativo de los dependientes responsables de conductas criminales o para transferir la intervención de la justicia penal desde la persecución del consumo a la del tráfico, desde la venta al por menor al gran comercio de drogas,

¹¹ Cf. ANIYAR DE CASTRO, Lolita. «*Democracia y Justicia Penal*», Ediciones del Congreso de la República, Venezuela, 1992, p. 224.

no ha aparejado cambios significativos y el nivel de selectividad que se dirige a los drogodependientes es mayor.

Por *efectos primarios* de la droga debemos reconocer aquellos producidos por la naturaleza propia de las sustancias al margen de la penalización por su uso, así son efectos negativos que legitimarían una política de prevención, educación e información, los perjuicios para la salud del que consume y los riesgos de dependencia, que por lo demás se producen igualmente con el consumo excesivo o inmoderado de otras sustancias permitidas. Por *efectos secundarios* entendemos a los debidos a la criminalización, estos efectos secundarios son considerados más importantes y siempre negativos y se traducirían en la expresión «costos sociales» de la prohibición y penalización de la droga.

Los costos sociales de la penalización de las drogas se clasifican en relación a los consumidores, su ambiente social, el sistema de la justicia penal, los sistemas alternativos de control de la drogodependencia, en particular el sistema terapéutico-asistencial y el sistema informativo educativo. Puede agregarse un quinto punto relacionado con los efectos de la penalización sobre el mercado de la droga¹².

En torno a los *consumidores* debemos recordar que la marginalización es una consecuencia de la ilegalidad de la droga, y que buena parte del aislamiento social es fruto de una estigmatización altamente deteriorante, buscándose la confirmación de su percepción de la realidad en la subcultura de los drogodependientes. La mayoría de las consecuencias más graves sobre la salud y el status social de los fármacos dependientes son consecuencia de las condiciones en que se consumen las drogas ilegales en un sistema prohibicionista, con un inexistente control de calidad, con condiciones antihigiénicas de consumo, y otras que se suman a los efectos primarios que tienen relación con el alto costo que genera la ilegalidad, cuyo uso favorece la inserción de los jóvenes en el

círculo infernal de la droga para procurársela en el contexto criminal del tráfico prohibido.

En cuanto al *ambiente social* que forma parte del círculo de la droga es influenciado negativamente por la estigmatización, pues los padres y personas cercanas también sufren por el riesgo de marginación, pero existen otros «mundos» subterráneos e invisibles que son privilegiados, en los que sujetos que pertenecen a ciertos grupos sociales tienen las ventajas de estar menos expuestos al peligro de la represión, cuando no, de no estar expuestos a peligro alguno de represión.

Uno de los rubros más deteriorados por el círculo de la droga es el de la *justicia penal* que puede ser apreciado en un enfoque micro por el alto nivel de corrupción que produce el crimen organizado que compra policías, jueces, tribunales, magistrados, abogados, fiscales, medios de comunicación, la banca nacional que participa del lavado, el comercio ilegal de los precursores químicos, etc. En el enfoque macro debe admitirse la internacionalización del problema para encontrar mecanismos de control transnacional, que resultan incapaces de generar resultados realmente apreciables de represión penal internacional, pero que perfilan una sostenida política internacional intervencionista, básicamente del país del centro a los países periféricos.

Este discurso de la modernidad de las drogas ilegales marca una ruptura con principios liberales y garantistas que forman parte del discurso de los derechos humanos, llegándose a una no encubierta degeneración del sistema de justicia penal, en que la acción de la policía pretende encontrar su legitimidad en la ilegalidad, llegando a entronizarse una especie de derecho a la delación y a encontrar mecanismos de premialidad de dudosa y cuestionable moralidad como la infiltración de agentes provocadores que son ontológicamente coautores de delito.

Las actuales legislaciones en materia de drogas ilegales son un reflejo de la Convención de Viena de 1988 que tiene marcadas diferencias con las anteriores de 1961 y 1971, «mientras que los anteriores instrumentos internacionales justificaban básicamente su existencia en la necesidad de salvaguardar la salud de la humanidad, la última Convención modifica significativamente el énfase

¹² BARATTA, Alessandro. «Introducción a una sociología de la droga», en Revista Jurídica, 1993/ 7, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, p. 206 y se.

sis: sin abandonar las referencias a la salud, complementada *con* el término genérico de *bienestar* y con una especial preocupación por los efectos del tráfico y del consumo sobre la infancia, el acento se coloca en las repercusiones de tipo político, económico y cultural del tráfico ilícito. Se reconoce que la capacidad económica y organizativa desarrollada por los narcotraficantes es tal que está socavando las economías lícitas de muy diversos países, corrompiendo las estructuras administrativas, comerciales, financieras y de todo tipo de naciones enteras, y afectando ya de modo directo a la estabilidad y soberanía de los Estados»¹³.

Tan cierta es la inversión de principios garantistas y liberales propios del Estado de Derecho que el *principio de legalidad* es pervertido con prácticas aberrantes como la delación, el premio y la inmunidad para los criminales arrepentidos. El *principio de idoneidad* demanda que se demuestre lejos de cualquier duda razonable la utilidad de la penalización para controlar el problema de la droga ilegal; como sabemos la realidad contradice tan pretendida idoneidad. El *principio de subsidiariedad* nos lleva a demostrar previamente que la penalización no tiene otras alternativas posibles, y éste es olvidado y violado por la intervención del sistema punitivo, que además influye negativamente sobre los sistemas terapéutico-asistencial e informativo-educativo. El *principio de proporcionalidad* resulta seriamente violado porque en el caso del tráfico de drogas ilegales la gravedad del bien jurídico pretensamente vulnerado es discutible, y en el caso de la tenencia y consumo de drogas esta es penalizada sin respetar la *sindéresis* de legislaciones como la ecuatoriana que no sancionan penalmente las autolesiones ni la tentativa de suicidio. El *principio de racionalidad* que sugiere tener en cuenta las razones a favor y **en contra de** la penalización de acuerdo con la relación costo-beneficio, nos puede llevar con mediana coherencia a admitir que los costos sociales que genera la prohibición son mayores que los publicitados beneficios de su penalización.

¹³ Cfr. DIEZ RIPOLLES, José Luis. En: op. cit., p. 468.

En relación con el *sistema informativo-educativo* con incursiones en el campo escolar o a través de los medios de comunicación hay que reconocer que se llega fácilmente a sobredimensionar el estereotipo del traficante y del consumidor y a una satanización de las drogas ilegales, confundiéndose drogas blandas con duras, se llega a publicitar la teoría de la escalada, y hasta se inducen patrones de consumo por el mensaje subliminal que una inadecuada intervención pedagógica produce con inexactitudes científicas y crasos errores psicológicos.

Droga y mercado

Este es uno de los aspectos menos discutidos por quienes asumen la condición de expertos para tratar de encontrar respuestas menos violentas al circuito de la droga ilegal, pero no se puede seguir ignorando la funcionalidad de la penalización que ha llegado a producir una economía subterránea o paralela que alimenta el crimen organizado que tiene un poder de corrupción de tal magnitud que hoy se habla de narcoeconomía, narcodesestabilización y hasta de narcodemocracia. La penetración del crimen organizado que genera la droga ilegal se ha convertido en parte de la economía del mercado y de la historia del mundo moderno al punto que el efecto del ilegalismo, sea por su rentabilidad la principal barrera de contención de cualquier propuesta antiprohibicionista, ignorándose que el crimen organizado incorpora como eslabones en la cadena de explotación a los dependientes y a los pequeños sembradores, productores y distribuidores.

En nuestro país la discusión en torno a una propuesta legalizadora de las drogas hasta hoy prohibidas, fue ya insertada por el Presidente León Febres-Cordero (1984-1988), habiéndose retomado la discusión de tal propuesta por destacadas personalidades del foro y de las ciencias médicas que lejos de asumir una falsa postura que por ser tal es hipócrita, han opcionado por admitir la necesidad de una propuesta antiprohibicionista. Se reconoce en la relación costo-beneficio que la prohibición de la comercialización termina por encarecer el precio de la droga, que el éxito de la policía en la confiscación de la droga aumenta su precio, que los más interesados en que se mantenga como ilícito tal producto son

los mismos *perseguidos* que asumen el riesgo de una «profesión» que por ser peligrosa es altamente rentable» .

En otro comentario se dice que cualquiera que fuese la causa de la dependencia, mientras que la producción y la comercialización ilícitas de las drogas sean altamente rentables para el crimen organizado, no habrá sistemas eficientes de control, ni políticas de represión aplicables para frenar el consumo de drogas en el mundo, mientras no se levanten las prohibiciones correspondientes. Se recuerda con acierto el costo social y político que ocasionó la prohibición del consumo de alcohol en los EE.UU. y los peligros para la salud física de los consumidores por los productos adulterados, así como la corrupción institucionalizada que produjo. Se termina por admitir un conjunto de argumentos basados en principios filosóficos, científicos, políticos e históricos en pro de la legalización¹⁵.

¹⁴ Cf. DAMERVAL MARTINEZ, Jaime. En artículo «*Prohibición que alienta y enriquece el crimen*», publicado en diario El Universo, domingo 19 de septiembre de 1993, página editorial, quien concluye expresando, «La estrategia frente a la droga debe cambiar: lo que interesa a la humanidad es que mediante la educación no aumente el número de consumidores; que mediante el tratamiento se rehabilite el mayor número de enfermos; y que los incurables tengan acceso fácil, aunque medido, a la droga, para evitar su violencia que es la semilla del crimen». Berinstain, Antonio nos previene en esta materia pues «Los argumentos históricos en favor o en contra de la legalización de la droga necesitan una difícil lectura o relectura llevada a cabo por especialistas», en op. cit., p. 234.

¹⁵ Cf. DOUMET, Michel. En artículo, «*Legalización o no de las drogas*», publicado en diario EL TELEGRAFO, jueves 23 de septiembre de 1993, en página editorial. Se reproducen las argumentaciones de Nadelmann, Ethan que plantea la legalización de la cocaína para acabar con la violencia, la corrupción y el descontrol que ocasiona el tráfico ilegal. Expresa el articulista Doumet: «Con los argumentos que se esgrimen en los foros internacionales los países industrializados activos consumidores y los países subdesarrollados activos productores deben revisar seriamente las nuevas políticas a aplicarse con el objeto de contrarrestar el aparente descontrol del consumo de las drogas?».

Es importante que se reconozca el derecho individual de cualquier ciudadano adulto a su libre determinación y arbitrio, que se diga que es el abuso con las drogas y no su uso el que produce daño, que políticamente el crimen organizado asociado al tráfico de drogas produce violencia y corrupción, y que históricamente es demostrable que la legalización y control del consumo de alcohol disminuyó el alcoholismo. Al comentar «La práctica de la persecución penal del consumo y tráfico de drogas» en **el caso de Argentina, Eugenio Raúl Zafaroni** nos dice que el problema no era muy manifiesto ni grave hasta la irrupción de la violencia política en su país en la década de 1970 en que organizaciones violentas retornaron a sus prácticas anteriores, y la represión violenta cobró evidentes características de ilegalidad (sic)¹⁶.

La funcionalidad que presta al sistema de producción-explotación y a la economía subterránea de la droga ilegal su penalización, nos hace pensar que existe una manipulación del productor y del consumidor que se convierten en instrumentos de un proceso de explotación y de reproducción del sistema económico, en este sistema productivo el centro y sujeto no es en verdad el hombre sino el «sistema» mismo que se autorreproduce a su costa.

Con un criterio científico correcto debemos reconocer las funciones no sólo declaradas de las instituciones sino también las latentes, pues las declaradas como control de la criminalidad y control del consumo de drogas penalizadas no se cumplen, pero ¿qué ocurre con las funciones latentes? Si pretendemos una reconstrucción de las funciones reales es posible que debamos admitir que la política de la penalización de las drogas tiene una doble

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En *Política criminal, en materia de drogas en Argentina*, publicado en Nuevo Foro Penal, N° 54, Temis 1991, p. 456, agregando que «En este contexto fue confundiendo todo: como suele suceder en estas ideologías confusas, libertad sexual, libre expresión corporal, indumentarias no convencionales, subversión, guerrilla y uso de 'droga' constituían el mismo fenómeno o bien, eran todos expresión de un general síntoma de -disolución social-, de 'crisis moral' o de agresión al 'ser nacional' (entendido en sentido nazista)».

función, la función política incluso internacional y una función económica (de narcopolítica y narcoeconomía) cuyos beneficiarios no están dispuestos a renunciar.

No nos olvidemos de la interrelación en el sistema económico mundial entre la circulación legal e ilegal de capitales. Ya en otros momentos nos hemos referido a los paraísos fiscales y a los beneficiarios porcentualmente mayores del «enfriamiento del dinero caliente». Tampoco podemos pasar por alto el intervencionismo político-militar a pretexto de la penalización de la droga. Entonces resultará más razonable y lógico admitir el éxito de la penalización de las drogas hasta hoy prohibidas antes que su fracaso.

Fernando Sabater responde de una en una las que él llama «objeciones que desde el Estado Clínico se efectúan contra la despenalización», las que se pueden resumir: primera, la droga mata; segunda, permitir lo inmoral es una inmoralidad, aunque pueda resultar a veces pragmático; tercera, la despenalización aumentaría el número de drogadictos en lugar de disminuirlo; cuarta, los grandes traficantes seguirían haciendo negocio por medio de las multinacionales farmacéuticas; quinta, aunque los drogadictos no

¹⁷ Cf. SABATER, Fernando. «*El estado clínico*». En *No hay Derecho*, año III, número 8, diciembre 1992, Buenos Aires, p. 33, para quien, «En el caso de la droga lo que mata sin lugar a dudas es la mitología prohibicionista, que impide conocer la dosis que se toma, el estado de pureza o mezcla del producto, que favorece los cortes con sustancias venenosas inesperadas, que obliga a conseguirla por medios delictivos o recurriendo a delincuentes...». Citando las afirmaciones de expertos que dicen que la cocaína utilizada con conocimiento y garantías de pureza, no tiene efectos más dañinos que otras prácticas habituales recomendadas.

¹⁸ Cf. SABATER, Fernando. Op. cit., p. 34. Que dice, «quienes se preocupan por la 'inmoralidad' deberían ante todo considerar la que entraña el medio de inducción al delito para atrapar a pequeños traficantes y consumidores practicado por la policía de tantos países o la destrucción de plantaciones en países extranjeros por quienes no permitirían esa injerencia en sus viñedos californianos, por mencionar un ejemplo. Por no hablar de los atentados a la intimidad y dignidad personal de los registros anales o vaginales...».

son delincuentes al menos son enfermos de los que hay que ocuparse y la despenalización no resuelve qué es lo que debemos hacer con ellos.

Al responder a la primera dice que la mayoría de las sustancias pueden causar la muerte y que el problema es de dosis». A la *segunda* nos plantea una concepción de real y no de falsa moralidad, pues es preferible respetar el derecho a la determinación de los usuarios voluntarios, antes que el daño que ahora padecen que proviene de alimañas que se aprovechan de la prohibición para lucrarse» .

A la *tercera*, hay que admitir que en un primer momento es probable que personas que no habían probado drogas lo hagan, en parte por la propaganda de la satanización que ha convertido al fruto prohibido en algo deseable, pero «sin la excitación morbosa y autodestructiva de la clandestinidad, el empleo de tal o cual sustancia se reducirá a sus prestaciones placenteras, contrapuestas por sus riesgos de deterioro fisiológico»¹⁹ . A la *cuarta dice el mismo autor Sabater* que las multinacionales farmacéuticas no son **peores que las que fabrican** electrodomésticos y quizás son mejores que las que producen armas. Así como se afirma que la despenalización no es la solución de todos los problemas que hoy nos afligen, lo mismo que la droga no es en modo alguno el mayor de ellos. «De un modo u otro, siguiendo una u otra graduación, la droga acabará por despenalizarse. Es cosa que ya nadie medianamente informado pone seriamente en duda»²⁰.

A la *quinta* expresa que el uso de las drogas no tiene por qué ser considerado una enfermedad, si quien las emplea no tiene el más mínimo interés en dejar de tomarlas. «Hay un uso represivo de la noción 'enfermedad' que la convierte en algo puramente

¹⁹ Cf. SABATER, Fernando. Op. cit., p. 34, que agrega, «Los drogadictos, por llamarlos así, serán más o menos, pero no tendrán que prostituirse ni robar para conseguir sus dosis, podrán regularlas a su conveniencia, tendrán un control social sobre la calidad de lo que compran y no deberán pagar precios abusivos por ello».

²⁰ Cf. SABATER, Fernando.. Op. cit., p. 34.

objetivo, que se establece desde fuera y sin que la opinión del interesado cuente para nada»²¹.

Legalización y represión

Resulta interesante conocer en forma compendiada la posición de algunos autores del primer mundo o del centro como es el caso de *Doug Bandow* que se muestra en pro de la legalización y de *Elliott Currie* que mantiene una línea prohibicionista²². *Bandow* sostiene que la guerra contra las drogas continúa y que es oportuno reevaluar la guerra y discutir la orientación de sus políticas en el futuro pues una propuesta legalizadora se ha incorporado al debate público en los últimos años, abogando por su legalización personajes conservadores como el economista Milton Friedman, el escritor William F. Buckley Jr. y funcionarios públicos como el alcalde de Baltimore, Kurt Schmoke, el ex secretario de Estado George Shultz y el juez federal Robert Sweet.

Al tratar de responder a la interrogante de lo que significaría en realidad la legalización, *Bandow dice* que algunos defensores del statu quo han visto que es más fácil criticar la ausencia de un proyecto para la legalización, que defender la prohibición de las drogas, «como si la falta de un consenso preciso entre los partidarios de la legalización justificara los excesos de la guerra contra esos fármacos». Agregando que las sanciones penales contra el uso de las drogas son una mala política, por cinco razones, cuando menos:

- Las sanciones contra el uso de drogas limitan de modo indebido la libertad de los adultos para usar sustancias no más peligrosas que otras actualmente disponibles en forma legal, en-

viándose a la cárcel a gente por actos que, a diferencia de la mayoría de los delitos no dañan a otros en forma directa.

- Al impartir carácter penal al uso de drogas no se logra reducir éste de modo apreciable. Un alto porcentaje de la población ha experimentado con esas sustancias (un tercio de los mayores de 12 años han consumido marihuana, por ejemplo). Además la mayoría de las personas tendrían acceso a las drogas si así lo desearan.

- Las sanciones aumentan el peligro del uso de drogas, pues obligan a los usuarios a recurrir al mercado ilícito.

- Al conferir carácter criminal a las drogas, se atrae a los niños al uso y la venta de éstas, pues se crea una clandestinidad criminal que les brinda a los menores oportunidades económicas imposibles de encontrar en otra parte.

- La prohibición de las drogas ocasiona la mayor parte de los asesinatos y los delitos contra la propiedad en las grandes áreas urbanas, pues crea un mercado negro cuya principal característica son los proveedores que se combaten entre sí, y cobran precios inflados a los usuarios, quienes a su vez tienen que robar para pagar su hábito. La prohibición de las drogas fomenta también el crimen en el exterior, pues financia a empresarios violentos e incluso a insurgencias terroristas, que amenazan a los frágiles gobiernos civiles de los países pobres.

Siguiendo con sus propuestas, *Bandow* reconoce que no vamos a llegar al paraíso, pero permitiría reducir los gastos del sistema de justicia penal, pondría fin al continuo incremento de arrestos y detenciones, abatiría el número de muertes por el uso de drogas, debilitaría la tentación que estas causan en los niños y reduciría la tasa de criminalidad. Un mercado legal demandaría como estrategias, seis opciones principales:

- Legalizar las drogas menos peligrosas.

- Suprimir el carácter criminal del uso de drogas en lugar de legalizarlo por completo.

- Exigir la receta de un médico.

²¹ Cf. SABATER, Fernando. Op. cit., p. 35. Que expresa a continuación, «quien tenga ganas de suicidarse, es problema suyo; si comete algún delito contra los demás, que sea castigado, pero en otro caso que le dejen vivir en paz pues nadie puede cometer un delito contra si mismo en un estado libre».

²² Cfr. diario EL UNIVERSO de Guayaquil, 3 de enero de 1993, p. 6.

- Vender las drogas en tiendas del gobierno, como se vende el alcohol en algunos estados.

- Permitir la venta de drogas en establecimientos privados, pero con ciertas restricciones, como la prohibición de su venta a menores y por medio de máquinas vendedoras.

- Permitir la venta sin restricción alguna.

La venta bajo control oficial se convertiría en un monopolio del Estado que eliminaría la competencia actual del crimen organizado por mantener el control y el poder. Claro está que esta opción de venta bajo orientación oficial permitiría que se controlara la calidad y cantidad del producto. Aquí sigue latente el riesgo de aumentar la demanda que podría ser combatido con un aumento del precio, gravando impuestos y limitando los efectos nocivos de la publicidad.

«La última opción, y la más drástica, sería revocar en su totalidad las leyes sobre drogas, para permitir la venta sin restricción alguna. Salvo la responsabilidad en caso de vender productos adulterados, se podría prescindir de todas las demás restricciones contra las drogas que hoy son ilícitas. A la gente que las consumiera se le haría legalmente responsable de sus actos, como ocurre hoy con los conductores ebrios».

Si se gravara la venta de drogas los estados tendrían recursos para financiar campañas de educación y prevención, patrocinar programas de atención para la salud de los drogodependientes y suministrar servicios sociales a los familiares de los usuarios dañinos, y se controlaría estrictamente el uso de drogas por mujeres embarazadas.

En la orilla opuesta se ubica *Elliott Currie*, otro investigador norteamericano que centra sus discrepancias con *Bandow*, empezando por afirmar que el problema crucial de la defensa de la legalización «es que quienes la proponen le resten importancia a los posibles costos y exageran los beneficios potenciales de acabar con la penalización del tráfico de drogas mayores en los Estados Unidos. Lo que más nos preocupa de la legalización de la venta de drogas mayores es que facilitaría el acceso de las mismas, y por ende su consumo, lo cual exacerbaría los costos sociales del abuso

endémico de esas sustancias, que a menudo son devastadores, sobre todo entre los más vulnerables y los menos favorecidos».

Un punto sin final

Una política alternativa del control de las drogodependencias forma parte ya del discurso diario, pero una propuesta despenalizadora del consumo y de la posesión para el consumo de drogas aún prohibidas se enfrenta con la conveniencia de una despenalización en el ámbito de la producción y del tráfico, y un control alternativo al penal. La impopularidad de tal propuesta en parte se debe a la confusión entre despenalización con desregulación, como si por el simple hecho de no utilizar o utilizar menos el instrumento penal para el control, la producción, el tráfico y el suministro de drogas debieran quedar sin ningún control tanto por el Estado como por la comunidad²³. La despenalización significa realmente eliminar en gran medida la intervención de un sistema de control ineficiente, negativo y generador de la corrupción y del crimen organizado²⁴.

Sería un grave error suponer que desaparecería la prohibición de suministrar drogas a menores o a personas disminuidas mentalmente o afectadas por severos trastornos de personalidad psí-

²³ BARATTA, Alessandro. Insiste en que se dé mayor espacio a la intervención de sistemas más adecuados como el informativo-educativo y el terapéutico-asistencial, y que normas administrativas de control apoyadas por sanciones adecuadas y racionales serían de todas formas necesarias en el caso de una despenalización de la producción y de la distribución. Cf. op. cit., p. 221.

²⁴ El prof. ZAFFARONI se refiere al caso 'argentino en el que se ha aprovechado la coyuntura de la 'droga', «para canalizar un derecho penal autoritario que abarca todos los elementos antiliberales que han recorrido el camino de la demolición del derecho penal de garantías desde el siglo pasado. En el fondo, no hay un debate sobre la 'droga', sino el debate de siempre: derecho penal liberal o de garantías y derecho penal autoritario o totalitario». Cf. op. cit., p. 466. Por nuestra parte hicimos un planteamiento similar al inicio de estas reflexiones cuando nos referimos a las propuestas de un derecho penal mínimo frente a las de un derecho penal máximo.

quicos y psicofísicos, o de la publicidad de todas las drogas peligrosas, pues de lo que se trata es de focalizar algunos frentes de lucha y encontrar mecanismos alternativos frente al factor criminógeno en que se ha convertido la droga por su costo para adquirirla y por los problemas de salud que de ninguna manera han mejorado²⁵. Esto conllevaría no sólo un mejoramiento de la calidad y del control de calidad de la sustancia, sino que el control **administrativo** y fiscal de la actividad productiva y comercial de la droga tendría como uno de sus efectos positivos impedir la nueva formación de monopolios y por ende la reconstrucción del crimen organizado más violento de la era actual. Los países productores tendrían que optar por mecanismos alternativos, vale decir sustitutivos, y reconducir la producción de las drogas a los límites ancestrales que forman parte de la cultura y tradición de los pueblos.

Si el mercado negro de la droga ilegal maneja una economía paralela que supera los cien mil millones de dólares anuales, del que se reconoce que entre 15 y 20% regresa a los países productores y el resto es lavado en los paraísos fiscales que son manejados por la banca internacional, ¿cómo explicar que las grandes mafias latinas hayan sido virtualmente aniquiladas en casi toda la región?

Esto es verdad, pero debemos igualmente admitir que ha sido parte de una planificada estrategia que en aproximadamente cinco

²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y AUNION ACOSTA, Bella. Coinciden en que la droga se ha convertido en un factor criminógeno porque quien quiera conseguirla está en situación de riesgo no sólo de persecución penal, sino para su salud por la falta de control de calidad, y «los que no tienen medios suficientes para adquirirlas tienen que recurrir a actividades ilícitas, e incluso delictivas... tampoco la salud pública, eje en torno al cual debe girar toda la regulación legal de la materia, se ha visto mejorada con la actual política represiva. Es precisamente la prohibición la que, al evitar el control por parte del Estado y organismos públicos de la producción y venta, convierte a la droga en un producto de escasa calidad o de una calidad imposible de conocer por el potencial consumidor», op. cit., p. 510.

años consiguió recuperar el valor de la mercancía «droga prohibida» porque la baja de la producción del producto motivada por la campaña transnacional de alta y mediana intensidad, originó una recuperación del precio en el mercado de consumo.

Las leyes de la oferta y la demanda son decisivas para poner al descubierto las verdaderas razones de política económica que alimentaron la escalada de represión, pues cuando un kilo de clorhidrato de cocaína tenía un precio alto (entre 45 y 60 mil dólares) puesto en Miami o Nueva York y cuya venta al menudeo con la consiguiente rebaja y adulteración producía una utilidad de más de 200 mil dólares por kilo, era un negocio no sólo rentable sino social y sanitariamente manejable. Pero cuando se produjo (como ocurrió) una sobreproducción coccalera y de droga ilegal y el kilo de ésta llegó a caer por debajo de los 10 mil dólares, el problema sanitario y social para el país consumidor fue cuatro veces más grave, pues debía ingresar cuatro veces más droga ilegal para mantener el nivel de utilidad al que no está dispuesto a renunciar el crimen organizado.

No obstante, si se trata de respuestas alternativas habría que considerar que una política criminal real debe admitir la multidimensionalidad del problema de manera que, por ejemplo, no bastaría la sustitución de cultivos sin un desarrollo alternativo integral sustentable. Una estrategia eminentemente represiva, que se conciba al margen de la existencia real de un mercado de consumo de gran capacidad y al margen de las necesidades de empleo de un mercado laboral de cientos de miles de personas de América Latina, en un momento histórico coyuntural en que las tasas de desempleo son muy altas, camina de la mano con el fracaso²⁶. La oferta y la demanda son partes de un todo que debe ser reducido integralmente. Como se ha reconocido precedentemente un planteamiento cerrado inconciliable de legalización vs. prohibición no permite soluciones sociales a un complejo problema social como el examinado que demanda un control sobre todo tipo de drogas, y no selectivamente sobre las denominadas ilegales.

²⁶ Cfr. CARRANZA, Elías. En op. cit., p. 308.

Creemos en la necesidad de la intervención del derecho penal en materia de drogas cuando se tratare de reprimir el tráfico ilegal, pues su legalización no significaría la desaparición de la producción clandestina o la adulteración de la sustancia que se puede comercializar legalmente en forma controlada, y ratificamos que el consumo no debe ser considerado delito, como a la inversa debe ser considerado delito agravado el suministro de drogas a menores y a personas incapacitadas o disminuidas²⁷. Los drogodependientes deben recibir una adecuada asistencia médica, terapéutica y hospitalaria en forma voluntaria de manera que abra las puertas a su eventual recuperación, quedando pendiente encontrar los mecanismos para desarticular las bases económicas del crimen organizado asociado al tráfico de drogas prohibidas, que por su enorme poder económico tiene una gran capacidad de corrupción vertical y horizontalmente.

²⁷ Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco y AUNION ACOSTA, Bella. Quienes denuncian la perversión de las relaciones entre Estados Unidos y los países latinoamericanos, que van desde la renuncia de la soberanía de los pequeños para permitir la extradición de sus propios ciudadanos, la intervención de tropas norteamericanas en sus propios territorios y la fumigación de plantaciones de coca con un gravísimo daño para el ecosistema y la salud, y afirman que «el narcotráfico es un cáncer que le ha salido a la economía capitalista, consecuencia de un afán desmedido de lucro y de capital. La actual política penal represiva no hace más que favorecerlo. Hay que aislarlo y luchar contra él con sus mismas armas: quitándole el mercado. Pero esto no puede suceder más que quitándole los clientes, ofreciéndoles en condiciones sanitarias y económicas aceptables, el producto que estos desean», en op. cit., pp. 512-515.

BIBLIOGRAFIA

ANIYAR DE CASTRO, Lolita. *Democracia y Justicia Penal*. Ediciones del Congreso de la República, Venezuela, 1992.

BARATTA, Alessandro. *Introducción a una sociología de la droga*, en Revista Jurídica, N2 7, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador, 1993.

BERINSTAIN, Antonio. *La criminología ante las drogas y el narcotráfico*, en Criminología y Derecho Penal, año II, enero-diciembre, Nos. 3-4. Edino, Guayaquil, 1992.

CARRANZA, Elías. *Tráfico de drogas: su represión, balance y perspectivas*, en Doctrina Penal, año 15, julio-diciembre 1992, N 2 59/60, Depalma, Buenos Aires.

CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1984.

DE LA BARREDA SOLORZANO, Luis. *La lucha por los Derechos Humanos en el Sistema Penitenciario Mexicano*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F., 1993.

DIEZ RIPOLLES, José Luis. *Alternativas a la actual legislación sobre drogas*, en Nuevo Foro Penal, N° 54, Temis, Bogotá, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco y AUNION ACOSTA, Bella. *Drogas y derecho penal*, en Nuevo Foro Penal, N° 54, Temis. Bogotá, 1991.

SABATER, Fernando. *El estado clínico*, en No hay Derecho, año III, N° 8, diciembre, Buenos Aires, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal en materia de drogas en Argentina*, en Nuevo Foro Penal, N° 54, Temis, Bogotá, 1991.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *El discurso de la droga o el juego de la doble moral*, en Libro Homenaje al Dr. Jorge Zavala Baquerizo, Edino. Guayaquil, 1992.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *La cárcel: utopía y realidad*, en Criminología y Derecho Penal, año I, julio-diciembre, N 2 2, Edino, Guayaquil, 1992.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROYECTO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

INTRODUCCION

En más de una ocasión hemos expresado nuestra posición contraria al abuso de poder con la prisión preventiva, que es lesiva al *principio de inocencia*. La prisión preventiva que rebasa cualquier límite prudencial y razonable es abiertamente inconstitucional y fractura el discurso legitimador del *sistema penal*¹.

Es necesario atemperar el abuso con la *prisión preventiva* que se convierte fácilmente en un instrumento perverso del control social formal. Recordamos algunas propuestas desinstitucionalizadoras ya formuladas:

- 1.- La caducidad del auto de prisión preventiva si el sindicado no es juzgado en un plazo prudencial y razonable².
- 2.- La necesidad de determinar la caución juratoria.

La conveniencia de limitar el auto de prisión preventiva para aquellos delitos más graves (o de mayor costo social). Por ej. enlazados con penas que excedan de dos años de prisión.

¹ Cf. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso. *Temas de Criminología*: 1986. *Temas de Derecho Penal y Criminología*: 1988.

² Cf. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: 1966; Pacto de San José de Costa Rica (C.A.D.H.): 1969.

- 3.- La necesidad de un efectivo control de oficio del auto de prisión preventiva, tanto por el Ministerio Público como por la judicatura.
- 4.- La posibilidad de que se pueda examinar el auto de prisión preventiva por un Tribunal superior, aunque el sindicado no se encuentre privado de la libertad, pues su condición de prófugo no debe limitar el respeto pleno de sus derechos civiles y políticos, y el amparo constitucional de su inocencia.
- 5.- El acortamiento del plazo para la prescripción del ejercicio de la acción penal y de la pretensión punitiva.

Uno de los aspectos más importantes y de mejor logro en el *Proyecto de Código de Procedimiento Penal* es el relacionado con las medidas cautelares o de aseguramiento, y con las medidas alternativas (o sustitutivos de la prisión preventiva), con la cesación de la medida cautelar personal por la falta oportuna de juzgamiento. Advertimos la dificultad de articular por completo esta propuesta alternativa con la realidad carcelaria vigente (infra).

Pretendemos hacer un análisis comparativo entre el Código vigente con el *Proyecto*, en uno de los segmentos más importantes como es el relacionado con las medidas de aseguramiento, utilizando como metodología la interpretación sistemática. En algunos momentos debemos referirnos a la doctrina y jurisprudencia no nacionales, porque hay institutos procesales desconocidos en nuestro Derecho Procesal Penal.

Reiteramos nuestra firme e indeclinable creencia en un mejor *sistema penal*, altamente respetuoso de los derechos humanos como la mejor expresión del Estado de Derecho.

Es preciso que recordemos que tenemos una población carcelaria sometida al régimen de la *prisión preventiva* que supera el 70%; esto es que más del 70% de los internos que **se encuentran en las cárceles ecuatorianas** son constitucionalmente inocentes, pero se encuentran privados de la libertad sin sentencia condenatoria a firme. Sabemos que esta condena anticipada fácilmente puede ser legitimada con una sentencia.

La falta de respeto al derecho a la libertad ha sido la quiebra principal de nuestro actual *sistema penal*, por lo que la Administración de Justicia vigente es la principal responsable de la pérdida de confianza popular en la judicatura. La duración del proceso penal ha sido lamentablemente proclive al abuso por parte del Juez, y esto ha determinado que se crea que es preferible otorgar al Ministerio Público la etapa de investigación.

En *Criminología* estudiamos como parte de ella a la *Victimología* (a la que se llega incluso a considerar como ciencia autónoma), y en los últimos tiempos se estudia *La victimización del delincuente*. Esto significa preocuparnos del conjunto de derechos y garantías constitucionales y procesales que teóricamente asisten a un sindicado, procesado o reo; pero que en la práctica son sistemáticamente vulneradas por la maquinaria de la justicia penal.

En el ámbito legislativo esta tendencia a la *victimización del delincuente* puede ser apreciada por la tendencia a crear leyes más represivas como réplica al *principio de la intervención mínima*. En el ámbito policiaco hay una creciente ineficacia, corrupción y brutalidad, que degenera en prácticas abusivas y violatorias de derechos humanos.

En la esfera judicial -y aceptando un margen de error judicial- las peores críticas se refieren a la lentitud en la administración de justicia, y al abuso con las medidas de aseguramiento. Una ineficacia que en definitiva se convierte en *victimización judicial*.

En el plano ejecutivo se denuncia la llamada *victimización carcelaria*, derivada de la incongruencia que supone pretender habilitar para la libertad a través -precisamente- de la privación de la misma. Lo más criticable es el recurso fácil de su utilización (con la *prisión preventiva*) con un desprecio notorio de mecanismos sustitutivos que representan alternativas democráticas, socialmente menos nocivas.

Citamos como un formidable precedente de lo que debe significar la responsabilidad del Estado por una administración de justicia penal irrespetuosa del derecho a la libertad, la *sentencia condenatoria emitida el 15 de julio de 1988 por el Tribunal Supremo de España* que condena al Estado a un pago indemnizatorio de cuatro

millones de pesetas por el mal funcionamiento de un centro penitenciario, en el que un interno de 21 años de edad, en prisión preventiva, fue apuñalado por otros internos³. Los herederos de la víctima como consuelo consiguieron una decisión histórica.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROYECTO: FINES Y CLASES

(LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LAS PROPUESTAS ALTERNATIVAS ESTAN CONTEMPLADAS EN EL PROYECTO DESDE EL ART. 222 AL ART. 245).

Una breve advertencia

Para la debida comprensión de quien va a revisar por primera ocasión el *Proyecto* hay que mencionar que las notas explicativas constan al pie de página, y el número de la nota corresponde al número del articulado. En las notas vamos a encontrar en algunas ocasiones el fundamento doctrinario, y las fuentes de derecho procesal penal que han orientado el *Proyecto*.

Las fuentes de derecho procesal penal que se invocan en Proyecto, en el Título III (MEDIDAS CAUTELARES) son: CPP Ecuador; CPP Perú; PCPP Guatemala (1990); CPP Argentina; CPP Córdoba (1970); CPP Italia; CPP Costa Rica; Modelo Iberoamérica; Constitución Política del Ecuador; CPP Alemania Federal; CADH (OEA); OPP Alemania Federal; y Carta de ONU.

En el Proyecto (Art. 222) se expresa que las medidas cautelares o de aseguramiento tienen como fin garantizar la inmediación del imputado con el proceso, el pago de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales. Las medidas de aseguramiento *personales* son: la detención y la prisión preventiva. Las medidas cautelares *reales* son: la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo.

³ LANDROVE DIAZ Gerardo. *La victimización del delincuente*, en Justicia y Derechos Humanos, Lima, 1991, p. 152.

Comentario:

En esta parte el *Proyecto* es similar con lo que dispone el Código de Procedimiento Penal vigente (Arts. 170-171).

Se establece expresamente en el *Proyecto*, la prohibición de disponer otras medidas cautelares personales.

En la práctica ha venido ocurriendo que *Jueces de Instrucción* y la propia Policía deciden en más de una ocasión medidas no previstas, como el impedimento de salida del país (similar al arraigo que procede en ciertas circunstancias en contra de los extranjeros).

LA EXPRESION IMPUTADO

Con frecuencia en el *Proyecto* se utiliza la voz o expresión *imputado* para referirse a toda persona a quien se haya presentado o se pretenda presentar una reclamación penal; así se denomina también a la persona detenida por la presunta participación en un hecho delictuoso o a la que se señala como tal en la fase de instrucción.

El Prof. VELEZ MARICONDE expresa que, «con expresión genérica –especialmente destinada a establecer el instante en que surge el derecho de defensa– el imputado es el *sujeto esencial de la relación procesal a quien afecta la pretensión jurídico-penal deducida en el proceso; pero asume esta condición –aún antes de que la acción haya sido iniciada –toda persona detenida por suponérsela participe de un hecho delictuoso e indicada como tal en cualquier acto inicial del procedimiento*⁴.

El profesor de la Universidad de Córdoba sostiene que la *acción penal* no se dirige *en contra del imputado* sino *hacia el órgano jurisdiccional*, lo que se dirige en contra del *imputado* es la pretensión punitiva. Lo que debe quedar en claro es que se pretende

⁴ VELEZ MARICONDE Alfredo, *Derecho procesal penal*, Tomo II, Lerner, Buenos-Aires, 1969, p. 335.

hacer efectivo el derecho a la defensa en todo momento; desde el inicio del proceso.

CADUCIDAD DEL AUTO DE PRISION

Uno de los aspectos de mayor trascendencia en el *Proyecto* es la caducidad del auto de prisión preventiva en tres hipótesis (Art. 223):

a.- Cuando la *prisión preventiva* sobrepase la pena máxima prevista para el delito.

Cuando exceda el plazo de un año para delitos cuya pena máxima sea de hasta cinco años (por ej. hurto, estafa, extorsión, estupro, etc.).

b.- Cuando exceda el plazo a dos años para los delitos cuya pena sea superior a los cinco años (por ej. tráfico de drogas, violación, falsedad en instrumento público, homicidio, asesinato, etc.).

Comentario:

En la nota 223 que consigna el *Proyecto*, se manifiesta que la libertad del imputado durante el proceso podrá ser limitada excepcionalmente por el peligro de fuga. Como principios para orientar la aplicación excepcional de la medida cautelar personal se consignan:

a.- La *ilegalidad* de la *prisión preventiva* cuando produce más sufrimientos que los necesarios para impedir la fuga.

Un parámetro legitimante estará dado por las condiciones carcelarias de manera que si éstas se traducen en una fuente adicional de sufrimientos, sería ilegal la *prisión preventiva*.

b.- La *proporcionalidad* entre la *prisión preventiva* y el castigo (pena) que se espera.

c.- La *temporalidad* de la medida cautelar.

Vale decir, que si en este momento entrara en vigencia el *Proyecto* del nuevo Código de Procedimiento Penal, la realidad del sistema carcelario determinaría la inmediata libertad del 72% de

los internos que se encuentran en las prisiones ecuatorianas sometidos al régimen de la *prisión preventiva*. Este principio en la práctica va a resultar inaplicable.

LIMITACION A LA PRISION PREVENTIVA

En el Art. 224 del Proyecto se establece la prohibición de dictar *prisión preventiva* en los delitos de acción penal privada, en los que no tengan prevista pena privativa de libertad y en aquellos que tengan prevista una pena máxima inferior a un año.

Comentario:

Aunque es razonable la propuesta de limitar el ejercicio de la violencia estatal en delitos de bajo costo social, es contradictorio el *Proyecto* con tal propuesta. En la forma en que está redactado el artículo citado es de menor beneficio excarcelario que el Art. 179 del CPP vigente, pues en éste la garantía procesal de excarcelación alcanza a aquellos delitos sancionados **con una pena que no exceda de un año de prisión**.

Esto es que en el Código actual la garantía es para delitos de **hasta** un año de prisión, y en el Proyecto para delitos de menos de un año de prisión.

LA EXIMICION DE PRISION POR COMPARECENCIA

Se consagra en el Art. 225 del *Proyecto*, el derecho del imputado para presentarse ante el Ministerio Público, pidiendo ser escuchado y que se le garantice su plena libertad.

Comentario:

En la nota 225 del Proyecto se aclara que no se trata de una medida cautelar sino del ejercicio de un derecho (presentarse ante el Ministerio Público) que tiene como fin **que el imputado conozca con certidumbre si se le va o no** a aplicar una medida cautelar. Es un instituto nuevo en nuestro sistema procesal que no sabemos si en la práctica signifique una verdadera garantía de eximición de prisión, pues de acuerdo con el *Proyecto* el competente para disponer la *prisión preventiva* es el Juez o Tribunal y no el Ministerio Público.

Esto nos lleva a sostener que hay un evidente error en el *Proyecto* porque el destinatario de esa petición de garantía de libertad, debe ser el órgano competente para privar de la misma que es el Juez o Tribunal y no el Ministerio Público. Este excepcionalmente podrá ordenar la *detención* para pedir posteriormente la *prisión preventiva al Juez o Tribunal* (Cf. Art. 227 del *Proyecto*).

LA EXCARCELACION Y LA EXIMICION DE PRISIÓN

El Art. 230 del *Proyecto* contiene los presupuestos procesales objetivos y subjetivos de la *prisión preventiva* que es parecido al Art. 177 del CPP vigente, nos interesa destacar los presupuestos procesales que permiten la *prisión provisoria*. «Cuando el Juez o Tribunal lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado al proceso o asegurar el cumplimiento de la pena, se puede ordenar la *prisión preventiva*, después de oído el imputado...»

Como dice ALFREDO VELEZ la *prisión preventiva*, «es un estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la sustanciación del proceso, cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de la libertad, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal»⁵.

En la nota 230 del *Proyecto* se deja constancia de que en el diseño de la *prisión preventiva* se han cumplido con las exigencias de la Constitución Política (respeto al principio de inocencia), y los lineamientos que orientan al Código acerca de la excepcionalidad de la medida, insistiéndose en la necesidad de evitar la fuga como presupuesto procesal indispensable de la *prisión preventiva*.

El Art. 233 del *Proyecto* contiene los *sustitutivos de la prisión preventiva*, del que destacamos por la vinculación con el tema por el momento la relación con el peligro de fuga, expresándose:

«Siempre que el peligro de fuga pueda evitarse con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el Juez o Tribunal de oficio debe preferir imponerle en lugar de la *prisión preventiva*, una o varias de las alternativas siguientes...»

Por la estrecha relación que tiene el tema del plazo de la privación de libertad (*prisión preventiva*), el fundamento de su necesidad en el *peligro de fuga*, la caducidad de la *prisión preventiva* y sus efectos, así como la garantía de libertad precedentemente citada, es preciso hacer algunas puntualizaciones.

El Art. 223 del *Proyecto* fija límites a la privación provisoria de la libertad (bajo *prisión preventiva*), a uno y dos años.

Si transcurren estos plazos, sin llegar a una sentencia condenatoria a firme se produce la caducidad del auto de *prisión preventiva* y el que se encuentra en *prisión*, puede demandar la cesación de la *prisión preventiva*, lo que se traduce en el otorgamiento de la libertad.

El Art. 232 numeral 3) del *Proyecto* dispone la finalización de la privación de la libertad, cuando la duración exceda los plazos previstos en el Art. 223 (por un error en el *Proyecto* se menciona el Art. 229 que se refiere al allanamiento). El Art. 240 del *Proyecto* establece el examen obligatorio de la *prisión preventiva* cada tres meses por el Juez o Tribunal, de manera que vencidos los plazos del Art. 223 de oficio procedería la libertad plena del imputado.

Como ejemplo: podría ocurrir que un procesado por tráfico de drogas, violación, asesinato, etc. se encuentre privado de la libertad y al llegar a los dos años no se hubiese dictado aún sentencia condenatoria a firme, si esto acontece debería ser puesto en libertad. En el caso de delitos sancionados con penas de hasta cinco años de *prisión*, la libertad se debería otorgar al cumplirse un año bajo el régimen de *prisión preventiva*.

Nota: No existe ninguna causa o razón de interés social que impida o limite el otorgamiento de la excarcelación al vencerse los plazos máximos de duración de la privación de la libertad en *prisión preventiva*, no obstante la gravedad del delito como en los casos de crimen organizado, asesinatos múltiples, violaciones seguidas de muerte, tráfico de estupefacientes, etc.

⁵ VELEZ MARICONDE Alfredo, en ob. cit. p. 507.

CRITERIO DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

Como se trata de institutos nuevos en nuestro sistema procesal penal, no tenemos aún un criterio doctrinario propio, y menos criterios jurisprudenciales orientadores o clarificadores de algunos aspectos importantes, de allí la necesidad de recurrir al precedente doctrinario y jurisprudencial ya existente.

La Excarcelación

«Es un procedimiento devolutivo del derecho a la libertad, que procede en los casos que una persona sometida a proceso ha sido privada de la misma como medida asegurativa. Pero esta libertad se devuelve con ciertas sujeciones o cauciones (y de ahí que se hable también para estos supuestos de libertad caucionada) destinadas a lograr la comparecencia del justiciable a la causa todas las veces que fuera necesario, por lo que tiene a la vez un carácter limitativo y provisional, pudiendo revocarse por causas que la misma ley establece y que, en lo fundamental, se aúnan en torno a situaciones que impliquen el quebrantamiento de los compromisos contraídos»⁶.

Con la locución *excarcelación* por nuestra parte hacemos referencia al derecho a la liberación de un imputado en toda su amplitud, vale decir, que ésta puede tener como precedente una libertad *caucionada* o el otorgamiento de la misma cuando han vencido los plazos de la *prisión preventiva*.

Presupuesto procesal de la *prisión preventiva* es el peligro de fuga y de allí la necesidad de la medida de aseguramiento.

Más ocurre que si se agota el plazo de duración de la *prisión pre-ventiva* procede la excarcelación aunque no ha desaparecido el peligro de fuga. Esto en definitiva se traduciría en fuente de impunidad por culpa de una Administración de Justicia morosa.

⁶ VASQUEZ ROSSI Jorge, *Curso de derecho procesal penal*, Santa Fé, 1985, p. 279.

La jurisprudencia argentina considera que si bien el *juicio previo* y el *estado jurídico de inocencia* conforman la fuente del derecho a la excarcelación, la necesidad de asegurar el sometimiento al proceso del imputado, y eventualmente el cumplimiento de una pena privativa de la libertad, lleva al Estado al encarcelamiento preventivo del individuo –limitado en su duración temporal– con miras a garantizar el cumplimiento de los fines del proceso en especial y el aseguramiento de la justicia en general⁷.

La excarcelación es una aplicación práctica del principio de inocencia dentro del proceso penal que en específicas y taxativas ocasiones cede espacio en aras de la real efectivización de las resoluciones judiciales, y cuando existe un peligro cierto o presumido por la ley de frustración en caso de que el agente goce de libertad provisoria.

El peligro de fuga es igual a eludir el sometimiento a proceso o a burlar la acción de la justicia. El *Proyecto* no nos indica criterios rectores para presumir razonablemente el peligro de fuga, esto es que el imputado en caso de gozar de libertad no se someterá voluntariamente a proceso. Podemos suponer que un criterio orientador sea el de la gravedad de los delitos imputados, las circunstancias de su comisión como cuando se trata de actos delictivos perpetrados por el crimen organizado (por ej. actos de terrorismo), casos en los que para garantizar la comparecencia del imputado al proceso sea *necesaria la prisión preventiva*.

La jurisprudencia argentina nos orienta con algunas resoluciones que permiten racionalizar la posibilidad de que el imputado pretenda *eludir el sometimiento al proceso*, negando el derecho a la excarcelación en circunstancia en que se ha dispuesto la expulsión del país de un extranjero, por resultar evidente que burlará la acción de la justicia y su sometimiento a proceso (sic).

⁷ Ver, BERTOLI NO Pedro J., *Excarcelación y eximición de prisión de la provincia de Buenos Aires*. Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 8.

En otros casos ha negado este derecho o beneficio porque la pluralidad de intervinientes y la gravedad del hecho delictivo hacen presumir que de concederles su libertad procurarán eludir u obstaculizar su sometimiento al proceso.

Otras causas para la negativa del derecho a la *excarcelación* han sido el *peligro para bienes jurídicos*, en relación a las víctimas en caso de extorsión, privación ilegal de la libertad y resistencia a la autoridad; la *peligrosidad* de la imputada; la *reiteración delictual*⁸.

Se trata de situaciones que autorizan razonablemente a presumir que el o los imputados van a tratar de eludir u obstaculizar la investigación o eludir el sometimiento a juicio. Vale decir, que cada caso en concreto podría permitir la negativa de la *excarcelación*, cuando deba presumirse razonablemente que el pretense beneficiario tratará de eludir la acción de la justicia o su sometimiento al proceso.

DIFERENCIA ENTRE LA EXCARCELACION Y LA EXIMICION DE PRISION

Ya hemos manifestado que la *excarcelación* es un derecho a la libertad que hace efectiva las garantías constitucionales que la amparan. La *eximición de prisión* es un derecho del imputado que tiene por objeto evitar una privación de la libertad innecesaria, que puede surgir como consecuencia de la imputación de un delito, independientemente de si ha sido procesado o no, o de si existe una orden de detención o prisión.

La diferencia con la *excarcelación* reside en que en ésta el imputado debe estar privado de la libertad, y en la *eximición de prisión* no está privado de ella y el fin que se persigue es evitar que se ordene el encarcelamiento o que se cumpla, esto es que puede o no haberse dictado la orden de prisión. La *eximición de prisión* es procedente en todos aquellos casos en que procede la *excarcelación*.

⁸ Cfr. BERTOLINO Pedro J., en ob. cit. p. 33.

El Prof. CLARIA OLMEDO al comentar los caracteres de la *excarcelación* mediante *caución*, sostiene que más que un beneficio es en verdad un derecho: «En primer término debe afirmarse que la obtención de la libertad caucionada es un derecho del imputado y no un simple beneficio.

Es el derecho constitucional de evitar el encierro durante el proceso cuando puede ser sustituido por otro tipo de seguridades menos gravosa a cuyo constreñimiento se somete voluntariamente. Ese derecho a coerción más benigna surge como una manifestación del principio de inocencia y aparece establecido en la Constitución Nacional...»⁹.

El Prof. VELEZ MARICONDE, afirma que la *excarcelación* implica «un estado provisional de libertad, sometida a especiales vínculos, en que el procesado se encuentra cuando se evita o se hace cesar la prisión preventiva», y en el aspecto subjetivo sostiene que no es un simple beneficio que la ley le acuerda, sino un derecho que nace de la Constitución¹⁰.

En el versado criterio del Prof. VELEZ se puede utilizar la expresión *excarcelación* con propiedad, tanto cuando nos referimos a la libertad caucionada como cuando nos referimos al ejercicio del derecho para evitar que se haga efectiva la *prisión preventiva*. Esta apreciación es consecuencia lógica de la inexistencia normativa de la *eximición de prisión* en el Código de Procedimiento Penal que comentaba el citado profesor.

La jurisprudencia argentina al referirse a la *eximición de prisión*, hace esta aclaración «la *excarcelación* procede únicamente cuando el procesado se hallare detenido. Si bien en el caso en estudio se ha invocado erróneamente este instituto procesal, existiendo con la *eximición de prisión* una relación de género a especie y debién-

⁹ CLARIA OLMEDO Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1966, p. 309-310.

¹⁰ VELEZ MARICONDE Alfredo, Ob. cit. p. 521

dose estar a lo más favorable al imputado, corresponde su tratamiento como tal»¹¹.

Con la *eximición de prisión* prevista en el Art. 225 del *Proyecto*, se pretende que un imputado consiga un pronunciamiento del Juez o Tribunal de que no se le va a ordenar la prisión.

Detención por parte del Ministerio Público

En el Proyecto (Art. 227) se le otorga capacidad al Ministerio Público para ordenar la detención de un imputado. Es una medida de aseguramiento previo para solicitar al Juez o Tribunal que disponga la *prisión preventiva*. La detención no tiene como finalidad investigar al sujeto, lo que se pretende es que le permita al Ministerio Público demandar del Juez o Tribunal la prisión. El plazo de esa detención es de veinticuatro horas.

No tenemos precedente en nuestro sistema procesal sobre esta medida.

Prisión preventiva después de ser oído el imputado

El Art. 230 del *Proyecto* determina como un presupuesto de procedibilidad que el imputado sea oído. No parece haber dificultad que se admita que este presupuesto se cumple cuando es escuchado a través de su defensor oralmente o por escrito. De conformidad con el Art. 91 del *Proyecto* si se encuentra privado de la libertad se le recepta la declaración *indagatoria*, caso en el que también sería oído.

CESACION DE LA PRISION PREVENTIVA

La finalización de la prisión preventiva está prevista en el Art. 232 del Proyecto, pero advertimos que se refiere a la cesación de la medida cautelar cuando está privado de la libertad pues así lo dice el primer inciso.

¹¹ Cit. en BERTOLINO Pedro J., ob. cit. p. 54.

Las causas de *excarcelación* son:

1. La revocabilidad por la desaparición de los presupuestos que le dieron origen. O cuando puede ser sustituida por una medida alternativa (caución de las previstas en el Art. 233).
2. La duración que supere a la condena que se espera.
3. Cuando la duración exceda los plazos previstos en el Art. 223 del *Proyecto* (uno y dos años).
4. Cuando se haya convertido en una pena anticipada o no se pueda garantizar el tratamiento previsto en el Art. 238.

En la práctica y de acuerdo con nuestra realidad penal o penitenciaria esta disposición (Art. 238) es inaplicable, pues se dice que el *preso preventivo* debe ser tratado de modo que la prisión no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para *evitar la fuga*, esto es que no genere males mayores que la sola privación de libertad, porque si esto ocurre debe disponerse la libertad.

Como no cabe el juzgamiento en ausencia puede ordenarse la detención para asegurar el sometimiento a juicio.

CADUCIDAD DE LA INSTRUCCION FISCAL: APELACION

La *prisión preventiva* cesaría también en otro supuesto: cuando se declare *extinguida la acción penal por la caducidad de la instrucción fiscal*. De acuerdo con el Art. 253 del *Proyecto* la *instrucción fiscal* debe concluir dentro de los sesenta días. La Corte Superior puede otorgar una prórroga de manera excepcional y concluida ésta, el Juez debe declarar extinguida la acción penal.

Por la importancia del tema es preciso referirnos a una *prescripción excepcional* proveniente de la morosidad del Ministerio Público que no cumple con la *instrucción fiscal* en el plazo de sesenta días más una prórroga que le puede conceder la Corte Superior.

Esta prescripción que con propiedad puede serlo de la pretensión punitiva y no de la acción, que como poder ya se habría ejercido; debe ser suficientemente apreciada porque resulta injus-

to que se cancelaría la potestad punitiva por la negligencia, descuido o por un actuar doloso del responsable de la *instrucción fiscal*. El rigor podría ser atemperado permitiendo la intervención de otro fiscal y escuchando a los ofendidos por ejemplo, sin perjuicio de las acciones a que diese lugar la actuación del fiscal moroso.

De conformidad con el Art. 312 numeral 7), procede el *recurso de apelación* del auto que declare la extinción de la acción penal como el que comentamos. Es interesante recordar que de conformidad con el Art. 311 del *Proyecto*, la interposición de un recurso *suspende la ejecución* de la decisión, salvo que expresamente se disponga lo contrario. Esto es que la decisión no se cumple a menos que se disponga lo contrario.

En un caso como el comentado, la *cesación de la prisión preventiva*, si se produce la *apelación* de la extinción de la acción penal (o de la pretensión), no tendría lugar sino cuando el Superior confirme la extinción. Esta apelación es diferente de la prevista en el Art. 242 del *Proyecto* que se refiere a la impugnación de las decisiones del Juez o Tribunal con respecto a las medidas cautelares (infra) en que se determina expresamente que la impugnación no tiene efecto suspensivo.

No nos referimos en esta sede y en estos breves comentarios a la prescripción de la acción penal por vencimiento de los plazos previstos en los Arts. 63 y 64 porque el acortamiento de los plazos cuando se ha iniciado el proceso es a la mitad, de manera que la reducción sería a 2 años y medio si se trata de delitos reprimidos con pena de hasta cinco años, y de 5 años cuando el delito está reprimido con pena superior a los cinco años.

Recordamos que la caducidad del auto de prisión preventiva tiene plazos máximos de uno y dos años.

SUSTITUTIVOS DE LA PRISION PREVENTIVA

Las *alternativas o sustitutivos de la prisión preventiva* están previstos en el Art. 233 del *Proyecto* en el que se determina la imperatividad por parte del Juez o Tribunal de utilizar uno o varios *sustitutivos de la prisión preventiva*, siempre que el peligro de la fuga se pueda evitar con la aplicación de esas u otras medidas.

El módulo para *racionalizar la* utilización de las *medidas alternativas* está dado por la posibilidad de fuga (up supra) a cuyos comentarios nos remitimos. Esto es que la posibilidad o peligro de fuga es un impedimento para sustituir la *prisión preventiva* en casos como los ya analizados (gravedad del delito, calidad de los imputados, antecedentes de fuga, ocultamiento de domicilio, crimen organizado, etc).

El monto de la garantía cuando es real o personal lo determina racionalmente el Juez sin estar sujeto a cálculos matemáticos como acontece en el CPP vigente. En determinados delitos puede servir como módulo cuantificador el monto del daño material ocasionado y las posibilidades económicas del imputado.

En el artículo citado se prevén medidas alternativas de diferente calidad incluyendo las constituidas por *cauciones personales y reales* (fianzas, prendas e hipotecas), depósitos de dineros, valores, así como la *caución juratoria* que es un sustitutivo de la *prisión preventiva* nuevo en nuestro país.

Hay otras medidas alternativas como el *arresto domiciliario*, la obligación de someterse a la vigilancia o cuidado de una persona o institución determinada, de comparecer periódicamente ante el Juez o Tribunal, la prohibición de ausentarse del país o de una determinada localidad, de concurrir a determinadas reuniones o lugares, etc.

DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ

Un aspecto también importante del *Proyecto* es que no hay limitaciones expresas o taxativas para negar el derecho a la *excarcelación*, -esto es que en principio el monto de la pena no tiene relevancia y si el imputado demanda que se otorgue la *excarcelación* le corresponde al Juez o Tribunal aceptarla o negarla. Para esto deberá racionalizar el *peligro de fuga* como paso previo para optar por una *medida alternativa*.

Hemos explicado ya que en cada caso el Juez o Tribunal examina la posibilidad o *peligro de fuga* (que incumpla el sometimiento a juicio) con criterio de *razonabilidad*. «El temor a que el imputado obstaculice o fruste la realización del juicio mediante su fuga,

determina en los códigos el mantenimiento de su encarcelamiento preventivo, pues su excarcelación será denegada cuando *hubiere vehementes indicios de que tratará de eludir la acción de la justicia*¹².

El Juez o Tribunal no puede obligar al imputado a que ofrezca o constituya una *caución excarcelaria* que no puede cumplir como sería el depósito de dinero, si solamente ha ofrecido la caución juratoria.

La elección del tipo de caución queda librada al prudente arbitrio judicial, que puede tomar como criterios la naturaleza del delito, las condiciones personales y los antecedentes del sujeto. «Sin embargo se ha de tener en cuenta que la decisión judicial está regida por el principio de congruencia, por manera que si el beneficio fue solicitado bajo simple juramento compromisorio, no podrá ser otorgado bajo caución real... Pero la petición que no especifica el tipo de caución que se ofrece, habilita al tribunal a fijarla dentro de los amplios límites que admite el precepto»¹³.

Otro criterio de orientación estará dado por la cantidad de la pena conminada en abstracto por la ley para el hecho imputado, lo que llevaría a contrabalancearla con una caución de mayor significación. Entre las condiciones personales del imputado la situación económica debe ser prudentemente apreciada por el Juez o Tribunal, para determinar la cuantía de la caución o garantía real o personal.

Debe considerarse que la situación económica no debe constituir un privilegio que convierta a los *sustitutivos de la prisión preventiva* en medidas de privilegio.

«Es que si la fianza impuesta fuese muy elevada, el derecho a la libertad caucionada podría tornarse ilusorio o se consagraría un odioso privilegio en favor del próspero. La alternativa de la garantía tiende precisamente a evitar esa injusticia»¹⁴.

¹² CAFFERATA NORES, *La excarcelación*, 2da. edic. Tomo 1, Depalma 1988, Buenos Aires, p. 26.

¹³ ALMEYRA Miguel A., en CAFFERATA NORES, *La excarcelación...* ob. cit. p. 164.

¹⁴ ALMEYRA Miguel A., en ob. cit., p. 165.

EXAMEN DE LA PRISION PREVENTIVA: APELACION

Es destacable el establecimiento del *examen obligatorio* de la *prisión preventiva* consagrado en el Art. 240 del *Proyecto*. Este examen de oficio de la medida cautelar personal es una interesante innovación que permite mecanismos de autocontrol, y la posibilidad de la sustitución de la prisión por una alternativa a la *prisión preventiva* de las consignadas en el Art. 233, o la libertad plena del imputado.

En el Art. 241 del *Proyecto* se permite el examen de la medida cautelar de la *prisión preventiva a pedido* del propio imputado o de su defensor. En ambos casos el examen se produce en audiencia oral, y en el segundo caso dentro de las veinticuatro horas de propuesto.

Debe o no estar privado de la libertad el Imputado?

En nuestra opinión, parece ser que debiera estar privado de la libertad pues se refiere tanto a la *prisión preventiva* como a la *internación provisional*, y se hace referencia al examen en audiencia oral así como al otorgamiento de la libertad plena.

Apelación

Cualquiera que fuese la decisión del Juez o Tribunal en relación con las medidas cautelares, por ejemplo que las imponga o rechace, que otorgue o niegue la revocatoria, que conceda la sustitución mediante la concesión o constitución de una caución, que niegue el otorgamiento de la caución o garantía, etc., el Ministerio Público, el imputado o su defensor pueden apelar de la decisión impugnándola ante la Corte Superior.

La posibilidad de la *apelación* es también una importante innovación del *Proyecto* y tiende a hacer efectivo el derecho a demandar un mejor control de las medidas cautelares, por cualquiera de las partes (excepto el acusador particular) que se considere afectada con la decisión del Juez o Tribunal.

La *apelación no tiene efecto suspensivo* dice el Proyecto, lo que significa que la decisión del Juez o Tribunal se cumple sin perjuicio de que la Corte Superior la revoque. Esto es que si dispone por ejemplo una liberación ésta debería cumplirse o ejecutarse porque

la apelación no la afecta, igual ocurriría si acepta una medida sustitutiva de la *prisión preventiva*, o si niega la excarcelación o la prestación de una caución.

AMPARO PREVENTIVO E INDEMNIZACION

El amparo preventivo

Es un instituto procesal que ha sido ampliado en relación con la garantía de amparo de libertad o recurso de queja, previsto en el Art. 458 del CPP vigente.

El amparo está previsto en el *Proyecto* en el Art. 392 y permite el ejercicio del derecho a demandar la libertad aún en el evento de que no se hubiese ejecutado la *prisión preventiva*. No se requiere que esté privado de la libertad para que demande el amparo (respeto) de la garantía. Esta propuesta es coherente con el principio constitucional de inocencia y representa un significativo avance.

Interesa destacar un *efecto* de gran valía en materia de recursos que es la comunicabilidad de las circunstancias de favorecimiento del recurso. Esto significa que sus efectos benefician aún a aquel o aquellos que no han utilizado el *recurso*, siempre que la resolución emitida en su favor no se funde en motivos exclusivamente personales (Art. 311, inc. 1).

Si se interpreta correctamente el alcance de la *comunicabilidad*, la impugnación prevista en el Art. 242 y el amparo preventivo del Art. 392 deben favorecer aún a aquellos que no han ejercido tal derecho pues se trata de proteger el derecho a la libertad, hasta de oficio.

Indemnización por prisión preventiva

En el Art. 384 del *Proyecto* se consagra la indemnización por los días que ha estado privado de la libertad el imputado en *prisión preventiva*, cuando sea absuelto o se dicte en su favor auto resolutorio de sobreseimiento definitivo.

Este es un notorio avance para hacer efectiva la obligación del Estado de indemnizar en los casos de privaciones de la libertad

previstas como medidas de aseguramiento. Se pretende así limitar en alguna medida el abuso con la *prisión preventiva*.

REQUISA INCONSTITUCIONAL

Existe un rechazo unánime por parte de la doctrina que postula la vigencia de un derecho penal y de un sistema penal respetuoso del Estado de Derecho, a todas aquellas medidas de coerción o compelimiento que son abiertamente violatorias a la dignidad personal y constituyen un atentado al pudor, cometidas por la fuerza pública mediante requisas por tráfico de estupefacientes, principalmente.

Esta práctica abusiva de elementos policiales y militares que proceden a inspecciones vaginales o anales con el pretexto de buscar evidencias físicas en este tipo de delitos, es inhumana, cruel y degradante.

La práctica aberrante de este tipo de requisas vaginales o anales es abiertamente violatoria de derechos humanos relacionados con la intimidad y el respeto a la dignidad humana.

Si tal requisas aunque la efectúen mujeres es inconstitucional, resulta difícil entender las razones por las que en el *Proyecto* se pretenda declarar la legitimidad de actos humillantes y degradantes, violatorios de garantías constitucionales, cometidos incluso por *varones*.

La Constitución de la República consagra como *derechos de la persona* –entre otros– la prohibición de la tortura y todo procedimiento inhumano o degradante (Art. 19, 1) por lo que resulta inexplicable que en el Proyecto se permita la requisas corporal del imputado, que debe ser practicada por una persona del mismo sexo, salvo que no se encuentre alguna en el lugar y la demora importe peligro inminente de pérdida de un elemento probatorio (Art. 133).

Esta es una disposición peligrosa que permitiría la institucionalización del abuso, pues a pretexto de que es necesaria y que en el momento de la requisas corporal no se encuentra presente una persona del mismo sexo, con seguridad la requisas vaginal o anal

de una mujer por elementos *varones* de la fuerza pública se convertiría en una pésima costumbre.

Esta *requisita* estigmatizante, es contradictoria con el discurso ideológico del *Proyecto* que en más de una ocasión se proclama respetuoso de los derechos humanos del imputado y del principio de inocencia. Una prueba de tal contradicción la encontramos en el Art. 88 que se refiere a la investigación corporal del imputado, como cuando se le trata de extraer sangre para análisis de laboratorio, la que debe estar precedida por su consentimiento.

Con acierto sobre este tema, y comentando la *requisita* vaginal carcelaria, se ha manifestado: «admitiendo que en muchos casos la vagina haya sido utilizada para ingresar en los penales armas o drogas, también debe admitirse que la frecuencia de esa práctica no es significativa ni pone en peligro la seguridad colectiva del establecimiento... De otra parte el argumento de la droga tampoco es convincente. A pesar de que ciertamente la *requisita* ha propiciado la incautación de marihuana y basuco, sustancias que normalmente se obtienen por conductos públicamente reconocidos, las cantidades confiscadas no justificarían por sí solas el mantenimiento de ese denigrante sistema»¹⁵.

Si acudimos a la ecuación costo-beneficio cuya solución es admitida universalmente como un adecuado mecanismo de evaluación, llegaremos sin mayor esfuerzo a la conclusión que el costo en materia de derechos humanos, es mucho más alto que el *beneficio* de una *requisita* anal o vaginal inmoral y censurable. La preeminencia del respeto a la dignidad humana está muy por encima de cualquier argumento legitimante.

NUESTRA POSICION

Pudiese parecer que nuestra posición en estos comentarios sobre la *prisión preventiva*, resulte contraria con la posición que hemos mantenido en torno a buscar mecanismos alternativos para

¹⁵ PULIDO ESCOBAR María Claudia, «Por una cárcel humanitaria», en *Nuevo Foro Penal*, N° 46, Temis, 1989, p. 466-467.

desinstitucionalizarla. Tal apreciación no es exacta pues la preocupación ha surgido por las consecuencias inmediatas (la excarcelación) que se producen en caso de operar la *caducidad del auto de prisión preventiva*, sin excepción alguna.

Pensamos que puede discutirse la posibilidad de atemperar en casos excepcionales, el rigor de excarcelaciones que pueden resultar cuestionadas y socialmente intolerables por la gravedad de los delitos.

Como ejemplo evidente de la preocupación por la excarcelación sin límite cuando fenece el plazo de duración de la *prisión preventiva (caducidad)*, citamos la experiencia procesal en la provincia de Buenos Aires, cuyo Código de Procedimiento Penal en el Art. 437 señala que la prisión preventiva terminará a los dos años de la detención.

Se ha establecido en Buenos Aires un mecanismo regulador del otorgamiento de la libertad con leyes especiales complementarias del Código, que contemplan los sustitutivos de la prisión preventiva con medidas alternativas como son las diferentes cauciones o garantías.

La ley 10.484, llamada *Ley de excarcelación y eximición de prisión* fue publicada el 2 de marzo de 1987, posteriormente se la reformó mediante ley 10.594 del 24 de noviembre de 1987; y se dictó una ley reformativa posterior publicada el 8 de agosto de 1990, que es la 10.933.

En la ley 10.933 se consagra en su Art. 1 la excarcelación por alguna de las cauciones previstas en esa ley, estableciéndose en principio una limitación pues considera no excarcelables los delitos imputados con pena cuyo máximo supere los seis años (anteriormente el límite era de ocho años). Y en el literal i) se determina que si se tratare del caso previsto por el Art. 437 del CPP, en este caso la excarcelación sólo podrá denegarse por las causas previstas en el Art. 3 de la propia ley 10.933.

El Art. 3 citado dice que podrá denegarse la excarcelación cuando el juez o tribunal considerase que existen razones fundadas para entender que el detenido procurará eludir u obstaculizar la investigación o su sometimiento al proceso, o represente un

peligro cierto de lesión de bienes jurídicos o de reiteración delictiva, o que su conducta haya recaído sobre bienes que se encuentran en situación de desprotección (sic).

Este peligro podrá presumirse especialmente cuando se trate de delitos cometidos con pluralidad de intervinientes, en forma reiterada, o mediante la disposición para fines criminales de medios económicos, humanos o materiales organizados en forma de empresa, o en razón de antecedentes que permitan extraer indicios vehementes acerca de la peligrosidad del imputado (sic).

La jurisprudencia ha resuelto que si bien un procesado ha cumplido el plazo de dos años previsto en el Art. 437 del CPP, la gravedad del delito, la pena impuesta, el agravio del ministerio público, etc. constituyen fundadas razones para entender que de modificarse el criterio adoptado en el auto impugnado, el procesado procurará burlar la acción de la justicia.

En otro momento la Cámara de San Isidro (4/10/88) ha expresado que «si bien la situación encuadra en principio en el Art. 437 del CPP, no puede dejar de advertirse que en autos existe sentencia no firme que provee mayor certeza respecto a su eventual responsabilidad y por aplicación de lo normado en el art. 3 de la ley 10.594 a la que permite acceder el inc. i del art. 1 del mismo cuerpo normativo, corresponde denegar su excarcelación, en virtud de haberse cometido los hechos atribuido mientras gozaba del beneficio de libertad condicional por un delito similar que permite concluir que podría burlar la actuación de la justicia»¹⁶.

Es probable que debamos admitir que la experiencia procesal y jurisprudencial citada, ameritan un cuestionamiento al trámite de la excarcelación que deba concederse sin límites o parámetros de excepción, tal y como está prevista en el *Proyecto*.

Esta observación no significa contradicción alguna con la crítica sostenida que personalmente hemos formulado al abuso con la *prisión preventiva*, antes por el contrario, reafirmamos la necesidad de su desinstitucionalización en condiciones que no signifi-

¹⁶ BERTOLINO Pedro J., en ob. cit. p. 18.

quen una quiebra de la justicia ni una mayor pérdida de su credibilidad.

Por la similitud con el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación¹⁷, que se elaboró en Argentina, y en relación con algunos cuestionamientos formulados en estos comentarios, mencionamos que la inspección ‘corporal o mental prevista en el Art. 157 del *Proyecto* argentino contempla una requisita que es igualmente inconstitucional, redactada en términos parecidos a la que contempla el *Proyecto* ecuatoriano.

En relación con la caducidad de la *prisión preventiva*, el Art. 208 del Proyecto argentino se refiere a la cesación del encarcelamiento, manifestando que la privación de libertad finalizará cuando su duración exceda de un año, pero si se hubiera dictado sentencia condenatoria, podrá durar tres meses más.

El Tribunal de Casación a pedido del tribunal o del ministerio público podrá autorizar que el plazo de un año se prolongue hasta otro año más fijando el tiempo concreto de las prórrogas (sic). Parece un buen mecanismo de control de la prisión el que citamos.

En cuanto al plazo de la *instrucción* el Art. 262 del *Proyecto* argentino establece el derecho a solicitar al juez de instrucción, la fijación de un plazo prudencial para la conclusión de la investigación una vez que hubiesen transcurrido seis meses desde la individualización y comparecencia del imputado. Vencido el plazo el ministerio público debe emitir su criterio y si no lo hace a petición de parte o de oficio el juez procede a examinar las actuaciones y lo emplaza por última vez para que cumpla con los actos faltantes.

CONCLUSIONES

Intuimos las dificultades que pueda tener para su aprobación un *Proyecto* de Código de Procedimiento Penal, que constituye un giro copernicano en un segmento de nuestro *sistema penal* como es

¹⁷ Publicado en Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires. 1987.

el relacionado con el procedimiento. Apreciamos que tiene falencias como toda obra humana que es por su naturaleza perfectible, pero tiene institutos que deben ser valorados y que por su importancia resultan un aporte inmediato en esa lucha inagotada por una justicia penal menos violenta y más democrática.

En el orden de ideas antes manifestado, y en relación con las *medidas cautelares y los sustitutivos o alternativas* previstas en el *Proyecto* mencionamos como positivas:

- 1.- La excarcelación por la caducidad del auto de prisión preventiva cuando se vencen los plazos de uno y dos años de detención del imputado, con la salvedad de excepción que hemos formulado.
- 2.- La excarcelación mediante la prestación de una caución juratoria, pues así se haría realidad el principio constitucional de la igualdad ante la ley.
- 3.- La eximición de prisión por la presentación espontánea del imputado pidiendo que se le garantice que no va a ser privado de la libertad, pues se trata de conseguir un pronunciamiento coherente con el principio de inocencia. Destacamos el error del Art. 225 del *Proyecto* porque el requerimiento debería ser al Juez o Tribunal y no al Ministerio Público (up supra).
- 4.- El examen de oficio de la prisión preventiva por el Juez o Tribunal cada cierto tiempo.
- 5.- La apelación, de las medidas cautelares impuestas o rechazadas por el Juez o Tribunal para ante la Corte Superior, para encontrar un mecanismo de control y supervigilancia de las medidas de aseguramiento y de los sustitutivos o alternativas a las mismas.

El amparo preventivo de libertad cuando no se ha podido ejecutar el auto de prisión preventiva, vale decir, cuando el imputado se encuentra en calidad de prófugo, pues de lo que se trata es de rectificar una medida de aseguramiento improcedente que causa también agravio a quien no se encuentra privado de la libertad.

- 6.- La comunicabilidad de las circunstancias favorables de un recurso a aquellos imputados que no ejercieron el derecho a la impugnación, siempre que el favorecimiento no obedezca a circunstancias estrictamente personales.
- 7.- La obligación del Estado de indemnizar en los casos de privaciones de libertad como consecuencia de la prisión preventiva, cuando el imputado sea absuelto o se dicte a su favor sobreseimiento definitivo.

En nuestra opinión y en relación con la parcela del *Proyecto* que comentamos brevemente, son negativas:

- 1.- La caducidad de la *instrucción fiscal* con la extinción de la acción penal cuando transcurran sesenta días más el plazo que le otorgue la Corte Superior. Debe permitirse la intervención de otro fiscal y debe escucharse a la víctima o a sus parientes.
- 2.- La requisitoria corporal (Art. 133) que se traduciría en exploraciones vaginales o anales por parte de *varones*, so pretexto de buscar evidencias físicas. La relación costo-beneficio nos permite concluir sin mayor esfuerzo que es una práctica aberrante e inconstitucional.

MINISTERIO PUBLICO, ASISTENCIA LEGAL Y EL OMBUDSMAN O DEFENSOR DEL PUEBLO

Introducción

En la administración de justicia de fin de milenio se aprecia una ruptura epistemológica, que pretende incluso llegar a un modelo de sistema procesal penal acusatorio cuyos principios básicos son los de la acusación, contradicción, oralidad, publicidad, inmediación y concentración, y con la instrucción fiscal de la que debe depender la indagación policial¹. No obstante el avance constitucional en la búsqueda de mecanismos de control de las garantías constitucionales en el proceso penal, la experiencia forense nos hace mirar con preocupación la labor tributaria y dependiente de la instancia policial que sigue cumpliendo el ministerio público ecuatoriano.

El Art. 142 de la Constitución codificada dice a la letra:

“...Dentro del cumplimiento de sus obligaciones, el Ministerio Público conducirá las indagaciones previas y promoverá la investigación procesal penal con el apoyo de la Policía Judicial”. Lo que significa que desde el 16 de enero de 1996 la policía nacional carece de legitimidad constitucional para conducir las indagaciones previas y promover la investigación procesal penal, pero lo

¹ Ya está prevista esta carga para el Ministerio Público desde el 16 de enero de 1996 en la reforma constitucional y consta actualmente en la Constitución Política codificada y publicada en el RO No. 2 de 13 de febrero de 1997.

sigue haciendo con la anuencia de jueces y magistrados que siguen ignorando lo que es el respeto a la legalidad del debido proceso, y lo perverso y contradictorio que significa darle carta de ciudadanía a los “frutos del árbol envenenado”, alimentando así una cultura de irrespeto a un discurso medianamente garantista.

Igualmente coopera para que el Ministerio Público no llegue a su mayoría de edad, una llamada Ley Orgánica del Ministerio Público que debió ser llamada con propiedad “inorgánica”². Si se revisa el Art. 3 de la citada ley admitiremos que los autores de la misma menospreciaron la oportunidad histórica de ir potenciando un Ministerio Público que no sólo sea independiente y autónomo, sino y por sobre todo una institución que hoy cumple un rol de barrera de contención de los abusos del poder político y policial³, en cualquier Estado de Derecho medianamente informado, vale decir que se convierta en promotor de la defensa de los derechos humanos.

La real intervención del Ministerio Público

Esta posibilidad ha sido tan groseramente olvidada que en la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público se ha omitido consignar, al menos formalmente, su calidad de institución de contención del abuso en el Estado de Derecho y de custodio del respeto a los derechos humanos. Debe ser en estas condiciones difíciles que el Ministerio Público ecuatoriano pueda asimilar lo que significa el **principio de oportunidad**, la necesidad de reconocer que hay que propugnar la vigencia de un **derecho penal mínimo**, esto es que el derecho penal y el sistema penal debieran ser de **último ratio**. Esta propuesta de que el derecho penal debiera ser el último recurso del Estado y no el primero, es llamada por los organismos internacionales como de **extrema ratio**⁴, como nos recuerda el Prof. Juan Bustos Ramírez.

² Publicada en el RO No. 26 de 19 de marzo de 1997.

³ Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, en *Temas de Ciencias Penales*, editorial Offset Graba, Guayaquil, 1996, pp. 246, 265-266.

⁴ Juan BUSTOS RAMIREZ, en *Principios fundamentales de un derecho penal democrático*, publicado en Revista de Ciencias Penales, Costa Rica, marzo de 1994, año 5, No. 8, p. 16.

Del examen sugerido en la Ley Orgánica del Ministerio Público, encontramos que de manera impropia ni siquiera se respetó el alcance de la normativa constitucional pues en la letra a) se expresa entre los deberes y atribuciones del Ministerio Público, “Conducir las indagaciones previas y la investigación procesal penal con el apoyo de la Policía Judicial, ya sea por propia iniciativa o por denuncia en los delitos de acción pública...” y en la letra f) se dice que “debe intervenir de acuerdo con la Ley en las investigaciones de tráfico ilegal de estupefacientes...”.

El contexto anterior podría llevar a algún improvisado comentarista a sostener que en el caso de investigación de drogas ilegales, el Ministerio Público debe seguir siendo dependiente de la policía que investiga tales delitos y sólo dejaría de ser un “convocado de piedra” cuando se trate de otro tipo de delitos! Tal comentario trasnochado se apartaría del respeto y preeminencia que tiene la normativa constitucional, por encima de la que no puede estar ninguna ley como la de drogas que es una mala copia al carbón -por lo defectuosa- de la Convención de Viena de 1988⁵, que ha terminado por crear un régimen penal de excepción y cuyos costos son altamente lesivos para el respeto a la seguridad jurídica de cualquier ciudadano ecuatoriano o extranjero al que se le llegue a imputar alguna relación, aunque fuese de aquellas aberrantes fórmulas de responsabilidad penal objetiva.

Este procedimiento ha permitido institucionalizar el secuestro en las cárceles ecuatorianas, en las que se encuentran privados de la libertad, honestos empresarios e incluso abogados, con la etiqueta de narcolavadores o testaferros, con el silencio larvado y cómplice de un poder político corrupto y cobarde que no ha tenido el valor de declarar la inconstitucional de la Ley de Drogas de Ecuador vigente desde 1990.

Esta práctica perversa de permanente irrespeto a los derechos humanos ha tenido un aliado incondicional que ha sido el Minis-

⁵ Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, en *Carcel y Drogas: de la represión a la legalización*, editorial Edino, Guayaquil, 1994, pp. 89 y ss.

terio Público ecuatoriano, no obstante que en la misma reforma constitucional del 16 de enero de 1996 recogida en la codificación última de 13 de febrero de 1997, se prevé ya la exigencia constitucional de la **asistencia legal obligatoria** que con mucho esfuerzo va ganando terreno aunque no aceptación en el segmento policial. La disposición constitucional dice:

Art. 22, numeral 19, letra f) párrafo tercero "...El estado le garantiza: ...La libertad y seguridad personales. En consecuencia... Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aún con fines investigativos, por una autoridad policial, por el Ministerio Público o por cualquier otra del Estado, sin la asistencia de un defensor privado o, nombrado por el Estado para el caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto carecerá de eficacia probatoria".

Lo anterior significa que la asistencia legal o sea el derecho constitucional a contar con un defensor de confianza de cualquier persona que es indagada es de forzoso cumplimiento, y que solo cabe la intervención de un defensor público o de oficio de manera subsidiaria esto es cuando no se puede contar con un defensor privado. Este importante avance constitucional ha recogido la llamada enmienda Miranda o quinta enmienda constitucional de EE.UU.⁶, que garantiza el derecho a guardar silencio bajo la advertencia de que lo que se diga puede ser utilizado en contra del declarante, que éste tiene derecho a contar con su propio defensor y que en el evento de no poder contar con un abogado defensor de su confianza, el Estado lo proveerá de uno si así lo desea. Habrá que confiar en que el Ministerio Público en el Ecuador empiece a cumplir lo que dice la Constitución y la propia Ley Orgánica del 19 de febrero de 1997, que en el Art. 26 expresa:

⁶ Cf. Una breve sinopsis contenida en el Boletín Jurídico No. 16 de febrero de 1997, de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, p. 10.

"El Ministerio Público garantizará la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por infracciones pesquisables de oficio, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria".

Si bien es verdad que suena a una barbaridad -producto de la improvisación casi permanente de los redactores de leyes -decir: que se debe citar y notificar al abogado defensor (sic), si es importante rescatar la obligatoriedad del Ministerio Público **bajo la prevención de ineficacia probatoria de la actuación**, que se permita a la defensa aportar pruebas de descargo. Es aún prematuro intentar un diagnóstico siquiera aproximado del cumplimiento de esta garantía constitucional que debe respetarse no solo en una investigación policial bajo la dirección teórica del Ministerio Público, sino en cualquier investigación como podría ser la que efectúe la Contraloría General del Estado con ocasión de los exámenes especiales y auditorías, que carecerían de valor en todos aquellos casos en que se recepen testimonios informativos durante los exámenes o auditorías sin la asistencia legal obligatoria.

La necesidad de la asistencia legal

Formalmente la lucha por hacer efectivo el respeto por los derechos humanos se puede haber concretado en la Constitución Política vigente, pues los derechos civiles que tienen que ver con la libertad personal, la libertad de opinión, la integridad física y la libertad de reunión están consignados. Los derechos políticos así como los económicos y sociales están igualmente previstos, y los llamados derechos de cuarta generación como el Hábeas Data y los derechos ambientales, también constan.

Ya tenemos una ingrata experiencia como la que se dio con la institución del **amparo** que fue echada por la borda mediante resolución de la Corte Suprema de Justicia, que sin competencia legal pues no es Tribunal de Control Constitucional, ha declarado inaplicable el amparo mientras no se dicte la Ley que norme su aplicación, no obstante que se lo consigna en el Art. 31 de la

Constitución⁷. El procedimiento previsto en la carta fundamental es realmente breve y sumario pues no puede un juez requerido abstenerse de tramitarlo y debe convocar a las partes a una audiencia dentro de veinticuatro horas, debiendo si lo encuentra fundado ordenar la suspensión de cualquier acción actual o inminente que pudiere traducirse en violación del derecho constitucional.

La decisión del juez debe darse en las cuarenta y ocho horas y la misma es de cumplimiento inmediato. La providencia de suspensión debe ser consultada obligatoriamente ante el Tribunal Constitucional que es igualmente Tribunal de Alzada cuando se interpone recurso de apelación, por la negativa de la suspensión.

Mediante circular No. 1488 de 28 de noviembre de 1996 la Corte Suprema de Justicia hace conocer a los magistrados y jueces el informe de la Comisión encargada de estudiar el **amparo constitucional**, acogido por el Pleno de la Corte, que hace un estudio en el que se destaca la contradicción constitucional entre el Art. 21 que manda a los jueces a velar por la eficacia de los derechos garantizados por la Constitución y el 172 que permite a la Corte Suprema y a los tribunales de última instancia, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido, declarar inaplicable un precepto legal contrario a las normas constitucionales. Esto impide que se haga efectivo el Art. 31 que alude a la competencia nacida de una Ley para conocer del amparo, pues mientras dicha Ley no se dicte el amparo carece de vigencia real o efectiva.

⁷ **Art. 31.-** “Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública, violatorio de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente a mas de grave e irreparable...”.

Retornando a nuestro comentario, el Hábeas Corpus⁸ que ha sido constitucionalmente previsto en el Ecuador, se mejora con la **asistencia legal obligatoria** ya referida. El precedente de esta garantía es la Ley Miranda que tiene vigencia a partir de 1966 en EE.UU. Con ocasión del caso “Miranda vs. Arizona” en el que se juzgó al Estado de Arizona por el uso inadecuado del testimonio de cuatro detenidos a quienes se les receptó sus testimonios mientras permanecían bajo custodia policial sin ser advertidos de sus derechos a no dar testimonios incriminatorios. El fallo ha brindado la base legal para que quienes rinden testimonios se puedan defender de los abusos de los agentes del orden haciendo efectivo el derecho que tiene cualquier persona que se encuentre detenido o no, para rendir testimonio con la presencia de su abogado y fundamentalmente a ser instruido del derecho a no declarar (guardar silencio) a fin de evitar una autoinculpación.

La Ley o enmienda Miranda es un sólido pilar en la estructuración del **debido proceso penal** que no puede ser tal, sino aquel en el que se han respetado los derechos y garantías que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una investigación o en contra de quien se ha iniciado un proceso penal para juzgar su conducta.

La asistencia legal en el proyecto de Código de Procedimiento Penal

En 1992 la Corte Suprema de Justicia dio a conocer el proyecto de un nuevo Código de Procedimiento Penal para el Ecuador en el que ya se contempla de manera organizada la presencia del defensor en el proceso penal⁹. Posteriormente y en septiembre de 1995 la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD)

⁸ Sugerimos revisar el trabajo de Edmundo René BODERO, *El amparo de libertad*, 1996, en el que con propiedad se distinguen el amparo de libertad y el hábeas corpus (p. 35 y ss.) y se hace una aguda crítica a la justicia ecuatoriana (p. 97 y ss.).

⁹ Cf. artículos 103 a 116, que se encuentran en el Título IV del Defensor.

que había suscrito un convenio corporativo con la Agencia Internacional para el Desarrollo (AID), designó una Comisión de profesores para que revise el proyecto de la Corte Suprema de Justicia y presente un nuevo documento que para abril de 1997 se encuentra concluido.

En el documento de los miembros de la Comisión que hemos seguido trabajando hasta su conclusión¹⁰ hemos consignado una serie de garantías procesales en favor del imputado y de cargas u obligaciones en referencia al defensor. Se prevé así la asistencia legal obligatoria debiendo contarse con un defensor de confianza del imputado y solo en falta de éste se podrá recurrir a un defensor público o a uno de oficio. El defensor está obligado a instruir al imputado de su derecho a guardar silencio; el fiscal no se puede comunicar con el imputado sin la presencia de su defensor; se reconoce el derecho a no autoincriminarse de manera que no puedan obtenerse sin el expreso consentimiento del imputado muestras como las de saliva, sangre, orina y¹¹ semen.

En el mismo documento de la CLD se reitera la ineficacia probatoria de todo acto procesal que vulnere garantías constitucionales y que la ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueren consecuencia necesaria de ella. Con esto insistimos mucho en la legalidad del debido proceso y en negar el acceso a los “frutos del árbol envenenado” que constituyen la fuente natural de la prueba en el proceso penal ecuatoriano, porque creemos firmemente que esta es la única vía legítima para cambiar el paradigma de un sistema penal indolente

¹⁰ Hemos supervivido como miembros de la Comisión, los doctores Edmundo Durán Díaz, ex-Fiscal General y profesor titular de derecho procesal penal, Walter Guerrero Vivanco, ex-Presidente de la Corte Suprema de Justicia y profesor titular de derecho procesal penal, y el autor de este opúsculo que es igualmente profesor titular de derecho procesal penal.

¹¹ Se pueden examinar entre otros, los artículos 88, 90 y 100 del documento de la CLD.

y arbitrario en el que la defensoría pública ha sido igualmente legitimadora del abuso policial.

En el proyecto de la CLD hemos extrapolado la Ley Miranda y otras enmiendas de EE.UU como la cuarta que garantiza el derecho de defensa y sanciona como carente de valor cualquier prueba indebidamente practicada de manera que no pueda ser admitida como evidencia incriminatoria en el proceso. La cuarta enmienda dice: “La gente tiene derecho a la seguridad en cuanto a su persona, bienes, papeles y pertenencias, contra allanamientos y secuestros irrazonables efectuados, incluso, sin ninguna orden. En el supuesto que se llevara a cabo, deberá contener una descripción particular del sitio que se ha de allanar y las personas o cosas que se secuestren”¹².

Cuando se han empezado a dar los primeros pasos para un giro copernicano y para un cambio del paradigma han surgido voces no autorizadas que han criticado lo que significaría un anhelo despertar en esa inacabada lucha por hacer efectivo el respeto a las garantías constitucionales y procesales no obstante que ha pasado mas de un año desde las reformas constitucionales y no se dicta la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura¹³, **órgano administrativo y de gobierno de la Función Judicial** según el tenor constitucional, no se integra el Tribunal Constitucional por lo que bien cabría decir que en el Ecuador no existe un organismo de control constitucional; y al momento ya se designó al Defensor del Pueblo cuya Ley Orgánica fue recientemente promulgada¹⁴.

En Argentina y en España en estos momentos se producen serios debates y agrias discusiones por aspectos que tienen que ver con la independencia del Poder Judicial en el primer caso y con el Jurado puro (Jurado Popular) en el segundo en el que tam-

¹² Cf. Algunos casos de aplicación de las enmiendas constitucionales en el libro de Elías NEUMAN, *Victimología Supranacional. El acoso a la soberanía*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 120 y ss.

¹³ Creado en la Sección II de las Constitución, artículos 124 y 125.

¹⁴ Cf. RO No. 7 de 20 de febrero de 1997.

bién se encuentra en discusión el nuevo Código Penal español en vigencia. En el diario La Nación de Buenos Aires y en un artículo, **Añoranza de una Justicia independiente** se hacen afirmaciones que pueden ser aplicadas en cualquier país de nuestra región, como las que transcribo: “Desde hace varios años, la Justicia vive en una situación de permanente crisis y las encuestas indican que su imagen se deterioró hasta colocar al Poder Judicial ente las instituciones menos creíbles de la sociedad.

“Según datos revelados por la consultora Sofres Ibope, la confianza en la administración independiente de Justicia se mantiene en un índice que ronda en un 30 por ciento... Obviamente esta situación no se debe a un hecho aislado, sino que es la consecuencia de muchos factores. Los analistas enumeran: la reducción del presupuesto judicial, la manipulación de muchas integrantes de la Justicia, los escándalos por casos de corrupción, las deficiencias edilicias y la baja eficiencia del servicio, todo lo cual fue posible no sólo por las decisiones políticas, sino también por la indiferencia con que el resto de la sociedad y, especialmente, los legisladores, miraron el sector.

“En los últimos meses, la demora en sancionar dos leyes aumentó el cuadro de incertidumbre. Hace dos años y medio, la reforma constitucional introdujo el Consejo de la Magistratura y garantizó la autonomía de los fiscales respecto del poder político. A pesar de que existe un buen proyecto sobre el Consejo acordado en Diputados, en el Senado el justicialismo no renuncia a imponer uno propio, que asegura la hegemonía del Poder Ejecutivo. El proyecto de la ley de Ministerio Público, en tanto, está trabado en la Cámara baja...”¹⁵.

En el caso de España hemos podido acceder al debate en torno al **Jurado Popular**, que publica el periódico El País de Madrid¹⁶ y ha sido grato leer los comentarios del magistrado Perfecto Andrés Ibañez, de José Antonio Martín Pallín también magistrado del Tribunal Supremo, y de Antonio Beristain, director del Instituto

¹⁵ La Nación de Buenos Aires, de 14 de abril de 1997. En Internet: www.lanacion.com.

Vasco de Criminología. La polémica surge por la conveniencia o no de un Jurado Popular constituido por jueces legos esto es desconocedores del derecho o si es preferible un tribunal conformado por jueces técnicos es decir abogados, o resultaría de mejor conveniencia un **jurado de escabinos**, que es mixto en su conformación porque lo integran legos en su mayoría y en su minoría letrados.

Como dice Andrés Ibañez (*Problemático jurado puro*) en un segmento: “...el problema central que el jurado plantea en nuestro contexto constitucional es de aptitud para ajustarse a ese paradigma. Aptitud que no concurre en el llamado jurado puro. Porque las dificultades derivadas del déficit objetivo de cualificación jurídica, de cultura específica y bagaje empírico no se superan con voluntarismos normativos. Y tampoco es un dictado de esta clase lo que puede convertir un veredicto -por más judicialmente tutelado que se prevea, como ocurre en el *modelo español*- en decisión eficazmente motivada...”

“...Así las cosas y siendo inequívoco el mandato constitucional, no cabe duda de que la opción legislativa más adecuada a la *actual disciplina constitucional del proceso* y a la naturaleza del orden jurídico es la del tribunal de escabinos o mixto, no por casualidad la propia de los sistemas de derecho equivalentes al nuestro, en la que el juez técnico aporta su bagaje y el ciudadano jurado el punto de vista interno”.

Para José Antonio Martín Pallín (*Disparan contra el jurado*) la polémica es muy antigua y argumentando en favor del jurado puro dice: “...La pretendida incapacidad de los jurados para valorar los elementos probatorios que les han sido exhibidos a lo largo del juicio, no me parece un argumento sólido para justificar la necesidad de que los ciudadanos legos sean asistidos y tutelados por técnicos que les expliquen como y en que medida se debe dar valor a la declaración de un testigo o a las explicaciones de un perito. Nos podemos encontrar con la paradoja de que forme parte

¹⁶ El País de España, de 29 de abril de 1997. En Internet: www.elpais.com.

de un jurado un médico que pueda comprender mejor y más científicamente el resultado de una autopsia o el diagnóstico de un psiquiatra...

“... La Ley del Jurado, en estos momentos duramente cuestionada, tiene algunos defectos que han sido señalados, pero hay que reconocer que, en materia de motivación de la prueba, ha exigido a los ciudadanos que expliquen cuales son los elementos probatorios que han utilizado para declarar o rechazar determinados hechos como probados. Manifestar de manera expresa si un testigo ha sido mas convincente que otro, o si las confesiones del acusado son concluyentes sobre su participación en los hechos y sobre su culpabilidad, es tarea que pueden desempeñar perfectamente con mayor o menor acierto, los jurados...”.

Tercia en el debate Antonio Beristain (*No disparamos contra el jurado; nos defendemos de él*) que con su peculiar estilo, dice en parte de sus comentarios vinculados por la preocupación de un **jurado puro** y a propósito de la arremetida de Martín Pallín: “...No disparamos contra el jurado; nos defendemos de él, porque estamos convencidos -y la experiencia nos lo confirma- de que un mal jurado hace más daño que un delincuente; aboca a repetidas macrovictimizaciones, lo frontalmente opuesto al moderno derecho penal, al humanitarismo, el protector del delincuente, pero más protector de las víctimas...”.

“...La mayoría de los ciudadanos (sin menoscabo alguno de su dignidad) ignoran el lenguaje y los conceptos que a lo largo de los siglos se han ido elaborando en el campo de la dogmática penal. Pero en los umbrales del tercer milenio, sin dogmática no hay derecho penal, y sin derecho penal no cabe administrar justicia...”. Pienso y siento que nuestra Ley del Jurado ha metido a nueve personas dentro de un laberinto más enigmático que el construido por Dédalo en Creta, por encargo del rey Minos. Para salir del laberinto, los jurados necesitan como Teseo, un hilo de Ariadna que les indique por donde llegarán a la salida: ese hilo de Ariadna son los jueces técnicos que entran a formar parte del jurado mixto o escabinado para a los otros organismos, los legos en derecho, aclararles los problemas científicos que lógicamente desconoce la inmensa mayoría de los ciudadanos”.

El Ombudsman o defensor del pueblo

Cualquier proceso serio de cambio en sus inicios va a tener que enfrentar un duro embate y resistencia, en ocasiones por desconocimiento del tema y en otras por una mal entendida política de oposición a toda propuesta de superación que conlleva la necesaria discusión. Esto ha ocurrido con el **Ombudsman** o defensor del pueblo que es institución nueva en nuestro país y que cuenta ya con la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. Por nuestra parte nos habíamos pronunciado en forma breve en uno de nuestros trabajos¹⁷, en el que como se podrá apreciar creíamos conveniente que la **defensoría pública** dependiese del **Defensor del Pueblo** al que denominábamos **Procurador de Derechos Humanos** y otro aspecto interesante era la propuesta de crear la **Comisión Nacional de Derechos Humanos**, que en México es altamente representativa como organismo institucionalizado de control y de reclamo por el respeto a los derechos humanos.

Luis de la Barreda Solórzano, Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, que es uno de los pilares de la existencia de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México nos recuerda que a sus 185 años el Ombudsman tiene mundialmente una vitalidad extraordinaria. Su gran empuje se produce a raíz de la Segunda Guerra Mundial y se encuentra en boga en América Latina y en Europa del Este.

Como dice de la Barreda: “El Ombudsman va de país en país, como Hércules de trabajo en trabajo. Por qué y para qué? La actividad gubernamental ha crecido aceleradamente y ese crecimiento ha multiplicado las posibilidades de fricción entre gobernantes y gobernados. Los mecanismos de control sobre los actos de autoridad han resultado insuficientes. No existen muchas instancias donde presentar inconformidades. Los tribunales generalmente son lentos, formalistas y costosos. Cada día es más vigorosa la corriente internacional preocupada por la efectiva protección de los de-

¹⁷ Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, en *Práctica Penal*, Tomo V, editorial Edino, 1995, p. 123-127.

rechos humanos. Si bien es cierto que ya se contaba con recursos y tribunales administrativos para defender los legítimos intereses de los gobernados, el Ombudsman cuenta con ventajas importantes sobre los instrumentos tradicionales”¹⁸.

La propuesta es que la **Defensoría del Pueblo** sea autónoma, expedita, antiburocrática, ágil, con la finalidad de controlar el poder en beneficio de la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica. La sociedad ecuatoriana debe exigir de la función pública, eficiencia, honestidad, apego a la ley y respeto a la dignidad humana.

La experiencia de México

En 1990 surge la llamada Comisión Nacional de Derechos Humanos cuyo titular Jorge Carpizo consolidó un proceso importante de respeto a los derechos humanos en circunstancias en que la opinión pública no confiaba en la institución nueva. El trabajo eficiente y serio frente al abuso y la impunidad la han dado suficiente autoridad moral a la CDHDF y a la Comisión en general. Al momento cuenta con 33 organismos públicos defensores de derechos humanos que constituyen la red nacional de protección no jurisdiccional probablemente más grande que existe en el mundo.

Como es de suponer el Ombudsman mexicano no tiene capacidad para formar cuerpos policiales con excelente preparación profesional, técnica y respetuosos de los derechos humanos; ni agentes del ministerio público buenos investigadores, verdaderos juristas y guardianes de la legalidad; ni jueces con gran versación jurídica y honestidad e independencia real del poder político; ni defensores de oficio diligentes y capaces; ni operadores del sistema penitenciario que crean en la necesidad de dignificar las prisiones; ni en fin autoridades administrativas a más de eficientes, incorruptibles.

¹⁸ Luis de la BARREDA SOLORZANO, *Gaceta*, 1, año 4, enero de 1997, México D.F., p. 59-60.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos de México limita su accionar al ámbito no judicial, esto es cuando se trata de la violación de derechos humanos que no se den en la marcha de un proceso penal y de otro tipo de procesos pues no tiene la calidad de Ombudsman judicial de manera que no interviene por ej. con la tutela del amparo de libertad, pues en estos casos deben operar los propios organismos de control de la función judicial. Dicho de otra manera, no interviene judicialmente cuando se trata de violación a garantías procesales sino cuando se trata de la violación de derechos humanos en el ámbito no judicial.

En el instructivo para la presentación de quejas ante la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF)¹⁹, se recuerda que la Comisión no podrá conocer de:

- Actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales.
- Resoluciones de carácter jurisdiccional.
- Conflictos de carácter laboral.
- Conflictos entre particulares.
- Consultas formuladas por autoridades, particulares u otras entidades respecto a la interpretación de disposiciones constitucionales y de otros ordenamientos jurídicos.

Las decisiones del Ombudsman mexicano no tienen carácter coactivo, pero resuelve casos delicados en los que se dilucida si la autoridad ha actuado arbitrariamente o conforme a derecho. De lo que decida puede depender en buena parte la libertad, el honor y el patrimonio de los quejosos y también el buen nombre, el prestigio y aun la permanencia en el puesto del servidor público contra el que se endereza la queja. Como dice Luis de la Barreda, “...para trabajar en la institución no basta, aunque es necesario, simpatizar con la causa de los derechos humanos. Se requieren colaboradores de sólida formación profesional, mayoritariamente

¹⁹ *Gaceta* citada, p. 79.

abogados, si bien no puede prescindirse de médicos forenses y de otros profesionales con conocimientos en las diversas materias de la criminalística. El titular de la Comisión de Derechos Humanos, cuya calidad profesional debe ser excelente, está obligado a seleccionar a los candidatos técnicamente mejor calificados para una función que requiere idoneidad, la cual consiste en un alto grado de profesionalidad...”²⁰.

A la **calidad profesional** debe sumarse la necesaria **autonomía**, pues si el Ombudsman se convierte en un tributario o dependiente de una de las instancias de la sociedad política encaramada en el poder, con la mala experiencia de lo que significa la dependencia del poder político, su trabajo resultará ineficiente y comprometido.

La Comisión de Derechos Humanos no se limita a emitir recomendaciones sino que puede cumplir una eficiente labor conciliadora en esa contradicción entre el respeto a los derechos humanos y su contraparte, el abuso del poder. En no pocas ocasiones mediante un procedimiento informal y breve con el ineludible respeto al Estado de Derecho consigue una **conciliación** entre los intereses contrastantes de las autoridades y los particulares. La **recomendación** es un recurso extremo o de *última ratio* porque la misma supone un severo cuestionamiento a la actuación de la autoridad o del agente de ésta, que puede devenir en su enjuiciamiento. Esta amigable composición es inadmisibles por supuesto cuando se trata de un abuso grave o de una violación de lesa humanidad a los derechos individuales o colectivos. En estos casos nada hay que conciliar y el servidor público responsable debe sufrir las consecuencias jurídicas de su atropello con todo el rigor legal.

La conciliación y eficiencia se da en situaciones de poca monta como la dilación de un trámite, negligencia para atender un justo reclamo de naturaleza administrativa, inobservancia de horarios de atención al público, etc., que no signifique un perjuicio al par-

²⁰ *Gaceta* citada, p. 61.

ticular que afecte significativamente su vida o que resulte de difícil reparación.

La **recomendación** es el arma de más poder porque es el instrumento jurídico más importante del defensor de los derechos humanos ya que “paraliza los abusos de poder, mostrándole a los servidores públicos abusivos la avidez contorsionada de su propia imagen, tal como Perseo hizo con la Gorgona... es erróneo ver a las Recomendaciones como agresión contra los destinatarios. A fin de cuentas emitir las es lanzar una *bengala de aviso* y requerir aliados, porque son aliados los que la Comisión necesita: los simples espectadores nunca bastan ... De 37 Recomendaciones emitidas por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, está totalmente cumplidas 30, esto es el 81 %”²¹.

Como en ocasiones se ha tratado de desprestigiar el trabajo de la CDHDF afirmando falsamente que trata de proteger a los delincuentes, nos basta recordar que una de sus Recomendaciones se refiere a más de 20 órdenes de aprehensión incumplidas por negligencia, desorganización, mala fe o corrupción, por lo que se le solicitó al Procurador General de Justicia el efectivo cumplimiento de estas órdenes judiciales al tiempo que se inicien los procedimientos para determinar a los responsables de su incumplimiento. Coincidió en que *los derechos humanos no sólo no propician la impunidad sino que su ejercicio es un medio eficaz para combatirla*.

En cifras: de las 4.248 quejas atendidas en el ámbito de la procuración de justicia el principal quejoso fue la víctima del delito -78 %-, y del total de los expedientes abiertos solo el 7.6 % ha sido por queja del inculpado. Del total de quejas en 36 meses, el mayor volumen -1.445 expedientes- ha sido por dilación en la procuración de justicia. En sus tres años de vida la CDHDF ha brindado orientación jurídica a 51.722 personas y ha abierto 12.616 expedientes de los cuales se encuentran concluidos 12.476 esto es el 98.8 %. En 8.586 (el 69 %) la conclusión fue favorable al quejoso.

²¹ Luis de la BARREDA, en *Gaceta* citada, p. 63.

El 71 % de los asuntos terminando concluyó en menos de un mes. Han sido sancionados 569 servidores públicos, habiéndoles iniciado averiguación previa a 51; contra 65 se ejerció acción penal, y cinco fueron condenados judicialmente a prisión. Por Recomendación de la CDHDF hay dos servidores públicos condenados a nueve años de prisión por torturas comprobadas; otros cinco más se encuentran en calidad de prófugos igualmente por torturas; en contra de tres se ha iniciado averiguación previa y a dos se les sigue proceso penal por el mismo delito.

Otros logros importantes de la CDHDF son: que el Monte de Piedad Nacional deje de cobrar tasas de interés excesiva a sus deudores, que en las instituciones públicas no se exija a las mujeres certificado médico de no gravidez para ocupar un puesto de trabajo, que en el Servicio de Transporte Público no se pida más el examen de detección del virus del SIDA y han cesado las humillaciones a que eran sometidos los detenidos mediante las presentaciones públicas que hace la policía a los medios de comunicación. Agregamos que en 1996 nació la **Casa del Árbol** que es un trabajo de educación en derechos humanos dirigido a los niños que aprenden jugando sus derechos y obligaciones.

El defensor del pueblo en algunos países

Suecia

Instituido desde 1809 tiene el nombre de **Ombudsman** y es nombrado por la Asamblea Legislativa, dura en el cargo 4 años y puede ser reelegido luego de 2 periodos. Es independiente y se encarga de los problemas de acceso del público a documentos oficiales. Hay cuatro tipos de Obdsman, en los Tribunales de Justicia, Bienestar Social, Militar, Administrativo y Civil.

Israel

Se llama **Comisionado para las quejas del público** y nace en 1949 bajo el nombre de Comisionado del Estado hasta 1971 en que toma el nombre actual. Es nombrado por el Presidente del Estado bajo recomendación del comité interior. Dura en el cargo 5 años y forma parte del Gobierno.

Se dedica sólo a inspeccionar la administración pública y a investigar a los servidores de las instituciones estatales, previo las quejas recibidas del público.

Dinamarca

Tiene el nombre de **Ombudsmand** y aparece en 1955, siendo nombrado por el Parlamento. Dura 4 años en el cargo y es independiente. Su función es la de vigilar a los funcionarios del Estado y denunciar las irregularidades en que incurran. Tiene como particularidad la de controlar la administración civil y militar.

Inglaterra

Tiene el nombre de **Comisionado** y aparece en 1967 designado por el Parlamento. Dura en el cargo hasta los 65 años de edad y forma parte del Consejo de los Tribunales. Debe dar inmediata atención a las quejas de los ciudadanos con respecto al control de la administración de las instituciones del Estado. Es independiente en sus funciones y tiene una gran autoridad.

Finlandia

Se denomina **Ombudsman** y es nombrado por el Parlamento por 4 años. Surge en 1971, siendo independiente pero sometido al control parlamentario. Defiende los derechos de los ciudadanos en el ámbito civil, administrativo y militar.

Francia

Se lo conoce como **Mediateur** y surge a partir de 1973 nombrado por el Consejo de Ministros, durando 6 años en las funciones. Es independiente y propicia las sanciones no jurisdiccionales a los atentados contra las libertades públicas.

Portugal

Se lo denomina **Proveedor de la Justicia** apareciendo en 1975. Es nombrado por el Presidente de la República de una terna propuesta por el Primer Ministro y el Ministro de Justicia. Forma parte del Ministerio de Justicia y de la Procuraduría General del

Estado. Pretende asegurar la justicia y legalidad de la administración a través de medios informales. Fiscaliza a los funcionarios que han incurrido en una ilegalidad.

España

Es denominado **Defensor del Pueblo** y nace en 1978. Es nombrado por el Congreso y el Senado y dura 5 años en el cargo. Es independiente en sus actuaciones pero debe responder ante las Cortes Generales. Supervisa la actuación de la administración y sus atribuciones se extienden a lo civil y militar.

Argentina

Aparece en 1990 con el nombre de **Defensor del Pueblo**, nombrado por el Congreso para 4 años. Es independiente y sus funciones son la difusión de los derechos humanos por medios de comunicación y la docencia, y tiene que ver con el control ambiental. Teóricamente debe controlar a las instituciones públicas y privadas que prestan servicios a la comunidad.

Costa Rica

Surge en 1992 como **Defensor de los Habitantes** y es nombrado por la Asamblea Legislativa por 4 años, estando adscrito al poder legislativo. Está facultado para interponer recursos de inconstitucionalidad, de Hábeas Corpus y de Amparo. Controla sólo la Administración Pública.

Las defensorías del pueblo en la región andina²²

Una visión panorámica de esta institución en la región andina nos permite apreciar que adquiere carta de residencia a partir de la década de los noventa, incorporándose hasta el momento con distinta suerte en el marco de los procesos de reforma constitucio-

nal. Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú la han incorporado en sus Constituciones. En Chile y Venezuela se discute su incorporación, pero solamente en Colombia y Perú se encuentran en real funcionamiento. Hasta el momento su operatividad está dirigida a la supervisión de la administración pública.

Veamos la institución por países:

Bolivia

Es introducida mediante la reforma constitucional de 1967, estructurándolo como el órgano llamado a cuidar que los derechos y garantías de las personas sean respetados por la actividad administrativa de todo el sector público. Tiene que velar igualmente por la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos. En 1996 la Cámara de Diputados elaboró un proyecto de ley del Defensor del Pueblo tomando en cuenta el anteproyecto de ley elaborado por el capítulo boliviano del Ombudsman y un anteproyecto de Ley de Cooperación Técnica de Las Naciones Unidas para el Desarrollo.

Sus actividades se contraerían a iniciar de oficio o a petición de parte toda investigación conducente al esclarecimiento de las actuaciones u omisiones de los responsables de la actividad administrativa del sector público que impliquen violación a los derechos humanos; formular críticas públicas frente a comportamientos de las autoridades que sean lesivos a los derechos humanos, y formular advertencias, recomendaciones, recordatorios de deberes legales y sugerencias para la adopción de correctivos y medidas a todas las autoridades y funcionarios públicos del país. También está facultado para proponer modificaciones a las leyes, decretos y resoluciones no judiciales, sugiriendo al Congreso la legislación conveniente en materia de derechos humanos.

Debe promover el cumplimiento, la promoción y la divulgación de los convenios internacionales sobre derechos humanos; pudiendo interponer los recursos de inconstitucionalidad, de amparo y hábeas corpus. El Defensor del Pueblo estará auxiliado por tres Defensores Adjuntos que lo representarán y cumplirán las funciones que determine el Reglamento Interno, pudiendo esta-

²² Debe revisarse el excelente documento de la COMISION ANDINA DE JURISTAS, *Los Andes: emergentes o en emergencia? 1996*, Lima, Perú, 1997, p. 40-47.

blecerse oficinas en cualquier departamento, provincia o lugar del territorio nacional.

Chile

La Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), el capítulo chileno del Ombudsman y algunos especialistas nacionales han planteado la conveniencia de introducirla en Chile. El programa de la “Concertación de los Partidos para la Democracia” cuyo candidato presidencial era Patricio Aylwin propuso su incorporación. Se está trabajando para la creación de una Institución Nacional de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, como órgano estatal autónomo, con jerarquía constitucional y autonomía funcional, financiera y administrativa, de cobertura nacional, destinada a la defensa y promoción de los derechos humanos. Para esto se requiere de una reforma constitucional que lo ponga a resguardo de eventuales mayorías parlamentarias que pretendan alterar su estructura o dificultar el ejercicio de sus actividades.

La propuesta pretende que el organismo procure la defensa de los derechos del individuo frente a la administración del Estado, en todas aquellas situaciones cuyo control no esté asignado constitucionalmente a otros órganos del Estado. Debe igualmente investigar de oficio todos aquellos casos en que se afecten intereses generales de la población, colaborando al mejoramiento del ordenamiento legal y administrativo así como al desarrollo de las políticas públicas que afectan a la población. La estructura comprende un Consejo, un Presidente del Consejo y un Secretario Ejecutivo.

El capítulo chileno del Ombudsman a solicitud del Presidente Aylwin elaboró un proyecto que crea la **Defensoría del Pueblo** pero que aún no ha sido aprobado y sin posibilidades reales de hacerlo en corto tiempo. Este sería un organismo autónomo que tiene por finalidad conocer, investigar y evaluar el respeto de los derechos humanos por los órganos de la Administración Pública. Duraría cuatro años en el cargo, propuesto por el Presidente de la República pero designado por la mayoría absoluta de los Diputados y Senadores reunidos en Congreso pleno, sin que pudiese

optar a un cargo de elección popular sino al transcurrir dos años desde la terminación de su periodo. Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere el título de abogado con 15 años de ejercicio profesional, haber destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, tener no menos de 40 años de edad y gozar de comprobada reputación de idoneidad, integridad e independencia.

Colombia

En medio de esa espiral de violencia que sacude a Colombia es destacado el trabajo del **Defensor del Pueblo** y de sus **Defensores Delegados** que al momento son seis: para los derechos del niño, de la mujer y del anciano; para la salud y la seguridad social; para los derechos colectivos y del ambiente; para los indígenas y las minorías étnicas; para asuntos constitucionales y legales; y para el estudio y la defensa del derecho a la participación ciudadana.

El Defensor del Pueblo colombiano ha priorizado su lucha en la protección del derecho a la vida, integridad personal, libertad individual y debido proceso, por considerarlos como aquellos derechos que son más frecuentemente vulnerados en Colombia o que se encuentran en peligro de ser violados. Ello explica su intervención mediadora con la guerrilla cuando ésta ha mantenido privados de la libertad a ciudadanos civiles o militares. Igualmente ha denunciado a los denominados “grupos de limpieza social” como responsables de la muerte de más de ochenta personas en la población cafetera de Chinchiná, por lo que solicitó a la Policía y al Ministerio Público públicas explicaciones, frente al marco de impunidad que rodeaba estas muertes.

Otro aspecto de relevante intervención es el que tiene que ver en general con la situación de los derechos humanos en el país, con la impunidad y con las violaciones a normas internacionales de carácter humanitario. En el debate sobre las medidas que debieran adoptarse en el proceso de pacificación en Colombia, el Defensor del Pueblo manifestó ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas su conformidad con las propuestas gubernamentales de llegar a una paz negociada con los grupos paramilitares o armados, sin compartir la posibilidad de

aplicar medidas como el indulto o la amnistía para desmovilizar a los alzados en armas, aunque admitiendo si la posibilidad de penas reducidas.

El Defensor Público de Colombia trabaja igualmente por la protección y promoción de los demás derechos civiles y políticos, e incluso de los derechos económicos, sociales y culturales. Presentó un cuestionador informe en torno a la situación de más de 5000 menores de edad que integran las filas de las fuerzas militares, de la guerrilla y de los paramilitares, y a mediados del último año denunció que 4756 jóvenes que cumplen el servicio militar son menores de 18 años. Este informe trajo reacciones de parte del ejecutivo y del ejército que desmintieron que los menores fuesen enviados a combatir.

La protección de los derechos de la mujer ha recibido una gran atención por parte de la defensoría delegada, con actividades de difusión descentralizada de derechos a través de grupos de apoyo integrados por representantes de organizaciones de mujeres, entidades estatales, organismos no gubernamentales (ONG) de protección de Derechos Humanos, en coordinación con las municipalidades de distintas zonas. En este importante segmento se hace un eficiente trabajo de base promocionando los derechos de la mujer, discutiendo con las autoridades y la comunidad el tema. Para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de los compromisos que asume el Estado tanto nacional como internacionalmente, la Defensoría cuenta con la colaboración de mujeres de los sectores que sufren con más frecuencia la omisión del Estado, como cuando se trata de las desplazadas, víctimas de la violencia política, las que viven en zonas de cultivos ilegales, las internas de los centros penitenciarios, las madres adolescentes, etc.

Perú

En 1993 se incorporó en la Constitución la **Defensoría del Pueblo** y en marzo de 1996 se designó al primer titular de la misma, mediante decisión del Congreso de la República. Ha dado muestras de independencia con el ejecutivo en la defensa de los compradores nacionales de las acciones que el Estado mantenía en

la empresa Telefónica del Perú, obteniendo una respuesta favorable del gobierno.

Al producirse la detención del general (r) Rodolfo Robles Espinoza efectuada por miembros del Servicio de Inteligencia Militar y ordenada por el fuero castrense, expresó su preocupación porque tales hechos se diesen y que resulten contrarios a una pretendida pacificación, exhortando a las autoridades jurisdiccionales para que garanticen los derechos fundamentales del detenido, por cuya actitud reclamó el Consejo Supremo de Justicia Militar, a la que calificó como de inaceptable intromisión e interferencia en la justicia penal militar.

Una de las actividades en las que ha participado el Defensor del Pueblo promoviendo el respeto a los derechos humanos, ha sido como miembro de la comisión especial creada para proponer al Presidente de la República el indulto de aquellas personas sentenciadas injustamente por terrorismo. Las quejas de los ciudadanos por violación de sus derechos fundamentales o por la mala prestación de los servicios públicos, empezaron a recibirse a partir de septiembre de 1996 y hasta noviembre se habían recibido 3000 de las cuales se admitieron 1600 y se resolvieron 350. La mayoría de las quejas tiene que ver con mala atención en la Oficina de Normalización Previsional (ONP) por la deficiencia en el pago de pensiones, por el retraso del poder judicial en la atención de los procesos, por el despido de personal en la administración pública, por la deficiencia en las cobranzas de las compañías eléctricas y de teléfonos, y por las concesiones indebidas de permisos y licencias a centros comerciales en zonas urbanas y excesos en los cobros coactivos en que incurren las municipalidades.

Se han nombrado nuevas autoridades en la institución como el Defensor Adjunto, el Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales y la Defensora Especializada en Derechos de la Mujer. Esto permitirá que cuente con el suficiente apoyo tanto para representar al Defensor del Pueblo, para asesorar a la ciudadanía en materia constitucional, y para orientar al Defensor a hacer uso de su facultad de interponer acciones de garantía, de inconstitucionalidad y de iniciativa legislativa.

Venezuela

En la Constitución de 1961 y en la Ley Orgánica del Ministerio Público, se otorgan a esta institución aparte de sus otras funciones, la de defensa de los derechos humanos, habiéndose creado en el anterior periodo constitucional (1989-1994) la Oficina de Derechos Humanos que depende del Fiscal General de la República. En el Senado cursa actualmente un proyecto que trata de crear al **Defensor del Pueblo** para que tenga funciones autónomas e independientes del Ministerio público. Esta propuesta proviene en parte del capítulo venezolano del Instituto Latinoamericano del Ombudsman y de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE).

El Defensor sería designado por el voto de las dos terceras partes de los miembros de las Cámaras reunidos en sesión conjunta. Para ser elegido se requiere ser venezolano, mayor de 30 años de edad y de reconocida honorabilidad. Correría bajo su responsabilidad la defensa de los derechos previstos en el Título III de la Constitución y en los tratados ratificados por el país. Para estos fines serviría de intermediario de los particulares ante la administración pública y los concesionarios de servicios públicos. Se crearían Defensores del Pueblo en los diferentes Estados con competencia en sus respectivas jurisdicciones, que coordinarían sus funciones con el Defensor del Pueblo. Hay otra propuesta de creación del llamado **Defensor Vecinal** que sería un organismo de control no jurisdiccional de la administración municipal, sin que hasta el momento tal propuesta tenga mejor suerte que la del Defensor del Pueblo.

Ecuador

Incorpora al **Defensor del Pueblo** mediante la reforma constitucional de 1996 ya citada, como institución encargada de promover o patrocinar los recursos de hábeas corpus, hábeas data y amparo, así como defender y promover el respeto de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución para lo cual se establece la necesidad de la ley que precise cuales son sus atribuciones para cumplir con estas competencias.

En el Congreso de la República se debatieron dos proyectos. El uno presentado por el diputado gobiernista Marco Proaño Maya que pretendía convertir a esta institución en una dependencia del ejecutivo, y con una clara tendencia centralista pues fijaba la sede de las Defensoría Pública en la ciudad de Quito sin garantizar delegaciones provinciales ni por materias. Contrario a esta posibilidad en cuanto al origen de la designación del Defensor del Pueblo, se expresó a través de un comentario periodístico en su columna de opinión, Edmundo Durán Díaz²³, quien después de ilustrar el ámbito de operatividad del Defensor, manifestaba que “Sería una burla permitirle al Presidente que escoja al Defensor del Pueblo, cuando precisamente debe proteger a las personas de los desafueros del Gobierno”.

El otro proyecto elaborado en buena medida por instituciones de derechos humanos y organizaciones sociales -aunque con poca difusión y menos discusión a nivel nacional- se propugnaba que las propuestas que se presenten al Congreso para la elección del defensor debería provenir de las organizaciones populares. Se planteaba la necesidad de que se cuente con oficinas y delegaciones provinciales por áreas como las de ancianos, niños y mujeres, con lo que se pretendía crear una red a nivel nacional. Se destacaba la importancia de la promoción y la defensa de los derechos humanos, el control de los deberes de la administración pública y el control de la prestación de los servicios públicos, funciones que se justifican tanto en cuanto constituyen los sectores en los que más se vulneran los derechos de las personas debido al crecimiento de la actividad administrativa, a la ineficacia de los mecanismos de control y la demora en los procesos administrativos que son funcionales para desestimular al ciudadano a que reclame.

Con la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de 20 de febrero de 1997 podemos afirmar que constitucional y formalmente los derechos humanos en el Ecuador cuentan con un aliado poderoso en la lucha por su defensa y promoción. La Ley es bas-

²³ Edmundo DURAN DIAZ, *El Defensor del Pueblo*, en diario El Universo de 27 de diciembre de 1996.

tante amplia y le otorga un ámbito de competencia e independencia que con la energía y decisión necesarias se puede convertir en un mecanismo de alta eficiencia y operatividad en la defensa de los derechos humanos.

Sus aspectos más importantes pueden ser resumidos así:

- Le corresponde promover los recursos de Hábeas Corpus, Hábeas Data y Amparo de las personas que lo requieran. Debe defender de oficio o a petición de parte, la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución Política, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen²⁴.
- Es elegido por el Congreso Nacional en Pleno con el voto de las dos terceras partes, para un periodo de cuatro años y puede ser reelegido por una sola vez. Se requieren los mismos requisitos que para ser electo Magistrado de la Corte Suprema excepto la carrera judicial. Debe ser independiente de toda filiación o militancia partidista durante los tres últimos años previos a su elección.

El Defensor del Pueblo goza de inmunidad parlamentaria al igual que los legisladores y durante el ejercicio del cargo no puede desempeñar otras funciones.

Son deberes y atribuciones²⁵: organizar la Defensoría del Pueblo en todo el territorio nacional; presentar demandas de inconstitucionalidad en los casos previstos en el literal e) del artículo 177 de la Constitución Política; intervenir como mediador en conflictos sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública si lo considera procedente y necesario; intervenir como parte en los asuntos relacionados con la protección del medio ambiente y el patrimonio cultural; promover la capacitación, difusión y asesoramiento en el

²⁴ Cf. Ley cit., Art. 2.

²⁵ Cf. Ley cit., Art. 8.

campo de los derechos humanos, ambientales y de patrimonio cultural; hacer públicas las recomendaciones y observaciones que hubiera dispuesto y orientar a los ciudadanos sobre el ejercicio de sus derechos; realizar visitas periódicas a los centros de rehabilitación social, unidades de investigación, recintos policiales y militares para comprobar el respeto a los derechos humanos; presentar proyectos de ley en representación de la iniciativa popular; pronunciarse públicamente sobre los casos sometidos a su consideración, con criterios que constituirán doctrina para la defensa de los derechos humanos; informar sobre la firma y ratificación de los pactos, convenios y declaraciones internacionales en materia de derechos humanos y velar por el efectivo cumplimiento de los mismos; proteger y defender de oficio o a petición de parte, las violaciones de derechos humanos que sufran los ecuatorianos residentes en el exterior.

Para su trabajo el Defensor del Pueblo nombrará un adjunto, primero y segundo en los cuales delegará funciones, deberes y atribuciones y lo reemplazará cuando fuese del caso. En cada provincia existirá una representación de la Defensoría del Pueblo a cargo de un comisionado que tendrá los deberes y atribuciones que el titular le encomiende, debiendo reunir los mismos requisitos que para ser ministros de las Cortes Superiores de Justicia.

En el Art. 11 de la Ley se expresa que los defensores públicos “estarán a las ordenes del Defensor del Pueblo, de sus adjuntos y comisionados provinciales, para el patrocinio de las acciones y recursos que sean necesarios interponer y para garantizar el derecho de defensa y la tutela penal efectiva en las indagaciones previas e investigaciones procesales penales.

“Los defensores públicos intervendrán en todas las diligencias en que los interesados no puedan proveer a su propia defensa, debiendo entonces ser designados para cada caso por el Defensor del Pueblo, sus adjuntos o comisionados provinciales. A falta de Defensor Público deberá encomendarse el patrocinio a un abogado en libre ejercicio profesional”.

Queda en claro que la Defensoría Pública no va a depender ni en su organización, ni en su estructura, ni en su funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, pero debe estar a sus órdenes en los

casos mencionados en el artículo citado, con lo cual se crea una dependencia *sui géneris* que puede generar conflictos. Somos partidarios de la creación de la Defensoría Pública Nacional como una especie de Ombudsman Judicial que intervenga en los procesos y frente a la administración de justicia, Defensoría Pública que debe institucionalizarse al igual que el Ministerio Público o que la propia Defensoría del Pueblo²⁶.

El Defensor del Pueblo tiene competencia para intervenir no sólo frente a los abusos de la administración pública sino también de los particulares, sean personas naturales o jurídicas²⁷, cuando se trata de la protección de los derechos individuales fundamentales o colectivos. Los principios para la atención de las quejas y reclamos son los de la gratuidad, informalidad e inmediatez, que esperamos de buena fe que se cumplan. El Art. 16 de la LODP²⁸ le otorga la facultad de promover sin demora alguna los recursos y acciones que impidan las situaciones de daños y peligros graves, sin que las autoridades requeridas puedan negarse a su conocimiento y resolución, cuando se trata de hechos que afecten a la vida, la salud, la integridad física, moral o psicológica de las personas.

Si esto no es suficiente, está prevista la obligatoriedad de toda autoridad pública y de los particulares de prestar la colaboración requerida suministrando la información que fuese solicitada, sin que proceda la invocación de reserva alguna²⁹, contando el funcionario con un plazo de ocho días para suministrarla cuando se trata de información que por Ley debe mantenerse en reserva. El incumplimiento de la obligación hace incurrir a las personas y funcionarios obligados, en la figura penal del desacato, tanto por no entregar oportunamente la información como cuando se ponen obstáculos en las investigaciones.

²⁶ Puede revisarse en el proyecto de Código de Procedimiento Penal de la CLD, el título correspondiente a la Defensoría Pública.

²⁷ Cf., Art. 13.

²⁸ Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

²⁹ Cf., Art. 21.

Las sanciones por la negativa a dar información y la falta de colaboración por parte de los funcionarios y empleados del sector público pueden llegar hasta diez salarios mínimos vitales de multa, y hasta la destitución del cargo, según la gravedad del caso y mediante sumario administrativo, según lo dispone el Art. 23 de la LODP. Para los particulares que se nieguen a dar información o que no colaboren en las quejas en que se encuentren implicados están previstas responsabilidades civiles y penales mediante las correspondientes acciones que podrá interponer el Defensor del Pueblo.

Esperaremos para apreciar la intervención de la Defensoría del Pueblo en temas cruciales como los de salud en que enorme responsabilidad tiene un pésimo administrador como es el Estado, en el tema carcelario con una sistemática violación de los derechos humanos, en la lentitud de los procesos penales que fractura cualquier principio de racionalidad con una tasa de presos sin condena que supera el 80%, en el problema de los menores de la calle que son el gran ejército de reserva de la criminalidad de los mayores, y en otros aspectos básicos como los servicios públicos de electricidad y telefonía.

REFLEXIONES SOBRE EL DEBIDO PROCESO

Antecedentes del debido proceso

El principio del debido proceso (o proceso debido) es de origen anglosajón (“due process of law”), que se encuentra formulado por escrito por primera ocasión en el capítulo XXXIX (39) de la Carta Magna de Inglaterra del año 1215, allí se dispone “ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”. Esta declaración alimentada por los barones normandos pretendía frenar los abusos del Rey Juan Sin Tierra, imponiéndole reglas de juego limpio, castigando la arbitrariedad política y sometiendo al proceso las extralimitaciones. Esta conquista se mantiene desde entonces en el “common law” británico.

El paso a EE.UU fue inevitable y se hace presente en las diez primeras enmiendas de la Constitución americana de 1787 conocida como la “Declaración de Derechos” (Bill of Rights). El punto más alto puede ser encontrado en la enmienda V. En los Estados Unidos el principio del debido proceso debe entenderse de acuerdo con el sistema jurídico del “common law” o derecho consuetudinario, opuesto al continental codificado y escrito (“civil Law”). En el derecho consuetudinario el proceso debido actúa y es la manifestación de un Estado de Derecho tal y como la jurisprudencia norteamericana lo desarrolla en sus aspectos procesal y material, derivado esencialmente para el entendimiento del proceso penal, “particularmente desde el prisma constitucional, como por

ejemplo la regla del juego limpio o 'fair trial', aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales".

Aunque ya existían tanto en nuestro ordenamiento constitucional como en las leyes de procedimiento un conjunto de garantías y derechos para el ciudadano frente a la intervención del Estado y de su sistema policial y judicial, que siendo garantías fundamentales tenían que ser respetadas en un proceso y particularmente en el penal, no creemos que esté demás que haya sido expresamente consignado pues se suma a las demás tutelas constitucionales con las que está indisolublemente vinculado. Admitimos que el principio del debido proceso es un principio general del derecho, y por tanto fuente del derecho procesal y del derecho sustantivo o material, informador de todos los órganos jurisdiccionales, y vinculante al legislador y a la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

El debido proceso penal

Cuando nos referimos al debido proceso entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento.

El debido proceso penal por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La legalidad del debido proceso penal es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado.

Hablar del debido proceso penal es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos funda-

mentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entra en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial-penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado conforme dijimos precedentemente.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se hace referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, el derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc.

Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, han ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales que en los últimos años, se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969). A más de los casos que citamos posteriormente, podemos aquí consignar el caso de los once del Putumayo, en que once campesinos del oriente ecuatoriano fueron privados de la libertad en 1993, bajo la imputación de un ataque a una patrulla militar ecuatoriana, y mediante la tortura se les arrancó confesiones de responsabilidad en el ataque. Probada sin lugar a dudas la tortura de la que fueron víctimas, fueron puestos en libertad mediante el recurso de casación por una sala penal de la Corte Suprema de Justicia en septiembre de 1996, aunque aun no son indemnizados, pero existe la decisión política del Estado ecuatoriano en la hora presente, de atender a un justo pago indemnizatorio por el crimen de Estado del que fueron víctimas.

Otro caso interesante es la desaparición de MANUEL GARCIA FRANCO, en manos de miembros de la Marina Nacional del Ecuador, reconocido así el 18 de febrero de 1998, por la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, que aprobó su informe 1/97 referido al caso 10.258 sobre la detención desaparición de Manuel García Franco, por la acción de dos oficiales navales y otros tres miembros de la marina el 9 de abril de 1988. El detenido - desaparecido contaba con 44 años de edad y llevaba trabajando mas de 10 en la ciudadela Bolivariana de Guayaquil. Seguramente el Estado ecuatoriano deberá indemnizar a los parientes por este crimen de Estado, conocido en doctrina como el crimen de desaparición, mediante el cual se violenta el reconocimiento y respeto a la personalidad jurídica de cualquier ciudadano en un Estado de Derecho.

Contenido del debido proceso penal

En un Estado de Derecho el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe ser el titular del ejercicio de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como acontece en los denominados delitos de acción penal privada.

La necesidad de juicio previo es importante para la legalidad del debido proceso, de manera que no se pueda condenar a nadie si no se ha tramitado un juicio respetando el procedimiento previo, esto es aquel previsto en las leyes. Participamos de la necesidad de que se separen las funciones de investigar o indagar, que debe quedar en manos del Ministerio Público, de la función de juzgar que debe seguir siendo de competencia de los jueces, que deben ser al mismo tiempo los encargados del control de la instrucción o investigación fiscal.

Principio de inocencia y caducidad de la prisión preventiva

Como un avance significativo en la vigencia y respeto al debido proceso en un Estado de Derecho se ha previsto en el Art. 24, numeral 8 de la Constitución vigente, la caducidad del auto de prisión preventiva, con respecto a cuyos costos negativos nos hemos pronunciado desde hace mas de una década, pues mediante el abuso institucionalizado con una medida de aseguramiento personal preventivo se vulnera el estado de inocencia, y se abre el ca-

mino para que el abuso con la medida provisoria se convierta en una condena anticipada, pues es difícil que un juez reconozca al cabo de uno o dos años que se equivocó y que absuelva al injustamente encausado, que ha estado privado de la libertad. Con mediana lógica es incuestionablemente creíble que pretenda legitimar el abuso y el atropello, condenando y no absolviendo!

Después del derecho a la vida, el derecho mas importante que tiene el hombre, es el derecho a la libertad sin lugar a dudas! El Ecuador ha tenido la característica de ser un país en cuanto a la administración de justicia y fundamentalmente en el ámbito penal en donde está en juego la libertad, en ser moroso, en cumplir con una justicia que esté caracterizada por ser pronta, por ser eficaz y además que esté dotada de la debida celeridad. El 22 de noviembre de 1969, se suscribió en San José de Costa Rica, el Acta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Nuestro país lo suscribió y ratificó el 28 de diciembre de 1977, y el 24 de julio de 1984 aceptó -sin reservas- la competencia de la Corte Interamericana de derechos humanos.

La firma de un Pacto, Tratado o Convenio, que emana de la voluntad libre y soberana de un Estado, significa para éste, que el país acepta o adopta un documento que se convierte en ley para los Estados Partes, de manera que así como se respeta la Constitución Política, tienen que respetarse dichos documentos que forman parte de la normativa interna del país. El Ecuador ha sido irrespetuoso con la obligación que tenía de respetar lo que dice el Pacto que suscribió. El Pacto de manera concreta con relación al derecho a la libertad en el Art. 7, numeral 5, dice: «... toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo prudencial, en un plazo razonable, o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso...», es decir debe cumplirse con lo que nosotros llamamos la caducidad o perecibilidad de la prisión preventiva, como un mecanismo de contención frente al abuso en el Estado de Derecho.

Como su nombre lo indica, la prisión preventiva es una medida de aseguramiento personal, provisional o provisoria que se dicta por razones de política criminal y que debe durar tanto cuanto fuese necesario, sin que exceda de un plazo prudencial, de un

plazo razonable. En el Ecuador, lo mas cómodo resultó JAMAS PONERLE UN PLAZO A LA DURACION DE LA PRISION PREVENTIVA no obstante que existía el compromiso acorde con el Pacto suscrito.

El proyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal remitido por la CLD de Quito, en 1998, y que se convirtiera en ley a partir del 13 de enero del 2000, significa un cambio trascendental en el camino a la oralidad, y en la independencia entre el investigador y el juez que resuelve, porque iría a manos del Ministerio Publico la investigación en el sistema acusatorio; nosotros, como miembros de la comisión redactora del documento, habíamos previsto inicialmente un plazo para la prisión preventiva, que era de un año en delitos sancionados con prisión correccional o sea de hasta cinco años, y de dos años en delitos mayores o de reclusión.

Pero el constituyente ecuatoriano en la Asamblea de hace unos pocos meses atrás, estableció en el Art. 24 numeral 8, plazos para la caducidad de la prisión preventiva de seis meses y de un año calendario, según el tipo de delito ya anotado, de manera que en los casos mas graves, cuya pena excede de cinco años, como en los de tráfico de drogas ilegales, violación, muerte, etc., el máximo de duración de la prisión preventiva es de un año, contado a partir del momento en que se la dicta. Su aplicación trajo consigo una conmoción que remeció la estructura de la cárcel en el Ecuador, pero una vez mas la justicia ecuatoriana dio muestras del irrespeto institucional a la Constitución de la República, pues para los delitos mayores negó el derecho del interno ecuatoriano. Para estas personas que son igualmente víctimas de un secuestro institucional, se llegó a sostener y a aplicar el criterio de que el plazo debe contarse a partir de la vigencia de la nueva Constitución, como que si el respeto a una garantía constitucional y a los derechos humanos puede estar sujeto a plazo o condición alguna!

No se dio cumplimiento a la garantía constitucional, por dos temores: por un lado la preocupación que eventualmente salgan de la cárcel por esta morosidad de la justicia penal ecuatoriana, verdaderos delincuentes; y en segundo lugar porque así se estaría reconociendo formalmente el estado de vulnerabilidad que sufre

el interno ecuatoriano por el abuso con la prisión preventiva, porque en el Ecuador de alrededor de 9.500 internos, ni siquiera el 25% están condenados con sentencia en firme, lo que quiere decir que debieron recuperar su libertad 6.500 o 7.000 internos.

Las condiciones inhumanas en que viven los reclusos, imponían sin dilación la aplicación de esta garantía constitucional. El constituyente ecuatoriano tuvo mucho cuidado al enunciar los principios generales de la derechos, garantías y deberes, pues dice en el artículo 16: «..El mas alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución..». El derecho a la libertad previsto como garantía constitucional, para el preso sin sentencia en el Ecuador, es uno más de los derechos humanos que le asisten, al igual que el derecho a la vida, a la honra, a la intimidad, a la propiedad, a la libertad sexual, a la libertad de credo religioso, etc.

Aplicar los plazos a partir de la vigencia de la nueva Constitución, es ilegal y es arbitrario. La Constitución dice en la disposición transitoria 45: «Los plazos establecidos en esta Constitución se contarán a partir de la fecha de su vigencia, a menos que se determine lo contrario en forma expresa..». Esos plazos se refieren por ejemplo al periodo que ahora deberá cumplir el Fiscal General que es de seis años, al nuevo período que deberá cumplir el Presidente del Congreso que es dos años, al año para las reformas en relación al Ministerio Público, a los cuatro años para la plena vigencia del sistema oral, etc.

La Constitución vigente desde el 10 de agosto de 1998, en forma expresa determina lo contrario en cuanto a la existencia o no de un plazo, para el efectivo cumplimiento de las garantías constitucionales, entre las que se encuentra la caducidad de la prisión preventiva. Por una parte el art. 17 señala que «..El estado garantizará a todos sus habitantes (incluyendo a todos los que están en la cárcel), sin discriminación alguna (cualquiera que fuese el tipo de delito), el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos (Pacto de Costa Rica) convenios y mas instrumentos internacionales vigentes (El Pacto de San José esta vigente)”.

Dice el Art. 18: ...Los derechos y garantías determinados en esta Constitución (la actual del 10 de agosto) y en los instrumentos internacionales vigentes (Pacto de San José de Costa Rica), serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. “..Directa e inmediatamente aplicables, significa la imposibilidad que se hable de plazos, porque dice la propia transitoria 45 a menos que se determine lo contrario en forma expresa..», y aquí en forma expresa se establece que no hay plazos, al afirmar que los derechos y garantías serán de aplicación directa e inmediata!

Y si esto no es suficiente, la misma Constitución expresamente consigna que «En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia...», el indubio pro reo o la interpretación más favorable al reo, es un principio de legislación universal que lo entienden incluso los no abogados. En el momento en que haya duda, oscuridad o dificultad para aplicar una ley, tiene siempre que aplicarse en el sentido más favorable al reo. Irrefutablemente, la interpretación en favor del reo es disponer su libertad, si se duda en cuanto al alcance de la garantía constitucional!

Para la declaratoria de caducidad de la prisión preventiva, y por ende para la aplicación de la garantía constitucional consignada en el art. 24, numeral 8 de la Constitución, no se requiere de la expedición previa de ninguna ley o reglamento. El Art. 18 de la misma Constitución dice: «...ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley para el ejercicio de dichos derechos....».

Cuando el constituyente ecuatoriano creyó conveniente que se dicte una ley para que se haga efectiva la aplicación de una disposición constitucional así lo dice en forma expresa, como cuando se refiere a las comunidades indígenas (Art. 191) a quienes se les reconoce el derecho para aplicar normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de acuerdo con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes, estableciéndose la necesidad de que se dicte la ley que “hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial ecuatoriano”.

Como dice la Constitución en el Art. 18, tercer párrafo: “No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos”.

El Art. 24 que contiene esta garantía (que es un derecho humano del interno en general y en este caso particular del ecuatoriano) habla de: «asegurar el debido proceso...», con lo cual se hace referencia a un juicio justo, un juicio imparcial, ágil, expedito, que requiere de una justicia que actúe con celeridad y en la que se respeten las garantías y derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho.

El primer párrafo del Art. 24 de la Constitución vigente, dice:

“Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia...”.

Sostenemos que la caducidad de la prisión preventiva no es una garantía constitucional a favor de los delincuentes y en apoyo de la impunidad, es antes por el contrario una garantía constitucional que tiene a sancionar al Estado moroso, que tiende a sancionar al juez negligente y tardío y que es una consecuencia del irrespeto al debido proceso penal, cuya legalidad se afecta con una morosidad que termina por convertirse en injusticia!

Los jueces son responsables por la duración del proceso penal, por la situación, del preso sin condena y por el abuso institucionalizado de la prisión preventiva que ha llevado a que la cárcel ecuatoriana se convierta en una institución total o de secuestro y ese secuestro institucional tiene que terminar, aplicando la Constitución vigente.

Cuando se requiere a un juez para que ponga remedio o solucione un reclamo justo como es el respeto al debido proceso, cuando se le pide que auxilie, y ese Juez conociendo su obligación no cumple, como en este caso, incurre en la comisión de dos delitos. Por una parte comete el delito de prevaricato, porque como sabemos en el Ecuador, una de las formas modales es el actuar en

contra de ley expresa, y como la constitución expresamente manda que se respete la caducidad de la prisión preventiva y que los internos san puestos en libertad; el no prestar este auxilio que requiere la causa pública, y que en muchos casos es demandado por legítimo interesado (los miles de internos reclamando ser puestos en libertad) hace incurrir al juez en este tipo de delito.

Por otra parte, no nos olvidemos también que en el momento en que la Constitución ordena el cese de la prisión preventiva, cada día que pasa se convierte en un día de privación ilegal de la libertad, que también es delito previsto en el código penal.

El Estado ecuatoriano es responsable por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24, y en cualquier momento ante requerimiento de legítimo interesado va a tener que responder nuevamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene competencia sobre el Estado ecuatoriano desde el año 1.984, en que Ecuador se allanó sin reserva a la competencia de la Corte. Por esta razón es que se indemnizó en el caso de los hermanos Restrepo (negociando), y se indemnizó en el caso de la profesora Consuelo Benavidez, (negociando). La responsabilidad no está limitada solo a los actos de terrorismo de estado o de un ejercicio abusivo de la fuerza pública que viola derechos humanos, sino que el Estado también es responsable por la violación de las Garantías Constitucionales que tienen que ver con el debido proceso, y en este caso por el abuso con la prisión preventiva.

Como prueba de lo dicho nos remitimos al fallo de la Corte Interamericana de DD.HH. dictado en diciembre de 1997 en el que frente a la reclamación del ciudadano Suárez Rosero, detenido en Quito por el Operativo «Ciclón» y sometido a prisión preventiva durante mas de 20 meses, condenó al Estado ecuatoriano a indemnizar al detenido por el abuso con la prisión preventiva, aunque al final los jueces ecuatorianos lo hubiesen condenado, pues como dice la Corte Interamericana, es irrelevante si es culpable o inocente, pues de lo que se trata es de sancionar al Estado por una justicia lenta y morosa.

Con la nueva Constitución se le da un golpe de muerte a la lentitud de los procesos en el Ecuador, y se le quiebra el espinazo

a la morosidad en que incurre el procedimiento inquisitivo escrito, siendo necesario y urgente que se cambie el procedimiento, buscando el modelo acusatorio y la oralidad en el juzgamiento.

Ministerio Público y debido proceso

La propuesta del nuevo Código de Procedimiento Penal, es que debemos ir de un proceso inquisitivo propio del Código de Procedimiento Penal de 1983, lento y escrito, tortuoso y secreto, que no es transparente ni contradictorio, a un procedimiento mucho mas dinámico, porque iríamos a la oralidad que esta prevista en la Constitución; dirigiendo el ministerio público la investigación, buscando las pruebas el fiscal y presentándolas al juez para que resuelva, ese es el punto de equilibrio que se pretende buscar, con esto se produciría un giro copernicano en la justicia ecuatoriana, que tanta falta le hace!

En la administración de justicia de finales de siglo se aprecia una ruptura epistemológica, que pretende incluso llegar a un modelo de sistema procesal penal acusatorio cuyos principios básicos son los de la acusación, contradicción, oralidad, publicidad, intermediación y concentración, y con la instrucción fiscal de la que debe depender la indagación policial. No obstante el avance constitucional en la búsqueda de mecanismos de control de las garantías constitucionales en el proceso penal, la experiencia forense nos hace mirar con preocupación la labor tributaria y dependiente de la instancia policial, que sigue cumpliendo el ministerio público ecuatoriano.

El Art. 219 de la Constitución del 10 de agosto, dice a la letra:

“El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal...”, vale recordar que ya desde el 16 de enero de 1996, por el tercer paquete de reformas constitucionales, la policía nacional carece de legitimidad constitucional para conducir las indagaciones previas y promover la investigación procesal penal, PERO lo sigue haciendo con la anuencia de jueces y magistrados que siguen ignorando lo que es el

respeto a la legalidad del debido proceso, y lo perverso y contradictorio que significa darle carta de ciudadanía a los “frutos del árbol envenenado”, alimentando así una cultura de irrespeto a un discurso medianamente garantista.

En ocasiones escuchamos decir a improvisados comentaristas que la labor del ministerio público es la de acusar, expresión que es mas fruto de la ignorancia que de la mala fe, pues la labor y finalidad del ministerio público es la de buscar la verdad, como punto de equilibrio entre su actuación y la actuación del juez. Esto es tan cierto y responde a un cambio del paradigma que en el sistema acusatorio propio del sistema procesal penal moderno, sin la acusación fiscal no hay proceso! La labor del Ministerio Público tiene que dejar de ser dependiente y tributaria de la instancia policial y debe cumplir con el mandato constitucional para que no se afecte la legalidad del debido proceso penal.

La verdad se busca a través de la prueba sin importar a quien favorezca y es por eso que el fiscal, en el sistema acusatorio busca la prueba de cargo -si ella es factible- para formular la acusación; o presenta las pruebas de descargo, abogando inclusive por la libertad del injustamente detenido, en cuyo favor puede hasta interponer recursos.

Cuanto bien haría a los legos y a quienes mantienen a ultranza una falsa legitimidad de un ministerio público acusatorio -que nació así hace mas de cien años- leer las sabias reflexiones de CLAUS ROXIN, profesor de derecho penal y de derecho procesal penal de la Universidad de Munich en Alemania, que en una erudita conferencia con ocasión de los cien años del ministerio público de Hamburgo nos habla sobre la posición jurídica y tareas del ministerio público, tanto presentes como futuras.

La tarea de custodio de los derechos humanos y de las garantías procesales, que le corresponde al ministerio público, no puede ser groseramente olvidada pues en la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público se ha consignado al menos formalmente, su calidad de institución de contención del abuso en el Estado de Derecho, y de custodio del respeto a los derechos humanos, desde el momento en que dispone su intervención para que dirija la investigación preprocesal y procesal con el auxilio de la policía

judicial. La Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone que se asegure el respeto al debido proceso garantizando el ejercicio del derecho a la defensa, permitiendo la presentación de las pruebas de descargo durante la fase de investigación pre-procesal.

La antes citada garantía constitucional y procesal penal, está siendo respetada real y materialmente por policías, jueces y fiscales?

En los casos que debemos revisar como abogados litigantes, nos encontramos con una ausencia casi total de este discurso medianamente garantista del debido proceso penal, pues absorbidos por la práctica y la rutina, los jueces penales se limitan a remitir copia de la denuncia a la Policía Judicial para que ésta investigue un presunto delito incumpliendo, con el respeto al debido proceso penal que por disposición Constitucional, le otorga competencia al ministerio público para prevenir en el conocimiento de los delitos de acción penal pública y en su investigación.

Debe ser en estas condiciones difícil que el Ministerio Público ecuatoriano pueda asimilar lo que significa el principio de oportunidad, y la necesidad de reconocer que hay que propugnar la vigencia de un derecho penal mínimo, esto es que el derecho penal y el sistema penal debieran ser de última ratio. Esta propuesta de que el derecho penal debiera ser el último recurso del Estado y no el primero, es llamada por los organismos internacionales como de extrema ratio, como nos recuerda el Prof. Juan Bustos Ramírez.

Asistencia legal y derecho al silencio

Una práctica perversa de permanente irrespeto a los derechos humanos por parte de las agencias policiales durante los procedimientos de investigación, ha tenido un aliado incondicional que ha sido el Ministerio Público ecuatoriano, no obstante que en la misma reforma constitucional del 16 de enero de 1996 recogida en la codificación última de 13 de febrero de 1997, se prevé ya la exigencia constitucional de la asistencia legal obligatoria que con mucho esfuerzo va ganando terreno aunque no aceptación en el segmento policial.

La disposición constitucional invocada así lo preveía en el Art.22, numeral 19, letra f) párrafo tercero, y hoy está consignada en el Art. 24, numeral 5 que establece que: “Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aún con fines investigativos, por una autoridad policial, por el Ministerio Público o por cualquier otra del Estado, sin la asistencia de un defensor privado o, nombrado por el Estado para el caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto carecerá de eficacia probatoria”.

Lo anterior significaba que la asistencia legal o sea el derecho constitucional a contar con un defensor de confianza de cualquier persona que es indagada es de forzoso cumplimiento, y que solo cabe la intervención de un defensor público o de oficio de manera subsidiaria esto es cuando no se puede contar con un defensor privado. Hoy la constitución es mucho mas clara y expedita en el Art. 24, que contiene una serie de prescripciones para hacer efectivo el debido proceso, pues ENTRE OTRAS se señala, en el numeral 4: “Toda persona detenida... será informada de su derecho a permanecer en silencio; a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique...”.

Cabe preguntarnos, si están cumpliendo los policías, jueces y fiscales ecuatorianos con la garantía constitucional que consagra el derecho a guardar silencio, esto es a que se le diga y haga conocer a cualquier ciudadano que es privado de su libertad, en el momento en que esto ocurra, que tiene derecho a guardar silencio, vale decir, a no declarar para no inculparse (o auto inculparse) y a contar con un abogado de su plena y absoluta confianza, previo a cualquier interrogatorio?

Mientras esto no acontezca en nuestro país, esto es que se prevenga al ciudadano del derecho a guardar silencio y de contar con un defensor de su confianza, se seguirá ignorando lo que es el respeto a la legalidad del debido proceso penal! Recordemos que el numeral 14 del Art. 24, de la Constitución vigente, que consagra el respeto al debido proceso dice “LAS PRUEBAS OBTENIDAS O ACTUADAS CON VIOLACION DE LA CONSTITUCION O LA LEY, NO TENDRAN VALIDEZ ALGUNA”.

Este importante avance constitucional ha recogido la llamada enmienda Miranda o quinta enmienda constitucional de EE.UU., que garantiza el derecho a guardar silencio bajo la advertencia de que lo que se diga puede ser utilizado en contra del declarante, que éste tiene derecho a contar con su propio defensor y que en el evento de no poder contar con un abogado defensor de su confianza, el Estado lo proveerá de uno si así lo desea.

El ministerio público debe dirigir la investigación a través de la llamada instrucción fiscal, y el juez penal debe controlar dicha instrucción así como reservarse la competencia para dictar las medidas de aseguramiento tanto personales como reales, disponer allanamientos, registros, incautaciones, decomisos y resolver la etapa intermedia. El ministerio público está obligado a cumplir lo que dice la Constitución y la propia Ley Orgánica del 19 de febrero de 1997, que en el Art. 26 expresa, para hacer efectivo el respeto al debido proceso, que el ministerio público garantizará la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por infracciones perseguibles de oficio, debiendo citar a los abogados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, y que cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria.

Sostenemos que no se respeta el debido proceso, si a un ciudadano en el momento de ser privado de su libertad, aunque se tratase de un caso de delito flagrante, no se le previene del derecho que tiene a guardar silencio y del derecho a contar con un abogado defensor privado; pudiendo ser asistido por un defensor público o de oficio, solamente en el evento de no poder contar con su propio defensor. Recordemos que el incumplimiento de este mandato constitucional, genera la ineficacia probatoria de cualquier actuación policial o de investigación pre-procesal en manos del ministerio público.

Debido proceso e intervencion policial

No obstante lo que se viene comentando, e insistiendo en que la Constitución vigente consagra en el Art. 23 como parte de los derechos civiles:

“Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

“...26. La seguridad jurídica.

27. El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones”.

Se puede creer equivocadamente que el concepto de seguridad jurídica está limitado a la idea de la seguridad ciudadana frente al aumento de la criminalidad, o frente a la intervención formal de los tribunales de justicia. La seguridad jurídica es mucho más y tiene que ver con el derecho de un ciudadano a no ser atropellado en sus derechos y garantías frente a la intervención de la fuerza pública, por ejemplo.

En el transcurso de la primera quincena de diciembre de 1998, espectamos como intervenía la fuerza pública, y en este caso particular, miembros de la policía nacional para la recuperación de un vehículo cuyo dominio era materia de una disputa judicial y que se encontraba expuesto al público en un patio de venta de vehículos, sin tratarse de un caso de delito flagrante y sin encontrarse frente a un estado de necesidad justificante, fracturaron y rompieron las seguridades de ingreso al patio, tomaron el vehículo y detuvieron al propietario del patio.

En este caso no existía una orden previa emitida por autoridad competente para proceder a la detención, ni se trataba de un caso de delito flagrante, por lo que se violó la garantía del debido proceso, prevista en el Art. 24 numeral 6 de la Constitución. Por otra parte no procedía el allanamiento que sólo puede ser ordenado por un juez, que debe concurrir personalmente al acto del allanamiento, que en el Ecuador y en la situación examinada no es un acto delegable.

La situación del estado de necesidad como causa de justificación, en que se debe proceder al inmediato allanamiento sin formalidad alguna (sic) está prevista en el Art. 203 del Código de Procedimiento Penal (numerales 3, 4 y 6), para:

“...3.- Cuando se trata de impedir la consumación de un delito que se está cometiendo o de socorrer a las víctimas;

4.- Cuando el cónyuge, el padre o madre o la persona que tenga a otra bajo su inmediata responsabilidad o cuidado reclame la entrega del cónyuge, del hijo, del pupilo o del menor que haya sido plagiado o raptado;

6.- En caso de inundación, incendio o cuando fuere necesario prestar inmediata ayuda a los moradores, contra un peligro inminente...”.

Otra situación que pone en grave riesgo la seguridad personal de los ciudadanos ecuatorianos, vulnerando garantías constitucionales inherentes a la vigencia del debido proceso en un Estado de Derecho es la intervención policial y de otros miembros de la Fuerza Pública, que en forma ilegal e inconstitucional con el repetido argumento de combatir el incremento de la criminalidad, está generando un incremento de la inseguridad ciudadana, pues se priva de la libertad a ciudadanos que se encuentran indocumentados por el hecho de no portar su cédula de ciudadanía, su certificado de trabajo o de antecedentes personales, hechos éstos que no constituyen infracción penal alguna, pues no se trata de la comisión de un delito o de una contravención.

En caso antes reseñado el sumamente grave y pone en situación de alto riesgo la vigencia del respeto al debido proceso, pues constitucionalmente (Art. 24, numerales 1, 4, 6) nadie puede ser juzgado por un acto que no constituya infracción penal; en el momento de ser detenido tiene el derecho de conocer las razones de su detención; y, no puede ser privado de su libertad sino por orden escrita de autoridad competente o en caso de delito flagrante. Estas detenciones son inconstitucionales y pretenden ser legitimadas con el manido argumento de la seguridad ciudadana, y deben cesar para rescatar la vigencia del Estado de Derecho.

Si la propuesta no se cumple, con grave riesgo para la supervivencia del Estado de Derecho de manera lenta pero peligrosa para la seguridad de los ecuatorianos, empieza a entronizarse la vigencia de un estado gendarme o policíaco, cuya operatividad selectiva y violenta incrementa el nivel de la inseguridad ciudadana y llega incluso a secuestrar la independencia y autonomía de jueces y fiscales que terminan por ser atemorizados con denuncias

provenientes de la propia policía que esgrime como argumentos de cargo en contra de los operadores del sistema de justicia penal.

Hay que reconocer que hay un incremento de la inseguridad ciudadana que tiene como antecedentes:

- a.- Un innegable aumento de los delitos de contenido violento contra las personas, como en los casos de violaciones y asesinatos.
- b.- Un sostenido aumento de los delitos contra la propiedad ejercidos sin violencia contra las personas, aunque en ocasiones se produce una hibridación con la violencia cuando hay resistencia al asalto en las agencias bancarias, robos en los domicilios o en el desapoderamiento de vehículos automotores.
- c.- Un incremento de delitos asociados con el tránsito terrestre que dejan una dolorosa secuela de destrucción de bienes y vehículos, de heridos y de muertos.

Pero existe un incremento de la inseguridad ciudadana COMO CONSECUENCIA de la extralimitación del Estado en el uso de la facultad punitiva.

Esta nueva lectura de la inseguridad ciudadana que se convierte en una falta de seguridad para el ciudadano honesto está asociada a la actuación de los cuerpos de seguridad del Estado. Siendo como es la policial el primer filtro de selectividad del Estado y la primera expresión de la violencia oficial, su intervención termina por ser demoleadora. Cuando la policía se extralimita en su accionar se llega a producir incluso una reacción ciudadana, porque se crea una situación de indefensión, y se da paso a respuestas ciudadanas que son interpretadas como un acto de legítima repulsa a una agresión ilegítima. Recordemos, durante el año 1998, la toma de cuarteles policiales y la quema y destrucción de sus instalaciones y del parque automotor, por muchedumbres enardecidas que se sienten agredidas y que terminan por desconfiar del elemento uniformado y de la actuación policial. En estas circunstancias se pierde la posibilidad de la cooperación ciudadana y del reconocimiento al sacrificio y entrega de los buenos servidores policiales en el cumplimiento del deber.

Sectores de opinión empiezan a protestar por una excesiva intervención policial en perjuicio del respeto al Estado de Derecho.

Expresiones del estado gendarme o policiaco

En el caso singularizado de la Policía, aumenta la inseguridad ciudadana por algunas variables explicativas que pueden ser resumidas así:

Por actos de abuso de autoridad;

Por un uso excesivo de la fuerza;

Por las detenciones arbitrarias, como las que ocurren cuando se priva de la libertad a un ciudadano sin contar con una orden emitida previamente por autoridad competente y sin que se trate de un caso de delito flagrante.

Por las redadas inconstitucionales a pretexto de las campañas de “ley y orden”, que culminan con la detención de ciudadanos por el “delito” de no portar documentos de identificación;

Por los allanamientos a domicilios particulares e instalaciones fabriles sin que exista orden previa emitida por juez competente y sin que se trate de un caso de excepción por la vigencia de un estado de necesidad, como cuando se trata de rescatar a la víctima de un delito;

Por el abuso en los interrogatorios en los que se hacen preguntas incriminatorias y se desconoce la garantía constitucional de no auto incriminarse, debiendo contarse con un abogado de su confianza (asistencia legal obligatoria) y solamente en subsidio con un defensor de oficio que no brinda garantía alguna;

Por la práctica institucional reiterada y permanente de forjar conclusiones de cargo o incriminatorias (antojadizas muchas veces) que pugnan con la verdad histórica, desconociendo que corresponde al ministerio público dirigir las investigaciones preprocesales y procesales con el apoyo de la policía y no a la inversa como sigue ocurriendo;

Por los maltratos y torturas durante los procedimientos de aprehensión y de investigación, sin que existan las debidas garan-

tías y salvaguardas propias de un Estado de Derecho; y, finalmente por el exterminio de presuntos delincuentes que son abatidos en forjados enfrentamientos con los gendarmes del orden que potencializan el surgimiento de un Estado Policiaco que es la negación del Estado de Derecho.

Sistema inquisitivo y sistema acusatorio

El norte o principal objetivo del cambio del paradigma radica en la necesidad de separar las funciones de investigar y juzgar, que en nuestro actual sistema de procedimiento penal se encuentran confiadas a una sola persona que es el juez penal. En efecto las funciones de investigar, formular una acusación con posterioridad a tal investigación y finalmente juzgar y fallar el conjunto de antecedentes recopilados corresponde en nuestro país a una sola persona física, que es el juez penal.

Creemos que nuestro actual sistema procesal penal adolece de serias deficiencias de constitucionalidad, y que el mismo violenta múltiples garantías de las personas tanto en calidad de víctima como en calidad de victimario. Expertos en investigaciones policiales han sostenido que el sistema es ineficiente y burocrático y economistas sostienen que el uso de los recursos fiscales en materia de persecución penal resultan mal asignados, deficientemente utilizados y genera rendimientos decrecientes.

Finalmente la ciudadanía percibe una justicia criminal lejana, burocrática, ineficaz, y poco transparente. Esta elemental necesidad de separar las funciones de investigar y juzgar permite sustituir nuestro actual sistema procesal penal de naturaleza inquisitiva por uno de carácter acusatorio en que se dota de auténtica imparcialidad al órgano juzgador -o sea a los jueces y tribunales penales- erradicando del mismo las funciones de investigación, y entregándoselas al ministerio público.

El debido proceso es mejor respetado si se separan efectivamente las funciones de investigar y juzgar, y por ello la nueva constitución crea un ministerio público como un órgano a nivel constitucional que tiene como función la persecución penal pública: para ello está facultado para investigar los delitos que se cometan, dirigir y coordinar a los organismos policiales en el marco de

tales investigaciones. Asimismo, deberá formular las acusaciones cuando corresponda y sostener la pretensión penal ante el tribunal del crimen correspondiente.

También existe el órgano encargado del control de la instrucción que es el juez penal cuyo objetivo es el de controlar las actuaciones del ministerio público en el marco de las investigaciones criminales, en la medida que ellas puedan importar la afectación de derechos constitucionales. De esta forma, si el ministerio público decide detener, o someter a prisión preventiva, u ordenar un allanamiento necesitará la autorización de un juez del poder judicial, un juez penal que será precisamente el juez de control de la instrucción

Funciones del Ministerio Público en el sistema acusatorio

- 1.- Investigar los delitos que se cometan, en representación de la comunidad.
- 2.- Dirigir la actuación de los organismos policiales en el marco de las investigaciones que realice.
- 3.- Preparar y formular la acusación del imputado por un delito ante los jueces y tribunales penales cuando corresponda.
- 4.- Presentar las pruebas que ha obtenido en la investigación ante el juez o tribunal y sostener la pretensión penal hasta el término de la audiencia oral.

El principio central del sistema acusatorio es la existencia de un procedimiento acorde con los valores del Estado de Derecho. En consecuencia, debe ser capaz de satisfacer las exigencias del debido proceso. Esto es:

- Posibilitar que la víctima tenga representación de sus intereses.
- Garantizar el principio que obliga a tratar al imputado como inocente mientras no se dicte en su contra una sentencia condenatoria.
- Garantizar el derecho a defensa jurídica que tiene toda persona desde el momento en que se le atribuye la comisión de un delito.

- Dotar a la Jueces de mayores condiciones de imparcialidad objetiva, para esto es necesario la publicidad y oralidad del proceso penal, pues así se consolida una especie de control ciudadano frente al poder punitivo del estado y frente a la prueba que puede ser fiscalizada por la propia ciudadanía.
- Establecer el control jurisdiccional de la investigación a cargo del juez penal.
- Dirigir y controlar la investigación policial, por el ministerio público.

Hacer real el principio de la intermediación, de modo que la rendición de la prueba se realice efectivamente ante el Juez, y no como ocurre en el sistema inquisitivo, en que el juez delega a secretario y amanuenses la recepción de casi toda la prueba.

Debido proceso y asistencia legal obligatoria

Formalmente, la lucha por hacer efectivo el respeto a los derechos humanos se puede haber concretado en la Constitución Política vigente, pues los derechos civiles que tienen que ver con la libertad personal, la libertad de opinión, la integridad física y la libertad de reunión están consignados. Los derechos políticos así como los económicos y sociales están igualmente previstos, y los llamados derechos de cuarta generación como el Hábeas Data y los derechos ambientales, también constan.

El respeto al debido proceso mejora con la asistencia legal obligatoria ya referida. El precedente de esta garantía es la Ley Miranda que tiene vigencia a partir de 1966 en EE.UU. Con ocasión del caso “Miranda vs. Arizona” en el que se juzgó al Estado de Arizona por el uso inadecuado del testimonio de cuatro detenidos a quienes se les recibió sus testimonios mientras permanecían bajo custodia policial sin ser advertidos de sus derechos a no dar testimonios incriminatorios. El fallo ha brindado la base legal para que quienes rinden testimonios se puedan defender de los abusos de los agentes del orden haciendo efectivo el derecho que tiene cualquier persona que se encuentre detenido o no, para rendir testimonio con la presencia de su abogado y fundamentalmen-

te a ser instruido del derecho a no declarar (guardar silencio) a fin de evitar una auto inculpación.

La Ley o enmienda Miranda es un sólido pilar en la estructuración del debido proceso penal que no puede ser tal, sino aquel en el que se han respetado los derechos y garantías que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una investigación o en contra de quien se ha iniciado un proceso penal para juzgar su conducta.

En el documento de los miembros de la Comisión de la CLD, que habíamos seguido trabajando hasta su conclusión consignamos una serie de garantías procesales en favor del imputado y de cargas u obligaciones en referencia al defensor. Se prevé así la asistencia legal obligatoria debiendo contarse con un defensor de confianza del imputado y solo en falta de éste se podrá recurrir a un defensor público o a uno de oficio. El defensor está obligado a instruir al imputado de su derecho a guardar silencio; el fiscal no se puede comunicar con el imputado sin la presencia de su defensor; se reconoce el derecho a no auto inculparse de manera que no puedan obtenerse sin el expreso consentimiento del imputado muestras como las de saliva, sangre, orina y semen.

En el mismo documento de la CLD se reitera la ineficacia probatoria de todo acto procesal que vulnere garantías constitucionales y que la ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueren consecuencia necesaria de ella. Con esto insistimos mucho en la legalidad del debido proceso y en negar el acceso a los “frutos del árbol envenenado” que constituyen la fuente natural de la prueba en el proceso penal ecuatoriano, porque creemos firmemente que esta es la única vía legítima para cambiar el paradigma de un sistema penal indolente y arbitrario en el que la defensoría pública ha sido igualmente legitimadora del abuso policial.

En el proyecto de la CLD hemos extrapolado la Ley Miranda y otras enmiendas de EE.UU. como la cuarta que garantiza el derecho de defensa y sanciona como carente de valor cualquier prueba indebidamente practicada de manera que no pueda ser admitida como evidencia incriminatoria en el proceso. La cuarta

enmienda dice: “La gente tiene derecho a la seguridad en cuanto a su persona, bienes, papeles y pertenencias, contra allanamientos y secuestros irrazonables efectuados, incluso, sin ninguna orden. En el supuesto que se llevara a cabo, deberá contener una descripción particular del sitio que se ha de allanar y las personas o cosas que se secuestren”.

Cuando se han empezado a dar los primeros pasos para un giro copernicano y para un cambio del paradigma han surgido voces no autorizadas que han criticado lo que significaría un anhelo despertar en esa inacabada lucha por hacer efectivo el respeto al debido proceso, que es el respeto a las garantías constitucionales y procesales.

Debido proceso y defensoría del pueblo

En la Constitución vigente desde el 10 de agosto de 1998 se le otorga a la defensoría del pueblo plena competencia para hacer efectiva las garantías de los derechos constitucionales, entre los que se encuentra el derecho al debido proceso (consagrado como uno de los derechos civiles). El artículo 96 de la Constitución dice:

“Habrá un Defensor del Pueblo, con jurisdicción nacional, para promover o patrocinar el hábeas corpus y la acción de amparo de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta constitución garantiza; observar la calidad de los servicios públicos y ejercer las demás funciones que le asigne la ley...”

Sin mayor esfuerzo apreciamos que la Defensoría del Pueblo en Ecuador termina por convertirse en un Ombudsman Judicial y en un custodio del respeto a las garantías y derechos fundamentales previstos en la Constitución Política, entre los que se encuentra el respeto al debido proceso. Significa lo dicho que en cualquier circunstancia en que la defensoría del pueblo aprecie que se están vulnerando garantías constitucionales y procesales que afectan a la legalidad del debido proceso, debe intervenir en salvaguarda del mismo.

Como hemos expresado en otros momentos y en otros documentos, el DEFENSOR DEL PUEBLO en Ecuador tiene una enor-

me gama de derechos y deberes, recordando entre otros: organizar la Defensoría del Pueblo en todo el territorio nacional; presentar demandas de inconstitucionalidad en los casos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 246 de la Constitución Política; intervenir como mediador en conflictos sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública si lo considera procedente y necesario; intervenir como parte en los asuntos relacionados con la protección del medio ambiente y el patrimonio cultural; promover la capacitación, difusión y asesoramiento en el campo de los derechos humanos, ambientales y de patrimonio cultural; hacer públicas las recomendaciones y observaciones que hubiera dispuesto y orientar a los ciudadanos sobre el ejercicio de sus derechos; realizar visitas periódicas a los centros de rehabilitación social, unidades de investigación, recintos policiales y militares para comprobar el respeto a los derechos humanos..

Si lo anterior no fuese suficiente (y creemos que si lo es), en el Art. 11 de la Ley se expresa que los defensores públicos, estarán a las ordenes del Defensor del Pueblo, de sus adjuntos y comisionados provinciales, para el patrocinio de las acciones y recursos que sean necesarios interponer y para garantizar el derecho de defensa y la tutela penal efectiva en las reclamaciones judiciales.

Por nuestra parte, y en razón de la enorme competencia que ya tiene la Defensoría del Pueblo, sostenemos que la Defensoría Pública no debe depender ni en su organización, ni en su estructura, ni en su funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, pues si va a estar a sus órdenes se crea una dependencia sui generis que puede generar conflictos. Somos partidarios de la creación de la Defensoría Pública Nacional como una especie de Ombudsman Judicial que intervenga en los procesos y frente a la administración de justicia, Defensoría Pública que debe institucionalizarse al igual que el Ministerio Público o que la propia Defensoría del Pueblo.

Debido proceso y motivación de las decisiones judiciales

Es frecuente y común que los jueces incumplan con la obligación de fundamentar sus autos resolutorios, mediante los cuales

disponen la afectación de garantías fundamentales que tienen que ver con el respeto al debido proceso, así ocurre cuando disponen la limitación de garantías constitucionales como el derecho a la libertad y a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, etc.

Los jueces penales -salvo alguna rara excepción- normalmente disponen una medida de aseguramiento personal como es la prisión preventiva, sin fundamentar tal medida cautelar que debe ser motivada por mandato expreso de la ley de procedimiento penal, recordemos que el Art. 177 del Código de Procedimiento Penal dice: "...en el auto (refiriéndose al de prisión preventiva) se precisará los indicios que fundamentan la orden de prisión". Cuantos jueces cumplen con este mandato o exigencia, que tiende a asegurar el derecho de defensa en un debido proceso penal?

La fundamentación o motivación de un auto resolutorio de privación de la libertad, busca que el ciudadano imputado de un delito sepa las razones por las que se lo está privando del ejercicio de una garantía constitucional como es el derecho a la libertad. En todos los casos en que no se fundamenta tal medida se está lesionando el respeto al debido proceso, y la actuación judicial es ilegítima e inconstitucional.

En la vigente Constitución ha tenido cuidado el constituyente ecuatoriano, al establecer en el Art. 24, como una de las garantías básicas del debido proceso, la necesidad de la motivación. El numeral 13 del artículo citado dice: "Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho..."

Como remediar el permanente, sostenido e institucionalizado equívoco de los jueces?

Aunque reconocemos que el debido proceso es una garantía ciudadana sin limitación por la materia, esto es que debe aplicarse en cualquier tipo de procedimiento (civil, tributario, administrativo, fiscal, laboral, etc.); referido específicamente al ámbito proce-

sal penal, la falta de respeto al debido proceso penal cuando se priva de la libertad sin motivar o fundamentar tal medida, debe ser reparada por el superior mediante el amparo de libertad consignado en el Art. 422 y siguientes del Código de Procedimiento Penal del 2000, disponiendo la cesación de la medida de aseguramiento personal, sin perjuicio de la sanción para el juez que ha irrespetado el debido proceso.

Cual es la situación real del amparo de libertad en la praxis judicial ecuatoriana?

Casi ningún juez o tribunal superior lo declara con lugar, por lo que se ha perdido la confianza en el control por parte de las instancias superiores toda vez que casi siempre el recurso es negado, aunque la medida de aseguramiento preventivo o provisorio (auto de prisión preventiva) no esté debidamente motivada! Los jueces superiores que así actúan se están olvidando de cumplir con las obligaciones inherentes al ejercicio del cargo, ante el requerimiento de legítimo interesado, no obstante que el Art. 24 que consagra constitucionalmente el debido proceso, dice en el numeral 17: "Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión..."

Por regla general los tribunales superiores, ni siquiera cumplen con la obligación de amonestar al inferior por el vicio de procedimiento, ni mandan a que el inferior rectifique el procedimiento, motivando las razones por las que dispone el aseguramiento personal de un imputado mediante el auto de prisión preventiva; con esta actitud los tribunales superiores terminan por legitimar el estado de indefensión de quien se encuentra sindicado y privado de su libertad aunque constitucionalmente es aún un ciudadano inocente.

Actualmente en el Ecuador la responsabilidad de los jueces y magistrados es de tal magnitud, que de acuerdo con la Constitución vigente y el respeto al debido proceso, al tiempo que se establece la primacía de la Constitución frente a normas de menor jerarquía (como serían los códigos y leyes de procedimiento) como

lo dice el Art. 272 de la Carta Suprema, el constituyente ecuatoriano dispuso que de oficio se apliquen las garantías constitucionales.

En el Art. 273 de la Constitución del 10 de agosto de 1998, se establece: “Las cortes, tribunales y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente”, significa lo anterior que ex-officio procede el control constitucional y por ende el respeto al debido proceso.

Cuando se trata del allanamiento de la morada de un ciudadano en nuestro país, ocurren dos posibilidades: o la policía hace el allanamiento sin orden previa emitida por autoridad competente (sin ser un caso de excepción por un estado de necesidad), o en los casos en que el juez dicta el allanamiento no fundamenta la medida que limita una garantía constitucional, o no concurre al acto del allanamiento aunque el Art. 207 del Código de Procedimiento Penal, dice de manera clara y sin posibilidad de interpretación contraria, “Al acto de allanamiento irá PERSONALMENTE EL JUEZ acompañado del secretario y de la Fuerza Pública...” (las negrillas, mayúsculas y subrayado con nuestras).

Cual es la situación de estos actos y actuaciones policiales?

Que son abiertamente inconstitucionales y violatorias del respeto al debido proceso, y que cualquier prueba que se obtenga carece de valor y de eficacia probatoria alguna, conforme lo dice el Art. 24, numeral 14 de la Constitución en donde leemos: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna”.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se destaca la necesidad de negar carta de ciudadanía a los “frutos del árbol prohibido”, sancionando como carentes de valor alguno tanto la actuación como la prueba indebidamente practicada, porque está viciada de nulidad absoluta e insubsanable. El profesor argentino JOSE CAFFERATA NORES nos ilustra, expresando: “La doctrina de ‘los frutos del árbol envenenado’ se relaciona genéricamente, con la imposibilidad de utilizar como prueba en un proceso penal, elementos de convicción obtenidos mediante la violación de ga-

rantías fundamentales, pero mas precisamente se vincula con la invalidez del uso procesal de datos probatorios que, sin ser el corpus de la violación constitucional (como sería por ejemplo la confesión forzada), se han podido conocer o coleccionar gracias a ella como sería, por ejemplo, el descubrimiento de instrumentos del delito del lugar indicado en la confesión forzada, o el secuestro de la res furtiva del domicilio registrado sin orden de allanamiento”.

Creemos que la única manera como pueden ser operativas en el proceso penal las garantías fundamentales del debido proceso, es evitando que surtan efectos probatorios sus violaciones evidentes o encubiertas, vale decir, mediante la anulación de los actos procesales que las contienen.

La jurisprudencia de Costa Rica es sumamente generosa en el tema del debido proceso y de la sanción mediante declaratoria de nulidad o de revocatoria de las medidas de aseguramiento personal, cuando por ejemplo la prisión preventiva no ha sido fundada o motivada por el juez, actuando como tribunal de salvaguarda tanto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como la Sala Constitucional de la misma. Esta información es accesible en la REVISTA DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA, en cuyo número 14, del año 9, de diciembre de 1997 encontramos una erudita gama de fallos, como el relacionado con el beneficio de libertad condicional, por vicio de falta de fundamentación al haberse omitido prueba fundamental.

En relación a la obligatoriedad de la fundamentación de la prisión preventiva, La Sala Constitucional de Costa Rica hace continuas observaciones al incumplimiento de los jueces, al acoger recursos de hábeas corpus, así la Sala en el voto 1419-96, expresa: “Cuando se exige fundamentar debidamente la resolución que restringe la libertad de un imputado, tanto por imperativo constitucional, como por mandato específico del numeral 20 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, lo que se exige en la resolución es la existencia y exposición del respaldo fáctico concreto existente en la causa y respecto de cada imputado, así como el respaldo normativo que sustenta y justifica la adopción de la medida, pues solo de esa forma se logran individualizar las razones que motivaron la decisión, y sólo así surge la posibilidad de controlar en

alzada esa disposición. Es decir, el juez ha de expresar las razones que existen en la causa que tramita, y respecto del imputado concreto para decidir restringir su libertad como medida cautelar indispensable para asegurar la sujeción del acusado al proceso, la averiguación de la verdad y la eventual aplicación de la ley penal. Repetir en abstracto y como frases vacías, los supuestos que legalmente autorizan la privación de libertad, no es fundamentar. Fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en cada caso concreto, exponer y razonar por qué se estima en ese momento procesal, que los objetivos antes señalados están en peligro, y cuáles son los elementos de juicio que permiten sustentar la existencia de ese peligro y en consecuencia, justificar la medida adoptada. El juez no puede contentarse con decir que sospecha de la fuga del acusado, o sospecha que contaminará la prueba, sino que debe exponer en concreto en que se basan esas sospechas, y para hacerlo debe referirse indefectiblemente a las pruebas existentes en la causa y a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento procesal del acusado que respalde ese juicio emitido, sin que con ello se lesione el principio de inocencia, dado que como medida cautelar, la detención provisional debe encontrar pleno respaldo y justificación en el proceso. No son apreciaciones subjetivas del juez las que permiten limitar la libertad, son razones objetivas, amparadas legalmente y debidamente respaldadas en la causa y ello debe traducirlo y exponerlo el juez al resolver sobre la libertad...”

La falta de motivación o fundamentación es igualmente notable en la judicatura ecuatoriana, cuando se trata de los autos resolutorios al concluirse el sumario y hasta en el contenido de la sentencia con lo cual evidentemente se está violando el debido proceso que debe ser reparado por los tribunales superiores cuando conocen en alzada de la resolución del sumario, cuando se trata de la sentencia mediante la apelación o mediante el recurso de casación por violación de procedimiento.

Como anota con erudición el profesor JORGE ZAVALA BAQUERIZO: “La motivación constituye un juicio lógico que se desarrolla alrededor de la pretensión. El juez al momento de sentenciar debe exponer a las partes y a la sociedad, las razones que ha tenido para resolver en la forma constante en la parte dispositiva

de la sentencia... Para estimar o desestimar la pretensión punitiva, el juez debe ponerla en relación con el derecho objetivo... Pero, además en el caso que el juez estimare la pretensión punitiva, la motivación o parte lógica de la sentencia debe comprender también las causas de la calidad y de la cantidad de la pena, es decir las razones por las cuales se impone el máximo o no se admite la variación o, en su defecto, se atenúa la pena. Por otro lado, si se estima la pretensión se debe incorporar en la motivación el fundamento para establecer la calidad de la pena, o en su caso, la razón para que proceda la imposición de ciertas medidas de seguridad proyectadas inclusive para el tiempo posterior al de la ejecución de la condena”.

Por nuestra parte agregamos, que es de exigencia y obligatorio cumplimiento la fundamentación de las resoluciones y fallos judiciales tanto para atender la necesidad de garantizar la defensa de las partes en el debido proceso, como para atender el respeto a uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y del sistema republicano, que fundado en la publicidad de los actos de gobierno y de sus autoridades y funcionarios que son responsables por sus decisiones, demanda que se conozcan las razones que amparan y legitiman tales decisiones.

Como nos ilustra CAFFERATA NORES “la fundamentación de las resoluciones judiciales, para ser tal, requiere la concurrencia de dos condiciones. Por un lado, debe consignarse expresamente el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba. Por otro, es preciso que éstos sean meritados, tratando de demostrar su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se admitan en el fallo. Ambos aspectos deben concurrir simultáneamente para que pueda considerarse que la sentencia se encuentra motivada. Cualquiera de ellos que falte (tanto el descriptivo como el intelectual) la privará de la debida fundamentación”.

La motivación exige además el razonamiento de los elementos probatorios que sirven de base o premisa para las conclusiones a que llega el juez. Como dice CAFFERATA NORES, “la mera enunciación o descripción de los mismos no satisface este requisito, porque no proporciona los elementos de juicios necesario para

verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez para arribar a determinada conclusión ha sido cumplido con respeto por las reglas de la sana crítica racional”.

Para que se pueda ejercer el respectivo control y hacer efectivo el respeto al debido proceso se requiere que en la sentencia se precise el contenido de la prueba, enunciando, describiendo o reproduciendo en concreto el indicio probatorio, a efectos de que sea posible verificar si la conclusión a que llega el jurisdicente surge lógicamente y racionalmente de las pruebas que se invocan en su sustento.

Como un significativo avance en la consolidación del respeto al debido proceso en un Estado de Derecho, a través de la condena a la tortura, debemos recordar el caso de los siete del Putumayo, y un fallo reciente de la Corte Suprema de Justicia, publicado en el Registro Oficial No. 5 de 17 de agosto de 1998, en el que la Primera Sala de Casación Penal resuelve por mayoría de votos casar la sentencia condenatoria, disponiendo la libertad de un encartado por el delito de homicidio, expresando:

“Sostiene correctamente el Tribunal Penal que la declaración preprocesal rendida por el encausado que no lleva su firma, ni la de un fiscal, ni se ha rendido en presencia de un abogado del procesado, carece de valor probatorio, así como la indagación policial previa a la apertura del proceso, y el testimonio referencial del policía ARO quien dice haber escuchado al encausado declararse autor del homicidio. Los testimonios propios de la señora LMA, y del menor de edad AA son insuficientes, como apropiadamente estima el Tribunal Penal, para acreditar que BC fue quien disparó el arma homicida... El Tercer Tribunal del Azuay ha obrado conforme a derecho al no admitir como prueba de responsabilidad la indagación policial y la declaración preprocesal del sindicado, por no habérselas realizado con asistencia de un abogado que le represente; requisito establecido por la Constitución Política de la República para garantizar el derecho de defensa, y sin el que ‘cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa... carecerá de eficacia probatoria, según manda imperativamente el literal f), del inciso tercero, del numeral 19, del Art. 22 de la Carta Política...”.

La numeración citada en el fallo de casación penal, corresponde a la Constitución anterior codificada el 13 de febrero de 1997 y en la Constitución vigente consta en el Art. 24 numeral 5, siendo ratificado en el numeral 14 *ibidem*. Un fallo como en el que se transcribe en su parte resolutive es meritorio y representa un significativo aporte y avance en el respeto al debido proceso y en la consolidación del Estado de Derecho, siendo un saludable precedente y un buen ejemplo a imitar por jueces y magistrados ecuatorianos!

CONCLUSIONES

1. La Constitución Política del 10 de agosto de 1998 significa un positivo avance en el ámbito de las garantías fundamentales que se irradian al debido proceso, consustancial a la vigencia plena del Estado de Derecho.

El cambio del paradigma procesal penal del sistema inquisitivo al sistema acusatorio oral es de innegable importancia, y es de urgente e imperiosa implementación, pues permite llegar a un punto de equilibrio entre el órgano que dirige la investigación, que es el ministerio público mediante la instrucción fiscal que es de investigación bajo la responsabilidad del ministerio público, bajo cuya orientación y supervigilancia queda supeditada la intervención policial. Si no hay acusación fiscal esto es la que deviene del Ministerio Público, no hay juicio.

2. El órgano de control de la instrucción, es el juez penal, que mantiene la competencia para dictar medidas de aseguramiento real y personal, como retención, prohibición de enajenación de bienes, aprehensión y decomiso de bienes, auto de prisión preventiva y su revocatoria, cauciones excarcelarias, resolución de excepciones procesales, tramitación y resolución mediante el sistema oral de la etapa intermedia, y para dictar sentencia en el procedimiento abreviado.

Igualmente existe un tribunal pluripersonal (de tres jueces abogados) que tramitan y resuelven la etapa del juicio que es oral y en la que se presenta la prueba, para hacer

efectivo el principio de la intermediación del juez de la resolución, con la prueba practicada.

- 3.- En el sistema inquisitivo el mismo juez investiga y falla, emite ordenes de investigar a la policía judicial, el procedimiento es escrito y mediatizado por la intervención de amanuenses y curiales. El mismo juez que instruye resuelve la etapa intermedia y durante la instrucción por su sola y omnímoda voluntad dicta las medidas de aseguramiento. Es decir que el mismo juez que investiga debe evaluar su propia investigación, con lo que se resta objetividad e imparcialidad a la instrucción, cuya calificación depende del mismo instructor.

En el sistema acusatorio el ministerio público investiga y acusa, dirige la investigación policial, en tanto que el juez penal controla la instrucción y resuelve si hay o no lugar para el llamamiento a juicio.

4. Debe institucionalizarse la defensoría pública como un organismo técnico, autónomo e independiente, tanto de la función judicial como de la defensoría del pueblo, para evitar extrañas ingerencias en su constitución y funcionamiento. De esa manera se podría contar con una defensa profesional especializada dentro de la estructura del sistema penal, que haga efectiva la vigencia de la asistencia legal obligatoria, necesaria para el respeto al debido proceso y para la existencia del Estado de Derecho.

EL DELITO «DE CUELLO BLANCO»

En los modernos predios criminológicos se advierte una tendencia creciente a etiquetar, dándoles nombre propio, a las nuevas formas de la criminalidad. EDWIN SUTHERLAND cede al etiquetamiento y da la denominación de crimen «de cuello blanco», delito «de cuello blanco», o «white collar crime», a ciertos actos delictivos que se caracterizan por una violación de la ley cometidas por personas de nivel socioeconómico elevado, en el cuadro de sus actividades profesionales y en vista de llegar a una ganancia más importante.

Hoy es más clara la relación e interdependencia entre el derecho penal y la criminología que es un eficiente auxiliar y complemento para el primero. Son distintos eso sí el análisis criminológico y el análisis jurídico de las conductas del hombre.

Como bien dice PINATEL la criminología se interesa ante todo por el fenómeno natural y social de la ley penal oculta, estudiando los hechos y personas que constituyen el objeto de las definiciones legales. Se diferencia radicalmente del derecho penal que es una ciencia normativa. La criminología es una ciencia humana y social. Tiene a su disposición las técnicas de investigación comunes a todas esas ciencias: técnicas socioculturales, clínicas, matemáticas.

Desde los campos de la sociología criminal aparece vigorosa la teoría que asimila conceptualmente al crimen con el delito, y sin entrar a polemizar en torno a la autonomía científica de la sociología criminal frente a la criminología o tomar partido por la necesaria dependencia científica, debemos aceptar su importante

aporte porque en buena parte se desinteresa del concepto formal de la ley al describir los delitos, tratando de llegar al estudio de la exterioridad social criminal desde un ángulo pragmático. Se buscan las causas sociales y las consecuencias generales del acto tipificado así como la intervención del Estado, no sólo en la represión sino en la desatendida labor de prevención criminal.

Al llamado delito «de cuello blanco» se lo ha etiquetado también como delito «económico» o «financiero, o delito institucionalizado», etc. y consecuentemente se admiten las variantes de delincuencia «de cuello blanco», «económica» o «financiera», o delincuencia «institucionalizada».

A no dudar la sociedad actual se encuentra librando una gran batalla contra la criminalidad, que para mí es más que un desafío. La solución en esta dura confrontación es más compleja que buscar un incremento en el monto de las penas, porque si fuere la gran cura social, aquellos países en los que está implantada la pena de muerte no tendrían delitos, delincuentes, ni delincuencia. Ya FERRI habló sobre las leyes del desarrollo de la criminalidad que pasaba desde las formas violentas o musculares a las intelectuales o astutas del robo a la estafa que viene a ser un fenómeno no ya agudo, sino crónico.

Para el Prof. PINATEL, «la nueva era en la que nos adentramos ofrece otro panorama. El ritmo del progreso científico se acelera y la vida social se transforma notablemente. Aumenta el nivel de vida, la instrucción se generaliza. Pero al mismo tiempo los aparatos tecnocráticos determinan cada vez más la existencia social. El hombre está alienado por la sociedad tecnocrática».

La nueva criminalidad afecta a todos los grupos sociales incluso a aquellos que se habían encontrado al margen de la influencia delictiva. Esa permeabilidad criminal tiene factores motivacionales confluyentes y relacionados que ocasionan una política criminal de defensa social ineficaz. Cuando el derecho penal actúa aislado se suceden graves fracasos prácticos; la experiencia criminológica en nuestro medio pone al descubierto una verdad que se pretende ocultar, hay un aumento de la perversión en el delincuente cuando llega a las cárceles o penitenciarías y el abandono de su familia en condiciones miserables representa un efi-

caz fermento de nueva delincuencia, porque se recurren como medios de subsistencia a la prostitución, al proxenetismo, a los pequeños hurtos por los jóvenes desamparados, a venta de estupefacientes, etc.

Frente a la creciente criminalidad y siguiendo los viejos consejos se opta por la ley del menor esfuerzo, se hace lo más fácil para los políticos y lo normal para los juristas: perseguir al delincuente y aumentar las penas. Los resultados están a la vista y se aprehenden fácilmente, ha aumentando la delincuencia y el contagio criminal llega hasta a las propias esferas del poder gubernativo dando nacimiento a la delincuencia de los grupos de poder, a la que se rotula como delincuencia «institucionalizada».

Etiología criminológica de la delincuencia «de cuello blanco»

Buscar los factores criminógenos de la delincuencia «de cuello blanco» de los grupos de poder», implica un esfuerzo mayor que determinar los factores endógenos y exógenos de la criminalidad en general. En la criminogénesis se hace relación a la índole genuina del delincuente en el momento del acto - factores endógenos- y a las relaciones exteriores que circundan al delincuente en ese momento -factores exógenos-, buscando conciliar los factores o causas que son interrelacionados y recíprocos. En criterio de MEZGER la consideración dinámica enseña especialmente que ya los singulares factores (disposición, medio) no son realidades unívocas, sino imágenes complicadas, dinámicas, que antes de producir cualquier efecto actual influyen unas en otras de las más diversas maneras. Tienen una recíproca eficacia conjunta.

En una sociedad animada por el deseo de crecimiento y expansión económica, aparece y se incrementa la delincuencia «de cuello blanco», constituida por infracciones cometidas exclusivamente por personas de alto nivel socioeconómico, acomodadas y de buena reputación, que abusan del ejercicio de sus actividades inclusive. Cuando se encuentra este grupo social frente a la posibilidad de tener poder, el poder hecho realidad es capitalizado en muchos casos, en procura de llegar a un enriquecimiento que por vías morales y legales es inalcanzable.

Los casos más graves se presentan cuando se da una interacción peligrosa entre formas de la criminalidad que sin ser nuevas, tenían ya lugar de residencia en la criminología como la de los delincuentes en el narcotráfico, que buscan incursionar en los grupos de poder que han mantenido cierta hegemonía y su actividad dentro de los parámetros de la auténtica delincuencia «de cuello blanco», fusionándose con éstos mediante la captación de puestos representativos a nivel local o seccional, o llegando al mismo parlamento nacional. Estos son falsos delincuentes «de cuello blanco» o «de etiqueta».

Cuando se estudia a la delincuencia organizada bajo los rubros de delincuencia «de cuello blanco» o «institucionalizada», aparecen en el esquema criminológico como sujetos activos, personas de cierta preparación cultural, social y económica, que abusan del poder sabiendo de antemano que casi siempre esta forma delictiva es impune, o por falta de tipicidad (previa educación de la conducta en una hipótesis prevista por el legislador como delictiva), o por el amparo del grupo de poder al que pertenece el delincuente «de cuello blanco», con respecto al que se observa una ausencia casi completa de reproche social relacionado con la condena penal de un hombre de negocios.

Esto se explica por cierta solidaridad del medio, por la diferencia instintiva que el público establece entre la criminalidad violenta y la delincuencia astuta y porque se llega a considerar al delincuente «de cuello blanco» como un hombre sin la suerte que tienen los más.

En estos días se han producido hechos graves en Colombia y en Ecuador que nos mueven a la preocupación: un hombre honesto y que pretendió cumplir cabalmente con el cargo de Ministro de Justicia -declarando la lucha a los traficantes de drogas- fue miserablemente asesinado en calles céntricas de Bogotá, emulando a los mafiosos traficantes italianos que han irrespetado a funcionarios jurisdiccionales y policiales en Italia y bañando de sangre sus calles y ciudades. Se ha llegado a afirmar en Colombia que los traficantes de sustancias alcaloides han fomentado y fomentan campañas para captar puestos legislativos y gubernamentales, y se ha descubierto por un operativo de emergencia en el que se han

integrado fuerzas militares y paramilitares, enormes plantaciones de materia prima para la elaboración de drogas estupefacientes, la gran peste apocalíptica del siglo XX.

Se han encontrado sofisticados laboratorios y fábricas para el procesamiento técnico de sustancias psicotrópicas y farmacodependientes, así como se ha dado publicidad a los nombres de personas de diferente posición social y económica vinculadas al tráfico ilícito de estupefacientes. Lo malo está en que se haya esperado a que se pague el precio anticipado de vidas socialmente útiles para hacer público lo que era un secreto a voces, y que se emprenda en una campaña antidrogas luego de pérdidas irreparables.

En el Ecuador y a raíz del crimen del Ministro de Justicia colombiano, inmolado en el cumplimiento del deber, se asegura que los principales jefes de la mafia del vecino del norte han llegado a nuestro país, y se están produciendo reasentamientos de los laboratorios en zonas propicias por el difícil acceso, como la amazonía ecuatoriana.

Un alto jefe policial, precisamente de las dependencias destinadas a la represión y prevención del tráfico de estupefacientes cometió la imprudencia de decir públicamente y a través de los medios de comunicación televisada y escrita, que los narcotraficantes estaban «preocupados» por el futuro político del Ecuador y que habían financiado campañas para llegar al Congreso Nacional, omitiendo individualizar a los «capos» congresistas. Al ser inquirido porque con verticalidad y valor pormenorice detalles de estos personajes de la «nueva política» ecuatoriana ha hecho un mutis total, con el falso argumento de que se han mal interpretado periodísticamente sus declaraciones. Es que la influencia hace temblar a los jefes policiales.

Hay una gran verdad oculta que es verdad de hace muchos años: los traficantes de drogas de cualquier latitud del mundo buscan el contacto con los grupos de poder, y se pretenden convertir en nuevos delincuentes «de cuello blanco», con la patente de impunidad que representa estar protegidos por ciertos sectores del gobierno. Se fusionan hasta con las clases de cierto abolengo social y de alcurnia, mediante el trueque económico-social y viceversa.

Hay un desmesurado afán económico en corto tiempo y en gran volumen. Si se revisa la historia política de muchos países latinoamericanos se aprecia que los gobiernos sean democráticos o militarizados dejan una secuela de nuevos ricos. Se habla de una delincuencia «de kaki» o «militarizada», como bien podría etiquetarse a la actividad criminal de ciertos grupos militares que captan el poder con falsos argumentos redentores para luego pre acondicionar el fraude colectivo y el abuso. Se afirma que algunas dictaduras militares en Bolivia incursionaron en las formas más graves de la criminalidad como es el tráfico de estupefacientes, habiéndose procesado penalmente a ex dictadores sin resultado positivo alguno. Estos traficantes viven en el exterior gozando de un poder económico que ha asegurado el bienestar para muchas generaciones familiares.

Es un acicate para esta forma de criminalidad, la delincuencia «de cuello blanco» o «contra el orden social», que cuando se fusiona con el tráfico de estupefacientes pierde el concepto original de su contenido de clase, la llamada impunidad de hecho y de derecho; que se convierten también en un factor en la criminogénesis de este tipo de conductas delictivas: la impunidad de derecho obedece al silencio de la ley frente a ciertas conductas, esto es la falta de adecuación del acto a un tipo penal (que es una garantía constitucional), y la impunidad de hecho que obedece al poder económico y social de los criminales, a la complicidad de las autoridades, a los mecanismos sofisticados que se utilizan para el logro de los fines criminales, y hasta se debe pensar con seriedad en la complejidad de las leyes que pretenden normar estos hechos, así como en la hábil asesoría legal y contable.

Es factor impulsor de la criminalidad «de cuello blanco», la llamada «falsa criminalidad de cuello blanco». Estadísticamente se ha de comprobar el gran número de procesos y de detenidos por casos de «falsa delincuencia institucionalizada», en los que se escandaliza con el enjuiciamiento a funcionarios del gobierno de menor jerarquía por actos de corrupción pequeños, frente a la criminalidad organizada desde las altas esferas del gobierno para abusar de los dineros públicos, mediante las formas modales de peculado, desfalco, malversación, etc., estos actos son generalmente impunes. Se crea la «falsa delincuencia de cuello blanco», para

distraer la atención y dar una imagen de impermeabilidad gubernativa a la corrupción y al fraude.

Lo que se expone en términos criminológicos generales, no es patrimonio delictivo de los países en vías de desarrollo -en los que el terreno es más fértil e insuficientemente explotado-, sino que la onda expansiva afecta también a los países industrializados sean capitalistas o socialistas-marxistas. Debe eso sí reconocerse que es en los países tercermundistas y en desarrollo, más fácil la fusión criminal, porque se obtienen mejores dividendos mediante el intercambio de poder.

Algunas formas de la delincuencia “de cuello blanco”

Sin que se pueda agotar la casuística de estas modalidades delictivas, y admitiendo la posibilidad de estudiarlas como formas fusionadas de criminalidad, puntualizamos algunas hipótesis:

- a.- La delincuencia «de cuello blanco» como forma de delincuencia «institucionalizada», es perpetrada por elementos que pertenecen a los grupos que detentan el poder político del que abusan en beneficio personal, en ciertas actividades como las defraudaciones aduaneras y evasiones tributarias.
- b.- La delincuencia «de cuello blanco» perpetrada por las corporaciones o transnacionales, en las que se mezclan como sujetos activos tanto personas particulares como funcionarios públicos, buscando mecanismos ingeniosos como la «sub-facturación» de los precios reales. De esta manera se obtienen ganancias paranormales, porque se falsean datos en cuanto al precio real de fabricación y el precio real de venta, o entre el precio de exportación y el que realmente se recibe. En un país como el nuestro en el que hay una diferencia notable en el precio oficial de una moneda patrón en el comercio internacional -el dólar-, y el del mercado libre de cambios, las «ganancias» en el cambio de divisas que no son comercializadas oficialmente es incalculable.

Debe pensarse en que los mecanismos de control son insuficientes, para no admitir que hay una colaboración cóm-

plíce de determinados funcionarios de gobierno, que se convierten también en delincuentes «de cuello y corbata».

- c.- Hay una gama de delitos propios cometidos por personas que ocupan determinados cargos o funciones públicas, en quienes el Estado ha depositado la confianza en el buen manejo de sus negocios. Estos sujetos abusando del cargo se apropian de los dineros públicos (peculado), o les dan un destino no autorizado (malversación), o dolosamente permiten un dispendio en el manejo de los dineros públicos que ocasiona un faltante en el momento de la rendición de cuentas (desfalco).

Para no incurrir en falsas apreciaciones hay que distinguir, al funcionario público que tiene poder político y que es el verdadero delincuente «de cuello blanco», del que reuniendo las condiciones para ser sujeto activo de un delito propio (ej. peculado) carece de poder político, y que es un falso delincuente «de cuello blanco». La verdadera delincuencia «de cuello blanco» es normalmente impune por las motivaciones (supra) ya determinadas, a diferencia de la de otros funcionarios públicos que es perseguida y sancionada.

- d.- Son formas de criminalidad sofisticada, la perpetrada mediante la falsificación documental, con el previo aprovisionamiento de maquinaria computarizada de similares características técnicas a las que son de uso oficial, como las que emplea en el Ecuador el Banco Central y las Aduanas, donde se calcula estimativamente que el perjuicio al Estado ha sido de algunos miles de millones de dólares.
- e.- En un medio donde no hay paridad cambiaria, con una gran diferencia en el mercado oficial de divisas y el mercado «negro», tanto los particulares como los funcionarios públicos que detentan el poder, se asocian delictivamente, sustrayendo del control cambiario el verdadero flujo de divisas. Se institucionaliza la corrupción que forma parte de la historia y de las costumbres latinoamericanas. Como dice un reputado criminólogo José M. Rico,

las prácticas destinadas a pagar una suma de dinero a cambio de un servicio han sido frecuentísimas desde los tiempos de la colonización.

Algunos casos de delincuencia “económica” o “de cuello blanco”

Al descubrirse la maquinaria computarizada, con la que se falsificó las papeletas de pago de impuestos al Banco Central y a las Aduanas, por miles de millones de sucres, se movió el aparato judicial y se produjeron prisiones de personas identificadas plenamente como responsables en este tipo de delito de «cuello blanco», pero el epílogo ha sido la libertad de los presuntos culpables y la destitución de los jueces que cedieron a la tentación económica. Normalmente la impunidad también ampara a los jueces que actúan en beneficio de los grupos de poder, que cuentan con el respaldo de personajes de gran influencia en cualquiera de las esferas del gobierno, del poder legislativo y del mismo poder jurisdiccional.

El avance contagioso de las nuevas formas criminales ha invadido sectores sociales que antaño se creyeron impermeabilizados al delito «económico» o «corporativo». La oportunidad dimensionable en millones de sucres o dólares ha sido más importante que mantener el lustre generacional de algunos apellidos.

Con esa finalidad criminoso se han creado con cierta membresía corporaciones y compañías destinadas a programas de vivienda o habitacionales, y a fomentar el ahorro con el incentivo de pagar intereses mayores que los que paga la banca privada, que goza evidentemente de gran respetabilidad. Se hace una gran propaganda televisada y escrita a fin de ganar la confianza de la gran masa de posibles inversionistas a quienes se paga inicialmente réditos estimulantes para una inversión mayor. Más tarde, se producirá el cierre abrupto de las operaciones de inversión y se buscará el amparo de quiebras fraudulentas y ficticias, con un activo de bienes o inmuebles o papeles fiduciarios, que es exiguo en comparación con el flujo de inversión que se recibió por los particulares que en algunos casos reclaman, y en otros guardan silencio por temor al escándalo que representaría un público reco-

nocimiento de una excesiva ingenuidad. Como surge el impacto económico el gran público inversionista se llama a esta forma de fraude colectivo, también, delito «masa».

Esta forma de la criminalidad ya no es patrimonio del extranjero que explota la ingenuidad del nacional -así ocurría antes con los programas de inversiones y viviendas-, sino que se ha criollizado la delincuencia económica. El fraude y la estafa colectiva han terminado por nacionalizarse en cuanto a los sujetos activos, que hábilmente escapan al control de los organismos del Estado que deben cumplir con ese fin, y al ser descubiertos emigran cómodamente a vivir al exterior con el fruto del fraude colectivo.

El hombre de negocios que incursiona en la delincuencia «de cuello blanco» tiene características comunes con el delincuente profesional, pues son generalmente reincidentes, los actos delictivos son mayores que los que se denuncian o acusan, mantienen la posición de privilegio dentro de la clase social o económica a la que pertenecen que los mira como sujetos amparados por la fortuna, y desprecian a la ley, así como a los delincuentes que no pertenecen a su status, que son delincuentes de menor categoría.

En los países del Tercer Mundo es compleja la criminalidad económica porque se aparta del molde tradicional, llegando al máximo nivel con las transnacionales que manejan el mercado internacional y cuya criminalidad es más difusa e ingeniosa.

Tanto en los fraudes colectivos intranacionales como en los delitos económicos de las transnacionales se pretende cubrir con un manto de impunidad la responsabilidad penal, con el falso argumento de que los entes corporativos no pueden ser sujetos pasibles de pena. Esto es verdad de lege lata, pero no es la persona jurídica la que debe responder penalmente sino sus miembros como individualidades, a quienes sí puede válidamente aplicarse la ley penal.

En otros casos no hay posibilidad de determinar especialmente el lugar de la comisión de los delitos, para asegurar la competencia, por lo que se presentan dudas en cuanto a la aplicación territorial o extraterritorial de un Estado frente a actos criminales que lo lesionan o que afectan a sus nacionales. Debe legislarse con carácter supra-nacional en relación a estos actos delictivos.

Otras formas de la criminalidad «de cuello blanco» están dadas por los grandes préstamos bancarios que obtienen empresas de cierta respetabilidad, cuyos principales fugan del país llevándose el dinero prestado; esta modalidad de crimen corporativo es propicia en los países desarrollistas en los que goza de confianza la inversión privada. En este delito corporativo, la mejor defensa se orienta a sostener que falta la previa adecuación típica y que tales conductas son consecuentemente impunes, además la Constitución Política del Estado determina que «no hay prisión por deudas» quedando únicamente su admisión teórica y de lege ferenda.

El ingenio criminal tiende en la era computarizada a la organización y al perfeccionamiento. Debemos recordar casos en los que se alimentó a las computadoras con datos falsos, como en cierta empresa en la que los empleados asociados delictivamente hacían ingresar a la computadora datos con valores inferiores a los que respondían a las ventas, y la diferencia era repartida.

A raíz del último proceso electoral se hicieron públicas denuncias en contra de altos funcionarios del gobierno y de la función electoral a quienes se acusó de haber manipulado la elaboración de los padrones computarizados procurando el «fraude» electoral en beneficio de uno de los candidatos: si esto fuere verdad tendríamos aquí otro ejemplo de delito «de cuello blanco» perpetrado por personas que gozan de gran poder político y con miras a obtener un beneficio, que no debe traducirse forzosamente en pagos de dineros. Los criminólogos franceses llaman a estos delitos de gran convulsión y repercusión social «la criminalité des affaires».

También es un delito «socioeconómico» como modalidad de delito «de cuello blanco», la actitud que asumen determinados grupos empresariales que para soslayar el pago de utilidades adquiridas legítimamente por los trabajadores y obreros, mediante un hábil manejo contable presentan un saldo de negocios en rojo. Fraudulentamente se ocultan las ganancias para producir un doble perjuicio, tanto al fisco que deja de percibir impuestos -lo que debe ser tipificado como delito tributario- y al obrero o trabajador a quienes no se paga el porcentaje de utilidades que está

legalmente normado. La actitud extrema del sector empresarial llega a quiebras dolosas en perjuicio de los trabajadores y de la masa de acreedores, cuando unilateralmente se decide el cierre de los negocios con el argumento artificioso de que la empresa no puede seguir trabajando a pérdidas. Al paso de poco tiempo las cabezas visibles del grupo de inversionistas de la empresa liquidada habrá creado otra compañía para continuar trabajando sin que al Estado le preocupe el perjuicio irrogado a los trabajadores, ni aplique una política de prevención que asegure el pago de los haberes por los años de servicio.

Para evitar que este tipo de delito «financiero» o «corporativo» afecte a la gran masa que son los trabajadores bien puede obligarse al sector empresarial que garantice ese eventual pago, con una póliza o seguro de indemnizaciones, y en los casos de reapertura con nombres ficticios o inversionistas supuestos debe cumplirse con los pagos pendientes.

Como casos de delincuencia «institucionalizada» se debe recordar en el Ecuador, la compra -hace muchos años- de armamento y equipo militar obsoleto y a precios excesivos. Luego, la venta de las reservas del oro físico del Banco Central, así como la negociación del dólar del mismo banco estatal en el mercado libre de cambios a pretexto de intervenir en el mercado cambiario para evitar la especulación. Aunque se diga lo contrario, la intervención en estos negocios -que deben ser estimados como «white collar crime» o delitos «de cuello blanco»- reportó grandes utilidades a los funcionarios de gobierno y a los particulares que se coasociaron delictivamente.

En fechas más recientes han concitado la atención ciudadana, el pago de sobrepagos en la adquisición de medicamentos y reactivos para laboratorios, con el empleo de copias fotostáticas de los pedidos originales que eran fraccionados a fin de ajustarse a las prescripciones reglamentarias dispuestas por el Seguro Social, en las adquisiciones con el denominado «fondo de emergencia» que era reactivado para continuar adquiriendo en cantidades que no respondían a una real emergencia y a mayores precios que los del mercado.

En el proceso penal se incluyeron tanto a funcionarios del área médica, administrativa y de control interno, así como a los particulares vendedores que en algunos casos no tenían registro de importadores ni matrícula de comercio. Otro caso -ejemplo, de delincuencia «de cuello blanco» puede encontrarse, en el proceso penal que se sustancia a nivel del más alto tribunal de justicia en el país; si fuere verdad como se asegura, que altos funcionarios del gobierno en franco abuso del poder político, planificaron, organizaron y llevan a ejecución, una defraudación por más de un centenar de millones de sucres con ocasión de la expropiación de terrenos destinados a programas de turismo y habitacionales, que un país en desarrollo necesita. En la conformación de esta gran empresa criminal contra los fondos del Estado se ha sindicado a los propietarios que aceptaron pagar a los intermediarios (particulares o funcionarios públicos), la cantidad que excediere del precio que para los vendedores era el justo.

Hasta se ha pretendido asociar criminalmente al poder jurisdiccional que en diferentes niveles intervino en el juicio de fijación de precios de los terrenos expropiados en beneficio del Estado, sin que existan pruebas, ni pueda presumirse de la intervención de los jueces un acuerdo fraudulento con los efectivos copartícipes.

Han aumentado formas tradicionales de la delincuencia «de cuello blanco», que causan poca alarma social, mediante la falsificación de la etiqueta de mercadería que se vende como extranjera siendo en verdad nacional; la falsificación de licores y otras bebidas; la falsificación de marcas y patentes registradas se presentan en el mercado de consumo interno para vender productos de inferior calidad. Se engaña al público consumidor también en el peso y la medida, dando la apariencia de un abaratamiento que en verdad es ficticio, etc.

La política criminal frente al delito “de cuello blanco”

Como epílogo de la investigación criminológica de la génesis del delito «de cuello blanco» y el diverso etiquetamiento que le dan los criminólogos, nos encontramos con estas interrogantes ¿Qué medidas deben adoptarse para prevenir y reprimir el delito «de cuello blanco»?

En grandes rasgos y en forma somera esbozamos lo siguiente:

La política criminal es complemento de la criminología y del derecho penal, que hace relación a todos los medios y puestos en práctica para prevenir la génesis y el desarrollo de la criminalidad. El derecho penal debe evolucionar y de ser necesario llegar a la criminalización de ciertas conductas, porque la sociedad avanza y la criminalidad también. La penalización o criminalización es determinada por la política criminal, que propone soluciones que miren al presente y al futuro inmediato, lo que no ocurre con el derecho penal que siendo eminentemente normativo se asienta sobre parámetros tradicionales y fijos, que no responden ni a las necesidades actuales.

Un criminólogo alemán WERNER RUTHER de la Universidad de Colonia, al referirse a la falta de tipificación de ciertos delitos «financieros» y a las personas que intervienen en las nuevas modalidades delictivas dice que: se debe modificar la imagen de la criminalidad (hasta ahora considerada solamente en relación con la pertenencia a bajos estratos sociales y familias desordenadas) y asociar la criminalidad también a estratos sociales elevados, poniendo esto en práctica tanto en la tarea de establecimiento (creación de normas), como en la aplicación (imposición) de ellas; para lo cual, como en el caso de los delitos económicos graves, debe ser tipificados en la ley penal y luego, por medio de la policía y los fiscales intensamente perseguidos.

El gran espectro criminológico que presentan las nuevas formas delictivas, debe llevarnos a la criminalización racional y técnica de esos actos de gran repercusión social y económica que afectan al Estado y a sus asociados. Ya se ha legislado en algunos países con respecto a la criminalidad económica como en los EE.UU., Francia, España, discutiéndose en algunas casos la falta de precisión legislativa en la delimitación de este campo del derecho penal.

El Prof. FRANCISCO MUÑOZ CONDE en un valioso trabajo monográfico sobre el tema, comenta como interesante y novedoso el intento de un importante sector doctrinal en los últimos años, de tratar unitariamente con criterios sistemáticos y científicos, toda la regulación jurídico-penal del sector económico, creando un

derecho penal económico, «destinado en principio a encarar la tutela penal del orden económico, pero incardinándola dentro de una más amplia regulación de la que la parte penal sólo sería su culminación».

Como se trata de una tendencia criminalizante por razones de política criminal, es preciso que se legisle acertadamente y con seriedad jurídica, porque si bien es verdad los penalistas modernos creemos en la necesidad de criminalizar los delitos contra el orden económico o la delincuencia «de cuello blanco», debemos convenir que el derecho penal económico (siendo importante y de gran futuro en el derecho penal), no tiene la elaboración idónea que con acierto determine la extensión, el contenido y los límites de esta novísima parcela del derecho penal.

Debe eso sí, aceptar el reto de la nueva criminalidad, y combatirla con un adecuado estatuto punitivo, sin olvidar las medidas que por profilaxis criminal deben aplicarse en la labor de prevención criminógena.

COOPERACION JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA EL LAVADO DE DINERO

1. Introducción. Algunos apuntes sobre el costo de la corrupción

El tema central nos lleva a sostener que el “lavado de dineros”, “enfriamiento del dinero caliente” o “la conversión de activos de origen ilícito”, no debe estar referido y limitado al caso del narcotráfico solamente, sino que antes por el contrario debe ser apreciado como una consecuencia de amplio espectro de prácticas delictivas y depredadoras de recursos oficiales de los que abusan malos servidores públicos, o incluso de recursos privados de los que se apropian quienes tienen la capacidad funcional u operativa de abusar de los mismos. Según la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, el Estado ecuatoriano pierde anualmente una cantidad que bordea los 3 mil millones de dólares por el tema contrabando, defraudación aduanera y tributaria, los peculados en el sector oficial, etc. Una investigación de Oxford Analítica, sitúa en 2000 millones de dólares anuales el costo de la corrupción en Ecuador, lo que equivale al 11% del Producto Interno Bruto, ubicándolo al Ecuador entre los 15 más corruptos de una lista de 91 naciones en el mundo, y el segundo lugar en América Latina (luego de Bolivia), todo esto desincentiva una mayor inversión extranjera y aunque no nos guste la idea seguimos siendo una colonia en relación de dependencia foránea¹.

¹ Cfr. Revista VISTAZO, No. 838, julio 18 del 2002, p. 12.

Al interior del país se empiezan a reconocer los costos sociales de la corrupción institucionalizada que ya es estructural y sistémica, calculándose que con los 2 mil millones de dólares que se pierden anualmente se podrían construir 20 hospitales, 10 mil escuelas, 10 mil kilómetros en carreteras, o cancelar los sueldos de 5 mil maestros, y que con este dinero Ecuador evitaría ocho negociaciones por 240 millones de dólares, como la que a finales de julio del 2002, espera el Gobierno que respalde el Fondo Monetario Internacional. El caso más reciente de corrupción en el Ministerio de Economía que involucra a un ex ministro, habría ocasionado al Estado una pérdida de 72.9 millones de dólares²

Analistas económicos serios incluso aprecian que las empresas transnacionales que hacen negocios con el Estado a través de sus diferentes entidades, reservan una parte de su presupuesto para cumplir con “ciertos favores”, al punto que un informe a nivel mundial de la Asociación de Supervisores del Fraude Certificado, indica que las empresas destinan el 6% de sus ingresos al pago de sobornos y comisiones para sus negocios.

Por otra parte, recordemos que el problema de los bancos ecuatorianos y el denominado “salvataje (o salvamento) bancario” tiene un costo estimado de 4 mil quinientos millones de dólares. Estas son cifras impresionantes si pensamos comparativamente que la deuda externa del Ecuador es de 14 mil quinientos millones de dólares.

En materia de “lavado de dineros” provenientes del narcotráfico, el pronunciamiento de la Comisión del Congreso de la República que maneja el tema ha consignado estimativos que se encuentran en el orden de los 300 o 400 millones de dólares por año. Cifra que tiene un alto componente especulativo, sin que pueda reconocerse trabajo honesto alguno de parte de la precitada Comisión del Congreso Nacional, de la que alguno de sus miembros ha sido acusado incluso de prácticas de extorsión, a cambio de guardar silencio.

² Cfr. Diario EL UNIVERSO, edición final del 29 de julio del 2002.

Sin duda alguna la primera economía mundial subterránea (o de origen ilícito) es la que proviene del tráfico y contrabando de armas ilegales, municiones y explosivos, que se estima que mueve alrededor de 850 mil millones de dólares por año, siendo la segunda economía mundial subterránea la que proviene de las drogas ilegales estimadas en una cifra superior a los 500 mil millones de dólares anuales. Por nuestra parte ya hemos expresado que aproximadamente el 80 % de este enorme fortuna de origen ilícito emparentada incluso con el crimen organizado, es “lavada” en la banca del primer mundo o de los países industrializados, que utiliza a los denominados “paraísos fiscales” en los que se puede conseguir al precio módico de 5 mil dólares, el permiso para el funcionamiento de una agencia bancaria, que permita mediante la transferencia electrónica de fondos el “blanqueo” de dineros del narcotráfico. Sobre este tema y su discusión se puede consultar uno de nuestros trabajos³.

Como podemos apreciar en el desarrollo de este trabajo y otros, la Convención de Viena de 1988 prevé como una de las formas delictivas relacionadas con el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el “lavado de dineros”, pues como dice el documento citado⁴:

“Las partes en la presente Convención...

Reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados,

Reconociendo también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad,

³ Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Cárcel y Drogas: de la represión a la legalización*, Editorial Edino, Guayaquil, 1994, 161 páginas.

⁴ Ecuador la ratificó, como consta en el Registro Oficial 396, del 15 de marzo de 1990.

Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles,

Decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad deseosas de eliminar las causas profundas del problema del uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, comprendida la demanda ilícita de dichas drogas y sustancias y las enormes ganancias derivadas del tráfico ilícito,...

Conviene en considerar como delito, en el artículo 3, numeral 1, b) i)

“... b) i) la conversación o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

c) a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;...”

Nos resultó bastante extraño apreciar que en la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros materiales relacionados, se haya omitido consignar como delito el “lavado de los dineros” provenientes de tal actividad delictiva, no obstante que es la primera economía mundial subterránea, y su alto costo humano por las consecuencias de la utilización de las armas ilegales en actos violentos, tanto en los de criminalidad convencional como homicidios y asesinatos, hasta los del crimen organizado relacionados con el secuestro de personas, asaltos a bancos, toma de rehenes, y su utilización por grupos armados vinculados a la narcoguerrilla y al narcoterrorismo⁵. En la citada Convención los Estados Partes dejan constancia de la necesidad de consolidar esfuerzos para combatir esta actividad delictiva por su enorme costo social⁶.

Recordamos que se consignan como modalidades delictivas, las que se consignan de seguido:

Art. IV.- Medidas legislativas

1. Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados.

⁵ Ecuador ha ratificado la citada Convención Interamericana, como consta en el Registro Oficial, número 243, del 28 de julio de 1999.

⁶ Como dice la Convención: «...Reafirmando la prioridad para los Estados Partes de impedir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, dada su vinculación con el narcotráfico, el terrorismo, la delincuencia transnacional organizada, las actividades mercenarias y otras conductas criminales; preocupados por la fabricación ilícita de explosivos empleando sustancias y artículos que en sí mismo no son explosivos -y que no están cubiertos por esta Convención debido a sus otros usos lícitos- para actividades relacionadas con el narcotráfico, el terrorismo, la delincuencia transnacional organizada, las actividades mercenarias y otras conductas criminales».

2. A reserva de los respectivos principios constitucionales y conceptos fundamentales de los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, los delitos que se tipifiquen conforme al párrafo anterior incluirán la participación en la comisión de alguno de dichos delitos, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión...

Aunque se ha omitido consignar como delito el “lavado de dineros” provenientes de toda actividad relacionada con el tráfico ilícito de armas de fuego y afines, en el Título XIII de la citada Convención, se consigna el intercambio de información en relación a este tema y otros, como podemos apreciar en el tenor literal de la cita:

Art. XIII.- Intercambio de información

1. Los Estados Partes intercambiarán entre sí, de conformidad con sus respectivas legislaciones internas y los tratados aplicables, información pertinente sobre cuestiones tales como:

a. Productores, comerciantes, importadores, exportadores y, cuando sea posible, transportistas autorizados de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados;

b. Los medios utilizados para ocultar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados y las maneras de detectarlos;

c. Las rutas que habitualmente utilizan las organizaciones de delincuentes que participan en el tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados;

d. Experiencias, prácticas y medidas de carácter legislativo para impedir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados; y,

e. Técnicas, prácticas y legislación contra el lavado de dinero relacionado con la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados. (el resaltado es nuestro).

Agregamos que es preciso recordar que los grandes productores de las armas con las que se realiza el tráfico ilegal, son los países industrializados o del primer mundo, que resultan ser igualmente beneficiados con el proceso del “lavado” en la banca del primer mundo. Esta es una coincidencia extraña que no podíamos soslayar;

En el recurrente tema del combate a la corrupción, nos empiezan a asomar serias dudas cuando se trata del “lavado de dineros” pues el ocultamiento del origen ilícito del dinero es mejor hacerlo mediante inversiones en el primer mundo, aunque en estos días la credibilidad en el considerado primer país del primer mundo ha bajado notoriamente por los escándalos financieros de la auditora internacional Arthur Andersen, de la Enrón y otras transnacionales hasta la destitución de un Congresista de los EE.UU. por tráfico de influencias, cohecho, concusión y otras formas modales delictivas similares. Tal vez por ello se ha hecho difícil cumplir con los procedimientos de extradición requeridos a Estados Unidos en el caso de los denominados “banqueros prófugos”, a más de las dificultades propias de la legislación interna ecuatoriana⁷. En el año 1933, Estados Unidos de Norteamérica suscribió la Convención sobre Extradición en la ciudad de Montevideo, ratificada igualmente por Ecuador según el Registro Oficial No. 280 del 2 de septiembre de 1936, que para Estados Unidos se quedó en el papel, aunque los requisitos para que pudiese operar la extradición son aparentemente sencillos⁸.

⁷ Se puede consultar nuestro trabajo, PRACTICA PENAL VII, El caso Filanbanco, editorial Edino, 2002.

⁸ Art. 1.- Cada uno de los Estados signatarios se obliga a entregar, de acuerdo con las estipulaciones de la presente Convención, a cualquiera de los otros Estados que los requiera, a los individuos que se hallen en su territorio y estén acusados o hayan sido sentenciados, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

a) Que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa al individuo reclamado.

b) Que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de la libertad.

En otro caso, una investigadora de fraudes financieros y bancarios de Estados Unidos, (la Krol) le hizo el seguimiento a una transferencia fraudulenta de fondos desde el Ecuador a un banco de los EE.UU., y llegó a determinar que en un día se pudieron transferir desde Ecuador 570 millones de dólares a cuentas bancarias del banco norteamericano, los que su vez “desaparecieron” mediante otras transferencias sin que se hubiese investigado el origen de una transferencia de tal magnitud. Probablemente se sabía que no era dinero del narcotráfico y por ello no se hizo investigación alguna en el primer mundo, aunque el hecho cierto es que el dinero fue “lavado” en un banco del primer mundo, y aún siguen perjudicados miles de ecuatorianos que depositaron sus ahorros e hicieron inversiones en un banco en Ecuador, cuya factura la debe pagar el país.

2 Principios fundamentales de la Cooperación Judicial Internacional en el ámbito penal. Modos de cooperación: Incautación. Decomiso de bienes. Extradición. Asistencia legal. Comisiones rogatorias internacionales. Simplificación de la extradición mediante procedimiento abreviado (entrega sumaria de personas)

En teoría la propuesta de una lucha contra la corrupción requiere la solidaridad y un proceso de justicia penal internacional, tanto mas si admitimos que las “ganancias” obtenidas por dicha actividad delictiva cuyo efecto es el enriquecimiento ilícito, demandan la conversión o “lavado de dineros” para ocultar su procedencia u origen ilícito, cuyo descubrimiento requiere la cooperación judicial internacional para evitar la impunidad y demostrar la solidaridad frente al creciente fenómeno de la post modernidad y de la globalización, pues la corrupción se ha modernizado y globalizado pero la administración de justicia no, y sigue en mora.

A mas de los documentos e instrumentos citados y de su ineficiencia operativa práctica citamos a la CONVENCIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN⁹, la misma que dice en su preámbulo:

⁹ Aprobada por el Ecuador, según consta en el Registro Oficial No. 70 del 22 de mayo de 1997, y publicada en el Registro Oficial No. 83 del 10 de junio de 1997.

LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

CONVENCIDOS de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

CONSIDERANDO que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio;

PERSUADIDOS de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social;

RECONOCIENDO que, a menudo, la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos;

CONVENCIDOS de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción;

RECONOCIENDO que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente;

CONVENCIDOS de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos;

PROFUNDAMENTE PREOCUPADOS por los vínculos cada vez más estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes

del tráfico ilícito de estupefacientes, que socavan y atentan contra las actividades comerciales y financieras legítimas y la sociedad, en todos los niveles;

TENIENDO PRESENTE que para combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad y que la cooperación entre ellos es necesaria para que su acción en este campo sea efectiva; y,

DECIDIDOS a hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio,

HAN CONVENIDO en suscribir la siguiente:

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Sin duda la declaración de principios y de propuestas es impresionante, PERO se encuentra mas cercana de la farsa que de la realidad pues no falta ni legislación interna ni legislación internacional, aunque si falta decisión política para un real combate contra la corrupción, pues en Ecuador constitucionalmente está previsto el juzgamiento en ausencia, lo cual permitiría en la práctica que los procesos penales no se interrumpieran por la ausencia o fuga de los imputados o procesados que podrían ser llevados a juicio como ausentes¹⁰. Algunos tipos penales asociados con la corrup-

¹⁰ «Art. 121.- Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado. Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en

ción son imprescriptibles y hasta permiten la aprehensión de los llamados “testaferros”, de manera que no hay falta de legislación ni de estrategias nuevas e importantes.

Un tema con poco o ningún desarrollo doctrinario es el relacionado con el efecto vinculante que tiene el pacto, tratado o convención que suscribe el Estado ecuatoriano, la obligatoriedad de su respeto y la aplicación como parte de la normativa interna del propio Estado y que es preeminente frente al resto de la normativa interna comprendida en cuerpos legales orgánicos, leyes generales y leyes especiales dictadas por el Congreso de la República del Ecuador, recordando lo que a este respecto dice nuestra Constitución Política en el Capítulo VI:

estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participan en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.

Art. 122.- Los funcionarios de libre nombramiento y remoción, los designados para período fijo, los que manejan recursos o bienes públicos y los ciudadanos elegidos por votación popular, deberán presentar, al inicio de su gestión, una declaración patrimonial juramentada, que incluya activos y pasivos, y la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias. De no hacerlo, no podrán posesionarse de sus cargos. También harán una declaración patrimonial los miembros de la fuerza pública a su ingreso a la institución, previamente a la obtención de ascensos, y a su retiro.

Al terminar sus funciones presentarán también una declaración patrimonial juramentada, que incluya igualmente activos y pasivos. La Contraloría General del Estado examinará las dos declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones hará presumir enriquecimiento ilícito.

Cuando existan graves indicios de utilización de un testaferro, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares, a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública.» (los resaltados no constan en el original).

“**Art. 161.-** El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales:

1. Los que se refieran a materia territorial o de límites.
2. Los que establezcan alianzas políticas o militares.
3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración.
4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley.
5. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos.
6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

Art. 162.- La aprobación de los tratados y convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso.

Previamente, se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución.

La aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma.

Art. 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

Probablemente la ignorancia o desconocimiento del carácter vinculante y obligatorio que tiene la normativa internacional deviene en su inaplicación, y en la falta de pruebas efectivas en diferentes procesos penales que se manejan en el Ecuador, en que no se conoce la forma o manera en que se puede acudir a un pacto, tratado o convención para buscar la cooperación internacional en la lucha contra el crimen organizado.

De acuerdo con la Convención Interamericana contra la Corrupción se consideran **actos de corrupción** en el Art. VI los que

se transcriben en el mismo; haciéndose referencia en el Art. VII, al **Soborno transnacional**; en el Art. IX, al **Enriquecimiento ilícito**; en el Art. XI, al **Desarrollo progresivo**, en el que se considera como formas de corrupción al llamado doctrinariamente como “delito de negociación incompatible” mediante el cual el funcionario o servidor público se beneficia mediante un ejercicio abusivo del cargo de la oportunidad que le brinda el servicio público, para sí o mediante el concurso encubierto de los testaferros; en el Art. XIII se norma la **Extradición**; en el Art. XIV se establece la **Asistencia y cooperación**; en el Art. XV, se consignan las **Medidas sobre bienes** relacionados con el “lavado de dineros” provenientes de actos de corrupción; y, en el Art. XVI se hace alusión al tema del **Secreto bancario**, excluyéndose la invocación del “sigilo o reserva bancaria” para negarse a dar información cuando se trata de los actos de corrupción que prevé la Convención.

Esta es la normativa que se ha citado en el párrafo que antecede, que es vinculante y obligatoria para el Ecuador:

“**Art. VI.- Actos de corrupción**

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión

en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y,

e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

Art. VII.- Legislación interna

Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI. 1. para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención.

Art. VIII.- Soborno transnacional

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Con-

vencción, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Art. IX.- Enriquecimiento ilícito

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Art. X.- Notificación

Cuando un Estado Parte adopte la legislación a la que se refieren los párrafos 1 de los artículos VIII y IX, lo notificará al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, quien lo notificará a su vez a los demás Estados Partes. Los delitos de soborno transnacional y de enriquecimiento ilícito serán considerados para ese Estado Parte acto de corrupción para los propósitos de esta Convención, transcurridos treinta días contados a partir de la fecha de esa notificación.

Art. XI.- Desarrollo progresivo

1. A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas:

a. El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que

ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada.

b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.

Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma, por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.

c. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa.

2. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado estos delitos, éstos serán considerados actos de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

3. Aquellos Estados Partes que no hayan tipificado los delitos descritos en este artículo brindarán la asistencia y cooperación previstas en esta Convención en relación con ellos, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Art. XII.- Efectos sobre el patrimonio del Estado

Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en ella produzcan perjuicio patrimonial al Estado.

Art. XIII.- Extradición

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por los Estados Partes de conformidad con esta Convención.

2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí.

3. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

4. Los Estados Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación del Estado Parte requerido o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que se puede denegar la extradición.

6. Si la extradición solicitada por un delito al que se aplica el presente artículo se deniega en razón únicamente de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, o porque el Estado Parte requerido se considere competente, el Estado requerido presentará el caso ante sus autoridades competentes para su enjuiciamiento, a menos que se haya convenido otra cosa con el Estado Parte requirente, e informará oportunamente al Estado requirente de su resultado final.

7. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que

se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición.

Art. XIV.- Asistencia y cooperación

Los Estados Partes se prestarán la más amplia asistencia recíproca, de conformidad con sus leyes y los tratados aplicables, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en la presente Convención, a los fines de la obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción.

Asimismo, los Estados Partes se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes y otorgarán especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción.

Art. XV.- Medidas sobre bienes

De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

El Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso, o las de otro Estado Parte, con respecto a los bienes o productos descritos en el párrafo anterior de este artículo, dispondrá de tales bienes o productos de acuerdo con su propia legislación. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, ese Estado Parte podrá transferir total o

parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

Art. XVI.- Secreto bancario

El Estado Parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado Parte requirente amparándose en el secreto bancario. Este artículo será aplicado por el Estado Parte requerido, de conformidad con su derecho interno, sus disposiciones de procedimiento o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que lo vinculen con el Estado Parte requirente.

El Estado Parte requirente se obliga a no utilizar las informaciones protegidas por el secreto bancario que reciba, para ningún fin distinto del proceso para el cual hayan sido solicitadas, salvo autorización del Estado Parte requerido”.

Comentario nuestro.- Podemos agregar en forma sumaria, que la Constitución Política de la República del Ecuador expresamente prohíbe la extradición de un ecuatoriano en el Art. 25, que en el Art. 33 de la misma Constitución se encuentra prohibida la confiscación, esto es la pérdida de la totalidad de los bienes de un presunto delincuente, sin perjuicio de que se pueda disponer en un proceso penal la medida de aseguramiento preventivo, de la incautación de bienes; y que posteriormente se pueda disponer en un proceso penal el decomiso, que vendría a ser la pérdida definitiva de determinados y señalados bienes por parte de un juez penal en sentencia condenatoria en firme.

3.- Técnicas e instrumentos de la Cooperación judicial Internacional en la lucha contra el lavado de dinero: Entrega vigilada. Operaciones encubiertas e investigaciones conjuntas en varios países. Intercepción de documentación y comunicación. Detención de personas y decomiso de bienes. Levantamiento del sigilo bancario. Tramitación y cumplimiento de las solicitudes de auxilio judicial internacional en las investigaciones sobre lavado de dinero.

Sin perjuicio de lo que se ha dicho y comentado, como estrategias (o técnicas) para combatir el “lavado de dineros” y en ge-

neral el crimen organizado, se pueden utilizar las mas variadas técnicas, desde la denominada entrega vigilada que se concreta permitiendo el paso por un país de los instrumentos para la comisión de un delito a efectos de descubrir al destinatario final, y conocer quienes conforman una organización criminal, igualmente se pueden utilizar las llamadas operaciones encubiertas e investigaciones conjuntas en varios países.

En este tema hay que estar prevenidos que el Código de Procedimiento Penal prohíbe la utilización de la información obtenida mediante la inducción para la comisión de un delito en el Art. 83¹¹, y que en la Constitución Política del Ecuador se encuentra prohibida toda forma de incoercibilidad en el Art. 23, numeral 2, estableciéndose en la misma Constitución en el Art. 24, numeral 14 como una de las garantías del debido proceso, la falta de valor probatorio de cualquier prueba obtenida con violación de la Constitución o la ley. Sabemos de la inagotada discusión doctrinaria sobre el tema del **agente encubierto** y del **agente provocador**, que en cuanto al primero hay la tendencia a legitimar su intervención pues se sostiene que es una de las estrategias para combatir al crimen organizado, en cuya inclusión incluso se juega la vida el agente. Menos sostenible es la figura del agente provocador, pues este induce a la comisión de un delito y su proposición cae en los predios de la autoría intelectual o material. De acuerdo con nuestra Constitución y la ley (Código de Procedimiento Penal del 13 de julio del 2001) la utilización de técnicas que induzcan al engaño o a la comisión de un delito se encuentran proscritas, y su ineficacia probatoria se extiende a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías¹².

¹¹ Art. 83.- Legalidad de la prueba.- «La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión de un delito».

¹² Cfr. Art. 80 del Código de Procedimiento Penal del 2000–2001.

Sobre los otros sub temas de este numeral, hacemos expresa referencia a las disposiciones normativas de la Convención Interamericana contra la Corrupción antes citadas, y a los comentarios que formularemos en referencia a la Convención de Viena de 1988, que sirvió como modelo para la Ley 108 de Ecuador que se llama Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, publicada en el Registro Oficial No. 523 del 17 de septiembre de 1990. Igualmente debe revisarse el contenido del nuevo Código de Procedimiento Penal, en cuanto al ámbito de competencia del ministerio público para dirigir la investigación en la denominada etapa de **instrucción fiscal**, y la competencia del juez penal para disponer medidas tanto cautelares o de investigación que limiten garantías constitucionales de manera excepcional y restrictiva, como serían las que tienen que ver con la correspondencia telefónica fija o celular, correo electrónico, bases de datos contenidas en registros informáticos, etc¹³.

Hoy en día se está permitiendo inclusive la actuación de los llamados “jueces sin rostro” como en los casos de Colombia y Perú, y hasta se proyecta la idea de poder contar con “testigos no identificables”, como sería el caso de utilizar con eficacia probatoria las declaraciones de testigos con el rostro cubierto y la voz distorsionada mediante el sistema de la video conferencia, pudiendo las partes procesales ejercer el derecho al contradictorio (al interrogatorio), mediante preguntas al testigo que por razones de su seguridad personal declara mediante el mecanismo de la video o tele conferencia. Así se protegería la integridad y la vida del declarante y se permitiría ejercer adecuadamente el derecho de defensa de un imputado o procesado.

El tema que se consigna es igualmente debatible como es el de la delación y cooperación eficiente entre las nuevas estrategias contra el crimen organizado, en que se discute la necesidad de legitimar el concurso en pro de la justicia, de un delincuente arrepentido o delator, que a cambio de la delación y cooperación busca

¹³ Se pueden revisar, entre otros, Art. 150, Art. 155 y Art. 156, del nuevo Código de Procedimiento Penal.

no sólo ser protegido conjuntamente con su familia, sino además ser compensado o gratificado por su eficaz colaboración. Esta estrategia es menos inmoral que la falta de colaboración del primer mundo, que termina por legitimar en su propio sistema mediante la inversión en su circuito bancario y financiero el “lavado de dineros”, que proviene de actos de corrupción perpetrados en el tercer mundo que sigue siendo mirado y tratado como el patio trasero.

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA IMPRONTA DEL TERRORISMO

Introducción

Cabalgando a lomo de la primera década del siglo 21, que es para muchos el siglo de la globalización -por lo menos de la pobreza-, somos testigos de una *dialéctica de las contradicciones* que caracteriza a los sistemas penales en el país, en la región y en el mundo del ciberespacio y de la autopista de la información.

Por una parte seguimos alimentando la propuesta de un *discurso penal garantista* con asistencia plena de las garantías propias de un Estado de Derecho, cuyo mayor ícono doctrinario es para muchos el profesor LUIGI FERRAJOLI¹ y su desarrollo de las propuestas de un *derecho penal mínimo*, con respecto del que mencionábamos en el año 1988, “*el derecho penal mínimo debe asomar como tutela de derechos fundamentales y la ley penal como la ley del más débil. De acuerdo con lo antes expresado lo que se pretende es minimizar la violencia en la sociedad, porque tanto el delito como la venganza son razones construidas que se enfrentan en un conflicto violento resuelto por la fuerza, la fuerza del delincuente y la fuerza de la parte que se siente ofendida o lesionada. Si la venganza es incierta porque se llegare a abolir todo sistema punitivo, se institucionalizaría el abuso a través de*

¹ FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 1997, 991 páginas.

la venganza incontrolada y sin parámetros reguladores de parte de la víctima del delito o de sus allegados"².

El mismo profesor LUIGI FERRAJOLI nos recuerda "que el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena cualquiera que sea la forma en la que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo"³. Reseña que en la concepción de MONTESQUIEU y CONDORCET, el mas "terrible" y "odioso" de los poderes, es la potestad de juzgar y de castigar, porque es el que se ejerce de la manera mas violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma mas conflictiva la relación entre estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales.

Con una propuesta calificada como *minimalista* y necesaria para una convivencia social equilibrada, seguramente pensamos en la advertencia del profesor de Munich, CLAUS ROXIN, de que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho Penal, sino *también* del Derecho Penal. En expresiones del profesor ROXIN "el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del 'Estado Leviatán'. Como instrumentos de protección que brinda el Estado hemos visto ya el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras."⁴

² ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Derecho Penal y Criminología*. Offset Graba, Guayaquil, 1988, p. 62.

³ FERRAJOLI Luigi, en ob. cit. p. 21.

⁴ ROXIN Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003, p. 137.

En la orilla opuesta nos encontramos con la consolidación de un *discurso de la emergencia* y la clara propuesta de un *derecho penal del enemigo*, aunque se advierte que derecho penal de la emergencia que se traduce en una propuesta de *derecho penal máximo* con un claro recorte de garantías constitucionales y procesales, se ha venido repitiendo a lo largo de la historia, le damos este calificativo a partir de una de las publicaciones del profesor de la Universidad de Bonn, GUNTHER JAKOBS⁵, mismo que nos advierte que esta construcción de un derecho penal del enemigo es la negación de un derecho penal del ciudadano. La sociedad de la post modernidad ha ido creando la figura del *enemigo*, como la de aquel sujeto que debe estar desprovisto de las garantías propias del Estado de Derecho, porque ya mediante su comportamiento individual o como parte de una organización criminal (nadie duda que vivimos la era de la tecnocriminalidad y de la delincuencia organizada trasnacional), abandona el Derecho de manera irreversible pues no se trata de un delincuente ocasional. Su comportamiento es de por sí un peligro sostenido y permanente con un perfil patológico de perversión irrecuperable. El paso del *ciudadano* (sujeto normal) al *enemigo* (sujeto anormal) se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y finalmente se integrará a verdaderas organizaciones delictivas de cuya estructura va a ser parte. Ante la dimensión de este perfil patológico de perversión y criminalidad debe surgir un ordenamiento jurídico especial, hoy denominado como *derecho penal del enemigo*, pero que a lo largo de la historia hemos visto como el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a los imputables peligrosos.

Pretendida legitimación del derecho penal del enemigo

Nos encontramos con un derecho penal incluso de la anticipación a los hechos criminales, como una propuesta de protección penal, que va a conllevar un discurso de aumento de penas, la transformación de la legislación penal en un arma de lucha contra el enemigo, al que hay que enfrentar socavándole sus garantías

⁵ JAKOBS Gunther, CANCIÓ MELIA Manuel *Derecho Penal del enemigo*, Thomson- Civitas, Madrid, 2003.

procesales, desconociéndole hasta el derecho al reclamo mediante instituciones como las del *amparo de libertad*. El *derecho penal de la emergencia* termina por legitimar el abuso frente a lo que se considera una situación excepcional, que creada por el *enemigo* es castigada de inicio con la propia renuncia a sus garantías personales, como dice el profesor CARLOS PARMA, “la rapacidad fagocitadora típica de las culturas autoritarias, ponen como principal argumento, la emergencia para poder violentar derechos humanos”⁶. El recorte de garantías y beneficios de excarcelación se trasladan al propio derecho procesal penal, con la creación de institutos como la prisión preventiva no excarcelable ni sustituible frente a cierto tipo de delitos como los de criminalidad organizada, terrorismo, delincuencia macroeconómica, tráfico de drogas ilegales, pornografía infantil, etc., en estos casos se pretende encontrar su legitimación a partir de la necesidad de la eliminación de un peligro potencial o futuro, la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros. Claro que sabemos anticipadamente que *no va a disminuir la tasa de criminalidad* no obstante la gigante maquinaria de demolición de garantías propias de un Estado de Derecho, pero esta es la propuesta retroalimentada a raíz de sucesos que conmovieron a la comunidad internacional como el atentado a la Torres Gemelas del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York, o el perpetrado el 11 de marzo del 2004 en Madrid.

Ante la aprobación del anteproyecto de ley orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que aprobó el Gobierno español, el profesor FRANCISCO MUÑOZ CONDE⁷, catedrático de la Universidad de Sevilla, expresaba que este “constituye probablemente uno de los cambios más espectaculares que se ha producido en la política penal española de los últimos cincuenta años. Ni siquiera en las épocas más oscuras y duras de la dictadura franquista o en los años más

⁶ PARMA CARLOS, en documento *El enemigo del derecho penal del enemigo*, 2005, pág. 6.

⁷ MUÑOZ CONDE Francisco, *¿Hacia un derecho penal del enemigo?*, publicado en el País, el 15 de enero del 2003.

inseguros y difíciles de la transición democrática se llegó a proponer una prolongación de la duración de la pena de prisión a 40 años, y mucho menos a obligar que esos 40 años se tengan que cumplir íntegramente, sin ninguna posibilidad de reducción temporal a límites más soportables humanamente y compatibles con la idea de reinserción social”. Una de las propuestas de este nuevo *derecho penal del enemigo* es que deja abierta la posibilidad de algún tratamiento de beneficio si hay alguna colaboración activa más allá del arrepentimiento, exigiendo un cambio ideológico y hasta la *delación* de sus compañeros en actos de terrorismo, cuando se sabe que la figura del “arrepentido” tiene generalmente una repulsa incluso de parte de quienes no comparten la *ética* o la *moral* del terrorismo.

MUÑOZ CONDE nos recuerda que según JAKOBS, en *el derecho penal del enemigo*, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. El problema que plantea este derecho penal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del derecho penal del Estado de derecho, porque ¿dónde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?, ¿quien define al enemigo y como se lo define?, ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley? Por nuestra parte agregamos que esta es una propuesta de *derecho penal de autor* pues se etiqueta al ciudadano como *enemigo* y luego se lo va a liquidar por su calidad de *enemigo* aunque no fuese responsable ya de ningún acto. El catedrático de Sevilla, MUÑOZ CONDE, expresa su preocupación porque este *derecho penal del enemigo* es una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho.

El tema no es nuevo, el profesor CLAUS ROXIN al defender el fortalecimiento de un *derecho penal de acto* frente a los abusos de un *derecho penal de autor*, recuerda la ley de delincuentes habituales de 1933 en Alemania, atribuyéndole a MEZGER haber sostenido la “**culpabilidad por la conducción de la vida**” que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto, decisiva para la mayoría de los delitos, porque solo aquella parecía en condiciones

de explicar las consecuencias jurídicas de los citados preceptos como “pena”, es decir como respuesta a la culpabilidad⁸. En la pretendida legitimación de MEZGER de esta suerte de derecho penal autoritario, *la culpabilidad jurídico penal del autor no es solo culpabilidad por el hecho aislado, sino también su total culpabilidad por la conducción de su vida, que le ha hecho degenerar* (el subrayado es nuestro). Esa culpabilidad por la conducción de vida abarca toda la personalidad del autor, su haberse –hecho– así por llevar una vida equivocada, y en esa medida es una concepción propia del *derecho penal de autor*. Esas propuestas maximalistas se consolidan por las regulaciones del Derecho penal de guerra del régimen nazi, dictándose Ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo (5-9-1939) y contra delincuentes violentos (5-12-1939), como recuerda ROXIN “los esfuerzos de la doctrina científica se encaminaron a restringir dichas leyes vagamente formuladas y con penas draconianas, sosteniendo que no debía someterse a las mismas todo aquel cuya conducta se hubiera podido subsumir en el tenor literal de dichos preceptos, sino que se exigía que solo se aplicaran los preceptos cuando el autor mediante su conducta se hubiera mostrado ‘conforme a su ser’ como un típico ‘sujeto nocivo para el pueblo’ o un típico ‘delincuente habitual’”⁹.

Sostenemos que hay que evitar la presencia de un derecho penal autoritario y abusivo, pues sus efectos son de pronóstico reservado y conllevan un ejercicio abusivo del poder de definición que en un momento determinado tiene quien o quienes dirigen el Estado, que pueden liquidar a sus opositores con la manipulación de un *derecho penal de la emergencia*. Personalmente nos parece tan repudiable el abuso en las cárceles en Iraq que constituyeron una vergüenza para la humanidad por la ausencia del respeto mínimo a la persona y a su dignidad, como lo que ocurre con los presos en la base militar de Guantánamo que es *la cárcel del enemigo*, o lo que ocurre en las cárceles cubanas con los presos de conciencia, que son para el régimen de Fidel Castro el *enemigo*.

⁸ ROXIN Claus, en ob. cit., p. 180.

⁹ ROXIN Claus, en ob. cit., p. 181-182.

El profesor RAUL ZAFFARONI¹⁰ hace importantes apuntes sobre el desarrollo del concepto de *peligrosidad* como argumento legitimante de los Estados de policía antimodernos, y las posiciones extremas en el nacionalsocialismo alemán mas graves que las conocidas en el fascismo, “basado en la *comunidad del pueblo*, fundada sobre la *comunidad de sangre y suelo* –sostenida por el *mito de la raza*– las leyes nazis se proponían la defensa de la pureza racial frente a la contaminación de *filos* genéticos inferiores. Por ello la pena no tenía contenido preventivo, sino solo de defensa frente a cualquier delito, que era considerado ataque al pueblo alemán. Por ley de 1933 se penó el mero proyecto de algunos delitos; en 1935 se penaron por igual los atentados ajerarcas del partido que a los funcionarios; en 1936 se penaron las relaciones sexuales y los matrimonios *interraciales*; se diferenciaron las penas de muerte: fusilamiento para militares, decapitación con hacha para delincuentes comunes y horca (infamante) para los delitos políticos que eran juzgados por tribunales especiales (el *tribunal del pueblo* establecido en 1934). En 1933 se introdujo la esterilización como *medida de seguridad* y la castración para algunos delitos sexuales. En 1935 se eliminó el principio de legalidad con la consagración legal de la analogía en el artículo 2º del StGB -Código Penal alemán- por el siguiente texto: *Es punible el que comete un acto declarado punible por la ley, o que conforme a la idea fundamental de una ley penal y al sano sentimiento del pueblo, merece ser punido. Si ninguna ley penal es directamente aplicable al acto, el acto se pena conforme a la ley en que se aplique mas ajustadamente a la idea fundamental*”. Esta es la más depurada expresión de un *derecho penal del enemigo* a partir del mito de la superioridad de la raza aria, con la que se pretendió legitimar todo el perverso holocausto.

Italia también ha vivido lo que el profesor LUIGI FERRAJOLI denomina el *subsistema penal de excepción* nacido por una cultura de la *emergencia* que seguramente se legitima por los embates del crimen organizado y del terrorismo, esto ha conllevado a un cam-

¹⁰ ZAFFARONI E. Raúl, *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 320.

bio de paradigma del sistema penal italiano durante los años setenta y ochenta y una acentuación de su discrepancia respecto del modelo de legalidad penal diseñado en la Constitución y heredado de la tradición liberal. Como dice el profesor citado, “no comprenderíamos, sin embargo, la naturaleza de este fenómeno si no identificáramos sus raíces en la legislación de excepción y en la jurisdicción no menos excepcional que en estos mismo años han alterado tanto las fuentes de legitimación política del derecho penal como sus principios inspiradores. La cultura de la emergencia y la práctica de la excepción, incluso antes de las transformaciones legislativas son responsables de una involución de nuestro ordenamiento punitivo que se ha expresado en la reedición, con ropas modernizadas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición penal premoderna, además de la recepción en la actividad judicial de técnicas inquisitivas y de métodos de intervención que son típicos de la actividad de policía”¹¹.

En palabras del profesor RAUL ZAFFARONI, “a partir del reconocimiento de que la actual tendencia globalizante aumenta la conflictividad y los peligros, en lo que se ha llamado la sociedad de riesgo, la teoría que legitima el derecho penal de riesgo, desemboca en un *estado preventivista*, que ahoga al estado de derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. El derecho penal de riesgo convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio pro reo* cuando no se puede probar con certeza la producción del resultado, como también la reserva de la ley mediante la administrativización ... a la ley penal no se reconoce otra eficacia que la de tranquilizar a la opinión, o sea, un efecto *simbólico*, con lo cual se acaba en un *derecho penal simbólico*, o sea, que no se neutralizan los riesgos sino que se le hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, mas claramente, se miente, dando lugar a un derecho penal promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideologías”¹².

¹¹ FERRAJOLI Luigi, en ob. cit., p. 807.

¹² ZAFFARONI Eugenio Raúl, ob. cit. p. 336-337.

En la búsqueda de respuestas, nos ayudan las reflexiones del catedrático de la Universidad de Málaga, JOSE LUIS DIEZ RIPO-LLÈS¹³ quien nos recuerda la *crisis contemporánea de los modelos de intervención penal* tomando como referente la política criminal española reciente, a la que califica como *política criminal oportunista*, misma que aunque rechazada en los círculos académicos goza de aceptación ciudadana “y de un impulso político de amplio espectro ideológico”. Muy a nuestro pesar el modelo penal garantista tiende a ser superado, aunque a lo largo del siglo pasado - como nos recuerda DIEZ RIPO-LLÈS- tiende a desarrollar una estructura de intervención penal autolimitada, llegándose a denominar por derecho propio como “derecho penal mínimo”.

Podemos sintetizar los principios del modelo penal garantista de la siguiente manera: 1.- La atribución de una eficacia limitada a sus genuinos instrumentos de intervención, la norma y la sanción penales. Estos formarían parte del control social en general, como un subsistema del mismo junto a otros subsistemas de control social como la familia, escuela, comunidad, opinión pública, etc. La interacción con los mismos garantizaría que la intervención penal pudiera condicionar los comportamientos sociales. 2.- Deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia. Frente a las tendencias expansivas de otras áreas del ordenamiento jurídico, “el derecho penal garantista considera una virtud, además de un signo inequívoco de una sociedad bien integrada, que su área de intervención sea la mínima posible”¹⁴. Se acepta la propuesta de que derecho penal actúe frente a las infracciones más graves a los bienes jurídicos más importantes, y a falta de otros medios más eficaces. Esto consolida una propuesta de *última ratio*. 3.- Profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionador por parte de los poderes públicos. De esta desconfianza deviene como una de las principales tareas la de defender al ciudadano sin

¹³ RIPOLLES José Luis, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP) 06-04 (2004). <http://criminet.ugr.es/recpc>.

¹⁴ RIPOLLES José Luis, en op. cit.

importar si fuese o no delincuente, estando alerta frente a cualquier abuso del poder punitivo del estado. 4.- Se establecen límites a las sanciones penales, reclamándose la *humanidad de las sanciones* desterrando por principio formas de ejecución incompatibles con la dignidad humana. Se debe respetar el *principio de proporcionalidad* de manera que la pena se ajuste en su gravedad a la del comportamiento delictivo. Finalmente, la pena debe fomentar la *reintegración en la sociedad del delincuente*, como el derecho que le asiste por ser ciudadano, admitiendo la cuota de responsabilidad de la sociedad en la aparición del comportamiento delictivo.

El *nuevo modelo de control social* que tiende a reemplazar el modelo garantista empieza a desarrollarse en los años 60 y 70 del siglo XX, identificado como el modelo resocializador¹⁵, implantado inicialmente en Estados Unidos y Gran Bretaña y luego en los países escandinavos, recibiendo su impulso de la “ideología del tratamiento” la que trata de legitimar al derecho penal reconociéndole capacidad para resocializar al delincuente, debiendo dirigir todo su instrumental para conseguir esta finalidad. Sin ser un modelo nuevo como nos recuerda el profesor RIPOLLES pues había sido utilizado por los correccionalistas españoles o positivistas italianos de la segunda mitad del siglo XIX, pasando por las escuelas intermedias italiana y alemana de los años 20 y 30 y las teorías de la defensa social en Italia y Francia en los años 40 y 50, todas en el último siglo.

Las propuestas fundamentales de este *modelo resocializador del delincuente*, pueden ser resumidas como sigue: 1.- La pauta de actuación es la búsqueda de la reintegración del delincuente en la sociedad. Se trata de lograr un efecto *deprevención general de los delitos* “mediante el aprovechamiento de los efectos intimidatorio, corrector de socializaciones defectuosas, o reforzador de la adhesión a los valores sociales, que se suscitan en los ciudadanos que perciben la reacción social negativa que el delincuente sufre tras la comisión de un delito”¹⁶. 2.- La obtención de ese objetivo resocializador, exige desconocer ciertas cautelas propias del derecho

penal clásico, llegándose a promover las *penas indeterminadas* con el argumento de que la misma debía estar condicionada por la evolución registrada en el proceso de reintegración en la sociedad del delincuente. 3.- La pena de prisión es valorada bajo un doble concepto, por una parte se afirma que debe primar un criterio reeducador, lo cual significa un apartamiento de los componentes aflictivos, y por otra parte en la segunda mitad del modelo resocializador se buscan penas alternativas a la prisión, permitiendo que se cumpla el fin de reeducar en pleno goce de la libertad. 4.- La delincuencia es vista como tarea de expertos que incluye no solo a policías y jueces sino inclusive a profesionales del comportamiento, que aportan sus conocimientos en el momento de la determinación de la pena y durante su ejecución.

Este modelo resocializador se derrumba a mediados de los años 70 del siglo XX, entre otras, por las siguientes razones: 1.- Se produce un desánimo entre sus seguidores ante el fracaso del tratamiento. 2.- Se reconoce que la propuesta de la reeducación del delincuente fue una especie de cortina de humo, para encubrir la responsabilidad de la sociedad en su conjunto y de los sectores privilegiados de la misma, que tienen la capacidad de definir que debe ser o no delito. Sin duda el aporte de la criminología crítica ha sido fundamental en éste ámbito. 3.- Se reaviva el modelo garantista que cuestiona la legitimidad de llevar a cabo ingerencias sobre los derechos y la personalidad del individuo delincuente. Se reclama el restablecimiento de las garantías individuales de manera que la responsabilidad derive del hecho concreto a penas de duración determinada, limitando el arbitrio judicial y penitenciario. 4.- La prevención general a base de la intimidación recupera prestigio. Se cree intimidar a la sociedad con penas que guarden proporción con los delitos imputados, al margen de las características del delincuente. No obstante para inocuizar a los delincuentes reincidentes se olvida la exigencia de la proporcionalidad, y se da paso a condenas largas ajenas incluso a la evolución del interno.

La finalidad de la cárcel como *derecho penal del enemigo*

Si nos formulamos una gran pregunta, para que sirve la cárcel? Vamos a convenir en que “no sabemos para que sirve”, o que

¹⁵ RIPOLLES José Luis, en op. cit.

¹⁶ RIPOLLES José Luis, en op. cit.

tal vez, “sabemos para que no sirve”, porque la misma no rehabilita, no reeduca y no resocializa, y este no es el fúnebre privilegio de una cárcel de la periferia, pues la cárcel en general es una verdadera maquinaria de demolición de la personalidad, y aunque suene a una utopía durante muchos años venimos escuchando que “la mejor cárcel es la que no existe” como dijera la doctora Lolita Aniyar de Castro, destacada criminóloga venezolana. Pero la verdad es que tenemos cárcel para mucho rato y por mucho tiempo. Entonces no nos queda otra vía posible que mejorarla, pues la pena que se termina pagando en la cárcel, en las condiciones que se cumple, no tiene ninguna finalidad de prevención especial porque no reeduca al reo o ninguna finalidad de prevención general por la intimidación, aunque no estoy tan seguro porque la cárcel es un verdadero infierno o “expreso de medianoche”.

De lo que si estoy seguro es que la pena y la cárcel, son la más depurada expresión de un acto de venganza oficial del Estado contra el interno, de manera que apreciada así es la consolidación de retribución pura. El discurso perverso de su cumplimiento y ejecución, NO nos permite pensar en otra respuesta que en un acto de venganza y de retribución o compensación por el mal causado. No puede seguirse desconociendo el rol de la cárcel como medio idóneo y eficaz de un conjunto de estrategias que conocemos como *control social*, de manera que la cárcel al igual que la pena cumple también una propuesta instrumental que aunque deslegitimada por las contradicciones entre las funciones declaradas y las conseguidas, es funcional para los fines que subyacen en su ideología¹⁷.

Sin pecar de siniestros, recordemos que en el Art. 45 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social del Ecuador¹⁸, está consagrada la pena de muerte bajo una forma modal de ejecución extra judicial, pues este artículo dice: **“Justificación del uso de armas.-** No cometen infracción los funcionarios, empleados

y guías encargados de la custodia de los internos, dentro o fuera de los centros de rehabilitación social, si, para mantener dicha custodia, tienen necesidad de hacer uso de sus armas, sea para sofocar amotinamientos, recapturar prófugos o contener y evitar fugas, siempre que no tengan otro medio idóneo para impedir tales hechos” . En la práctica puede darse el caso de una ejecución sumaria de un interno que se fugue de un centro carcelario, y sin estar en un caso de legítima defensa personal, podría el guía o custodio dispararle por la espalda y aunque esto en teoría sería una forma modal de asesinato por el actuar con alevosía y ventaja, esa conducta estaría legitimada, por la disposición del Código de Ejecución de Penas... no obstante que la fuga o evasión *per se*, no constituye infracción punible de parte del interno que se evade! Esa grave contradicción aun no ha sido superada, y reafirma la vigencia de un *derecho penal del enemigo*, en la legislación penitenciaria ecuatoriana.

La desaparición forzada de personas

No es práctica frecuente en Ecuador la desaparición forzada de personas, como ocurre en otros países por acción de las fuerzas de seguridad. Sobre la detención-desaparición en América Latina, debemos recordar el trabajo de la profesora (+) ROSA DEL OLMO en el encuentro de Criminología Crítica que se cumplió en la Universidad de Medellín en 1984 con ocasión del **I Seminario de Criminología Crítica**, en que recoge la información de 90.000 casos referidos a los últimos 20 años¹⁹, que forma parte de la estrategia reconocida como “sucia guerra contra la subversión” en palabras del General Videla de ingrata recordación para la República Argentina, en donde el crimen de desaparición se estimó en 30.000 víctimas de la guerra sucia, que era una suerte de *derecho penal del enemigo* con ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada de personas.

¹⁷ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, Offset Graba, Guayaquil, 1996, p. 175-176.

¹⁸ Cf. Ley 95, de 1982.

¹⁹ DEL OLMO Rosa, *La detención – desaparición en América Latina: ¿crimen o castigo?*, en Criminología Crítica, I Seminario, Medellín, Colombia, 1985. p. 37-62.

En palabras de la profesora DEL OLMO, “la detención-desaparición se basa en un secuestro hecho por los organismos de seguridad del Estado, generalmente actuando en forma de grupos paramilitares, donde la víctima ‘desaparece’, las autoridades no aceptan ninguna responsabilidad del hecho ni dan cuenta de la víctima, donde los *habeas corpus* o recursos de amparo son inoperantes, y donde en todo momento los victimarios procuran mantener el anonimato”. Los informes anuales de *Amnistía Internacional* reseñan algunos casos de personas desaparecidas en Ecuador que no son muchas, tal vez el más significativo es el de los hermanos Restrepo Arismendi, menores de edad de nacionalidad colombiana que fueron secuestrados por efectivos policiales y desaparecidos hace más de 15 años, por cuya desaparición calificada como Crimen de Estado resultaron condenados algunos de los presuntos culpables, incluyendo a un alto jefe policial, y actualmente se debate la desaparición de personas en el caso FYBECA que seguramente llegará a Tribunales internacionales.

Las reflexiones del profesor Günther Jakobs

En su aporte reciente sobre el tema, el catedrático emérito JAKOBS nos comenta sobre el *derecho penal del ciudadano* y *derecho penal del enemigo*. Su importante aporte nos lleva a pensar de inicio en la *teoría de la pena* y desde la *teoría de la prevención general positiva*. Mas allá de reconocer que la pena es coacción y consecuencia por el ataque a la vigencia de la norma, no se puede negar que produce “una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de la libertad” pues el sujeto preso no podrá cometer delitos fuera del recinto penitenciario²⁰. En tales circunstancias la pena funciona también como medida de aseguramiento que se dirige no en contra de la persona en derecho sino en contra del *individuo peligroso*. Esto quizás se advierte mejor si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad²¹, con lo cual

²⁰ JAKOBS Gunther, CANCIO MELIA Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003. p. 23.

²¹ JAKOBS Gunther, en ob. cit. p. 24.

se empieza a desarrollar una especie de prevención futura por hechos potencialmente peligrosos, por la tendencia a cometer hechos delictivos de considerable peligrosidad, ante lo que deviene necesario la imposición de una medida de seguridad. Se estaría luchando contra un peligro utilizando no el *derecho penal del ciudadano* sino un *derecho penal del enemigo*.

El profesor JAKOBS expresa que por *Derecho* se denomina al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y obligaciones, en tanto que la relación con un *enemigo* no se determina por el derecho sino por la coacción. Recordando que de acuerdo con KANT todo derecho se vincula a la autorización para emplear coacción y la coacción más intensa sin duda es la que ofrece el Derecho Penal, se podría así argumentar que cualquier pena y hasta la legítima defensa se dirige contra un *enemigo*. Para mantener la legitimidad de tal afirmación recurre a otros destacados filósofos que resaltan la relación entre el individuo o el ciudadano y el Estado a través del contrato social, mismo que se vulnera cuando el delincuente infringe el contrato, y como deja de vivir con los demás dentro de una relación jurídica, recuerda que ROSSEAU afirmaba que cualquier malhechor que ataque al “derecho social”, deja de ser “miembro” del Estado porque se declara en guerra con éste, y consecuentemente “al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”²². Cuando el individuo abandona el contrato que ha adquirido como ciudadano y como ser humano pasa a una ausencia completa de derecho, como expresara FICHTE, otros de los filósofos que cita JAKOBS, para quien se construye un contrato de penitencia, salvo en el caso de los delitos atroces en que se mantiene la privación de derechos, y hasta la ejecución del criminal, tiene que verse no como una pena sino sólo como un instrumento de seguridad. Apreciamos que el ciudadano con facilidad se convierte en *enemigo* y en esa definición pierde todos sus derechos.

²² JAKOBS Gunther, en ob. cit., p. 26-27.

Habría que plantearse si el ordenamiento jurídico debe o no mantener dentro del llamado Derecho también al criminal, tanto si aceptamos que el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, para lo cual es imprescindible que no pierda su *status* de ciudadano y de persona, como para que cumpla con reparar el agravio inferido. Si es expulsado de la sociedad -o si se despidе por su hecho- quedaría relevado del cumplimiento de sus deberes. Otro filósofo del contrato social como HOBBS, se refería a un *contrato de sumisión*, junto al cual aparece en igualdad de derecho la sumisión por medio de la violencia. En principio HOBBS deja al delincuente en su rol de ciudadano, sin embargo la situación cambia cuando se trata de una alta traición pues aquí se va a producir una rescisión de la sumisión, lo que equivaldría a una recaída en el estado de naturaleza, por lo que ya no cabe un castigo como súbdito sino como *enemigo* para todos los que incurran en tal delito.

JAKOBS recuerda que para ROSSEAU y FICHTE todo delincuente es *de por sí* un enemigo, para HOBBS al menos el reo de alta traición, en tanto que para KANT toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana²³, y si se presenta el caso de que el individuo no se deja obligar, me amenaza constantemente, y si persiste en no entrar conmigo en un estado comunitario-legal debe abandonar mi vecindad. Ya no se lo puede mas tratar como persona y como dice el mismo KANT se lo puede tratar “como un enemigo”. HOBBS igualmente despersonaliza al reo de alta traición pues éste niega por principio la constitución existente, de manera que tanto HOBBS como KANT reconocen en principio un derecho penal del ciudadano para quienes no delinquen de modo persistente, y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio, el mismo que pierde el *status* de persona por su conducta persistentemente desviada. Nos vamos a encontrar con que el Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que refiere al criminal -que no fuese contumaz- que seguiría teniendo el con-

²³ Cf. JAKOBS, ob. cit., p. 29-30.

cepto de persona, pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido porque el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a los reincidentes, surgiendo la custodia de seguridad como una institución jurídica. Se termina por reconocer el derecho de los ciudadanos a reclamar al Estado que tome las medidas adecuadas, porque tienen un derecho a la seguridad. *El derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.* Esta coacción puede quedar limitada en dos circunstancias, en la una, el Estado no debe excluir al enemigo de todos los derechos, que si bien queda sometido a la custodia de seguridad, sigue conservando la calidad de propietario de cosas, en la otra, es conveniente no cerrar la puerta para un posterior acuerdo de paz. *El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo combate peligros*²⁴.

HOBBS, reconoce a todos los seres humanos un *ius naturale* en el estado de naturaleza, en el que no existe aún una *obligatio*, es decir ejerce una libertad que no tiene límites normativos, sino únicamente circunscrita por la violencia física de cada individuo, de hacer y dejar de hacer lo que se quiera con tal de que se pueda. Esto nos lleva a reconocer que los delitos solo son posibles en una comunidad ordenada en el Estado, de la misma manera que lo negativo sólo puede ser determinado si previamente se define lo que es positivo. En ocasiones el delito aparece como un desliz reparable y en otras se tiene la percepción de que es irreparable. KANT proponía que cualquier persona puede obligar a otra a entrar en una constitución ciudadana, aún mas vamos a encontrar reglas del Derecho penal que ante una defraudación duradera de la confianza ciudadana, hace que se deje de tratar al delincuente como ciudadano para empezar a tratarlo como enemigo, llegando a negarle su calidad de persona o sujeto de derechos. Esto es fácilmente perceptible en los casos de criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada como en el tráfico de

²⁴ Cf. JAKOBS, ob. cit., p. 33.

personas, de prostitución y pornografía infanto-juvenil, y otro tipo de infracciones penales calificadas como “peligrosas”, en donde tiene carta de ciudadanía el tráfico o comercio de sustancias tóxicas ilegales o prohibidas.

Ante estas manifestaciones que son sin duda de macro-criminalidad, ya desde la incorporación a una organización delictiva (terrorismo, criminalidad organizada y hasta en la conspiración para delinquir) hay un apartamiento de los derechos que le asisten al ciudadano como persona. La propuesta se dirige no a la compensación de un daño para mantener la vigencia de la norma, sino la de eliminar un peligro que se hace efectiva mediante la *eliminación de un enemigo* por eso la punibilidad se retrotrae al ámbito de la preparación y no al de la ejecución –con lo cual se rompe la punibilidad que estudiamos en el proceso del *iter criminis*-, y además busca el aseguramiento frente a hechos futuros y no frente a sucesos ya producidos²⁵. Habría que pensar con KANT en que un individuo que no admite entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios que son inherentes a la persona. El estado de naturaleza está ausente de normas y por ende quien gana la guerra es quien determina lo que es o no norma, y el que pierde debe someterse a lo que determine el ganador. A raíz de los sucesos del 11 de septiembre del 2001 hay una redefinición del concepto del terrorismo y del terrorista, a quien se empieza a mirar como el que rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y pretende la destrucción de ese orden. La honda expansiva de la punibilidad pretende la aplicación extraterritorial y hasta universal de la ley penal por parte de cualquier Estado que declare que tales actos son delitos.

El prof. JAKOBS dice que quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos “guerra” y “proceso penal”, y que quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho –reacción frente a hechos exteriorizados y no frente a los actos preparatorios, respeto

²⁵ Cf. JAKOBS, ob. cit., p. 40.

a los derechos del sujeto en el proceso penal– debería llamar de otra manera a aquello que hay que hacer contra los terroristas, por lo que es mas propio llamar Derecho penal del enemigo²⁶. Nosotros recordamos que se habla también de un derecho penal de la *emergencia* y de un sistema policial de “tolerancia cero”, y que en tales circunstancias se produce un uso instrumental del derecho, que además cumple el rol simbólico de la *guerra contra el enemigo*. A este enemigo se lo va a combatir por su peligrosidad, es así diferente el trato al homicida a quien se va a penar por lo que ha realizado en tanto que al cabecilla de un asociación terrorista se lo pena por el solo hecho de ser parte de la organización, es decir antes de la comisión de un hecho realmente delictivo. En la expresión del mismo JAKOBS, materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada a la que se denomina “pena” (sic).

Este trato diferenciado se irradia al mismo proceso penal, donde la calidad que se le reconoce al imputado de “sujeto procesal” y por ende sujeto de garantías del debido proceso como las de la tutela efectiva, asistencia legal, inviolabilidad de la defensa, incoercibilidad, derecho al contradictorio, a la práctica de pruebas, a que se le reconozca su calidad constitucional de inocente, aparece contradicha cuando adquiere el estigma de *enemigo*. Al parecer las teorías del etiquetamiento y del estigma que las estudiamos en las corrientes criminológicas modernas tienen aquí plena aceptación, de manera que la primera respuestas es el encarcelamiento y la prisión preventiva inmotivada y prolongada, pues por la calidad de *enemigo* se le niega el derecho a una defensa efectiva. Se pueden producir situaciones de abuso y compelimiento, como la coacción física y/o psicológica previa para las extracciones de sangre, la intercepción de las telecomunicaciones, intervención de agentes encubiertos. Como expresa JAKOBS, “al igual que en el derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados en la medida en que se interviene en su

²⁶ Cf. JAKOBS, ob. cit., p. 42-43.

ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado va aboliendo derechos de modo jurídicamente ordenado²⁷. Esto es mas grave cuando se trata de casos calificados como de terrorismo, en que se utiliza la incomunicación, la dificultad de acceso con su defensor, esto se pone en mayor evidencia a raíz del 11 de septiembre del 2001 en que se produce una verdadera declaratoria de guerra y se empieza a aplicar un procedimiento de guerra. El objetivo busca la cooperación internacional para destruir las fuentes de los terroristas, en ocasiones tomarlos presos, y hasta llegar a matarlos aunque para ello se sacrifiquen vidas inocentes de terceros, homicidio al que con eufemismo se lo califica como *daño colateral*. Se ha dado paso a una verdadera guerra para perseguir a los delitos y para ejecutar a los delincuentes en razón de ser *el enemigo*.

Hay que estar prevenidos en los procesos de legislación para evitar que bajo el concepto de protección de la *seguridad pública* o del reclamo por una mejor *seguridad ciudadana* se produzca una verdadera punición de actos preparatorios, lo que lleva a penar las conductas planeada aunque no ejecutada, por lo que no se sanciona un daño a la norma sino un eventual hecho futuro, es decir el peligro de daños futuros, rasgo propio del Derecho penal del enemigo²⁸. El problema no termina solo con el llamado combate contra el terrorismo con esta estrategia, sino que se va a irradiar a la planificación de *cualquier* delito, caso en el que el resultado es mas dañino para el Estado de Derecho, y como dice JAKOBS, una gran parte del Derecho penal del ciudadano se entremezcla con el derecho penal del enemigo. Se corre el riesgo incluso de quedarnos con declaraciones de respeto a los derechos humanos de reconocimiento universal, sin un respeto real y efectivo, porque aunque establecidos no se encuentran adecuadamente asegurados. Son interminables los casos comprobados de violaciones de derechos humanos y esto ocurre en muchas ocasiones mediante la utilización de un Derecho penal del enemigo cuyo velo de hipocresía debe ser puesto al descubierto. Ya conocemos

²⁷ Cf. JAKOBS, ob. cit., p. 45.

²⁸ Cf. JAKOBS, ob. cit., p. 50.

en estos días, la respuesta oficial frente a las denuncias fundamentadas que ha realizado Amnistía Internacional, contra la política oficial de EE.UU. en el trato a los presos calificados como *enemigos de guerra*, y las condiciones infrahumanas en que se encuentran en cautiverio, como ocurre con los presos calificados como *terroristas* y por ende como *enemigos* que se encuentran en las cárceles de Guantánamo o de Irak.

De la importante recensión que hace el profesor JAKOBS²⁹ a uno de los temas centrales de la política criminal del Siglo XXI, debemos mencionar que en el Derecho penal del ciudadano la función declarada es la de la *corrección*, en tanto que en el Derecho penal del enemigo es la *eliminación de un peligro*. En el Derecho natural de argumentación contractual, todo delincuente es un *enemigo* como dicen ROSSEAU y FICHTE, pero es preferible mantener el status de ciudadano para aquellos que según HOBBS y KANT, *no se desvían por principio*. Quien por principio se conduce de modo desviado sin garantía de un adecuado comportamiento, debe ser tratado y combatido como *enemigo*, en esta circunstancia hay un reclamo ciudadano por su derecho a la seguridad, y a la postre el *enemigo* es excluido. Este trato diferenciado se irradia incluso al campo del derecho sustantivo en donde se va a producir un recorte de garantías constitucionales y procesales, que son características de un Estado de derecho y de un Derecho del ciudadano. Un Derecho penal del enemigo delimitado es menos peligroso, que mezclar en un todo un Derecho Penal del ciudadano con un Derecho penal del enemigo. La búsqueda de un sistema de cooperación internacional y hasta de justicia universal para entronizar un Derecho penal del enemigo, llega en más de una ocasión a vulneración de derechos humanos.

Dónde ubicar este fenómeno emergente del Derecho penal del enemigo, dentro de esa gran construcción que es la teoría del Derecho penal es el punto a dilucidar? En las consecuencias político- criminales van a estar las diferencias, pues o se integra este

²⁹ Cf. JAKOBS, ob. cit., p. 55-56.

fenómeno dentro de la estructura del ordenamiento jurídico ordinario, o se lo expulsa del Derecho penal ordinario (el Derecho penal del ciudadano) para darle residencia propia es un Derecho penal de la *emergencia* que acude incluso a un proceso penal de excepción. Probablemente en nuestra región y me refiero a América Latina, el ejemplo lo han proporcionado en su momento tanto Perú, para el juzgamiento de la cúpula de la guerrilla maoísta de Sendero Luminoso, con un régimen penal de excepción y jueces sin rostro, y Colombia con un conflicto interno que deja de ser de baja intensidad, pero al que se lo pretende combatir igualmente con un Derecho penal del enemigo. En el caso peruano, el reclamo oficial de EE.UU. se produjo con ocasión del juzgamiento breve y sumario y sin respetar garantías propias de un Estado de derecho y de un Derecho penal del ciudadano, de una norteamericana de profesión periodista a la que se vinculó con la guerrilla de Sendero Luminoso. Como dice CARLOS PARMA “el derecho penal de la emergencia es siempre anti-liberal y anti garantista, contrariamente al derecho penal propio del Estado de derecho que es esencialmente liberal y garantista, (al igual que el derecho internacional humanitario)³⁰”.

El aporte del profesor Manuel Cancio Meliá

El profesor de la Universidad Autónoma de Madrid empieza por recordarnos que la reintroducción macabra de este “Derecho Penal del enemigo” es consecuencia principalmente de los acontecimientos del 11 de septiembre del 2001³¹. Su propuesta se dirige a examinar este concepto para encontrar su significado para la teoría del Derecho Penal y evaluar sus aplicaciones desde la política- criminal, para esto propone esbozar la situación global de la política criminal en el momento actual, para luego abordar el contenido y la relevancia del concepto de Derecho penal del enemigo.. Como Derecho positivo, este Derecho penal del enemigo,

³⁰ Cf. PARMA Carlos, en op. cit., p. 7.

³¹ Cf. CANCIÓ MELIÁ, en ob. cit., p. 60.

forma parte nominalmente del sistema jurídico-penal real, afirmando que “Derecho penal del ciudadano” es un pleonismo, y “Derecho penal del enemigo”, una contradicción en los términos³².

Al referirse al estado actual de la política-criminal, considera que esta puede resumirse utilizando el concepto del profesor JESÚS- MARIA SILVA SANCHEZ, de la Universidad Pompeu Fabra, que caracteriza a la política criminal de las sociedades postindustriales, como la “expansión” del Derecho penal. Esto se corrobora por la honda expansiva que caracteriza las nuevas formas de criminalidad que se van incorporando a los cuerpos normativos penales, que llega en ocasiones a la propuesta de verdaderos cuerpos legales calificados como antiterroristas, con supuestos de criminalización de actos preparatorios, y lesiones a bienes jurídicos con penalizaciones excesivamente rigurosas. CANCIÓ MELIÁ califica tal postura como de un “Derecho penal de la puesta en riesgo”, de características antiliberales. Esta evolución político-criminal y su honda expansiva, se resume en dos fenómenos: a) el derecho penal simbólico, y, b) el resurgir del punitivismo. Tanto la evolución simbólica como el aumento de la punibilidad constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo³³. Hay que estar precavidos de entender bien que el concepto de “simbólico” no elude el convencimiento de la dureza “muy real y nada simbólica” de las experiencias que sufre quien es sometido a un sistema penal “duro”. Sin duda, tanto por la dureza como por las condiciones en que es cumplida, la pena me parece en este caso un acto de venganza y la imposición de un daño concreto que tiene poco de “simbólico”. En casos como este, en lo personal no encuentro legitimación en los predicados de la prevención general o especial, y la única explicación –no justificación– debemos encontrarla en la ideología de la retribución. Como bien expresa CANCIÓ MELIÁ, cuando se usa en sentido crítico el concepto de Derecho penal simbólico, hacemos referencia a que “determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la impresión tranquili-

³² Cf. CANCIÓ MELIÁ, en ob. cit., p. 61.

³³ Cf. CANCIÓ MELIÁ, en ob. cit., p. 65.

zadora de un legislador atento y bien decidido”, agregando que el Derecho penal simbólico tiene su descendiente, que es el Derecho penal del enemigo³⁴.

La expansión no se limita a incrementar los tipos penales de la parte especial para amplificar el radio de aprehensión del Código Penal, sino que se completa incrementando las escalas punitivas, con lo cual se destruyen los movimientos de reformas en la línea de un *Derecho penal mínimo*. Grave resulta comprobar que en esta tendencia, no sólo participan los denominados sectores de la derecha sino inclusive los calificados como de izquierda o progresistas, esto se produce porque el discurso de *ley y orden* es redituable políticamente, es el de menor esfuerzo y el de mayor aceptación ciudadana. Resulta claro que no se pueden separar punibilidad y derecho penal simbólico, debiendo tener presente el rédito político que produce un uso instrumental de esta propuesta de derecho penal simbólico, que es una propuesta que permite incluso seguir manteniendo el ejercicio del poder político.

En la opinión de JAKOBS³⁵, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: a.- Hay un adelantamiento de la pena a estadios previos a la comisión del delito, que ni siquiera están en el plano de la tentativa sino de los actos preparatorios, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva porque toma como punto de referencia un hecho futuro, en lugar de ser retrospectiva que es lo normal, es decir referida a un hecho pasado o cometido. b.- Las penas son desproporcionadamente altas en esos estadios previos. c.- Las garantías procesales son recortadas y hasta suprimidas. El catedrático de la Universidad Pompeu Fabra, JESUS- MARÍA SILVA SANCHEZ³⁶, ha incorporado el fenómeno del Derecho penal del enemigo a su propia visión político-criminal. En el marco del ordenamiento jurídico penal actual se diferencian dos *velocidades*. La primera *velocidad* se refiere al Derecho penal en el que se siguen imponiendo penas privativa del

³⁴ Cf. CANCIÓ MELIÀ, en ob. cit., p. 68.

³⁵ Cf. CANCIÓ MELIÀ, en ob. cit., p. 79- 81.

³⁶ Cf. CANCIÓ MELIÀ, en ob. cit., p. 82-83.

derecho a la libertad como ha sido tradicional, aquí se mantienen vigentes los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos (como los del debido proceso). La segunda *velocidad* está constituida por aquellas infracciones en las que se imponen penas pecuniarias o restrictivas de determinados derechos (sanciones de inhabilitación, de suspensión, de clausura, de inhabilitación), las propuestas de un derecho penal administrativo se vienen discutiendo. Frente a estos planteamientos, el Derecho penal del enemigo se presenta como la tercera *velocidad*, en el que van a coexistir la imposición de penas privativas de la libertad, y la aplicación negativa de los principios político- criminales y las reglas de imputación, porque se llegan a penalizar los estadios previos y a recortar garantías procesales.

Este Derecho penal del enemigo, es una herramienta de mercadotecnia utilizada hábilmente por los agentes políticos y sus secuaces, que termina conduciéndonos a un nuevo derecho penal de autor en pleno siglo 21, pues se busca identificar y definir previamente al *enemigo* a quien se debe destruir incluso por sus pensamientos, lo cual hace surgir la incompatibilidad del derecho penal del enemigo con el principio del hecho³⁷.

Esta gran *cruzada* contra el *enemigo*, ha destruido al enemigo o al menos limitado su escalada de crecimiento?

Las reflexiones del prof. Luigi Ferrajoli

El profesor de la Universidad de Camerino en un discurso premonitorio³⁸, empieza por preguntar ¿que ha cambiado a partir del 11 de septiembre?, para luego afirmar, “es difícil negar la absoluta insensatez de esta guerra. Si la guerra tenía como fin golpear a Bin Laden y a su red terrorista, entonces no solo ha fracasado, sino que ha producido como era del todo previsible, efectos exactamente opuestos: la popularidad de Bin Laden y de

³⁷ Cf. CANCIÓ MELIÀ, en ob. cit., p. 100.

³⁸ FERRAJOLI Luigi, *Las razones del pacifismo*, publicado en Revista Jueces para la Democracia, No. 50, 06/10/2004.

las sectas fundamentalistas crece entre las masas islámicas; la situación del medio oriente desde Pakistán a Israel es mas explosiva que nunca; la inseguridad del mundo y los peligros de nuevas agresiones por parte de las organizaciones terroristas se hacen cada día mas graves y alarmantes”. Coincidimos en que la agresión terrorista requiere de una adecuada respuesta, que no ha sido precisamente la guerra de ocupación en contra de Irak, pues ésta ha demostrado que no ha sido el mejor método para capturar a los terroristas, sino que por el contrario, los ha reforzado. Sucesos como los del 11 de septiembre han sido masacres horribles que han conmocionado e indignado a toda la conciencia del mundo civilizado. Al final debemos reconocer que los actos terroristas han puesto en crisis la ilusión de la seguridad y de la invulnerabilidad de nuestro mundo. Empezamos a vivir la era del *miedo* frente a un enemigo que se nos ha vuelto invisible, y que a ratos se puede materializar en un monstruo que hace explotar un avión, o que utiliza armas químicas o bacteriológicas, que al mismo tiempo que son previsibles son al mismo tiempo no susceptibles de prevención.

Una visión holística del fenómeno del terrorismo, explica el fracaso de la guerra emprendida, y que no es cierto que para gobernarlo en un ambiente de paz, es suficiente la aparente superioridad militar y geopolítica de Estados Unidos o de la OTAN. Hay que reconocer que los atentados terroristas nos dejan un importante mensaje, ya no cabe separación entre “política interior” y “política exterior”, pues la única política racional es la que propone JÜRGEN HABERMAS como “*política interior del mundo*”, sobre todo en lo que respecta a la seguridad frente al terrorismo, debiendo acudir a medidas represivas y preventivas idóneas para enfrentar el terrorismo, pues la seguridad en el mundo es indivisible y la inseguridad es tan global como el mercado y la economía. No hay que olvidar que hay un componente de odios y conflictos que son también factores desencadenantes de la inseguridad, y cuyas causas es necesario entender y remover, lo cual demanda una política interior del mundo, para afrontar los otros problemas vitales del planeta: la pobreza, el hambre, las enfermedades y las guerras que afligen a mas de la mitad del género humano y después los problemas de la protec-

ción del ambiente, la criminalidad internacional y la producción y el comercio de las armas(sic)³⁹.

Debe operar urgentemente una verdadera policía planetaria, que en solidaridad con los países afectados y en rechazo a los sucesos del 11 de septiembre del 2001, del 11 de marzo del 2004 y del reciente del 7 de julio del 2005, permita la movilización de las policías y de los servicios secretos de decenas de países, con el objeto de lograr la captura de los culpables y la identificación de la red de sus secuaces, sin el clamor y la espectacularidad de la guerra, sino al contrario, con los métodos bastante mas eficaces del secreto y la coordinación de las investigaciones, el uso de los arrepentidos, la reconstrucción del mapa completo de las organizaciones terroristas, su aislamiento político y su división interna, y obviamente con un empleo de la fuerza dirigido a desarmar a sus componentes, una vez identificados, y a ponerlos a disposición de la justicia⁴⁰. La guerra solo ha agravado los problemas que pretendía resolver, pues la respuesta ha sido la del fundamentalismo exacerbado, elevando al terrorismo a la categoría de Estado beligerante, con lo cual crímenes horribles empiezan a ser parte de una guerra santa, en la que Bin Laden aparece a los ojos de millones de musulmanes, como un jefe político, y su banda de asesinos como la vanguardia de una masa de millones de fanáticos.

FERRAJOLI expresa que hay que negarle a los terroristas el estatuto de “beligerantes” y confinarlos en el de “criminales”, calificando sus agresiones no de actos de guerra sino de crímenes contra la humanidad. Debe respetarse el papel del derecho como factor de paz y de civilización, instrumento efectivo del tránsito del estado de guerra al estado de derecho, de la sociedad salvaje a la sociedad civil. A continuación dice “recuérdese que en Italia, hace mas de veinte años, en la etapa del terrorismo, todos – derecha e izquierda, críticos y defensores de las leyes de emergencia,

³⁹ FERRAJOLI Luigi, en op. cit.

⁴⁰ FERRAJOLI Luigi, en op. cit.

partidarios y adversarios de la negociación con los terroristas-concordamos en negarles el estatuto de ‘combatientes’ y, por esto, en el rechazo de la lógica de guerra que ellos querían imponer a nuestro país. Fue la distinción entre derecho y guerra, entre pena y represalia bélica y, por tanto, el rechazo de cualquier simetría entre terrorismo y respuesta institucional, lo que permitió aislar a los terroristas y finalmente vencerlos”⁴¹.

En la continuación de esta *crónica de terrorismo anunciado* el 7 de julio del 2005 se produce un grave y repudiable acto terrorista en Londres cuyos, primeros reportes mencionan 37 muertos y 700 heridos, consecuencia de tres explosiones en el tren subterráneo y una que destrozó un autobús en el centro de la ciudad. La ciudad quedó convertida en una zona de guerra, con fuerzas policiales apostadas en sitios clave, hospitales desbordados y calles sin tráfico. Los atentados fueron reivindicados por Al Qaeda y quedaron vinculados de inmediato con la intervención británico-estadounidense en Irak y en Afganistán. Los identificados como responsables de este acto terrorista, que se suma a los del 11 de septiembre de Estados Unidos y del 11 de marzo en España, proclamaron la continuación de una operación santa, amenazando a los gobiernos italianos y danés “y a los demás gobiernos de los cruzados que retiren las tropas de Irak y de Afganistán sino quieren sufrir el mismo castigo”. En otro recuadro de la noticia el *gran padrino* de la cruzada, el presidente de Estados Unidos George W. Bush, declaró la alerta naranja en EE.UU. y arengó seguir la guerra⁴². Este atentado se produce en circunstancias en que se celebraba la cumbre del G-8 en Escocia, vale decir, la reunión de las denominadas superpotencias del siglo 21, siglo identificado con la impronta de una imparable escalada terrorista.

Hay que pensar en una respuesta racional y coherente, retomando el pacto internacional de convivencia, y poniendo en práctica el Capítulo VII de la Carta de la ONU, referido a la Acción en

⁴¹ FERRAJOLI Luigi, en op. cit.

⁴² Diario EL UNIVERSO, viernes 9 de julio del 2005, edición final, año 84, No. 297. p. 8^a, 9^a, 10^a.

Caso de Amenazas a la Paz, Quebrantamientos de la Paz o Actos de Agresión, para instituir una fuerza de policía internacional en grado de intervenir, siempre y solamente, contra las amenazas a la paz y a la seguridad y contra las violaciones de los derechos humanos y de la legalidad internacional. Hay que evitar que los Estados agredidos se conviertan en Estados agresores, con lo cual pasan a ser etiquetados como “Estados canallas” o “Estados criminales”. A la vista están los resultados fallidos, que como dice FERRAJOLI⁴³, “podrían haberse evitado con la intervención bastante mas creíble y controlada de una fuerza militar de la ONU: millares de víctimas inocentes, la devastación de los países bombardeados, la ruina de sus economías, la agravación de gran parte de los problemas que las guerras habían pretendido resolver. La guerra no puede ser por definición, ni una sanción ni una reparación de las violaciones del derecho: porque no golpea a los responsables sino sobre todo a los inocentes; porque es por naturaleza una violencia desproporcionada y descontrolada; porque ella misma está en contradicción con el derecho que es, a su vez, su negación”.

Lamentablemente prima una onda expansiva de mantenimiento de un poder geopolítico y militar liderado por las autollamadas grandes potencias, que nos deja poco espacio para consolidar propuestas mas racionales, ello explica el fracaso de la ONU, se hace difícil respetar la garantía de lo que *no es lícito hacer* como las guerras o los crímenes contra la humanidad, y es igualmente inalcanzable la propuesta de lo que *no es lícito no hacer*, como las propuestas para asegurar los mínimos vitales. No hay un discurso real a favor de la paz y la seguridad mundial frente a un terrorismo fanático e irracional, que ha enfrentado con destrucción y muerte la guerra alimentada por las superpotencias, que han recurrido a grandes ejércitos y a armas de destrucción masiva en esta confrontación de cruzados y fundamentalistas. Retomamos la ilusión de un desarme progresivo de los Estados, de la erradicación de las armas a través de la prohibición de su producción y

⁴³ FERRAJOLI Luigi, en op. cit.

tenencia, y de la necesidad de un monopolio jurídico de la fuerza a escala internacional, el principal valladar es que el comercio de las armas se ha convertido en la primera economía mundial subterránea estimada en más de 800 mil millones de dólares por año, y esa es su fortaleza!

Algunas conclusiones

Hay que deslegitimar cualquier propuesta a favor del *Derecho penal del enemigo* porque el mismo constituye la más perversa negación del Estado de Derecho, y permite consolidar un Estado Gendarme o Policial inadmisibles, ni aun con el pretexto de que el *enemigo* se ha auto excluido voluntariamente y que en consecuencia ha renunciado a cualquier derecho. Esta exclusión es un acto de barbarie y totalitarismo, y hay que impedir que tome carta de ciudadanía una propuesta que termina convirtiéndose en auténtico *Terrorismo de Estado*.

Hay que trabajar en la propuesta de decirle NO al *Terrorismo de Estado*, resultando un formidable ejemplo el fallo del 14 de junio del 2005 de la Corte Suprema de Argentina, que al declarar la nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, abre el camino hacia la verdad y la justicia⁴⁴. Las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida pretendieron institucionalizar la impunidad en casos de violaciones a derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, incluidos casos de secuestro, desaparición forzada y tortura, perpetrados por genocidas que utilizaron de manera perversa el *Derecho penal del enemigo* durante los gobiernos militares que rigieron Argentina entre los años 1976 y 1983.

Las leyes de amnistía se convierten en un verdadero blindaje para el *Derecho penal del enemigo* encubriendo crímenes de lesa humanidad como desapariciones forzadas y prácticas sistemáticas de tortura que son contrarias a normas internacionales de derechos humanos o de Derecho Internacional Humanitario y contribuyen a consolidar la impunidad.

⁴⁴ *Amnistía Internacional*, en La Revista, No. 74, agosto-septiembre 2005.

Parte de la nueva historia para la justicia penal argentina se empieza a escribir, pues el poder judicial tiene el grave compromiso histórico de proseguir las investigaciones y el enjuiciamiento de los miles de casos de desapariciones, torturas y ejecuciones extrajudiciales que se mantienen impunes después de 30 años. Este debe ser el mejor mensaje para los depredadores! Cuyo número de víctimas se calcula es de 30.000 casos.

Sigue pendiente el cierre de la cárcel de Guantánamo a la que Amnistía Internacional calificó como “gulag” con el consiguiente enojo del Presidente de EE.UU., probablemente el ideólogo más importante del *Derecho penal del enemigo* en este siglo. Como dice A.I. “la Historia está llena de personas que permanecieron en silencio ante los abusos. Con ello la única causa a la que contribuyeron fue permitir que se cometieran más abusos con impunidad”⁴⁵. La referencia a Guantánamo en el informe anual 2005, era parte de la crítica a violaciones a derechos Humanos perpetradas en 149 países en todo el mundo, porque sin duda en Guantánamo se cometen abusos de manera sistemática como parte de una propuesta de *Derecho penal del enemigo* que debe ser denunciada y combatida, pues los malos tratos son reales y muchos detenidos se encuentran incomunicados sin fórmula de juicio, porque han sido etiquetados previamente como *terroristas*. El propio secretario de Defensa Donald Rumsfeld, aprobó un memorando en diciembre de 2002, que permitía el uso de medios de interrogatorios ilegales, como técnicas de “estrés y padecimiento”, el aislamiento prolongado, desnudar a las víctimas y amenazarlas utilizando perros en la Bahía de Guantánamo.

La confusión es de la magnitud que a raíz de los sucesos del 7 de julio del 2005 se está pensando en una nueva definición de lo que es el *terrorismo*, hay la propuesta del control del flujo de mensajes de correo electrónico y la intercepción de llamadas telefónicas sin la necesidad de orden judicial previa, la instalación de más cámaras de seguridad y la expulsión de líderes radicales. En

⁴⁵ *Amnistía Internacional* en La Revista, No. 74, agosto-septiembre 2005.

Italia se piensa ampliar el plazo de la detención provisional de 12 a 24 horas, proteger a quienes quieren testificar en actos de terrorismo y expulsar del país a extranjeros. En Francia se van a instalar 4.000 cámaras de seguridad con la protesta ciudadana por invadir la privacidad, y el Consejo de Europa, organismo de derechos humanos, ha querido impulsar la “Convención sobre la prevención del terrorismo”. Sigue la discusión porque para algunos es terrorismo todo acto que no solo vaya contra la población civil sino también contra el Estado, mientras otros quieren establecer que no todo grupo armado irregular es terrorista⁴⁶. El derecho penal del enemigo debe ser rechazado por más apariencia real que tenga, porque rompe con el principio de igualdad y de humanidad⁴⁷.

Se trata de acudir al *Terrorism Act* inglesa, impulsada hace algunos años por Tony Blair, que dice que terrorismo es la realización o la amenaza de una acción que tenga por finalidad influir al gobierno o intimidar al público o parte de él”, añade que eso puede darse con el propósito de promover una causa “política, religiosa o ideológica”. Hay que recordar que como contrapartida, que en enero de 2005 la jueza italiana Clementina Forleo, reconoció la diferencia entre los grupos terroristas y otros grupos irregulares, al determinar que tres norafricanos que permanecían detenidos en Italia y que supuestamente estaban vinculados a Al Qaeda, no podían ser acusados de terrorismo por tener vínculos con la resistencia afgana e iraquí, pues “alguien que comete ataques en el contexto de un conflicto armado, sino involucra a civiles, no es terrorista”, aclarando la jueza que “la actividad guerrillera o la violencia que tiene lugar, en el contexto de un conflicto armado, aun cuando esté llevada a cabo por fuerzas armadas no institucionales, no puede ser perseguida, ni siquiera por la ley internacional, a menos que se violen leyes humanitarias internacionales”.

⁴⁶ Revista VISTAZO, **Estados policiales**, No. 912, agosto 18/05, p. 32-33.

⁴⁷ PARMA Carlos, en op. cit., pág. 22.

En una reciente conferencia el profesor ZAFFARONI, expresa “penalistas impresionados por hechos de cierta brutalidad ha habido muchos, y lo que caracteriza fundamentalmente la propuesta de Jakobs es su extrema sinceridad (de buena fe), que ha desatado una suerte de escándalo en el mundo jurídico. En todas las épocas en el derecho Penal se ha tratado de eliminar a los delincuentes que cometían delitos muy graves... Esto es algo que transita toda la historia del Derecho Penal”⁴⁸.

Por nuestra parte decimos, que el respeto al Estado de Derecho debe ser total y sin limitación alguna. No es posible concebir un Estado de Derecho a medias, o es Estado de Derecho o no es Estado de Derecho. Hay que tomar muy en serio el mensaje del profesor CARLOS PARMA de la Universidad de Mendoza, que en memorable jornada dijo, “me declaro *enemigo del Derecho penal del enemigo*”⁴⁹.

BIBLIOGRAFIA

DEL OLMO Rosa, *La detención – desaparición en América Latina: ¿crimen o castigo?*, en Criminología Crítica, I Seminario, Medellín, Colombia, 1985.

RIPOLLES José Luis, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP) 06-04 (2004). <http://cri.m.i.net.ug.r.es/recp>

FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.*, Trotta, Madrid, 1998.

FERRAJOLI Luigi, *Las razones del pacifismo*, publicado en Revista Jueces para la Democracia, No. 50, 06/10/2004.

MUÑOZ CONDE Francisco, *¿Hacia un derecho penal del enemigo?*, publicado en el País, el 15 de enero del 2003.

⁴⁸ Citado por PARMA Carlos, en op. cit., pág. 21.

⁴⁹ PARMA Carlos. Conferencia en el Instituto de Criminología y Ciencias Penales de Guayaquil, el miércoles 17 de agosto de 2005.

JAKOBS Gunther, CANCIO MELIA Manuel *Derecho Penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003, p. 137.

ZAFFARONI, Eugenio- ALIAGA, Alejandro- SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires. 2000.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de criminología*, Offset Graba, Guayaquil, 1986.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Cárcel y Drogas. De la represión a la legalización*. Edino, Guayaquil, 1994.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, Offset Graba, Guayaquil, 1996.

BALANCE DE LA CRIMINOLOGIA EN EL ECUADOR EN EL SIGLO XX, PERSPECTIVAS PARA EL SIGLO XXI

Introducción

La criminología oficial en el Ecuador de fin de milenio, sigue siendo dependiente y tributaria del statu-quo, con un discurso positivista, etiológico y causal- explicativo, reproductor de la estructura interrelacionada entre poder y control social. Aunque no existe la posibilidad oficial de una ruptura epistemológica, merece discutirse en un espectro mas amplio si es o no posible insertarse estratégicamente en el debate político que define o pretende definir el marco normativo (mas que teórico), al que deben someterse las diferentes agencias operadoras del sistema penal, visto éste como el eje central del control social formal.

El paradigma de una explicación criminológica del fenómeno de la criminalidad, a base de las teorías centrales sigue vigente sin que tenga llegada en la discusión o mas bien explicación oficial ni siquiera el paradigma de la reacción social. Esto no es extraño cuando sabemos que un esfuerzo mental comparativo nos lleva a reconocer, que una es la ideología del Estado para explicar la delincuencia al margen de la estructura social, económica y política que es la gran reproductora de las desigualdades de clase, y otra la visión académica que nos permite ubicar variables explicativas mas coherentes y racionales en dicho creciente fenómeno. En esto reconocemos que el avance es mayor en la docencia, que teóricamente nos permite conocer que es por ejemplo el estructural funcionalismo, el interaccionismo simbólico y las propuestas

de un renovador discurso criminológico crítico, muchas veces satanizado en circunstancias de total indefensión. En este análisis es conveniente contrastar la evidencia empírica con la teoría criminológica para llegar a una adecuada práctica político- criminal.

Un referente histórico necesario

Han pasado cerca de catorce años desde que se celebrara en el CENIPEC, en Mérida, Venezuela, el encuentro sobre «La criminología en América Latina: balance y perspectivas», habiendo sido una de las metas la de estimular a la reflexión sobre la historia y características de la disciplina criminológica en nuestro continente, y permitir la identificación de aspectos claves para el desarrollo futuro de la misma. Se formularon inquietudes que se refirieron incluso al objeto, método de estudio y significado político y social de la criminología, sin desmerecer la importancia de los conocimientos específicos generados por ella, con esto se trata de lograr plena conciencia intelectual y política sobre la razón de ser de la labor del criminólogo¹.

No podemos estar al margen de la reflexión sobre la criminología y su posición frente a los diversos sistemas de poder, estos nos conduce a reexaminar las problemáticas actuales de la disciplina, las diversas perspectivas que se han adoptado sobre las mismas y los posibles criterios que podrán guiar su desarrollo futuro.

La historia de la criminología en el Ecuador ha ido de la mano con la llegada o aparición de la criminología en América Latina, pero se ha quedado rezagada en el proceso de evolución de su desarrollo ideológico por lo que bien podemos afirmar que oficialmente se encuentra en desfase con las propuestas académicas y de política criminal que alimentan las nuevas corrientes criminológicas. Esto nos conduce a decir que la criminología -salvo las excepciones que se puntualizarán posteriormente- no ha guardado rela-

¹ Ver la publicación, LA CRIMINOLOGIA EN AMERICA LATINA: BALANCE Y PERSPECTIVAS, Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 1992, 420 páginas.

ción ni ha asimilado la influencia de las distintas corrientes del pensamiento criminológico aunque no sea esta la característica precisamente de los docentes ecuatorianos que nos dedicamos a la enseñanza de la criminología en las diferentes universidades a las que ha llegado ya el nuevo discurso criminológico, que era y sigue siendo en algunos sectores eminentemente clínico y positivista².

Las políticas criminales de prevención y de represión del delito vía códigos penales, procesales y sistema penitenciario se han implementado copiando modelos de los países centrales que nos han llegado cuando incluso en sus países de origen se batían en retirada por su evidente fracaso³, pero que se las copiaba como un buen modelo a imitar. En 1884 se inaugura la Penitenciaría Nacional, siguiendo el sistema de Filadelfia y posteriormente se adoptó el sistema Auburn.

Pienso que sigue latente el problema de la existencia o no de una teoría criminológica latinoamericana que resulte coherente con las especificidades sociales, políticas, culturales y económicas de la región, que buscaría reducir la llamada dependencia de modelos y teorías criminológicas importadas. Creo que este sigue siendo un problema insoluble aunque debe reconocerse que si existe una criminología latinoamericana, alimentada en mucho por las nuevas vertientes criminológicas (criminología de la reacción social, criminología crítica o radical) que culminan en una labor de criminología de las denuncias y de cuestionamiento del sistema penal como instrumento del control social.

Para aquel momento de la reunión en el CENIPEC⁴, presentamos una serie de reflexiones inspiradas en la criminología radical (interaccionista y crítica) sobre la justicia penal en Ecuador. Afir- mamos que el derecho penal en las sociedades capitalistas bur-

² Cfr. Marcó DEL PONT, MANUAL DE CRIMINOLOGIA, Editorial Porrúa S.A., segunda edición, México 1990, p. 9.

³ Cfr. Rosa DEL OLMO, AMERICA LATINA Y SU CRIMINOLOGIA, Siglo XXI editores, primera edición, México 1981, p. 130.

⁴ Ver nuestro trabajo, Criminología y poder en el Ecuador, en op. cit. p. 255-271.

guestas constituye un mecanismo para consolidar el poder de la burguesía, mediante la represión de conductas consideradas peligrosas para el sistema. Presentamos ejemplos que siguen teniendo vigencia, de como el derecho positivo ecuatoriano es utilizado para definir y perseguir a los opositores reales o potenciales del sistema vigente, y para reprimir a las clases desposeídas. Mediante la utilización del etiquetamiento el sistema policial y carcelario he contribuido a la estigmatización de determinados individuos y grupos sociales. La problemática de la delincuencia ha sido y sigue siendo manejada y distorsionada para desviar la atención pública de los problemas económicos y políticos del país⁵.

Es que la criminología tiene un hondo significado político y se relaciona de alguna manera con los sistemas de poder, esto obedece principalmente al objeto de estudio de la criminología, que sin llegar a una aceptación indiscutible de una definición de la criminología, podemos convenir en que pretendemos investigar el control social, y de alguna manera la desviación y la delincuencia.

Intentando una nueva aproximación

No puede seguirse ignorando la relación muy de la mano de la criminología como disciplina intelectual y los acontecimientos económicos, sociales y políticos de la región y en un momento dado de un país en concreto. Los problemas y conflictos sociales nos demuestran cuales son las relaciones entre poder, control social, criminalización, dominación y represión, y esto debe conducirnos a plantear cambios fundamentales en la definición y control de la delincuencia. En el caso de Ecuador la criminología tiene un perfil bajo por lo que me atrevería a sostener que en consecuencia es hasta el momento una actividad científica tole-

⁵ Mientras el Ecuador sigue en el 8avo. lugar entre los países de mayor corrupción en el mundo, la bancada de diputados de mayor número en el Congreso, hace público nuevamente un proyecto de aumento de penas y la propuesta de llegar a la «cadena perpétua» o prisión de por vida para cierto tipo de delitos. Cfr. noticiero de canal 2 de Ecuavisa, del miércoles 9 de junio de 1999, a las 20h00.

rada, pues no representa «peligro alguno» para el poder constituido y dominante.

Como conocemos la criminología latinoamericana desde hace mas de dos décadas ha ido ampliando una sólida avenida para el discurso de la criminología crítica que ha significado un cambio fundamental del paradigma, tratando de llegar a una praxis criminológica que vaya mas allá de la denuncia por la represión y la injusticia y que se consolide en la proposición de alternativas viables que estén mas allá del simple reformismo. Esto nos permite plantear la posibilidad de que puedan coexistir estratégica y convenientemente un modelo positivista, imbricado con un enfoque etiológico y clínico (que sabe a antropología criminal), con un nuevo enfoque que busque cambios estructurales en las agencias de control, para esto es conveniente contar con estudios empíricos que nos permitan conocer las realidades locales. A partir de esos estudios prácticos de la realidad podemos intentar nuevas propuestas criminológicas, para la transformación del control social y la criminalización.

Al igual que en otros países de la periferia, en el Ecuador, la criminología ha sido admitida como ciencia causal - explicativa, que ha estudiado al delito a través de la personalidad del delincuente⁶. Los vientos de renovación llegaron en nuestro país al igual que en América Latina en el sector de la criminología no oficial, y de alguna manera han ido insertándose -cuando las circunstancias lo permiten- en el debate público y ciudadano, es válido en consecuencia reconocer «el salto cualitativo, el cambio de paradigma que se concretó en la ampliación del objeto de estudio desde el comportamiento criminal a los procesos e instancias de criminalización⁷».

⁶ Se puede revisar nuestro trabajo Control Social y Sistema Penal, en el libro TEMAS DE CIENCIAS PENALES, editorial Offset Graba, Guayaquil, 1996, p. 13-35.

⁷ Roberto BERGALLI, Sentido y contenido de la Sociología del Control Penal para América Latina. I SEMINARIO DE CRIMINOLOGIA CRITICA, Medellín, Colombia, 1984, p. 186.

Desde nuestra vertiente como criminólogos de nuevo cuño, debemos trasegar desde la concepción positivista que ha mirado al delito como un fenómeno explicable por un conjunto de factores, y al delincuente como un sujeto fatalmente destinado a delinquir, para ubicar a la delincuencia dentro de una gran estructura social, tomando en cuenta la influencia del poder político en la selectividad que caracteriza a los procesos de criminalización. Recordemos que la nueva criminología estudia incluso los procesos de elaboración de las normas y su aplicación selectiva, para encontrar el reverso de la medalla, que pone al descubierto los intereses que gravitan tanto en el proceso de creación como en el de aplicación de la ley penal, que es una construcción de la realidad social.

Participamos en mucho de que la **criminología**, es «la actividad intelectual que estudia los procesos de creación de las normas penales y de las normas sociales que están en relación con la conducta desviada; los procesos de infracción y desviación de esas normas; y la reacción social formalizada o no, que aquellas infracciones o desviaciones hayan provocado: su proceso de creación, su forma y contenido y sus efectos⁸».

Los **procesos de criminalización** forman parte del control social, es decir, de las medidas que tienden al mantenimiento y reproducción de un orden socioeconómico establecido. El llamado **control social**, comprende a la totalidad de las instituciones y sistemas normativos con base en los cuales y mediante estrategias de socialización y procesos selectivos se procura lograr

la aceptación (involuntaria, artificial y forzada), y además el mantenimiento y reproducción de las relaciones sociales de dominación⁹.

⁸ Lola ANIYAR de CASTRO, CRIMINOLOGIA DE LA REACCION SOCIAL, Maracaibo, Universidad del Zulia, Venezuela, 1977, p. 67.

⁹ Cf. Lola ANIYAR de CASTRO, CRIMINOLOGIA Y ORDEN SOCIAL: CRIMINOLOGIA COMO LEGITIMACION Y CRIMINOLOGIA DE LA LIBERACION, Maracaibo, Universidad del Zulia, Venezuela, 1977, p. 67.

El **sistema penal** hace referencia al conjunto de instituciones estatales y a las actividades que se desarrollan, tanto en el proceso de creación de las normas penales como en el de aplicación de las mismas. Es decir en el plano sustantivo, en el adjetivo o de procedimiento, y en el de ejecución; esto es, como nace la ley, como se la interpreta, como se la ejecuta y como se la aplica¹⁰.

Como señala el profesor ALESSANDRO BARATTA, la **criminología crítica**, se preocupa hoy en día fundamentalmente de analizar los sistemas penales vigentes, lo que va a permitir que la criminología contemporánea se transforme de una teoría crítica de la criminalidad en una teoría crítica y sociológica del sistema penal: como objeto de tal análisis, el sistema penal no es únicamente el complejo estático de las normas, sino mas bien un complejo dinámico de funciones (procesos de criminalización) a la cual concurre la actividad de las diversas instancias oficiales, desde la del legislador hasta la de los órganos de ejecución penal y de los mecanismos informales de la reacción social (sic)¹¹.

El profesor ROBERTO BERGALLI, reserva la calificación de **Teoría Crítica del Control Social**, a aquellas conclusiones que emerjan del análisis del mas vasto sector que cubre los controles informales operantes fuera del contexto del sistema punitivo concreto, y como dice «demos la denominación de sociología del control penal al estudio de todas aquellas instancias, instrumentos, categorías y momentos sólo previstos por las normas jurídico penales que promueven la legitimación del orden, pero no ya en su dimensión dogmática, sino en aquella dialéctica que pretende

¹⁰ Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, LA DURACION DEL PROCESO PENAL EN EL ECUADOR. VALORACION CRIMINOLOGICA. ILANUD, año 7, No. 20, diciembre 1986, San José de Costa Rica.

¹¹ Alessandro BARATTA, CRIMINOLOGIA Y DOGMATICA PENAL. PASADO Y FUTURO DEL MODELO INTEGRAL DE CIENCIA PENAL. En DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA, Universidad Externado de Bogotá, Colombia, No. 24, 1984, p. 74. Es de necesaria referencia el trabajo clásico del profesor BARATTA, CRIMINOLOGIA CRITICA Y CRITICA DEL DERECHO PENAL, Siglo XXI, México, 1986.

demostrar cuales son los intereses socioculturales y político económicos que articulados en el sistema de producción están en su génesis, desarrollo y aplicación»¹².

Un planteamiento como el antes expuesto nos permite diferenciar lo que es la **Teoría Crítica del Control Social**, que implicaría el estudio de todos los mecanismos formales e informales del control; de lo que es la **Sociología del Control Penal** que estaría reservada al estudio del nacimiento de la ley, al de su interpretación, aplicación y ejecución. Como segmento del análisis de la Sociología del Control Penal incluimos a la instancia legislativa que es la que crea la ley penal, a la instancia policial y a la instancia judicial.

Es conveniente hacer alguna distinción entre **criminología** y **política criminal** sin desconocer su estrecha relación, porque la criminología ocupa un espacio institucional distinto, pues la criminología comprende la reflexión intelectual sobre el control social y la delincuencia, mientras que la política criminal comprende el manejo del control social y por ende de la delincuencia. Puede darse así una criminología que no conduce directamente a una política criminal y una política criminal que no derive necesariamente de una reflexión criminológica.

Aunque nos ubicamos en la línea de la criminología crítica, admitir de primera mano la sola posibilidad de una criminología de la liberación proponente solamente de transformaciones radicales, y rechazar al mismo tiempo cualquier idea de trabajar dentro del sistema vigente para buscar cambios progresivos deseados, nos puede conducir peligrosamente a una inactividad total y a estar ausentes de la realidad. Esto nos imposibilitaría actuar, si pretendemos desde el inicio estrategias no factibles bajo las condiciones existentes. Es preferible buscar las maneras de estimular cambios en el manejo de la política criminal, aprovechando las coyunturas institucionales y políticas que así lo permitieran, para hacer viable una transformación progresiva del control social.

¹² Roberto BERGALLI, en op. cit., p. 186.

Mucha razón tienen las siempre oportunas reflexiones del profesor ZAFFARONI, en torno a la problemática existencia de la criminología y en la búsqueda de respuestas que cuestionan al poder¹³, pues a partir de «interaccionismo simbólico» y de la sociología del conflicto la criminología se preocupó por el estudio del sistema penal, poniendo en evidencia su funcionalidad selectiva, su discurso de clase, su estrecha relación y dependencia de la hegemonía y del poder político e incluso de lo que el mismo profesor denomina el «apartheid criminológico». Se advierte que se llega a plantear desde la criminología crítica que la falta de cuestionamiento al sistema penal lo legaliza o legitima, no obstante que el sistema penal es una de las formas del control social que se encuentra estrechamente vinculado con la estructura de poder de la sociedad, la misma que corresponde a un determinado «modelo».

Hay que estar prevenidos de que una propuesta de llegar a una «anticriminología» radical se diluye por ser prácticamente estéril al no presentar ninguna alternativa a la realidad existente. Esta es una suerte de disculpa anticipada por nuestra personal participación en lo que decurre de la década de fin de siglo, en los procesos de nueva legislación penal y procesal penal en Ecuador, pues estamos convencidos de que algún modesto -pero real- aporte de praxis criminológica puede darse sin tener que hacer declaraciones formales de ningún contenido ideológico, esto no significa que estemos en la línea de los legitimadores o epígonos del poder, pero siendo los cuerpos normativos las herramientas racionalizadoras del manejo del sistema penal que materializa el control y el ejercicio del poder, no hemos tenido otra trinchera que esa, la que me parece no menos importante que la «criminología de la denuncia». Tal vez aproximándonos desde este margen (que es nuestro margen) hemos podido encontrar algunas respuestas desde una orilla importante como ha sido la de los derechos hu-

¹³ Cfr. EUGENIO RAUL ZAFFARONI, CRIMINOLOGIA. *APROXIMACION DESDE UN MARGEN*, Editorial Temis, Bogotá, 1988, pp. 1-30.

manos, llevadas a los cuerpos legales, en los que existe una tendencia evidente a encontrar mecanismos de contención por lo menos formalmente a un ejercicio abusivo del poder, que caracteriza la actividad de los operadores del sistema penal.

El importante aporte del profesor CARLOS ELBERT nos ubica en la senda correcta, pues se trata de ordenar algunas ideas que hagan posible propuestas efectivas, mas allá de las extensas e incumplidas declaraciones de derechos de nuestro campo político-criminal; compartimos por nuestra parte esta propuesta de praxis criminológica alimentada por la criminología académica, para llegar a un paradigma criminológico posible¹⁴.

La criminología a travez de la docencia y de las publicaciones en el Ecuador

En una breve mirada histórica hay que destacar la importancia de la cátedra que impartiera para la década de los años 30 y parte de la década de los 40, el profesor Carlos A. CAMACHO YLLESCAS, en la Universidad de Guayaquil en el ejercicio de la asignatura de Ciencias Penales y de Código Penal, con conceptos claros de lo que significaba por ejemplo la política criminal aunque en su formación académica por supuesto se aprecia la impronta del positivismo y de la antropología criminal de aquella época, que era la sostenida constante de los docentes en América Latina¹⁵.

Actualmente, se viene impartiendo la criminología como materia obligatoria en el pensum de las Facultades de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, en algunas universidades en Quito, como en la Universidad Central y en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); en Cuenca, en Las Universidades de Cuenca, del

¹⁴ Carlos ELBERT, CRIMINOLOGIA LATINOAMERICANA, Teoría y propuestas sobre el control social del tercer milenio, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996, p. 19.

¹⁵ C.A. CAMACHO Y., NOCIONES DE CIENCIAS PENALES, Imprenta Municipal, Guayaquil, 1941, 161 páginas.

Azuay y Católica; en Guayaquil, en la Universidad Laica Vicente Rocafuerte y en la Universidad Estatal. El discurso de los profesores ha sido de corte etiológico, clínico, positivista y causal - explicativo, e incluso se encuentra refundida como parte del estudio de la llamada Ciencia Penal¹⁶. En la Universidad Católica de Guayaquil existen dos módulos de Ciencias Penales pero no se imparte criminología, ésta ya se encuentra incorporada al pensum en la última reforma curricular que empieza a regir desde 1999.

No ha sido posible articular propuestas coherentes de cambio formalmente desde la Universidad y en particular desde la docencia hacia la sociedad política o civil, por lo que es válido reconocer que no existe una interacción entre criminología académica y praxis criminológica oficial, aunque en lo personal hemos asimilado la dificultad de racionalizar la reacción social formalizada a la criminalidad, nos hemos incorporado a ese debate durante la década de los 90 como miembro de la comisión redactora del proyecto de un nuevo código penal para el Ecuador y que se convirtiera posteriormente en proyecto de nuestra autoría; y, de la comisión redactora del proyecto de un nuevo código de procedimiento penal, a los que me referiré *infra*. Tanto el primero como el segundo se encuentran en el Congreso de la República, el proyecto de procedimiento penal avanza bien y se encuentra para segundo debate y en proceso de ser convertido en ley.

En el área específicamente de la criminología, existe el Instituto de Criminología de la Universidad Central en Quito, que tiene mas de 60 años de fundado. Aunque no hace docencia para la formación de criminólogos ha prestado y presta un importante aporte para el sistema penitenciario ecuatoriano y en particular para la cárcel de Quito con estudios clínicos de criminogénesis y

¹⁶ Hay que reconocer la salvedad con el profesor Rodrigo BUCHELI MERA, que enseña Criminología de la Reacción Social en la Universidad Central de Quito, y nuestra personal posición en la cátedra de Criminología en el Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales, «Dr. Jorge Zavala Baquerizo», de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Estatal de Guayaquil.

criminodinámica en los informes como diagnóstico criminológico que debe presentar previo a sentencia, a ello debemos sumar la revista del Instituto, ARCHIVOS DE CRIMINOLOGIA, NEURO - PSIQUIATRIA Y DISCIPLINAS CONEXAS que ha dado cabida a trabajo no solamente de criminología clínica sino a opúsculos de criminología interaccionista y de criminología de la reacción social, haciendo en este campo labor de difusión pionera en el Ecuador¹⁷.

En la Universidad de Loja y bajo la responsabilidad del Instituto de Criminología, según el pie de imprenta, ya hace algunos años -mas o menos diez- se hizo alguna publicación relacionada con la cárcel de dicha capital de provincia, pero no se han producido otras publicaciones y no se realiza actividad docente en dicho Instituto. En la Universidad Católica de Guayaquil se encuentra creado el Instituto de Criminología con miras a desarrollar actividad y formación docente, pero aun esto no se consigue. El único Instituto con formación docente es el Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales «Dr. Jorge Zavala Baquerizo» de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Estatal de Guayaquil, con estudios comprendidos en tres ciclos o años y con formación interdisciplinaria y con la opción al título de doctor en criminología y ciencias penales, ya se cuenta con la primera promoción de egresados y se ha hecho posible la publicación de una revista en 1998.

En el año 1991 conjuntamente con editorial Edino de Guayaquil fundamos la revista CRIMINOLOGIA Y DERECHO PENAL con la que alcanzamos a publicar cuatro números, encontrándose algunos represados por razones editoriales. En la revista «Jurídica» de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil hemos podido conseguir la inserción de algunos traba-

¹⁷ Nos resultó de enorme utilidad la información que hemos podido encontrar en la revista, de la que pudimos acceder hasta el No. 29 de los años 1988 - 1989, correspondiente a la 3ª. Época, Vol. XXVII. No conocemos si existan números posteriores.

jos de conocidos criminólogos una vez que nuestra revista se rezagó, otro tanto pudimos hacer en el «Libro homenaje al Dr. Jorge Zavala Baquerizo¹⁸».

Como aporte importante en el área de las publicaciones además de la actividad docente, merecen consignarse las del profesor RODRIGO BUCHELI MERA de la Universidad Central de Quito, con sus libros «CRIMINOLOGIA. DEL POSITIVISMO A LA FILOSOFIA CRITICA¹⁹» y CRIMINOLOGIA. HACIA LA CONCEPCION CRITICA²⁰. El profesor JORGE ZAVALA BAQUERIZO estudioso del derecho penal, procesal penal y de la criminología, cuenta entre su enorme y erudita producción de mas de treinta libros, con tres tomos dedicados al estudio de la pena²¹. En Quito, regenta la cátedra de Criminología en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, la profesora PILAR SACOTO DE MERLYN, graduada en la Universidad de Lovaina, que desarrolla sus lecciones estudiando la violencia desde la perspectiva del derecho penal y de la criminología, las aproximaciones entre el derecho penal y la criminología, la problemática del crimen en la filosofía y en la historia, el movimiento que precede al positivismo italiano, el positivismo italiano, la tendencia biológica en criminología, la tendencia sociológica, la tendencia psicológica, una síntesis de la criminología del paso al acto y de la reacción social,

¹⁸ En este libro homenaje con ocasión del Septuagésimo aniversario del nacimiento del prof. Zavala Baquerizo y en el que colaboramos como coordinador, conseguimos la presencia de autores como los profesores: Lolita Aniyar de Castro, Rosa del Olmo, Alessandro Baratta, Roberto Bergalli, Antonio Beristain, Luis de la Barreda Solórzano, Cándido Furtado Maia Neto, Emilio García Méndez, Elías Neuman, Fernando Tocora y Eugenio Raúl Zaffaroni.

¹⁹ Editorial Universitaria, Quito, 1982, 280 páginas.

²⁰ Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 1995, 373 páginas.

²¹ LA PENA, Tomo I (Parte General), editorial E.Q., 1986, 430 páginas; LA PENA (Parte Especial 1) Tomo II, la pena de muerte, Editorial E.Q., 1986, 489 páginas; LA PENA (Parte Especial 2), Tomo III (Los procesos de Atenas, Jerusalén y Nuremberg), Editorial E.Q., 1988, 562 páginas.

de la criminología clínica, y una breve referencia a la criminología crítica y a la victimología²².

En lo personal, aunque seguimos pensando en lo difícil que es articular un discurso que permita llegar con claridad a responder si existe la criminología, de ser cierta su existencia en que consiste, y como pregunta final -sin respuesta para muchos- si es o no ciencia; para alimentar el debate en torno a temas como los del sistema penal, control social, poder político, pena y estructura social, y política criminal entre otros, hemos publicado algunas reflexiones²³.

Una erudita exposición comprensiva del inacabado debate sobre la situación actual de la criminología para responder si es una ciencia, y aceptada esta propuesta como *forma superior del saber*, darle contenido epistemológico, es decir desentrañando la esencia de este conocimiento científico, es la que nos presenta al profesor CARLOS ELBERT²⁴.

²² Pilar SACOTO de MERLYN, INTRODUCCION A LA CRIMINOLOGIA, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1989, 235 páginas.

²³ TEMAS DE CRIMINOLOGIA, Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1986. TEMAS DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA, Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1988. TEMAS DE CIENCIAS PENALES, Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1996. DERECHO PENAL, CRIMINOLOGIA Y POLITICA CRIMINAL, Ediciones *Depalma* Buenos Aires, 1998.

²⁴ Carlos ELBERT, en ob. cit., p. Capítulo I, *NATURALEZA EPISTEMOLOGICA DE LA CRIMINOLOGIA*, p. 21-76., en que expresa al final del capítulo que quedan señaladas, «algunas carencias y debilidades de la fundamentación científica de la criminología en el área latinoamericana, y la necesidad de su profundización. En tal coyuntura parece apresurado declarar la desaparición o muerte de la disciplina, al menos, sin que parezcan debidamente fundadas las razones para hacerlo».

Nuestra propuesta de praxis criminológica

Con las advertencias preliminares, reconocemos que nos hemos insertado en las propuestas prácticas - que las entendemos como de «praxis criminológica», por las razones que pueden ser apreciadas en los razonamientos que se exponen de seguido.

El código penal de Ecuador. Breve sinopsis

Con el advenimiento de los españoles a América Latina conjuntamente con su cultura, trajeron su Derecho Penal, que estaba influenciado por las legislaciones romana, germana y canónica. Este Derecho Penal se aplicó de manera selectiva en contra de los aborígenes pues al igual que ahora se proclamaba la igualdad de los hombres ante la ley, pero la diferencia de castas y de clases sociales era un factor de privilegio.

El 6 de octubre de 1817, Simón Bolívar promulgó en Angostura un decreto que regulaba la administración de justicia entre la población liberada, creando órganos jurisdiccionales y determinando su competencia. En 1919 el Congreso de Angostura facultó al Presidente para mitigar, conmutar y hasta perdonar las penas aflictivas incluyendo la pena de muerte, con el pronunciamiento previo y favorable del poder judicial. En 1821 el Congreso de Cúcuta puso en vigor las leyes que habían regido en todas las materias y puntos que directa e indirectamente no se oponían a la Constitución, incorporando las Leyes de Indias, cédulas, etc., dictadas por la Corona española para sancionar los delitos.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia el 2 de mayo de 1824 declaró la vigencia de Las Partidas y de la Novísima Recopilación. Y el 13 de mayo de 1825 el Libertador expidió una ley que reiteraba la vigencia de las leyes ya dictadas y disponía la observancia de las que se dictaren en los posterior por el poder legislativo; el vigor de las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos u ordenanzas del gobierno español, sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 que estaban en observancia del mismo gobierno español en territorio de la República; las leyes de la Recopilación de Indias, las de la Nueva Recopilación de Castilla, y las de Las Siete Partidas.

El 8 de abril de 1826 el Congreso de Colombia declaró válidas las sentencias pronunciadas por los órganos jurisdiccionales establecidos en las provincias en la primera época de la transformación política para encontrar el vehículo de transición entre lo que se había resuelto, lo que se estaba resolviendo y lo que se resolvería en lo posterior.

Podemos afirmar que se marca la ruptura formal y la desvinculación con la leyes coloniales españolas, el 17 de abril de 1837 en que se dicta el primer Código Penal al que se lo conoce como Código Rocafuerte que tomó como base el código napoleónico de 1810 y sus reformas de 1824 y de 1832. De este código de afirma que su fuente de inspiración ideológica fue la Escuela Clásica del Derecho Penal. La forma más severa de represión es la pena de muerte. Son imprescriptibles los delitos de parricidio, traición a la patria y asesinato. Se garantiza la libertad de cultos como expresión del espíritu liberal del Presidente Vicente Rocafuerte.

El segundo código penal es el llamado García Moreno, porque fue expedido en la administración del presidente Gabriel García Moreno el 19 de agosto de 1872, de él se dice que es una copia del código penal belga de 1870. Este código responde a la filosofía conservadora del presidente García Moreno, debiendo destacar que en la Constitución de la República de 1869 se disponía la vigencia de la religión católica con exclusión de cualquier otra, y uno de los requisitos de la ciudadanía era ser católico. Esta filosofía se irradió al código penal y se establecieron penas severas incluyendo la de muerte, aún para aquellos casos de tentativa de abolición o de variación de la religión oficial, cuando era responsable de tal acto una autoridad pública que abusaba en tal sentido del acto antirreligioso.

En 1889 se hace una segunda edición del código penal garciana con reformas poco transcendentales en la parte especial. Le corresponde al general Eloy Alfaro promulgar el tercer código penal ecuatoriano el 26 de mayo de 1906 que pretende recoger las conquistas de la revolución liberal del 5 de junio de 1895. Los logros más importantes están dados por la supresión de la pena de muerte o pena capital, confirmando así la abolición consagrada en la Constitución de 1897, y la supresión del Capítulo que sancionaba

los Crímenes y Delitos contra la Religión, en el código García Moreno. En la dictadura del general Alberto Enriquez Gallo, en 1938, se expidió el cuarto código penal del Ecuador que incorpora las reformas dictadas a partir del código Eloy Alfaro de 1906. Se aprecia la influencia ideológica del positivismo penal italiano que era la corriente de moda para la época. Este ha sido en realidad el último código penal expedido en nuestro país, que es el que se mantiene vigente con los parches y remiendos legislativos provenientes del Congreso Nacional o de algunas dictaduras militares. Apreciamos históricamente que lo más importante que ha ocurrido en la legislación penal ecuatoriana ha sido la supresión formal de la pena de muerte.

El código penal vigente

El código penal de 1938 que es el que se encuentra vigente muy poco se diferencia de los anteriores en su estructura ideológica, aunque se sostenga que códigos como el de 1906 por su corte liberal hayan representado un gran aporte en la humanización del sistema penal ecuatoriano. Esto es discutible, pues no existen diferencias sustanciales con el de 1837 o con el de 1889. Han transcurrido ciento un años desde el primer código hasta el último de 1938, posterior a éste se han efectuado codificaciones hasta la de 1971, pero no se ha dictado un nuevo código penal.

Nuestro código penal tiene marcadas características filosóficas e ideológicas, respondiendo a una especie de simbiosis del código penal francés de 1810, del belga de 1880 y del antiguo código penal italiano, lo que permite explicar su corte peligrosista y positivista. Superviven conceptos heredados del positivismo como los de dañosidad social, la biologización del concepto de enfermedad mental, la superioridad biológica del no delincuente, el criterio ferreriano de peligrosidad social con el parámetro cuantificador de la reincidencia, sin olvidar su evidente deslegitimación por la relación de género pues es un código de corte «machista», en el que la mujer es victimizada por su condición de tal.

Una visión panorámica y de amplio espectro nos revela que se siguen considerando como delitos en el código penal ecuatoriano, estados predelictuales como la vagancia, la mendicidad, con lo

que se está criminalizando la pobreza. Se reputan como delitos la rufianería, el homosexualismo, la tenencia de armas, de ganzúas, etc., con lo que se ha entronizado un derecho penal de autor y no de acto, penalizando conductas de mero peligro o sin resultado alguno. Se han creado delitos de peligro abstracto y se sanciona la supuesta peligrosidad del autor, dándose paso a un derecho penal de ánimo o de tendencia.

Nuestro código penal ha pretendido mantener su legitimación histórica sancionando aquellos comportamientos que han merecido y merecen repulsa ciudadana, como los asesinatos, violaciones, actos de terrorismo, delitos contra la propiedad, etc., pero se han dejado fuera del control social formalizado o normativo por falta de señalización, las nuevas formas de la criminalidad o formas de la delincuencia no convencional asociadas con el crimen organizado, el fraude fiscal y financiero, etc., que son modalidades de esas nuevas parcelas del derecho penal. Sobre estas nuevas formas de la criminalidad muy poco se discute públicamente, y menos aún se considera seriamente la posibilidad de su criminalización tomando en cuenta la importancia de la afectación del bien jurídico. Ha existido una especie de barrera infranqueable para apreciar la necesidad de penalizar aquellas formas delictivas cuyo costo humano, social y económico es probablemente mayor que el que produce la delincuencia convencional.

Con habilidad se han racionalizado conceptos tradicionales de una dogmática penal anquilosada, que en alguna medida ha sido una limitante para el cambio del paradigma penal. Algunas formas de delincuencia no convencional a más de las citadas, tienen que ver con la contaminación del medio ambiente, el delito ecológico, la depredación de la flora y fauna, la seguridad industrial, el fraude mediante mecanismos y procedimientos informáticos.

Algunos conceptos tomados en cuenta en nuestra propuesta

La importancia del bien jurídico es una variable justificativa de la protección penal, pues existen intereses colectivos o supra-individuales a los que es necesario proteger con la reacción penal. Así como la relación costo-beneficio es un sólido argumento des-criminalizador, de manera que aquellos comportamientos de bajo

costo social como los llamados «delitos de bagatela» deben ser suprimidos del código penal; esa misma ecuación costo-beneficio debe ser operacionalizada para criminalizar las expresiones de la delincuencia no convencional, algunas de las cuales han sido brevemente consignadas y que se encuentran incorporadas en el **proyecto de nuevo código penal para Ecuador** del año 1995 que se encuentra actualmente en la legislatura y que es de nuestra autoría.

Así mismo creemos que hay que buscar mecanismos de control más informales, minimizando hasta donde fuese posible el ejercicio de la violencia oficial, sin desconocer que hay que maximizar la tutela de los derechos de todos los ciudadanos, esto se puede conseguir en buena medida con las garantías penales y procesales de un derecho penal respetuoso del discurso de los derechos humanos y de las garantías mínimas.

Las bases de un derecho penal mínimo o de última ratio exigen que se recurra a la cárcel como una necesidad mínima y no como una respuesta inmediata. El código penal vigente está des-legitimado por la ausencia de una efectiva tutela penal de los intereses de las mayorías y la no penalización de la delincuencia de mayor costo social. De cara a la realidad estamos convencidos de que es apremiante contar con un código penal moderno que guarde relación con la vigencia del Estado de Derecho.

Documento conceptual del proyecto de nuevo código de procedimiento penal²⁵

En 1992 la Excma. Corte Suprema de Justicia del Ecuador dio a conocer el proyecto de un nuevo código de procedimiento penal para el Ecuador con el que se pretende llegar a un modelo de sistema procesal penal acusatorio cuyos principios básicos son los de la acusación, contradicción, oralidad, publicidad, inmediación y concentración, con la denominada instrucción fiscal de la que

²⁵ Se encuentra al momento -17 de junio de 1999- para segundo debate en el H. Congreso Nacional.

depende la indagación policial. En septiembre de 1995 la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD) que había suscrito un convenio corporativo con la Agencia Internacional para el Desarrollo (AID), designó una Comisión de profesores para que revise el proyecto de la Corte Suprema de Justicia y presente un nuevo documento que para mayo de 1997 se encontraba concluido²⁶.

Ambos documentos de trabajo han sido inspirados en el **principio acusatorio** que no podría ser tal si se sigue manteniendo el modelo inquisitivo en el que el juez investiga en el sumario, sustancia la etapa intermedia y dicta el auto resolutorio de sobreseimiento o de llamamiento a juicio plenario. Con este nuevo modelo el ministerio público a través del fiscal dirige la instrucción en la que no se prueba sino que se investiga y se recogen todos los elementos que le permitan al fiscal mantener o no una acusación. Conforme se aprecia es en la etapa del juicio en la que se debe practicar la prueba, ante un tribunal penal letrado con un procedimiento que en su sustanciación no se aparta en mucho del código de procedimiento penal vigente desde 1983.

La **instrucción fiscal** es de responsabilidad del ministerio público que puede disponer u ordenar la indagación policial antes del auto de instrucción fiscal o durante el desarrollo de la misma, pero la policía judicial debe investigar bajo la dirección del ministerio público y no de manera independiente o separada de éste. La dirección de la investigación por parte del ministerio público estaba prevista tanto en la Constitución Política codificada y publicada en el RO, No. 2 de 13 de febrero de 1997, y en la Ley Orgánica del Ministerio Público de 19 de marzo de 1997. Actualmente consta en la nueva Constitución del 11 de agosto de 1998.

²⁶ Conformamos la Comisión de Redacción, los profesores de Derecho Procesal penal, Walter Guerrero Vivanco ex-Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Edmundo Durán Díaz ex-Fiscal General de la República, y el suscrito que es igualmente profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad católica de Guayaquil.

En el proyecto de la CLD, el juez penal es el que controla la instrucción que dirige el fiscal de manera que las medidas de aseguramiento reales y personales sólo pueden ser dictadas o revocadas por el juez penal. De igual manera todos aquellos actos procesales como allanamientos, decidir sobre las excepciones, sobre la conclusión de la instrucción, la cesación o caducidad de las medidas de aseguramiento como la prisión preventiva, la calificación de las garantías para el beneficio de la excarcelación entre las que se han incluido las que pueden otorgar las instituciones financieras, la sustitución de la prisión preventiva y la resolución en la etapa intermedia las toma el juez que asume así el protagonismo de controlador de la investigación del ministerio público.

Las garantías procesales que prevé el proyecto están consignadas en la Constitución Política, y giran en torno a la necesidad del juicio previo, del debido proceso, de la independencia e imparcialidad judicial, del principio de inocencia y de la inviolabilidad de la defensa. Esto no significa en modo alguno que se pretenda olvidar a la víctima y a sus derechos y por ello surgen los delitos de instancia particular en que es necesario escuchar a la víctima con plena capacidad legal para que exprese su interés en que se ejerza o no la acción penal cuyo único titular es el ministerio público y no el particular ofendido²⁷.

En el documento de los miembros de la Comisión que hemos seguido trabajando hasta su conclusión, hemos consignado una serie de garantías procesales en favor del imputado y de cargas u

²⁷ Por desconocimiento mas que por otra causa, algunas representantes de sectores vinculados con los derechos de la mujer y legisladoras, se han pronunciado en contra de los delitos de instancia particular y en concreto del derecho de las víctimas de una violación sexual, a las que siendo mayores de edad y plenamente capaces, se les reconoce en el *proyecto* su derecho a reclamar o a no hacerlo. La propuesta de las legisladoras en que la acción penal se ejerza de oficio y de manera obligatoria por el ministerio público sin instancia de parte, olvidándose del derecho de las víctimas que siguen siendo «las olvidadas del sistema penal».

obligaciones en referencia al defensor. Se prevé así la asistencia legal obligatoria debiendo contarse con un defensor de confianza del imputado y solo en falta de éste se podrá recurrir a un defensor público o a uno de oficio. El defensor está obligado a instruir al imputado de su derecho a guardar silencio y el fiscal no se puede comunicar con el imputado sin la presencia de su defensor. Se reconoce el derecho a no autoincriminarse de manera que no puedan obtenerse sin el expreso consentimiento del imputado muestras como las de saliva, sangre, orina y semen.

En el mismo documento de la CLD se reitera la ineficacia probatoria de todo acto procesal que vulnere garantías constitucionales y la ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueren consecuencia necesaria de ella. Con esto insistimos mucho en la legalidad del debido proceso y en negar el acceso a los «frutos del árbol envenenado» que constituyen la fuente natural de la prueba en el proceso penal ecuatoriano, porque creemos firmemente que esta es la única vía legítima para cambiar el paradigma de un sistema penal indolente y arbitrario en el que la defensoría pública ha sido igualmente legitimadora del abuso durante la investigación.

En el proyecto de la CLD hemos consignado la Ley Miranda y otras enmiendas importantes del sistema de justicia penal norteamericano como la cuarta enmienda que garantiza el derecho de defensa y sanciona como carente de valor cualquier prueba indebidamente practicada de manera que no pueda ser admitida como evidencia inculpativa en el proceso. Está previsto en extenso el **derecho a la asistencia legal** o sea el derecho constitucional a contar con un defensor de confianza de cualquier persona que es indagada. Este derecho es de forzoso cumplimiento y solo cabe la intervención de un defensor público o de oficio de manera subsidiaria esto es cuando no se puede contar con un defensor privado. Este importante avance constitucional recoge la llamada enmienda Miranda o quinta enmienda constitucional de EE.UU., que garantiza el derecho a guardar silencio bajo la advertencia de que lo que se diga puede ser utilizado en contra del declarante, que éste tiene derecho a contar con su propio defensor y que en el

evento de no poder contar con un abogado defensor de su confianza, el Estado le proveerá de uno si así lo desea.

Esta propuesta no hace otra cosa que consagrar en el procedimiento lo que ya estaba previsto en referencia a la asistencia legal obligatoria en el Art. 22, numeral 19, letra f), párrafo tercero, de la Constitución codificada de 1997 como en la propia Ley Orgánica del 19 de febrero de 1997, que en el Art. 26 expresa:

«El Ministerio Público garantizará la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por infracciones perseguibles de oficio, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria».

Creemos que el debido proceso se encuentra mejor protegido con un sistema acusatorio pues el eje central de un proceso penal democrático y republicano es el juicio oral y público, en el que se producen y practican las pruebas, porque se investiga en la etapa de instrucción fiscal y se prueba en la etapa del juicio salvo el caso de los **anticipos jurisdiccionales de prueba**, cuando se trata de una prueba irreproducible en la etapa del juicio que puede ser practicada de manera excepcional por el juez que controla la instrucción fiscal.

Tratamos de que el debate supere el momento actual, en el que la audiencia del tribunal penal se contrae en la mayoría de las ocasiones a una lectura monótona y rutinaria de la prueba recogida en el sumario con lo cual evidentemente se pierde la **inmediación** del juez del juicio con la prueba.

En la **etapa intermedia** -en el proyecto de la CLD- resuelve el juez penal mediante un procedimiento ágil y breve, declarando si ha lugar a la apertura del juicio o en el evento contrario cancela la potestad punitiva mediante un auto de sobreseimiento que puede convertirse en firme cuando dentro de los plazos previstos el fiscal no encuentra mérito para insistir en su acusación. Hemos reemplazado las clases de sobreseimiento previstas en la estructura

del actual Código de Procedimiento Penal por las de sobreseimiento y sobreseimiento en firme.

Resulta importante destacar que en el proyecto de la CLD, siendo el ministerio público el titular del ejercicio de la acción penal no puede haber juicio sin acusación fiscal, esto es que si el fiscal o su superior no se pronuncian acusatoriamente termina el proceso. En el proyecto de la Corte Suprema se mantiene la posibilidad de que con la sola acusación particular esto es la reclamación del ofendido o de quienes a su nombre pueden ejercer el derecho a acusar, se pueda tramitar la etapa del juicio, lo que nos ha parecido inconveniente. Es verdad existen cambios profundos entre el proyecto de la Corte Suprema de Justicia y este documento, y por ello un estudio comparativo de ambos documentos permitirá apreciar que en el documento de la CLD hemos retomado aspectos fundamentales del código de procedimiento penal vigente como los que tienen que ver con las clases de pruebas y con la sustanciación en la etapa del juicio. En materia de prueba hemos incorporado todas las que se puedan obtener mediante procedimientos informáticos.

No nos ha parecido oportuno en el momento actual implementar procedimientos especiales como los relacionados con los imputados jóvenes cuando bien se podría pensar en un modelo de justicia penal juvenil. Con igual reserva hemos tomado distancia en el procedimiento para la aplicación de las medidas de seguridad para los inimputables, y para los delitos cometidos dentro de las comunidades indígenas, tema éste último que demanda una discusión en la que no pueden estar ausentes como interlocutores válidos, los miembros de la sociedad civil a quienes estaría dirigido este procedimiento.

Hemos dejado vigente el **procedimiento abreviado** que permite previo acuerdo entre el fiscal y el imputado, que el juez mediante un procedimiento sumario y breve dicte sentencia, por delitos con un máximo de pena que es de hasta cinco años. El **procedimiento por delito de acción penal privada** experimenta un cambio en la sustanciación que prevé una audiencia de conciliación y la posibilidad de que las partes designen un amigable componedor para que realice la audiencia. La falta de conciliación

permite que se sustancie el juicio. Las costas procesales, las costas judiciales, su destino e imposición están normadas de manera también expedita, al igual que el procedimiento para la indemnización del imputado en el evento del recurso de revisión y en los casos en que se dicta sobreseimiento o absolución en que debe ser resarcido por el tiempo de la prisión preventiva o internación provisional, reconociéndole la calidad de *víctima del sistema penal*.

Muchos nos ha preocupado el tema del **amparo de libertad** de manera que se puedan acoger al mismo, incluso las personas que tengan la calidad de prófugos (a las que se les niega ese derecho actualmente) o que se sienten amenazas en su libertad por actos de abuso de autoridad. El beneficio del amparo tiene la característica de la **comunicabilidad de las circunstancias de favorecimiento del recurso** prevista como efecto de la impugnación. De manera que sus efectos se irradian también en materia de amparo, a todas aquellas personas que se encuentran en la misma situación jurídica de quien hace uso del recurso.

Estos movimientos de transformación son frescos en la región y como precedente deben mencionarse el nuevo código de procedimiento penal de Guatemala de 1993, el nuevo código procesal penal de Costa Rica de 1996, el proyecto de código de procedimiento Penal de Venezuela que se discutía en 1997 en la legislación, y el proceso de la reforma procesal penal de Chile y de Paraguay, que en buena medida se inspiran en las líneas maestras del Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica.

Dejamos abierta la discusión para un modelo de sistema procesal penal que no solo marque la ruptura con el statu quo sino que permita recuperar la confianza en la justicia como el mejor mecanismo para la realización del derecho.

INTENTANDO CONCLUIR

No es tarea fácil encontrar una mejor respuesta que la que nos ha proporcionado hasta ahora el sistema penal, aunque los países de nuestro margen -copiando algunos modelos del primer mundo -hayan tratado de encontrar mecanismos alternativos para la resolución de las controversias. El profesor ELIAS NEUMAN, en uno de sus últimos trabajos nos acerca a los medios alternativos para

la resolución del conflicto pretendiendo un modelo de justicia penal consensuada a través de la mediación y la conciliación penal, en el que el principio de oportunidad debiera llegar a su real y máxima expresión, aunque como advierte el mismo profesor, «los dogmáticos del derecho y proceso penal no podrán entender fácilmente porque están imbuidos, con las certezas que da la ceguera, en la doctrina y la excelencia de la ley»²⁸.

Uno de los más coherentes esfuerzos por el estudio del sistema penal y de las agencias de control social formal en las sociedades de capitalismo periférico es el trabajo del profesor EMIRO SANDOVAL HUERTAS, de permanente vigencia en nuestro margen, pues al mismo tiempo que nos adelantaba la posibilidad de aplicación de la criminología crítica en América Latina, partiendo de la creación de las normas penales como presupuesto de los procesos de criminalización, nos hacía notar los criterios y mecanismos de selección de los criminalizados, así como el alcance e importancia de aplicación de las normas penales²⁹.

Como creemos en la posibilidad de intentar propuestas de cambio desde nuestro margen, avistamos los planteamientos de un derecho penal crítico y de un derecho procesal penal crítico, que traducidos en un proyecto de política criminal alternativa; conlleven una reducción al máximo del ámbito de acción del sistema penal, una máxima reducción del uso de la privación del derecho a la libertad, un fortalecimiento de las garantías constitucionales o derechos humanos frente al ejercicio de la violencia oficial, y, a una humanización del sistema penal en el que cada día se reconozca de mejor manera el derecho a la libertad como una constante, y la posibilidad de su limitación como una auténtica excepción³⁰. Estos serán nuestros principales objetivos para el siglo XXI.

²⁸ Elías NEUMAN, *MEDIACION Y CONCILIACION PENAL*, Ediciones *Depalma*, 1997, p. 92.

²⁹ Emiro SANDOVAL HUERTAS, *SISTEMA PENAL Y CRIMINOLOGIA CRITICA*, Editorial Temis, Bogotá, 1985, 126 páginas.

³⁰ Estas propuestas son desarrolladas entre otras, por Emiro SANDOVAL HUERTAS, en ob. cit., p. 115 y siguientes.

BIBLIOGRAFIA

ANIYAR DE CASTRO Lola, **CRIMINOLOGIA DE LA REACCION SOCIAL**, Maracaibo, Universidad del Zulia, Venezuela, 1977.

ANIYAR DE CASTRO Lola, **CRIMINOLOGIA Y ORDEN SOCIAL: CRIMINOLOGIA COMO LEGITIMACION Y CRIMINOLOGIA DE LA LIBERACION**, Maracaibo, Universidad del Zulia, 1977.

BARATTA Alessandro, **Criminología y Dogmática Penal. Pasado y futuro del modelo integral de Ciencia Penal**. En *DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA*, Universidad Externado de Bogotá, Colombia, No. 24, 1984.

BARATTA Alessandro, **CRIMINOLOGIA CRITICA Y CRITICA DEL DERECHO PENAL**, Siglo XXI editores, México, 1986.

BERGALLI Roberto, **Sentido y Contenido de la Sociología del Control Penal para América Latina**. I SEMINARIO DE CRIMINOLOGIA CRITICA, Medellín, Colombia, 1984.

BUCHELI MERA Rodrigo, **CRIMINOLOGIA. DEL POSITIVISMO A LA FILOSOFIA CRITICA**, Editorial Universitaria, Quito, 1982.

BUCHELI MERA Rodrigo, **CRIMINOLOGIA. HACIA LA CONCEPCION CRITICA**, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 1995.

CAMACHO Y., Carlos A., **NOCIONES DE CIENCIAS PENALES**, Imprenta Municipal, Guayaquil, 1941.

DEL OLMO Rosa, **AMERICA LATINA Y SU CRIMINOLOGIA**, Siglo XXI editores, primera edición, México, 1981.

DEL PONT Marcó, **MANUAL DE CRIMINOLOGIA**, Editorial Porrúa S.A., segunda edición, México, 1990.

ELBERT Carlos, **CRIMINOLOGIA LATINOAMERICANA, Teoría y propuestas sobre el control social del tercer milenio**, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996.

NEUMAN Elías, **MEDIACION Y CONCILIACION PENAL**, Ediciones *Depalma*, Buenos Aires, 1997.

SACOTO de MERLYN Pilar, **INTRODUCCION A LA CRIMINOLOGIA**, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1989. SANDOVAL HUERTAS Emiro, **SISTEMA PENAL Y CRIMINOLOGIA CRITICA**, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, **LA CRIMINOLOGIA EN AMERICA LATINA: BALANCE Y PERSPECTIVAS**, Mérida, Venezuela, 1992.

ZAFFARONI Eugenio Raúl, **CRIMINOLOGIA. APROXIMACION DESDE UN MARGEN**, Editorial Temis, Bogotá, 1988.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, **TEMAS DE CRIMINOLOGIA**, Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1986.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, **TEMAS DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA**, Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1988.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, **TEMAS DE CIENCIAS PENALES**, Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1996.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso **DERECHO PENAL CRIMINOLOGIA Y POLITICA CRIMINAL**, Ediciones *Depalma*, Buenos Aires, 1998.

ZAVALA BAQUERIZO Jorge, **LA PENA**, Tomo I (Parte General), Editorial E.Q., 1986.

ZAVALA BAQUERIZO Jorge, **LA PENA**, (Parte Especial 1), Tomo II, la pena de muerte, Editorial E.Q., 1986.

ZAVALA BAQUERIZO Jorge, **LA PENA**, (Parte Especial 2), Tomo III, (los procesos de Atenas, Jerusalén y Nuremberg), Editorial E.Q., 1988.

GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO

Introducción

Aunque de cara a la realidad sin duda vamos a encontrar contradicciones entre un discurso de garantías constitucionales, discurso necesario para la consolidación de un Estado de Derecho, y la realidad operativa de un sistema procesal penal, tales garantías si existen formalmente en la Constitución Política de la República del Ecuador, que en el Art. 24 consagra los principios del derecho a un debido proceso con garantías básicas expresamente consignadas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia.

Encontramos así establecidas como garantías del ciudadano: el principio de legalidad y tipicidad, el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente, el *in dubio pro reo*, la proporcionalidad entre la pena y la infracción penal, así como las penas alternativas a la privación de la libertad, el derecho a conocer las razones de una detención en forma inmediata, el derecho a declarar en su lengua materna, el derecho a la no incriminación respetando el «derecho al silencio», el principio de la incoercibilidad del imputado y la inviolabilidad del derecho de defensa con la asistencia legal obligatoria, el respeto al juez competente como único facultado para ordenar la restricción de libertad, el principio de presunción de inocencia, la caducidad de la prisión preventiva, el derecho a ser informado de cualquier indagación en su contra, la motivación de las medidas de aseguramiento y en general de las resoluciones de los poderes públicos, la falta de eficacia probato-

ria de las actuaciones cumplidas con violación de la Constitución o las leyes, y el respeto absoluto a la *prohibición de la reformatio in peius*, el respeto al derecho al contradictorio obligando incluso la comparecencia de testigos y de peritos, el respeto al *non bis in idem* y la garantía de cosa juzgada, y el derecho a acudir a los órganos judiciales en procura de una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, La Constitución vigente es la del 11 de agosto de 1998.

El cambio del paradigma procesal penal

En el Código de Procedimiento Penal de 1983, existía la etapa procesal del *sumario*, que se tramitaba exclusivamente por escrito y que se inspiraba en el modelo *inquisitivo*, con un juez penal que pretendía dirigir la investigación en el sumario, recibir pruebas de oficio o a petición de parte, las mismas que generalmente eran recibidas por el personal subalterno de la judicatura, *sin intermediación del juez con la prueba*, disponer medidas cautelares de apremio personal y real, revocarlas o sustituirlas, sustanciar la etapa intermedia, y resolver la misma con o sin dictamen del fiscal, de manera que podía dictar un auto resolutorio de llamamiento a juicio plenario sin acusación fiscal o sin acusación o querrela del ofendido o víctima, o de quienes podían a su nombre ejercer el derecho de acusación. La etapa del *plenario* que correspondería a la etapa del juicio seguía siendo escrita y llena de legajos, y la prueba que debía ser recibida por un Tribunal Penal constituido por tres jueces abogados, se contraía a la incorporación de la prueba actuada por el juez penal mediante simple lectura o ratificación, con lo cual se incumplían los presupuestos de procedencia y validez constitucional que determinan que la prueba deba ser presentada ante el Tribunal o Juez de sentencia, de acuerdo con los principios de *oralidad* y *publicidad*, respetando el derecho de las partes para ejercer el *contradictorio* en el momento de la presentación de la prueba, y haciendo efectivos igualmente los principios de la *continuidad* y *concentración*, así como el de la *intermediación* de la prueba con el juez de la sentencia.

En el vigente Código de Procedimiento Penal inspirado en el *modelo acusatorio oral* de plena aplicación desde el 13 de julio del año 2001, existe una denominada etapa de *indagación previa* previs-

ta en el Art. 215 que establece la reserva de dicha indagación. En la práctica esto ha devenido en un abuso de la fiscalía y de la policía judicial encargadas de la indagación. Se ha tratado de atemperar esta práctica inconstitucional con una reforma de enero del 2003, que ha mejorado en alguna medida el conocimiento de dicha indagación por parte del indagado o de sus abogados¹.

El nuevo CPP prevé la llamada *Instrucción fiscal* que está a cargo de un fiscal penal que es funcionario del Ministerio Público, independiente totalmente de la Función Judicial. La *instrucción fiscal* es de libre acceso para las partes procesales y sus actuaciones son públicas. De acuerdo con el Art. 223 del nCPP la etapa de *instrucción fiscal* debe concluir en el plazo improrrogable de 90 días. Con las reformas del 13 de enero del 2003², se establece en el Art. 20 que si antes de los 90 días se hace extensiva la instrucción a un nuevo *imputado*, la instrucción tendrá un plazo adicional de 30 días. Cualquier acto procesal que se practicare luego de los 120 días carece de eficacia alguna.

Si hay otros términos legales, tanto para la duración de la indagación previa (de hasta un año para delitos menos graves y de hasta dos años para delitos mas graves o penados con reclusión), para la instrucción fiscal, para la detención con fines de investigación, para la duración de la prisión preventiva, para la sustanciación de la *audiencia preliminar* (en la etapa intermedia), para la sustanciación de la *etapa del juicio*, para dictar sentencia, para la interposición de los recursos, para la resolución de algunos recursos, etc. En general si se respetan, y por ello se ha producido un proceso de desinstitucionalización del preso sin condena, pues el Art. 24 numeral 8 de la Constitución Política, dice: «La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos

¹ Tal reserva no existía en el anteproyecto del CPP remitido por la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD) a la legislatura. Este documento tuvo como coautores a los doctores Edmundo Durán Díaz (+) ex Ministro Fiscal General, Walter Guerrero Vivanco, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y Alfonso Zambrano Pasquel, profesor de derecho penal y procesal penal.

² Ley 101-2003, publicada en RO No. 743 del 13 de enero del 2003.

sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa...».

Sin embargo de lo dicho, reconocemos que la falta de respeto a los plazos, se produce con ocasión de la privación de la libertad, a manos de la policía nacional o judicial, que no debiendo exceder de 24 horas aún en el caso de *delito flagrante* llega a ser mucho mayor en la práctica.

Exceder el plazo acarrea sanción para el fiscal penal, e incluso puede darse la destitución del fiscal que se excede del plazo legal en la instrucción. La sanción es de responsabilidad de la máxima autoridad nominadora (el Ministerio Fiscal General) que ejerce un control vertical sobre sus subalternos. De acuerdo con el nCPP la *instrucción fiscal* es de responsabilidad del Ministerio Público, inclusive para los casos de fuero especial de Corte Superior y de Corte Suprema. Apreciamos un vacío legal hasta ahora no subsanado, que es la falta de autoridad competente para iniciar una *instrucción* en contra del Ministro Fiscal General en el caso de que se impute un delito, aunque ya existe un proyecto de reforma en tal sentido, con la creación de un Ministro Fiscal General alterno, para eventos como éste.

Inconstitucionalmente se mantiene un procedimiento *inquisitivo* en los casos de fuero militar y policial, en que actúa aún un juez de instrucción y el fiscal tiene una limitada o inexistente participación procesal. La uniformidad del procedimiento en las leyes procesales está consagrada en el Art. 193 de la Constitución Política y aunque han pasado ya diez años desde su vigencia (11 de agosto de 1998), no se cumple la uniformidad, que significa la adopción del modelo acusatorio para todo el sistema procesal penal incluyendo los casos de fuero policial y militar.

Poder policial y proceso penal

En el anterior CPP la policía nacional era la encargada de las investigaciones en la llamada etapa del sumario que corría a cargo de un juez penal. En el nCPP tiene un enorme poder para dirigir las investigaciones, sin la presencia del fiscal. La policía judicial y

la policía nacional (de la que depende la policía judicial) tiene un enorme e ilimitado poder, nacido de una inconstitucional delegación de competencia que le confiere el Ministerio Público. El Art. 216 del nCPP faculta al fiscal para delegar a la policía, «la práctica de las diligencias a que se refieren los numerales 2, 3 y 5 a la Policía Judicial o a investigadores especializados bajo la dirección de ésta». Estas diligencias se refieren al reconocimiento de los lugares, resultados, huellas, señales, armas, objetos e instrumentos conducentes a establecer la existencia del delito e identificar a sus presuntos responsables. A recibir del ofendido y de las personas que hubiesen presenciado los hechos o de aquellas a quienes constare algún dato sobre el hecho o sus autores, las versiones que dieran, e impedir por un tiempo no mayor de seis horas, que las personas se ausenten del lugar sin proporcionar la información que fuese necesaria.

Esta peligrosa delegación de competencia no estaba prevista en el *anteproyecto* de nCPP que la CLD de Quito, remitiera a la legislatura³.

La policía judicial, sigue dependiendo del ejecutivo, aunque la Constitución Política dice en el artículo 219 segundo párrafo, que «el Ministro Fiscal General organizará y dirigirá un cuerpo policial especializado y un departamento médico legal...» Hasta la presente fecha no existe constituido tal cuerpo policial especializado organizado y dirigido por el Ministro Fiscal General.

El Ministerio Público como titular de la acusación penal

Aunque resulte discutible afirmar que el Ministerio Público fuese el titular del ejercicio de la acción penal, dado que su ejercicio estaría reservado a la víctima o a su representante legal, en el Ecuador, el Ministerio Público a través de los agentes fiscales, por mandato del Art. 219 de la Constitución Política de la República es el titular de la acusación penal. No está sujeto al control judicial por ser un ente independiente y autónomo, en el que hay un control jerarquizado y vertical desde el ministerio fiscal gene-

³ Cf. Artículos 210 y 211, 217 y 223 del *anteproyecto*.

ral, a los ministerios fiscales provinciales, y agentes fiscales penales, mismos que son nombrados por el Ministro Fiscal General.

La Constitución nuestra dice al respecto: **Art. 219.-** «El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores, ante los jueces y tribunales competentes e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio...». **Art. 217.-** «El Ministerio Público es uno, indivisible e independiente en sus relaciones con las ramas del poder público y lo integrarán los funcionarios que determine la ley. Tendrá autonomía administrativa y económica. El Ministro Fiscal General del Estado ejercerá su representación legal».

La autoridad nominadora y sancionadora es el Ministro Fiscal General. Doctrinariamente aceptamos que existe responsabilidad compartida entre la competencia que tiene el fiscal para dirigir la instrucción fiscal (que es investigación pura), y la competencia del juez penal, que es quien controla los límites dentro de los cuales ejerce su competencia como investigador el fiscal. Corresponde al juez penal dictar las medidas de aseguramiento personales y reales aún de oficio, revocarlas igualmente de oficio, sustituirlas, autorizar actos procesales como los del allanamiento de morada, intercepción de correspondencia, de comunicaciones, etc. Igualmente corresponde al juez penal calificar si es o no procedente el llamamiento a juicio, previa acusación del fiscal penal. Puede admitirse así, que este es el control judicial que se ejerce con respecto a la instrucción fiscal⁴. De acuerdo con el Art. 172 del nCPP, el imputado o el fiscal pueden apelar de las medidas cautelares impuestas o negadas por el juez. La apelación es resuelta por una Sala de Corte Superior. De conformidad con el Art. 324 *ibidem.*, las sentencias, autos y resoluciones son impugnables en los casos determinados en el Código. Según el Art. 343 del nCPPP, hay recurso de apelación del auto de sobreseimiento, del auto de llamamiento a juicio, de los autos de nulidad, de prescripción y de

⁴ Cf. CPP, artículos 27, 28, 29, 39, 56, 58, 61, 93, 164, 167, 168, 171, 174, 176, 177, 178, 189, 192, 195, 197, 203, entre otros.

inhibición por causa de incompetencia, del auto de prisión preventiva, de la sentencia dictada en el proceso abreviado.

Si el fiscal fuese técnicamente un *instructor*, sus decisiones no son apelables.

De acuerdo con el nCPPP, el juez penal es quien autoriza el allanamiento (Art. 195). La requisita de correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cablegráfica, por telex o por cualquier otro medio de comunicación, es autorizada por el juez penal y la ejecuta el fiscal (Art. 150) o la policía judicial. Igualmente el juez penal autoriza retener, abrir, interceptar y examinar la correspondencia mencionada. El juez puede autorizar por escrito al fiscal para que intercepte y registre conversaciones telefónicas o de otro tipo cuando lo considere indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar la existencia de uno ya cometido, o la responsabilidad del partícipe (Art. 155).

El juez autoriza al fiscal para el reconocimiento de las grabaciones mencionadas en el artículo anterior, así como de películas, registros informáticos, fotografías, discos, u otros documentos semejantes (Art. 156).

De conformidad con el Art. 209 del nCPP, la Policía Judicial tiene competencia para aprehender a las personas sorprendidas en delito flagrante y a preservar los vestigios del delito y los elementos materiales de la infracción. De acuerdo con el Art. 212, las armas u otros instrumentos con que se hubiese cometido el delito y los objetos y valores que provengan de su ejecución serán ocupados por la policía y puestos a disposición del fiscal, mediante inventario. La policía debe extender el correspondiente recibo de las armas, instrumentos, bienes o valores materia de la incautación.

La detención con fines de investigación y la prisión preventiva como medida de aseguramiento personal, son dispuestas únicamente por el juez penal (artículos 164 y 168 nCPP).

Valor procesal de la intervención policial

La policía judicial puede tomar declaraciones, y aunque sostenemos que de acuerdo con el Art. 219 de la Constitución Política nuestra, el titular de la investigación es el Ministerio Público, y en

que consecuencia está viciada de inconstitucionalidad la delegación de competencia que le otorga el fiscal a la policía judicial o nacional; existe tal facultad legal de acuerdo con el Art. 216, numeral 10, segundo párrafo del nCPP.

Podemos preguntar, que valor procesal otorga la ley y la jurisprudencia a las manifestaciones del imputado ante la policía?

Nuestra respuesta es la siguiente: la Constitución Política de la República, prevé como una de las garantías del *debido proceso*, la inviolabilidad del derecho a la defensa, en el artículo 24, numeral 4 (derecho a guardar silencio y presencia de abogado defensor), numeral 5 (improcedencia de interrogatorio sin presencia de abogado defensor), numeral 10 (derecho de defensa). Según el numeral 5, cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria. En igual sentido se pronuncia la misma Constitución en el numeral 14 del citado Art. 24, que dice a la letra: «Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:...

...14.- Las pruebas obtenidas o actuadas, con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna».

El Código de Procedimiento Penal vigente, en el Libro II referido a LA PRUEBA, en el Capítulo I del Título I, desarrolla Los Principios Fundamentales (Art. 79- 90) en el que se determina que las pruebas deben ser producidas en el juicio y ante los Tribunales Penales que correspondan, salvo los anticipos jurisdiccionales de prueba (prueba testimonial urgente e irrepitable) que se practican por el juez penal.

El Art. 83 de este Capítulo, dice: «La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de éste Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito». Es decir que se prohíbe darle «carta de ciudadanía a los frutos del árbol prohibido o envenenado», tanto en la Constitución como en la ley de procedimiento.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la vigencia de la Constitución Política y de las *garantías del debido proceso*, de manera reiterada reconocen la ineficacia probatoria de las declaraciones rendidas ante la policía nacional sin la presencia de abogado defensor⁵. Es interesante destacar que la Corte Suprema ha reconocido el derecho a la *asistencia legal obligatoria*, a raíz de las reformas a la Constitución Política de la República del 16 de enero de 1996, que establecía esta garantía en el literal f), del inciso tercero, del numeral 19, del artículo 22 de la Carta Política de ese momento⁶.

Es tal el poder policial en materia de delitos de narcotráfico, que los fiscales cuando reciben las declaraciones lo hacen en las sedes policiales. Incluso en materia antinarcóticos los fiscales penales, tienen oficinas en las dependencias de la policía antinarcóticos que maneja a su libre saber y entender el contenido de las declaraciones, así como las conclusiones e informes en dicha materia, que son elaborados por la policía y no por los fiscales. Para dimensionar el poder policial, destacamos que la misma policía que custodia a los detenidos por narcotráfico, es la misma que los aprehendió, la que los interroga e investiga, y la que finalmente redacta los informes.

Algunas características sobre las medidas de aseguramiento

Aunque la detención con fines de investigación, no debe durar legalmente más de 24 horas, si se trata de la prisión preventiva dictada durante la instrucción fiscal, no puede durar más de seis meses en delitos cuya pena máxima es de hasta cinco años, ni más de doce meses en delitos cuya pena es de reclusión, vale decir, superior a los cinco años. Si vencen estos plazos opera la caducidad de la prisión preventiva, prevista como una de las *garantías del debido proceso* prevista en el Art. 24 numeral 8. Esta garantía se

⁵ Pueden consultarse entre otros fallos de Casación Penal, el proceso 09-98, 18 de agosto de 1999, RO 319, 16 nov.1999, y el proceso 43-2001, 22 de marzo 2001, RO 340, 5 jun. 2001.

⁶ Se puede revisar el proceso 19-97, 12 de marzo de 1998, publicado en el Registro Oficial 333, del 5 jun. 1998.

encuentra igualmente prevista en el Art. 169 del Código de Procedimiento Penal vigente.

Desde el 13 de enero del 2003 se introducen reformas al nCPP, surgiendo la denominada detención en firme que es una medida de aseguramiento personal que se dicta en contra de quien en llamado a juicio y que viene a reemplazar a la prisión preventiva que sigue existiendo para la etapa de instrucción fiscal. Esta detención en firme no es recurrible (no es susceptible de recurso como medida de aseguramiento), no es revocable por ser una medida de aseguramiento para el juicio y no tiene periodo de caducidad. En esta situación ya no se está aplicando la caducidad de la prisión preventiva del Art. 24 de la Constitución Política de la República, pues se trata de una nueva medida cautelar que ha causado controversias⁷.

La Corte Suprema de Justicia dictó una resolución vinculante, no unánime, que generó una profunda discusión al interior del pleno de la propia Corte, mediante la cual estableció que un procesado en contra de quien se hubiese dictado sentencia condenatoria en el primer nivel, aunque dicha condena no estuviese ejecutoriada, no tenía derecho a reclamar la caducidad de la prisión preventiva porque la misma había desaparecido por la condena del primer nivel. Vale decir, que la sentencia condenatoria hacía extinguir la prisión preventiva y que por la calidad de sentenciado ya no tenía derecho a la caducidad aunque la condena no estuviese en firme⁸.

La excarcelación y/o eximición de prisión se puede dar en varios casos, el mencionado precedentemente cuando se produce la caducidad de la prisión preventiva, por el vencimiento de los plazos de seis meses y de un año; y, además en las hipótesis previstas en el Art. 171 del CPP vigente que prevé que cuando se trata de delitos sancionados con pena que no exceda de cinco

⁷ Las reformas se encuentran publicadas en el RO No. 743 del 13 de enero del 2003, mediante Ley 101-2003.

⁸ Se puede revisar el fallo y los votos de discusión al interior del pleno, en la Gaceta Judicial Serie XVI, No. 14, del 9 de julio de 1999, p. 3847- 3851.

años, deben aplicarse los *sustitutivos de la prisión preventiva*, disponiéndose el arresto domiciliario, la obligación de presentarse periódicamente al juez o tribunal, o ante la autoridad que se designe, o la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o el ámbito territorial que fije el juez o tribunal. Si se tratare de una mujer embarazada y hasta 90 días después del parto, debe sustituirse la prisión preventiva por el arresto domiciliario, cualquiera que fuese el delito imputado. El mismo trato recibe el mayor de sesenta y cinco años de edad.

Salvo los casos de arresto domiciliario, la ausencia de posibilidades para rendir una fianza es un obstáculo para que se conceda la libertad, aunque en el nCPP se han previsto como sustitutivos de la prisión preventiva, la obligación de presentarse periódicamente al juez, la prohibición de salida del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal. En la práctica las medidas alternativas a la prisión preventiva son poco conocidas y excepcionalmente utilizadas.

Anotamos como una severa contradicción, lo que sigue: por razones humanitarias o por enfermedad, no es factible el arresto domiciliario (detención). Es factible para los mayores de 65 años de edad, y para la mujer en estado de embarazo y hasta noventa días después del parto. Merece destacarse que la Constitución Política prevé en el Art. 24 (del *debido proceso*) en el numeral 3, que «las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas, a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado».

En el nCPP aún no se han implementado las sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad sino los sustitutivos de la prisión preventiva, de manera que puede darse la paradoja de que un mayor de 65 años se encuentre en arresto domiciliario mientras esté bajo prisión preventiva, pero para efectos del cumplimiento de la condena, ya no cabe el arresto domiciliario porque ya no se encuentra sometido a un auto de *prisión preventiva*! Una propuesta de derecho penal humanitario, sin duda se contradice con este discurso de la realidad.

Procede también la excarcelación cuando se rinde caución como fianza, prenda o hipoteca, o carta de garantía otorgada por una institución financiera (Art. 174 nCPP).

Igualmente procede la excarcelación si se concede con lugar la apelación del auto de prisión preventiva, o al dictarse auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, o al declararse procedente el recurso de *hábeas corpus*, o el de amparo de libertad judicial. Finalmente se puede producir de manera excepcional la eximición de prisión en los casos de indulto de la pena, o de amnistía por el delito.

A partir de la CPR del 11 de agosto de 1998, el abuso con la prisión preventiva realmente se ha atemperado, y la tasa de presos sin condena que llegó a ser superior al 78%, se encuentra hoy por debajo del 70%. Conforme hemos manifestado, no puede exceder de los doce meses en los delitos mas graves o de seis meses en los menos graves, de conformidad con el Art. 24, numeral 8 de la CPR, que si se aplica y es respetado en todos los casos incluyendo los de narcotráfico.

Hemos podido acceder a la siguiente información de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social: en julio del 2001 había 8011 internos, de los cuales sin sentencia se encontraban 5619, esto es el 70%. En julio del 2003 existen 10068 internos, de los cuales 6643, esto es el 66 % no tienen sentencia.

Desde 1998 hasta el 2000, por la aplicación del Art. 24 de la Constitución han recuperado la libertad 753 internos. No hay datos actualizados del 2000 al 2003.

Los presos sin condena NO tienen un régimen diferente en la prisión, de aquel que tienen los condenados, aunque en teoría y en el papel si, porque así lo dispone el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social en sus artículos 21, 22, 38 y 44. En la práctica se los aloja con los condenados o con otros sindicados o imputados no condenados, por lo que realmente no existe tal régimen diferente en prisión.

Si se imputa el tiempo de prisión preventiva al de la pena cuando se llega a condena, el Art. 59 del Código Penal dice: «Toda detención, antes de que el fallo esté ejecutoriado, será imputado a la duración de la pena de privación de la libertad, si dicha deten-

ción ha sido ocasionada por la infracción que se reprime». El mismo precepto se encuentra previsto en el Art. 54 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social.

La limitación de algunas garantías constitucionales

Procesalmente se puede allanar una morada, cuando se cumplen los requisitos previstos en el en el CPP, a saber:

«Art. 194.- Casos.- La vivienda de un habitante del Ecuador no puede ser allanada sino en los casos siguientes:

1.- Cuando se trata de aprehender a una persona contra la que se haya librado mandamiento de prisión preventiva o se haya pronunciado sentencia condenatoria a pena privativa de libertad.

2.- Cuando se persiga a una persona que acaba de cometer un delito flagrante.

3.- Cuando se trata de impedir la consumación de un delito que se está cometiendo o de socorrer a las víctimas, y,

4.- Cuando el juez trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyen medios de prueba.

En los casos de allanamiento de domicilio de un tercero, se requerirá auto del juez basado en indicios de que el prófugo estuviere allí, salvo en los casos de los numerales 2 y 3.

En los casos de los numerales 2 y 3 no se requiere formalidad alguna.

Para los efectos de este Capítulo, se tendrá por vivienda a cualquier construcción o edificación de propiedad privada».

Es decir que se puede allanar un domicilio sin orden judicial previa en los casos extremos que la doctrina conoce como *prestación de auxilio en estado de necesidad* ya mencionados, como cuando se trata de impedir la consumación de un delito que se está cometiendo o de socorrer a las víctimas. O cuando se persigue a una persona que acaba de cometer un delito flagrante.

«Art. 195.- Auto.- El allanamiento de la vivienda del acusado o del sentenciado, en los casos determinados del numeral 4 del artículo anterior, será autorizado por el juez mediante auto fundamentado.

Para el allanamiento de la vivienda de otras personas, es necesario que el auto tenga como antecedente presunciones graves respecto a que el imputado o los objetos indicados en el numeral 4 del artículo precedente, se encuentran en ese lugar».

«Art. 196.- Desconocimiento de fuero.- El allanamiento se efectuará no obstante cualquier fuero del habitante de la morada».

La policía puede detener en el caso de delito flagrante (puede hacer la detención incluso quien no es policía). En cumplimiento de un auto de prisión preventiva dictado por un juez penal, o para el cumplimiento de una condena impuesta por un juez penal o por un tribunal penal. En el Art. 163 del nCPP, se determina que además del caso de delito flagrante, cualquier persona puede aprehender (lo cual incluye a la policía):

1.- Al que fugue del establecimiento de Rehabilitación Social en que se hallare cumpliendo su condena o detenido con auto de detención o con auto de prisión preventiva, y,

2.- Al imputado o acusado, en contra de quien se hubiere dictado orden de prisión preventiva, o al condenado que estuviese prófugo.

Si el aprehensor fuese una persona particular, pondrá inmediatamente al aprehendido a órdenes de un agente de la Policía Judicial o de la Policía Nacional (sic).

De conformidad con el artículo 161 del nCPP, si se trata de un caso de delito flagrante, la persona debe ser puesta a órdenes del juez competente dentro de las veinticuatro horas posteriores (hay jueces de turno). En los demás casos, debe hacerse conocer a la autoridad competente y ponerla a disposición de la misma, de inmediato (Cf. Art. 166).

El derecho de hacer llamadas telefónicas o de comunicarse con parientes o letrados, está prevista como una de las garantías del *debido proceso*. El Art. 24 de la Constitución dice en el numeral 4: «Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio.

También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique». Esta garantía está consignada igualmente en el Art. 166 del nCPP.

La policía puede requisar legalmente las ropas del detenido. El Art. 92 del nCPP convierte a la policía en custodia de los vestigios, objetos o instrumentos de la infracción. El Art. 209 *ibidem*, en su numeral 6 expresa que corresponde a la Policía Judicial, «preservar los vestigios del delito y los elementos materiales de la infracción, a fin de que los peritos puedan reconocerlos y describirlos de acuerdo con la ley». En la ropa podrían haber vestigios del delito.

La policía puede revisar el interior de automotores sin orden judicial. Tomando como antecedente lo expresado, puede darse la posibilidad de la revisión de manera legítima, sin orden judicial previa en el caso por ejemplo, de delito flagrante. En los operativos anti delincuenciales se produce el registro no autorizado de automotores a pretexto de requisa de armas o búsqueda de vestigios de drogas ilegales. Este procedimiento no cuenta con orden judicial y es inconstitucional.

Un detenido en el Ecuador no puede ser incomunicado JAMAS. De acuerdo con la constitución vigente, se determina en el Art. 24 como una de las garantías del debido proceso, en el numeral 6, que nadie podrá ser incomunicado. El Art. 72 del nCPP recoge este mismo principio, estableciendo que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, nadie podrá ser incomunicado, ni aún con fines de investigación. Constitucional y procesalmente la incomunicación está prohibida en el Ecuador! No hay posibilidad constitucional ni procesal de incomunicar a un ciudadano. El Art. 73 nCPP expresamente determina que «Ni el fiscal, ni los investigadores policiales, podrán tomar contacto con el imputado, sin la presencia de su defensor».

Como un referente histórico recordamos que de acuerdo con la Constitución Política de la República del 11 de agosto de 1998 está prohibida la incomunicación, PERO en la Constitución Política anterior, codificada al 13 de febrero de 1997, se preveía en el Art. 22, numeral 19, letra h, la posibilidad legal de la incomunicación hasta por 24 horas. La disposición consignaba, «Nadie será

privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse sin fórmula de juicio por mas de veinticuatro horas. En cualquiera de los casos, no podrá ser incomunicado por mas de veinticuatro horas».

Nosotros sostenemos que antes de ser indagado cualquier ciudadano, y cualquiera que fuese el delito, se le debe permitir una conversación con su letrado defensor o abogado de confianza, porque así lo impone una racional comprensión de lo que significa la inviolabilidad del derecho de defensa y el respeto a la incoercibilidad del imputado, que debe estar asistido materialmente por su abogado defensor. Aceptar lo contrario daría paso al abuso, y la defensa sería meramente formal.

La ley regula la interceptación telefónica, pues aunque la Constitución consagra como uno de los derechos civiles, en el Art. 23 el derecho a la intimidad personal y familiar. De acuerdo con el Art. 155 de la ley procesal penal, el juez penal puede autorizar por escrito al fiscal la interceptación y registro de conversaciones telefónicas o de otro tipo, cuando lo considere indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar la existencia de uno ya cometido, o la responsabilidad de los partícipes. Sin duda, razones de política criminal en este caso, al igual que en los otros que se comentan, permiten una limitación excepcional de determinadas garantías constitucionales

La cinta grabada deberá ser conservada por el fiscal, con la transcripción suscrita por la persona que la escribió. Las personas encargadas de interceptar, grabar y transcribir la comunicación tienen la obligación de guardar secreto sobre su contenido, salvo cuando se las llame a declarar en el juicio. El Art. 156 del nCPP, determina que el juez autorice al fiscal para que haga el reconocimiento de las grabaciones mencionadas en el artículo anterior. El fiscal puede ordenar la identificación de voces grabadas por personas que afirmen poder reconocerlas, sin perjuicio del reconocimiento por medios técnicos o con intervención de peritos. Se prevé la protección de la privacidad de terceros o del propio imputado cuando la conversación no sea conducente. El

Art. 156 del nCPP ya citado, determina en el último inciso que si los predichos documentos tuvieren alguna relación con el objeto y sujetos del proceso, el fiscal ordenará redactar las diligencias haciendo constar en ella la parte pertinente al proceso. Si no la tuviere, se limitará a dejar constancia en el acta, de la celebración de la audiencia y ordenará la devolución de los documentos al interesado.

El Art. 158 del nCPP establece, que no se podrá hacer uso procesal o extraprocesal de ninguna de las noticias que suministren los documentos antes referidos, si versan sobre asuntos conexos con el proceso. Remitiéndose al Código Penal la eventual sanción por violación de secreto.

No existe disposición legal que limite o prohíba la presentación de fotografías como medio de prueba documental. El Art. 156 del nCPP le da competencia al juez penal para que autorice al fiscal el reconocimiento de fotografías. No se requiere de autorización previa para tomar las fotografías, que son presentadas regularmente en el proceso durante la instrucción fiscal o en la etapa del juicio.

En el caso de la voz como se ha manifestado precedentemente, el juez autoriza al fiscal la interceptación y registro (Cf. Art. 155). La identificación de las voces grabadas es dispuesta por el fiscal (cf. Art. 156). Si el registro de voz no ha sido autorizado por el juez carece de valor alguno, por disposición de la propia constitución (Art. 24 numeral 14), y del nCPP (Arts. 80- 83 y 90).

La incoercibilidad del imputado y la tortura

En cuanto al testimonio, la entrevista no puede ser secreta, ya que por mandato constitucional no es legal una entrevista secreta y en la entrevista debe estar presente el defensor particular, pudiendo actuar subsidiariamente un defensor de oficio. (Cf. Art. 24 numeral 5, CPR). En nuestro sistema procesal la declaración indagatoria es un medio de defensa, pues el Art. 143 del nCPP, dice que: «El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de si mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el tribunal penal. Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la exis-

tencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él.

Si así lo solicitare de manera expresa el acusado, su testimonio podrá presentarse bajo juramento.

En todo caso, antes de comenzar la declaración, se debe, comunicar detalladamente al acusado el acto que se le atribuye, un resumen de los elementos de prueba existentes y del tipo de infracción que se le imputa».

En el anterior CPP se denominada declaración indagatoria a la que rendía el sindicado o indiciado en la etapa del sumario. En el nCPP se denomina versión del imputado a la que se rinde en la etapa de la instrucción fiscal, y testimonio del acusado a la declaración que se rinde en la etapa del juicio. El primero se rinde ante el fiscal penal o ante la policía por delegación del fiscal, y el segundo se rinde ante el Tribunal Penal en la etapa del juicio o de debate. Técnicamente las declaraciones rendidas durante la instrucción fiscal (como la indagatoria), no son pruebas. Tienen la calidad de versiones y son elementos de convicción, salvo los anticipos jurisdiccionales de prueba (prueba de testigos) previsto en el Art. 216 numeral 4 del nCPP.

El anterior CPP permitió una peligrosa delegación de facultades, del juez al personal subalterno de la judicatura que era el que tomaba en una buena cantidad de caso las indagatorias. En el nCPP la situación varió en parte, pues legalmente puede el fiscal delegar su competencia al agente policial para que recepte testimonios, entre los que se puede incluir el del imputado. Si el caso es importante, si se hace presente el fiscal para receptar el testimonio.

El fiscal debiera estar presente siempre en la recepción de la versión del imputado, al igual que su abogado defensor. No podemos afirmar que esto se cumpla pues basta revisar las actas de dichas versiones para comprobar la ausencia del fiscal.

Aunque se encuentra prohibida la tortura en la Constitución y en el Código de Procedimiento Penal, no es obligatoria o usual la revisión médica del detenido antes de la indagatoria, aunque en

los casos mas importantes se hace presente una unidad de médicos de la propia policía nacional o de la Cruz Roja, cuyo concurso es pedido por la propia policía o por la fiscalía. Antes de su ingreso al centro carcelario, en el que va a permanecer bajo el régimen de la *prisión preventiva*, si se cumple con la revisión médica a cargo del personal médico de dicho centro carcelario que no es personal policial.

El Ecuador aprobó la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de las Naciones Unidas, el 25- VIII-87, publicada en el RO 726. Fue ratificada mediante Decreto 3796, publicado en el RO 894, del 16 -III- 88 , y fue publicada mediante Acuerdo 000130, publicado en el RO 924, del 28- IV - 88.

Igualmente el Ecuador ha ratificado la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, publicada en RO 360, del 13 de enero del 2000.

Son frecuentes las quejas por violación de garantías ciudadanas con ocasión de privaciones ilegales de la libertad y también por la perpetración de actos de tortura. En la práctica son excepcionales los casos en que se llegan a probar tales apremios ilegales o las torturas denunciadas⁹.

Aunque son pocas las denuncias que se presentan por tales hechos, se pueden revisar las publicaciones anuales de Amnistía Internacional. En el último informe del año 2003 de AMNISTIA INTERNACIONAL, en la parte correspondiente a Ecuador, dice el informe:»*Mujeres y hombres dedicados a la defensa de los derechos humanos fueron amenazados, hostigados e intimidados. Aunque algunas autoridades se pronunciaron en contra de la persecución de las comunidades de gays, lesbianas, bisexuales y transexuales, estos continuaron sufriendo detenciones arbitrarias, torturas y malos tratos. Los miembros de las fuerzas de seguridad sospechosos de cometer violaciones de dere-*

⁹ Se puede consultar, en TEMAS DE CIENCIAS PENALES, Alfonso Zambrano Pasquel, imprenta Offset Graba, Guayaquil, Ecuador, 1996, p. 237- 252, el opúsculo *Crónica de violencia, tortura y muertes anunciadas en Ecuador*.

chos humanos seguían siendo investigados y juzgados por tribunales de policía que no eran independientes e imparciales. La tortura y los malos tratos siguieron practicándose de manera generalizada»¹⁰.

Aunque no se ocupen especialmente de estos casos, en Ecuador hay organismos serios de Derechos Humanos que reciben tales denuncias, las procesan y exigen públicamente resultados. Mencionamos como tales a la CEDHU (Comisión Ecuatoria de Derechos Humanos) y a la ALDU (Asociación Latinoamericana de Derechos Humanos).

En Ecuador está institucionalizada la defensoría del pueblo, prevista en el Art. 96 de la CPR, misma que prevé, «Habrà un Defensor del Pueblo, con jurisdicción nacional, para promover y patrocinar el *habeas corpus* y la acción de amparo de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; observar la calidad de los servicios públicos y ejercer las demás funciones que le asigne la ley».

En el Art. 23 de la CPR como uno de los derechos civiles se encuentra consignada en el numeral 2, la integridad personal, prohibiéndose las penas crueles, las torturas, todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral. Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia son imprescriptibles. Estos delitos no son susceptibles de indulto o amnistía, y en estos casos ni la obediencia debida ni las órdenes superiores eximen de responsabilidad. Puede construirse la idea de que la defensoría del pueblo está legitimada para denunciar casos de tortura, por tratarse de violaciones de derechos fundamentales.

No hay muchos funcionarios policiales condenados por torturas o apremios. Esto ha ocurrido excepcionalmente, como en el denominado «caso de los hermanos Restrepo», en que por la desaparición de los menores cuyos cuerpos jamás fueron encontra-

¹⁰ Para mayor conocimiento sugerimos revisar el Informe Anual 2003 de AI, EDAI, Madrid, España. (www.edai.org)

dos, se sancionó con penas privativas de la libertad a oficiales superiores de la policía nacional, incluyendo a un Comandante que se fugó del centro en que cumplía la condena. Este hecho fue calificado como un «crimen de Estado» y el Ecuador debió pagar una indemnización de dos millones de dólares a los deudos de las víctimas. Amnistía Internacional destacó mucho el caso en varias publicaciones anuales.

Otro hecho es el de la profesora Consuelo Benavides, ejecutada en la provincia de Esmeraldas por elementos de la Marina de Guerra del Ecuador en aparentes operativos contrainsurgencia. Se descubrió el crimen y se detuvo a algunos implicados en tanto que otros fugaron. Ha existido sanción para algunos por un acto considerado igualmente como «crimen de Estado», y se negoció una indemnización con los deudos de la víctima

Otro caso importante y reciente es el de un ciudadano de apellido BAQUE en la provincia de Manabí en que miembros de la Policía Nacional ejecutaron sumariamente a algunas personas sobreviviendo Baque. Se le ha dado protección en un recinto militar pero persisten las amenazas contra Baque y sus familiares. El Tribunal Penal en el primer nivel dictó sentencias condenatorias por homicidio calificado en contra de los responsables identificados.

Podemos afirmar que la jurisprudencia ecuatoriana ha desestimado las pruebas que presumiblemente han tenido origen en apremios, malos tratos o torturas. La Corte Suprema ha sido celosa en el cumplimiento de las garantías constitucionales propias de un Estado de Derecho. En un caso muy publicitado conocido como «los 7 del Putumayo» en que se sancionó a siete humildes campesinos de la amazonía ecuatoriana, por el asalto de una patrulla militar en que resultaron muertos efectivos militares, en el primer nivel, se los llevó a juicio y se los condenó como presuntos guerrilleros responsables de las muertes a penas de hasta doce años de reclusión mayor extraordinaria por un Tribunal Penal, el 15 de febrero de 1996. La Primera Sala Penal de la Corte Suprema al resolver un recurso de casación, revocó la condena, y considerando que habían sido objeto de actos de tortura en sede policial, según así se comprobó con la experticia médico forense, casó la

sentencia del primer nivel disponiendo la libertad, mediante fallo del 28 de agosto de 1996¹¹.

Se han investigado casos de esta naturaleza, de manera excepcional y gracias a la presión de algunos medios de comunicación y en el «caso de los hermanos Restrepo», hubo una gran preocupación de ONG (Organizaciones No Gubernamentales) denunciando el tema inclusive a nivel internacional, como a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derecho Humanos, cuyas resoluciones fueron adversas al Estado ecuatoriano.

La responsabilidad de las personas jurídicas

No hay en el Ecuador un adecuado desarrollo doctrinario sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con el argumento discutible de que no tienen conciencia y voluntad y que por ende no pueden recibir una sanción penal. El error reside en creer que la única sanción penal es la privativa del derecho a la libertad, cuando existen otras medidas penales, como las del decomiso, la multa, la suspensión temporal o definitiva de las actividades de comercio, la clausura, etc. Una vez que en el Ecuador se han tipificado los delitos ecológicos como delitos contra el medio ambiente¹², es posible llevar a juicio a una persona jurídica debiendo rendir la indagatoria (testimonio del imputado) el representante legal de dicha persona jurídica, que debe responder individualmente frente a una pena privativa del derecho a la libertad. El anteproyecto de nuevo Código Penal para Ecuador de nuestra autoría, que desde 1997 se encuentra en el Congreso de la República, en el que constan los delitos ecológicos, puede ser revisado íntegramente en nuestra página Web, cuyo acceso es: www.alfonsozambrano.com

Es un gran aporte doctrinario la posición del prof. Santiago Mir Puig, con respecto a lo que llama «la tercera vía», pues aunque mantiene su posición de inaplicabilidad de penas a las perso-

¹¹ Se puede revisar fallo en la Gaceta Judicial, serie XVI, No. 6, mayo-agosto 1996, p. 1538-1543.

¹² Publicados mediante Ley 99-49, en RO 2, del 25 de enero del 2000.

nas jurídicas, por no ser capaces de culpabilidad, sugiere la necesidad de aplicar medidas de seguridad peculiares con rasgos propios de las penas, como prevé el Código Penal español vigente, ante la necesidad social de prevenir y sancionar los hechos delictivos cometidos en el seno de las personas jurídicas¹³.

El Ministerio Público y la disponibilidad de la acción penal

El Ministerio Fiscal no puede disponer de la acción penal en el nCPP. Como sabemos, la disponibilidad de la acción penal bien puede ocurrir mediante una aplicación racional e inteligente del principio de oportunidad, como estaba previsto en el anteproyecto de Código de Procedimiento Penal del año 1992 elaborado por la Corte Suprema de Justicia de Ecuador. En el Art. 34 estaba prevista la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal, y en el Art. 35, sus efectos que se traducían en la extinción del proceso a favor del imputado en cuyo favor se decide¹⁴.

No obstante lo dicho hay la posibilidad de la desestimación en el Art. 38 del nCPP, que significa que el fiscal debe solicitar al juez mediante auto debidamente fundado el archivo de la denuncia cuando sea manifiesto que el acto no constituye delito, o cuando existe algún obstáculo para el desarrollo del proceso, como en los casos denominados de *prejudicialidad* al ejercicio de la acción penal. Pero aquí realmente no hay delito y por ende no existe objeto jurídico para una acción penal, o nos encontramos frente a un impedimento insuperable e insubsanable por lo menos temporalmente.

Debe agregarse que existe en el nCPP la llamada *conversión de la acción penal*, prevista en el Art. 37, que determina que las acciones por delitos de acción penal pública pueden transformarse en acciones privadas, a pedido del ofendido o de su representante,

¹³ Cr., en REVISTA ELECTRONICA DE CIENCIA PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 06-2004 (edición abierta), Santiago Mir Puig, con el artículo *Una Tercera vía en materia de responsabilidad de las personas jurídicas*.

¹⁴ Se puede revisar el anteproyecto de la Corte Suprema de Justicia, en la obra de Walter Guerrero Vivanco, EL SISTEMA ACUSATORIO ORAL, Pudeleco, editores S.A., Quito, 1998, p. 227-336.

siempre que el fiscal lo autorice, cuando considere que no existe un interés público gravemente comprometido, en delitos contra la propiedad, y en delitos de instancia particular.

Hay un severo cuestionamiento al tema de la *conversión* por la discutible idoneidad del mecanismo que permite la liberación de implicados en robos agravados, por lo que en la práctica se encuentra discutida su legitimidad.

En cuanto a la inimputabilidad, esta se puede reconocer en la etapa de instrucción fiscal. No hay impedimento alguno para que así ocurra. El Art. 219 del nCPP, expresa que «si el imputado mostrare síntomas de enfermedad mental, el fiscal ordenará el inmediato reconocimiento, para cuyo fin nombrará y posesionará a dos médicos psiquiatras, quienes presentarán su informe por escrito, en el plazo que determine el fiscal; mientras tanto no se le recibirá su declaración».

Si el informe pericial establece que la enfermedad mental es transitoria, el fiscal postergará la recepción de la versión hasta el restablecimiento del imputado y proseguirá la substanciación de la instrucción.

Si el informe establece que la enfermedad mental es permanente, el fiscal remitirá un informe al juez junto con la documentación respectiva a fin de que ordene el internamiento previsto en el Código Penal. De ser del caso, el fiscal continuará con la etapa de la instrucción».

El internamiento se produce en instituciones públicas con las limitaciones que las mismas tienen, por lo que se muestran resistentes a darles alojamiento. Hoy en día han desaparecido virtualmente las clínicas o establecimientos privados que antaño existieron, y que tenían costos de difícil acceso.

Niños y adolescentes y sistema penal

Ecuador tenía vigente un Código de menores que se inspiraba en la *doctrina de la situación irregular*, no obstante que había ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, que se inscribe en la *doctrina de la protección integral*, según publicación en el RO 31, del 22 de septiembre de 1992. Recientemente y con Ley 2002-

100, publicada en el RO 737 del 3 de enero del 2003, se dictó el Código de la Niñez y la Adolescencia, que sigue las nuevas propuestas de la doctrina de la protección integral y pretende respetar a niños y adolescentes como sujetos de derechos, y no como objetos del proceso.

En el artículo final del nuevo Código se estableció su plena vigencia, después de ciento ochenta días de su publicación en el Registro Oficial, es decir a partir del 3 de julio del año 2003, por lo que se trata de un modelo aún no trabajado sino en el marco teórico. Es verdad que a partir del nuevo Código, los niños y adolescentes deben ser sometidos a un procedimiento instructorio diferente.

El tiempo previsto para la implementación total del nuevo modelo es de dieciocho meses, por la serie de instituciones como la Comisión Nacional y las Comisiones Cantonales de la niñez y adolescencia que deben crearse. Es prematuro establecer por de pronto un pronóstico de lo que vaya a ocurrir. En el marco teórico se busca crear un modelo de justicia penal juvenil, similar al de Costa Rica, con policía, jueces, fiscales, defensores, y cortes especializadas en el tratamiento de niños y adolescentes infractores, a quienes se les reconocen todas las garantías constitucionales del *debido proceso* y un trato preferencial por mandato constitucional que considera sus derechos prevalentes, PERO sin un estudio de factibilidad previo, no sabemos siquiera cuanto podría costar realmente este nuevo modelo.

No se pueden procesar a niños y adolescentes, y a adultos en una misma causa. Deben ser procesados en diferentes causas y ante diferentes jurisdicciones. El Art. 40 del Código Penal determina la inimputabilidad por minoría de edad, expresando: «Las personas que no hayan cumplido dieciocho años de edad estarán sujetas al Código de Menores». De acuerdo con el Art. 256 del Código de la Niñez y Adolescencia del 2003, hay la propuesta de una Justicia especializada de la Niñez y Adolescencia, cuya gestión debe inspirarse en los principios de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia.

Teóricamente y de acuerdo con el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia del 2003., se da paso a un fuero especial de menores tanto de las víctimas como de los infractores. La Constitución Política de la República en el Capítulo IV, se refiere a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y entre estos derechos de nueva generación en la sección 5ta., se refiere a los grupos vulnerables entre los que se menciona a los niños y adolescentes. En el artículo 48 de esta sección se reconoce el principio del interés superior de los niños y de que sus derechos prevalecerán sobre los de los demás. El artículo 259 del Código de la Niñez y Adolescencia insiste en el tema de la justicia especializada.

Se han creado salas especializadas en el nivel de Cortes Superiores para el tema de menores y existen las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia para resolver la casación, también prevista como recurso para la niñez y adolescencia. Se les garantiza el derecho de defensa incluso en mayor medida que si se tratase de un delincuente adulto.

En Ecuador nos encontramos frente a un modelo «por armar», en el que se insiste mucho en las garantías del debido proceso, estableciendo el Art. 257 del nuevo Código del 2003, que en todo procedimiento judicial que se sustancie con arreglo al Código se asegurará la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la impugnación, la intermediación, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso, como el derecho de *hábeas corpus*.

En teoría se puede afirmar que se tiende a proteger el derecho de defensa de niños y adolescentes, incluso en mayor medida que los adultos como cuando se dispone respetar el derecho a la intimidad y a la integridad física y emocional del niño, niña o adolescente. Lamentablemente como expresamos precedentemente, no existe un estudio de factibilidad que permita aproximarnos a los costos reales que debe demandar una empresa de tal magnitud, como es la relacionada con una justicia especializada para niños y adolescentes, que incluye policía, fiscalía y defensoría pública igualmente especializadas.

Víctima y sistema penal

Con las reformas del 13 de enero del 2003 al nCPP, se ha reestablecido el derecho de la víctima o de sus representantes a

ser parte procesal como querellante. En el *anteproyecto* de nuevo Código de Procedimiento Penal que remitiera la CLD de Quito al H. Congreso Nacional, se encontraba prevista la acusación particular en el Capítulo IV, artículo 55 y siguientes del documento. Este derecho no se reconoció en el nCPP de plena vigencia a partir del 13 de julio del 2001 en el que se permitía presentar la acusación particular una vez que había concluido la instrucción fiscal con lo cual se había establecido una situación de desigualdad ante la ley, hoy superada, pues se permite ejercer este derecho en cualquier momento y a partir del inicio de la instrucción fiscal.

La víctima tiene derecho a ser parte procesal activa contingente y subsidiaria del Ministerio Público. Durante la etapa de instrucción fiscal puede presentar testigos, documentos, participar en el reconocimiento de las huellas y vestigios de la infracción. Puede interrogar a los testigos y peritos, y al imputado.

Tiene derecho a participar en la etapa intermedia y en el desarrollo de la audiencia preliminar.

Tiene derecho a preparar y a presentar pruebas de manera oral y pública, así como a contradecirlas, y a intervenir en la etapa del juicio ante el Tribunal Penal. Puede impulsar la acción aunque el Ministerio Público no lo haga, pudiendo ejercer el derecho de impugnación a través de la apelación, de la nulidad y de la casación.

Tiene igualmente derecho a pedir la reparación en sede penal siempre que haya presentado acusación particular. De acuerdo con el Art. 309 del nCPP uno de los requisitos de la sentencia condenatoria, es la condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción. Tiene en consecuencia formalmente el carácter de sanción. En el Art. 31 del mismo Código se encuentra señalada la competencia en los juicios de indemnización, de manera que si la infracción es de acción penal pública será competente el Presidente del Tribunal Penal que dicte sentencia condenatoria, que declara con lugar incluso la acusación particular. Si el que reclama la indemnización no propuso acusación particular, la acción por daños y perjuicios derivados del delito debe proponerse ante un juez civil.

Si la infracción es de acción privada, la competencia le corresponde al juez penal que dictó la sentencia de condena.

En los casos de fuero, el competente es el Presidente de la Corte respectiva.

Estados peligrosos sin delito

En el Código Penal ecuatoriano superviven tipos penales de peligro (real o presunto) como la vagancia y la mendicidad, con lo cual se está criminalizando la pobreza. Se reputan como delitos la rufianería, formas de homosexualismo, tenencia de armas, de ganchías, etc., con lo cual se entroniza un derecho penal de autor y no de acto, penalizando conductas de mero peligro o sin resultado alguno. Se han creado delitos de peligro abstracto y se sanciona la supuesta peligrosidad del autor, dándose paso a un derecho penal de ánimo o de tendencia¹⁵. La homosexualidad como tal no está penalizada como delito, salvo que se trate de un caso de violación.

A más de lo dicho, hay que agregar que a propósito del incremento de la criminalidad se hacen inconstitucionales redadas policiales y en ocasiones militares, en que se priva de la libertad a ciudadanos humildes o subempleados porque no portan sus documentos de identificación personal. En ocasiones se detiene a personas porque registran antecedentes personales en dependencias policiales, no obstante que la denominada habitualidad al hurto prevista en el segundo inciso del Art. 547 del Código Penal, fue declarada inconstitucional, mediante resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales, del 4 de febrero de 1987, publicada en el RO 632, del 24 de febrero de 1987. El derecho de defensa en casos como éste es vulnerado pues la privación ilegal de la libertad ya se ha producido, y por tales hechos no hay reclamación

¹⁵ Ver, PRACTICA PENAL, Tomo V, Alfonso Zambrano Pasquel, Edino 1995, Guayaquil, Ecuador, en el que consta nuestro anteproyecto de nuevo Código Penal para Ecuador, p. 133- 248, en cuya exposición de motivos criticamos esos estados peligrosos y los suprimimos del anteproyecto.

efectiva que reivindique el ultraje a una preciada garantía constitucional, como es el derecho a la libertad personal¹⁶.

Intentando concluir

Reconocemos que no existe un discurso mágico aplicable al sistema penal, pero creemos que en el momento del balance y en la relación costo – beneficio, un modelo como el propuesto en el anteproyecto de 1998 por la CLD de Quito, es un modelo mas coherente con el conjunto de garantías constitucionales que se reclaman en un Estado de Derecho. Falta mucho por hacer en el ámbito del Ministerio Público, y en «tiempo de ajuste» van surgiendo propuestas como las de la propia CLD, de noviembre del 2003, que publica un documento base para la consulta y el debate, que sugiere incluso la introducción de audiencias orales en las etapas previas al juicio¹⁷. Salvo casos de excepción el fiscal aún no ha aprendido a litigar, y la adecuada preparación y presentación de las pruebas, en la etapa del *juicio* está impidiendo incluso la realización normal de las audiencias, y por ende las resoluciones de los tribunales penales. Aquí juega un importante rol también los limitados recursos humanos y económicos de que dispone la fiscalía ecuatoriana¹⁸, que justifica en muchos casos la inasistencia a las audiencias, así como la falta de defensores públicos. En cuanto a la función, judicial su presupuesto para el año 2004 fue de 134 millones de dólares, no obstante que el plan de trabajo para cumplir propuestas modernizadoras significaba una demanda real de

¹⁶ La disposición suprimida decía: «Además son considerados como reos de hurto los individuos de reconocida conducta delictuosa, que habitualmente se dedicaren a la comisión de delitos contra la propiedad y que se hallaren registrados como tales en las Oficinas de Seguridad del Estado. La pena para esta clase de delincuentes será de uno a tres años de prisión».

¹⁷ Publicado en noviembre del 2003, en 40 páginas, con el coauspicio de Fundación Esquel, y de la USAID.

¹⁸ Sin perjuicio de otras publicaciones se puede revisar edición de diario EL UNIVERSO, del lunes 6 de septiembre de 2004, año 83, No. 357, edición final, p. 10ª.

500 millones de dólares. El presupuesto de la función judicial en épocas generosas llega al 0.8% del presupuesto general del Estado, el gran sueño es llegar al 2% anual, cuando en países como Costa Rica es del 6%.

No existe aún implementado un sistema auténtico de defensoría pública nacional, sin cuya presencia no se puede hablar de la existencia de un modelo acusatorio real en el Ecuador. Existe ya la propuesta del proyecto de Ley Orgánica de La Defensoría Pública Nacional en el Congreso de la República y la posibilidad de llegar a institucionalizar la defensa en el proceso penal, de manera técnica, imparcial y autónoma. Siempre resultará difícil superar viejas estructuras porque incluso las organizaciones judiciales, se mantienen apegadas a un sistema como el *inquisitorial* en el que han tenido un enorme poder de decisión. Hay resistencia a promover la comunicación y coordinación con las otras entidades involucradas en la administración de justicia penal, por lo que resulta difícil aceptar la conveniencia de la desestimación en algunos de los casos que se presentan al Ministerio Público, o de encontrar soluciones alternativas a los mismos, o hacer efectivo el procedimiento abreviado, o la suspensión del proceso a prueba, etc.¹⁹, y en general evitar la formalización de la justicia penal.

Un documento del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), afirma demoledoramente que uno de los problemas no superados, para hacer efectiva la aplicación de este nuevo modelo, en la falta de liderazgo institucional²⁰, lo que incluye una sostenida dependencia de la fiscalía frente al poder de incriminación que sigue teniendo la policía. Concluimos por nuestra parte, expresando que el nuestro sigue siendo «un modelo por armar», en cuyas propuestas de avance y consolidación deben estar comprometidos tanto la sociedad política como la sociedad civil, cuya inercia y ausencia de un discurso crítico y participativo, permite en la práctica el mantenimiento y la reproducción del *statu quo*, aunque la propuesta normativa y teórica de cambio ya existe.

¹⁹ Ver, documento de la CLD, citado.

²⁰ Proyecto Regional de Justicia del PNUD. Estudio Sectorial de Justicia en el Ecuador, 241 páginas.

LA RECIENTE POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL EN ECUADOR

Introducción

El proceso de la política legislativa penal en Ecuador no ha estado al margen de las influencias que se vienen dando en la región, y esto para referirnos a esta parte del mundo hispanoparlante. Algunos como el autor de esta ponencia, ya nos hemos venido pronunciado por la conveniencia de alimentar la propuesta de un *discurso penal garantista y liberal*, necesario para la subsistencia de un Estado de Derecho. En esto nos hemos declarado seguidores de las propuestas de un *derecho penal mínimo* que viene haciendo el profesor LUIGI FERRAJOLI¹.

A contrapelo de lo dicho, en Ecuador se han ido entronizando verdaderas propuestas de *derecho penal máximo*, con un discurso que como veremos ha ido recortando garantías constitucionales, aumentando progresivamente las penas y con propuestas recientes que llegan incluso a presentar como avances legislativas, proyectos de *prisión de por vida* o la llamada comúnmente *cadena perpetua*; alimentada por periodistas y políticos, que encontraron en esta respuesta la solución mágica al incremento de la criminalidad. No negamos que exista tal incremento incluso el de la criminalidad de contenido violento, pero somos por formación, contra-

¹ FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 1997.

rios a responder a la violencia estructural con la violencia oficial, proveniente de las agencias de control social formal. Con esta respuesta sumamos a la creciente *criminalización primaria*, un novedoso proceso de *criminalización secundaria* con publicitadas campañas de *ley y orden*, en que van apareciendo en nuestro país expertos del primer y del tercer mundo para hablarnos de ese creciente discurso de *tolerancia cero* y de máxima seguridad ciudadana.

Las expresiones del prof. RAUL ZAFFARONI en obra reciente tienen gran contenido y significado, pues nos recuerda que, “el poder punitivo en América Latina se ejerce mediante medidas de contención, para sospechosos peligrosos, o sea que se trata en la práctica de un derecho penal de *peligrosidad presunta* que sobre la base de esta impone penas sin sentencia condenatoria formal a la mayor parte de la población prisionizada. Dicho en otros términos mas claros: aproximadamente tres cuartas partes de los presos latinoamericanos están sometidos a medidas de contención por sospechosos (prisión o detención preventiva). De ellos casi un tercio serán absueltos. Esto significa que en una cuarta parte de los casos los infractores son condenados formalmente y se les hace cumplir sólo un resto de pena; en la mitad del total de casos, se verifica que el sujeto es infractor pero se considera que tiene cumplida la pena que se ha ejecutado con el tiempo de la prisión preventiva o medida de mera contención; en la cuarta parte restante, no se puede verificar la infracción y, por ende, el sujeto es liberado sin que se le imponga ninguna pena formal”².

Recuento de las reformas penales

Mediante Ley 99-49 del 25 de enero del 2000, el Congreso de la República creó los Delitos contra el Patrimonio Cultural, así como los Delitos contra el Medio Ambiente, que incluye a los ecológicos. Se ha creado mediante Ley 2000, del 30 de junio del 2000, el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, para tratar de frenar el denominado “coyoterismo” o tráfico de personas que son igual-

² ZAFFARONI Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 69.

mente estafados. Esto no ha frenado la Migración que se produce por razones eminentemente sociales y económicas, y que se considera como el primer rubro de ingreso de divisas para el Estado por las remesas o envío de dineros, en un estimado de 1500 millones de dólares por año.

Se limitó el beneficio de la excarcelación en el tráfico ilegal de emigrantes, sin que disminuya la incidencia de la emigración, pues se trata de una de las nuevas formas de la delincuencia organizada en que fallan los niveles de control policial o militar. Hay que pensar en la rentabilidad de este negocio, pues cada emigrante paga aproximadamente 10.000 dólares por la aventura, y una pequeña embarcación puede llevar a no menos de 80 pasajeros, lo cual significa una *utilidad* de 800.000 dólares por viaje.

No existe un proceso de reforma para la *ley sustantiva penal*, aunque hay un proyecto de nuevo Código Penal de mi autoría en el Congreso Nacional desde 1997, del que se ha tomando ya para una reforma parcial, el Capítulo de los *Delitos Ecológicos*. Lo que ha existido es una propuesta ya consolidada, desde el 28 de septiembre del 2001, de aumento de penas para llegar hasta la máxima penalización de 25 años en casos de violación agravada, secuestro agravado con muerte del secuestrado y asesinato. Había la posibilidad de llegar hasta los 35 años en el caso de un concurso ideal de infracciones reprimidas con reclusión mayor especial que es de dieciséis a veinticinco años. Probablemente por un mal manejo de la teoría del delito, se olvidaron los autores de la reforma que existe el concurso real de infracciones penales, caso en el que también debía funcionar la acumulación técnico – jurídica de las penas, del Art. 81 reformado del CP nuestro. No conocemos aún un caso en que se haya aplicado esta penalización máxima.

En materia penitenciaria ha habido un recorte de las conquistas de los internos, pues se suprimió la ley del 2 x 1, y hoy es de 180 días por cada cinco años. Esta reforma se dio igualmente el 28 de sep. del 2001, con la Ley 2001- 47, caracterizada por un aumento de penas mediante la creación de la reclusión mayor especial antes indicada, de un sistema de acumulación reglada de hasta 35 años, y por la reforma al Art. 33 de la Ley de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, que preveía la rebaja del 2 x 1, misma que

fue pulverizada por esta propuesta de derecho penal máximo, propia de políticos y no de juristas, que utilizaron el argumento de que había necesidad de aumentar las penas en delitos sexuales y contra las personas, así como en el caso de secuestro y robo agravados con muerte de las víctimas.

Mediante Ley 2002-75, del 7 de agosto del 2002, se hicieron reformas al Código Penal para convertir en dólares las penas de multas que estaban previstas en sucres.

El *derecho penal del enemigo* seguramente produce mayores réditos políticos y de allí surge su funcionalidad. La propuesta de consulta popular del ex Presidente Lucio Gutiérrez para tratar de legitimar la violación de la Constitución Política del Ecuador por parte del Congreso de la República el 8 de diciembre del 2004, es una clara evidencia de la utilización de este discurso maximalista, pues ante la falta de respaldo ciudadano a su propuesta, la reajustó y le agregó, endurecer las penas en los delitos de narcotráfico, secuestro, homicidio, enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho, concusión, desaparición forzada de personas y violación³.

De acuerdo con la Constitución Política vigente, son imprescriptibles las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia. No cabe en estos casos, el indulto o la amnistía. (Art. 23, numeral 2, último inciso). Son igualmente imprescriptibles, los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, y los procesos se pueden sustanciar hasta su conclusión, aún en ausencia de los acusados (Art. 121 de la Constitución Política).

Una propuesta de reformas estuvo dirigida al tema de la Pornografía Infantil y de la Prostitución Infantil, habiendo cinco proyectos de distintos legisladores, para octubre del 2004. Estas propuestas pecaban de anti técnicas, porque desconocían que en el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador del año

³ Diario EL UNIVERSO, edición del jueves 3 de marzo del 2005, sección política, p. 3A.

2003, están correctamente definidos, el maltrato de niños y adolescentes, la pornografía y prostitución infantiles, y el tráfico de niños y adolescentes, cuya descripción típica fue en buena medida tomada de ese cuerpo legal, y extrapolada al Código Penal. Una vez que esto se cumplió, poco se discutió la penalización adecuada y justa, en función de la gravedad de los bienes jurídicos afectados. Por lo demás hay que recordar que este tipo de delincuencia organizada transnacional tiene un gran mercado de consumo en el primer mundo, con una economía subterránea que significan algunos miles de millones de dólares, siendo los explotados los países pobres de la periferia, que sufren la depredación de su gran reserva moral que son los niños y adolescentes.

En palabras del profesor RAUL ZAFFARONI, “a partir del reconocimiento de que la actual tendencia globalizante aumenta la conflictividad y los peligros, en lo que se ha llamado la sociedad de riesgo, la teoría que legitima el derecho penal de riesgo, desemboca en un *estado preventivista*, que ahoga al estado de derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. El derecho penal de riesgo convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio pro reo* cuando no se puede probar con certeza la producción del resultado, como también la reserva de la ley mediante la administrativización ... a la ley penal no se reconoce otra eficacia que la de tranquilizar a la opinión, o sea, un efecto *simbólico*, con lo cual se acaba en un *derecho penal simbólico*, o sea, que no se neutralizan los riesgos sino que se le hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, mas claramente, se miente, dando lugar a un derecho penal promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideologías”⁴.

Estas propuestas se consolidan con importantes reformas contenidas en la Ley 2005 -2, del 23 de junio del 2005, que si bien es verdad fueron trabajadas por legisladores de diferentes tenden-

⁴ ZAFFARONI Eugenio Raúl, Derecho Penal. Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 336-337.

cias políticas, fueron impulsadas por ONG vinculadas con temas de niñez y adolescencia, en que se tipifican y sancionan los llamados delitos de explotación sexual que teniendo como víctimas a mayores de catorce y menores de dieciocho años, sus autores recibirían penas de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria, y el decomiso de los objetos y de los bienes producto del delito, la inhabilidad para el empleo, profesión u oficio. La penalización está dirigida a quienes produjeran, publicaren o comercializaren imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato, u organizare espectáculos en vivo, con escenas pornográficas.

Las mismas sanciones se prevén para quienes distribuyan imágenes pornográficas con la exhibición de mayores de doce y menores de dieciocho años, así como para quienes faciliten el acceso a espectáculos pornográficos. La pena se agrava a reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, cuando la víctima sea menor de doce años o discapacitado; y en caso de reincidencia la pena será de veinticinco años de reclusión mayor especial. Cuando el infractor de estos delitos sea el padre, la madre, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, los tutores, los representantes legales, los curadores o cualquier persona del entorno íntimo de la víctima, etc., la pena es de dieciséis a veinticinco años; y, si la víctima fuese menor de doce años, se aplicará el máximo de la pena. Apreciamos que se ha creado en este tipo de criminalidad la penalización máxima como pena fija, rompiendo así el esquema tradicional que permite al juez aplicar una pena que se encuentre entre un mínimo a un máximo, como ocurre por ejemplo en el caso de un asesinato en que la pena imponible es de dieciséis a veinticinco años.

Se dejó fuera del ámbito de la criminalización la conducta de los usuarios de la pornografía infantil, que es una actividad por su alto costo de mayor demanda en el primer mundo. Somos los países pobres de la periferia los que recibimos el mayor impacto, y se producen estas demandas de “justicia” cuando se producen hechos graves como ocurrió en Ecuador, al descubrirse una importante red de pornógrafos infantiles a partir del año 2002.

En este importante paquete de reformas, se tipifica como delito la promoción de actividades turísticas que implican servicios

sexuales, con penas que van de los seis a nueve años, aumentada a doce años si la víctima es menor de dieciocho años, o menor de doce años; o cuando el ofensor sea conyugue, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima, o si es representante legal, padrastro, madrastra o ministro de culto. Otras tipificaciones están referidas a la contratación de actividades sexuales con menores de edad, con sanciones de ocho a doce años. Igual pena se establece para el traslado y entrega de personas para explotación sexual. Se incrementan las penas al máximo si la víctima es menor de dieciocho años de edad. Las penas pueden ser de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la víctima es menor de doce años; si hay abuso de autoridad o de situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima; si el ofensor es conyugue, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima; si el infractor tiene algún tipo de relación de confianza, autoridad, si es representante legal, padrastro o madrastra de la víctima o ministro de culto; y, si la víctima sufre como consecuencia del delito una lesión física o daño psicológico permanente o contrae una enfermedad grave o mortal.

Si se produce la muerte de la víctima por la comisión de cualquiera de los delitos antes mencionados habría lugar a la pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

En el Capítulo siguiente de las reformas del 2005, hay novedades: en la escala punitiva porque se establece que en caso de concurrencia de delitos sexuales y/ o de trata de personas, las penas se acumularán hasta un máximo de treinta y cinco años. Y en tratándose de la prescripción de la acción penal se establece como tiempo el doble del tiempo de la pena máxima prevista para cada infracción, sin que el plazo pueda exceder de cincuenta años. La pena prescribirá en un tiempo igual al doble de la condena, pero el plazo de prescripción nunca será mayor de treinta y cinco años ni menor de cinco años. Novedad importante y al mismo tiempo contradictoria es la irrelevancia de la víctima menor de edad en los delitos sexuales (Art. 528.18, de las reformas del 2005), pues se dejó vigente la figura del *estupro* como cópula *con una persona* empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento (Art. 509 del Código Penal, vigente).

Ya en las reformas del año 2005 (Art. 528.20) se hacen importantes recortes al tratarse de determinados beneficios de excarcelación, pues se legisló manifestando que: lo relacionado con libertad condicional, reducción de penas, modificación de la pena, suspensión del cumplimiento de la pena, condena condicional y libertad condicional, no se considerarán ni aplicarán para el caso de los delitos contemplados en la reforma, cuando hubiesen sido cometidos en contra de personas menores de dieciocho años de edad.

Profunda discusión y preocupación motivaron parte de las reformas mediante las cuales se suprimió el *atentado contra el pudor*, más como fruto de una mala técnica de redacción legislativa que como intención inequívoca del legislador, misma que se trato de convalidar con el argumento de que se había refundido el *atentado contra el pudor* en una sui generis figura llamada; *sanción por obligar a realizar actos sexuales sin acceso carnal*. En verdad se derogaron con las reformas del 2005, los artículos 505, 506 y 507, siendo por ende falso que hayan sido reemplazados por el 504.1 de las reformas. Esto motivó incluso que se haya dispuesto la libertad de quienes se encontraban cumpliendo condena por *atentado contra el pudor*, y para agosto del 2006 se trató de reparar el yerro legislativo con una ley interpretativa que sostenía que el *atentado contra el pudor* estaba vigente y refundido en el compelimiento para realizar actos sexuales sin acceso carnal. Algunos sectores vinculados a la niñez y adolescencia pidieron que se aplique el principio del interés preponderante previsto en la Constitución de Ecuador de 1998, así como en el Código de la Niñez y Adolescencia del año 2003, que tomó de la Convención de NN.UU ratificada por el Ecuador importantes propuestas con las que se ha pretendido reemplazar en el marco teórico y normativo la doctrina de la *situación irregular* muy propia de los viejos y caducos códigos de menores, por la doctrina de *laprotección integral*. Como bien sabemos esta doctrina de la *protección integral*, en países no desarrollados como Ecuador sigue siendo una quimera.

Niños, adolescentes y sistema penal

Ecuador tenía vigente un Código de menores que se inspiraba en la *doctrina de la situación irregular*, no obstante que había ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, que se inscribe

en la *doctrina de la protección integral*, según publicación en el RO 31, del 22 de septiembre de 1992. Con la Ley 2002-100, publicada en el RO 737 del 3 de enero del 2003, se dictó el Código de la Niñez y la Adolescencia, que sigue las nuevas propuestas de la doctrina de la protección integral y pretende respetar a niños y adolescentes como sujetos de derechos, y no como objetos del proceso.

En el artículo final del nuevo Código se estableció su plena vigencia, después de ciento ochenta días de su publicación en el Registro Oficial, es decir a partir del 3 de julio del año 2003, por lo que se trata de un modelo aún no trabajado sino en el marco teórico. Es verdad que a partir del nuevo Código, los niños y adolescentes deben ser sometidos a un procedimiento instructorio diferente.

El tiempo previsto para la implementación total del nuevo modelo es de dieciocho meses, por la serie de instituciones como la Comisión Nacional y las Comisiones Cantonales de la niñez y adolescencia que deben crearse. Es prematuro establecer por de pronto un pronóstico de lo que vaya a ocurrir. En el marco teórico se busca crear un modelo de justicia penal juvenil, similar al de Costa Rica, con policía, jueces, fiscales, defensores, y cortes especializadas en el tratamiento de niños y adolescentes infractores, a quienes se les reconocen todas las garantías constitucionales del *debido proceso* y un trato preferencial por mandato constitucional que considera sus derechos preeminentes, PERO sin un estudio de factibilidad previo, no sabemos siquiera cuanto podría costar realmente este nuevo modelo.

No se pueden procesar a niños y adolescentes, y a adultos en una misma causa. Deben ser procesados en diferentes causas y ante diferentes jurisdicciones. El Art. 40 del Código Penal determina la inimputabilidad por minoría de edad, expresando: "Las personas que no hayan cumplido dieciocho años de edad estarán sujetas al Código de Menores". De acuerdo con el Art. 256 del Código de la Niñez y Adolescencia del 2003, hay la propuesta de una Justicia especializada de la Niñez y Adolescencia, cuya gestión debe inspirarse en los principios de humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del

enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia.

Teóricamente y de acuerdo con el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia del 2003., se da paso a un fuero especial de menores tanto de las víctimas como de los infractores. La Constitución Política de la República en el Capítulo IV, se refiere a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y entre estos derechos de nueva generación en la sección 5ta., se refiere a los grupos vulnerables entre los que se menciona a los niños y adolescentes. En el artículo 48 de esta sección se reconoce el principio del interés superior de los niños y de que sus derechos prevalecerán sobre los de los demás. El artículo 259 del Código de la Niñez y Adolescencia insiste en el tema de la justicia especializada.

Se han creado salas especializadas en el nivel de Cortes Superiores para el tema de niñez y adolescencia; y, existen las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia para resolver la casación, también prevista como recurso para la niñez y adolescencia. Se les garantiza el derecho de defensa incluso en mayor medida que si se tratase de un delincuente adulto.

En Ecuador nos encontramos frente a un modelo “por armar”, en el que se insiste mucho en las garantías del debido proceso, estableciendo el Art. 257 del nuevo Código del 2003, que en todo procedimiento judicial que se sustancie con arreglo al Código se asegurará la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la impugnación, la intermediación, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso, como el derecho de *hábeas corpus*.

En teoría se puede afirmar que se tiende a proteger el derecho de defensa de niños y adolescentes, incluso en mayor medida que los adultos como cuando se dispone respetar el derecho a la intimidad y a la integridad física y emocional del niño, niña o adolescente. Lamentablemente como expresamos precedentemente, no existe un estudio de factibilidad que permita aproximarnos a los costos reales que debe demandar una empresa de tal magnitud, como es la relacionada con una justicia especializada para niños y adolescentes, que incluye policía, fiscalía y defensoría pública igualmente especializadas, mismas que en puridad no existen. Ni si-

quiera existen estudios serios para tener idea del tiempo que demandaría la verdadera aplicación del nuevo modelo.

Parece rescatable destacar que el modelo de justicia penal juvenil, contenido en el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, se aparta de un modelo como el costarricense, en que se aplican verdaderas penas privativas de la libertad para los delinquentes jóvenes bajo la forma de medidas de internamiento de hasta quince años para menores entre los quince y los dieciocho años, y de diez años para menores con edades entre los doce y los quince años, conforme al Art. 131 de la Ley de Justicia Penal de Costa Rica.. Esta sanción de internamiento que es una privación de la libertad de carácter excepcional, procede cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a los seis años, y cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las ordenes de orientación y supervisión impuestas. Es verdad que la legislación de Costa Rica prevé otras formas de internamiento como el *internamiento domiciliario* (Art. 129) con una duración que no supera el año, así como el *internamiento en tiempo libre* (Art. 130) con un tiempo límite de hasta un año⁵.

En Ecuador se mantiene el nombre de medidas socio-educativas, que proceden cuando una autoridad judicial ha declarado previamente la responsabilidad del adolescente en un hecho tipificado como infracción penal (Art. 369 del Código de la Niñez y Adolescencia), siendo lo mas grave el denominado *internamiento institucional* en el numeral 10, mismo que dice: “es la privación total de la libertad del adolescente infractor. Esta medida se aplica únicamente a adolescentes infractores mayores a catorce años de edad y por infracciones que en la legislación penal ordinaria son sancionadas con reclusión. A los adolescentes menores a catorce años, se la aplicará únicamente en los delitos de asesinato, homi-

⁵ TIFFER SOTOMAYOR Carlos, Ley de Justicia Penal Juvenil, San José, Costa Rica. 1996, p. 120-123.

cidio, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte”. El *internamiento institucional* es hasta por cuatro años, según el Art. 370 *ibidem.*, y en caso de reincidencia se le impone el máximo de la medida o de duración de la misma, al tenor del Art. 372 *ibidem.*

Quedan por fuera del radio de acción del sistema de justicia penal juvenil en Ecuador, el niño o niña que no ha cumplido doce años de edad; pues el sistema es propio para el adolescente, entendiéndose por tal a la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad. (Art. 4 *ibidem.*)

El discurso referido a los delincuentes jóvenes no ha cambiado sino en sus códigos, pasando normativamente de un modelo a otro, y los **sistemas penales** a ellos referidos

terminan por convertirse en agentes de **desviación primaria**, contradiciendo la ideología legitimadora de su carácter tutelar, defensor de la minoridad y paternalista. Tales **sistemas** en lo que tienen que ver con la administración de justicia de los jóvenes, establecen diferencias por el etiquetamiento de categorías: de **delincuencia juvenil, conducta irregular, menores en estado de abandono**, etc., que son precondicionantes de carreras criminales, pues desde la imposición de la etiqueta producen estigmatización y amparan la institucionalización de los delincuentes jóvenes, con un efecto probablemente más nocivo, que el que produce la estigmatización de los delincuentes adultos que son igualmente víctimas de un secuestro institucional⁶.

En el ámbito de la justicia penal juvenil, los jueces que generalmente no son expertos en la materia, al igual que fiscales y policías, a más de la impreparación en una materia especializada como esta, cuentan con un formidable margen de discrecionalidad que se materializa en una práctica arbitraria y abusiva del internamiento, que es simplemente institucionalización, aunque se la

⁶ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, Temas de Ciencias Penales, Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1996, p. 37-38.

trate de maquillar como medida de seguridad o medida socio-educativa que en el fondo es privación de la libertad⁷.

Recordamos aquí, las lapidarias expresiones de EMILIO GARCIA MENDEZ, “estamos convencidos también de que muchos de los juristas que nos acompañaron estarán de acuerdo en esta paráfrasis heterodoxa del gran filósofo del derecho Gustav Radbruch posible de ser expresada en estos términos: si un requisito para ser un buen jurista es tener la conciencia sucia, para ser un buen jurista de ‘menores’ hay que tener la conciencia muy sucia”⁸.

El argumento legitimante de la institucionalización, es que no se trata de una privación de la libertad, sino de una medida de seguridad para proteger al niño o al adolescente del contagio social⁹. La realidad es otra, porque en las circunstancias que vive el sistema de justicia penal en Ecuador, aun no se consolida la Ley Orgánica de la Defensa Pública Nacional, por lo cual un joven afectado en sus derechos y garantías no cuenta con mecanismos mínimos de defensa frente al abuso que conlleva la institucionalización. La desprotección al joven es un tema recurrentemente reconocido, pues como nos dice AZAOLA GARRIDO, “en muchas ocasiones la puesta en práctica de una política que se erige en defensa del menor, termina paradójicamente colocándolo en posición de desventaja con respecto al adulto”¹⁰. Un sistema aparentemente protector puede también convertirse en un instrumento

⁷ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, en ob. Cit. p. 39.

⁸ GARCIA MENDEZ Emilio, Infancia Adolescencia y Control Social en América Latina. Primer Informe. Depalma, 1990, p. 9.

⁹ TOCORA Fernando, señala «las garantías procesales que suelen reconocerse en el proceso liberal, son muchas veces desconocidas en los procesos de menores, bajo el argumento de preservarlos de la estigmatización y del escarnio público, así como por la confianza incontestada en un juez –padre sabio y competente, que resolverá infaliblemente el conflicto». Política Criminal en América Latina, ediciones L.P. Bogotá- Colombia, 1990, p. 88.

¹⁰ GARRIDO Azaola. La Ilusión de la «verdad» en la investigación de menores delincuentes. Doctrina Penal, año 12, abril-sep. 1989, No. 46-47. Depalma, Buenos Aires, pág. 241.

de desviación secundaria, porque el internamiento de jóvenes “por su propia seguridad” en reclusorios juveniles sin ninguna separación; con una abierta promiscuidad entre jóvenes calificados de conducta irregular, de delincuentes o de niños y adolescentes en situación de abandono o desamparo; les brinda la oportunidad de pasar de una categoría menor a una mayor.

RAUL ZAFFARONI denunciaba ya hace algunos años el discurso perverso de carácter tutelar y paternalista de este tipo de sistemas penales y en abierta crítica a jueces, justicia e instituciones, expresaba: “prosiguiendo ese derrotero, las facultades omnímodas de tales magistrados, combinadas con una global despreocupación administrativa respecto de la creación de una infraestructura básicamente apta para el desenvolvimiento de un patronato digno, condujo a la implementación de un tratamiento temporalmente indeterminado, impuesto a los menores ineluctablemente, irrespetuoso de las garantías procesales más elementales y ahogado, en punto a las medidas extremas de internación en una hojarasca de eufemismos, ‘fundaciones’, ‘hogares escuelas’, ‘institutos’, ‘reformatorios’, encubridores de una dantesca realidad”¹¹.

Política Penal antidrogas

Esta tendencia que marca la dialéctica moderna de los procesos de legislación, *derecho penal mínimo* vs. *derecho penal máximo*, tiene otros ejemplos en el Ecuador con la Ley de Drogas de 1990 y con la reciente codificación o reciclaje de la misma del 2004¹². Este fenómeno no es aislado y forma parte de una estrategia de transnacionalización del control aunque la política sobre drogas acusa un innegable fracaso, dando lugar desde principios de siglo a dos tendencias contrapropuestas¹³.

¹¹ ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. Informe Final. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 242.

¹² Promulgada en el suplemento del Registro Oficial No. 490 de 27 de diciembre de 2004.

¹³ DIEZ RIPOLLES José Luis, *Alternativas a la actual legislación sobre drogas*, en *Nuevo Foro Penal*, No. 54, Temis, Bogotá, 1991, p. 467,

La Ley de Drogas ecuatoriana fiel a las directrices de la Convención de Viena de 1988 ha ampliado el objeto material incluyendo a los precursores químicos, a los equipos y materiales destinados a fines de cultivo, fabricación o tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, con una marcada preeminencia del elemento subjetivo. Igualmente se ha ampliado el objeto material para incluir a los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de las actividades del tráfico ilícito.

Hoy se encuentran despenalizadas las conductas encaminadas al uso personal, pues encontrábamos la paradoja de que la tenencia para consumo estaba prevista como delito (Art. 62), pero si la droga ya había sido consumida se enervaba la responsabilidad penal y el drogodependiente debía ser conducido a una casa asistencial (Art. 32), esto significaba no otra cosa que una ilógica punición de actos preparatorios pues la posesión o tenencia tiene un fin que es impune, pero sus actos previos no. Coincidimos con JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES de que tal política criminal resulta inadmisibles: implica una flagrante violación de la libertad personal en un contexto pervertido de protección de la salud de un modo difícilmente compatible con importantes preceptos constitucionales, «supone perseguir un objetivo imposible, con los consiguientes efectos negativos sobre la conciencia de validez de las normas jurídicas; va a causar, con diferencia, más daños que ventajas, en oposición al principio de **ultima ratio** que debe inspirar la legislación penal; y contradice el precepto de la propia Convención, que taxativamente establece que las medidas tendientes a

al referirse a estas tendencias contrapropuestas expresa: «la primera de ellas insiste en la necesidad de exacerbar la persecución, singularmente penal, de esas conductas, atribuyendo los resultados negativos obtenidos hasta ahora a no haber agotado plenamente el modelo elegido. La segunda cuestiona la política represiva desde muy diversos puntos de vista, entre los que se destacan recientes razonamientos sobre su nula eficacia, sus contraproducentes efectos colaterales y su distorsionada consideración de la protección de la salud y la libertad de los ciudadanos adultos».

eliminar o reducir la demanda ilícita, deberán tener como mira destacada la de reducir el sufrimiento humano»¹⁴.

El radio de aprehensión de la Ley de Drogas de 1990 reciclada el 2004, contempla comportamientos específicos de ejecución imperfecta, y de autoría y participación, como cuando se hace referencia a la fabricación, transporte o distribución de materiales, equipos o precursores químicos con el conocimiento de que se pretende utilizarlos con fines de cultivo, producción o fabricación ilícitos de las drogas ilegales. Debemos reconocer que se están tipificando y sancionando actos preparatorios de una eventual participación en un delito. Así mismo se sancionan penalmente la instigación o inducción públicas, y la asociación y confabulación para cometer una serie de conductas calificadas como delictivas, con lo cual se estarían tipificando actos preparatorios que se incluyen en los conceptos de conspiración o provocación.

Creemos que un examen de la ley vigente nos permite encontrar la punición de supuestos de autoría mediata, inducción o cooperación necesaria tipificándose diferentes formas de autoría y participación referentes a la organización, gestión o financiación de conductas básicas e incluso de conductas preparatorias. Se hace referencia así a la participación, asistencia, incitación, facilitación y asesoramiento de diferentes conductas sancionadas. El encubrimiento se sanciona tanto para conductas realizadas como para actos preparatorios con lo que se pretende sancionar la conversión o transferencia de bienes para ocultar su origen, o para eludir las consecuencias jurídicas de los responsables, la ocultación o encubrimiento de tales bienes, así como la adquisición, posesión o utilización de bienes cuyo origen ilícito se conozca en el momento de recibirlos. Vale decir que se ha introducido un elemento subjetivo en el tipo que sería el conocimiento del origen de tales bienes por parte del encubridor, que va a responder por un delito

¹⁴ DIEZ RIPOLLES José Luis, op. cit., p. 470. Cfr. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, El discurso de la droga o el juego de la doble moral, en Libro Homenaje al Dr. Jorge Zavala Baquerizo, Edino, Guayaquil, 1992, p. 249-250.

autónomo. Conviene aclarar que para el año 2005 se dictó como ley autónoma, la llamada *Ley para reprimir el lavado de activos*.

En esta propuesta expansiva del derecho penal en materia de drogas ilegales se hace referencia al encubrimiento, y se alude también a supuestos de receptación, con lo cual se pretende sancionar el aprovechamiento para sí como para un tercero, llegándose a penalizar el encubrimiento de partícipes y hasta conductas preparatorias de un acto de receptación o favorecimiento real. DIEZ RIPOLLES al analizar el contenido de la Convención de Viena de 1988 que contiene el germen de esta propuesta de derecho penal máximo, expresa «se ha producido un desmesurado avance en el ámbito de la criminalización de comportamientos relacionados de alguna manera con el tráfico y consumo de drogas: se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídico penales de intervención mínima y de seguridad jurídica»¹⁵. Estas afirmaciones surgen por la punibilidad de conductas preparatorias en grados de autoría y participación, incluido el encubrimiento, o a la inversa por el encubrimiento de actos preparatorios, o porque se considere delito el encubrimiento de actos de participación en conductas ejecutivas o preparatorias.

Como hemos expresado en otros documentos, la penalización por drogas en el caso ecuatoriano llegó a ser la más alta en nuestro país (25 años); caracterizada por un recorte de garantías constitucionales, con una inversión de la carga de la prueba afectándose así el principio de inocencia. Aunque se declaró la inconstitucionalidad del Art. 116 de la Ley de Drogas, se le sigue otorgando valor probatorio a las actuaciones policiales generalmente reñidas con un discurso respetuoso de los derechos humanos y garantías mínimas, y se llega a utilizar a los delincuentes delatores, favoreciendo su situación, etc¹⁶.

¹⁵ DIEZ RIPOLLES José Luis, op. cit., pp. 471 -472.

¹⁶ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, Las drogas, nuevas iniciativas : extradición, hábeas corpus, pena de muerte y los derechos humanos, en Criminología y Derecho Penal, año 2, enero-diciembre 1992, Edino, Guayaquil, Nos. 3-4, pp. 255-281.

Como se ha dicho con acierto en referencia al tema del derecho penal frente a la problemática de la droga, «si la historia del derecho penal es la historia de un fracaso, nada mejor para demostrarlo que el fracaso de la política penal seguida a escala internacional desde la famosa Convención de la ONU de 1961, en relación con el tráfico de drogas. Ninguna de las soluciones técnico legislativas adoptadas hasta la fecha ha servido para combatir adecuadamente el fenómeno. Más bien ha sucedido lo contrario»¹⁷.

Política penal en lavado de activos

A lo dicho agregamos que mediante Ley 12-2005, el Congreso Nacional dictó la llamada *Ley para reprimir el lavado de activos*, publicada en el Registro Oficial No. 127 de 18 de octubre del 2005. Este cuerpo legal se consolida, una vez que se discutió y aprobó un proyecto relacionado con propuestas para tipificar y penalizar el LAVADO DE ACTIVOS o BLANQUEO DE CAPITALS, provenientes de cualquier actividad ilícita, tomando en cuenta el avance del crimen organizado y de la delincuencia organizada transnacional, que según parte de los considerando: afectan a la economía, a la administración de justicia, a la gobernabilidad de los Estados, y gravemente a la democracia. Se tomaron en cuenta sugerencias de la ONU, de la OEA y el GAFISUD según los mismos considerando.

Las formas ampliadas de adecuación son parecidas a las que constan en la Ley de Drogas de Ecuador, pero los casos que se han conocido a partir de la vigencia de la nueva ley, siguen relacionados o conexos con los delitos de drogas ilegales.

Algunas reflexiones de trasfondo ideológico

A raíz de hechos repudiados como el asesinato de una niña pequeña de tres o cuatro años de edad, ocurrido en abril del 2006, medios de comunicación, conocidos políticos, y hasta sectores ciu-

¹⁷ MUÑOZ CONDE Francisco y AUNION ACOSTA Bella, Drogas y derecho penal, en Nuevo Foro Penal, No. 54, Temis, 1991, p. 505.

dadanos que fungen como representativos de la moral pública, han emprendido una verdadera cruzada por el aumento de penas; llegando incluso a presentar proyectos de *cadena perpetua* o de *prisión de por vida*, para sancionar a asesinos y a violadores, a secuestradores y a responsables de robos agravados por la muerte de las víctimas.

Los medios de comunicación y sectores políticos interesados empujan mucho el tema de la *prisión de por vida* a raíz del suceso reseñado, lo cual es lamentablemente una mala copia de respuestas ocurridas en otras latitudes, como el “caso Dutroux” en Bélgica en 1996, que impuso la reactivación de proyectos de legislación con penas más duras que habían estado *dormidos* durante años¹⁸; o lo que ocurre con el “caso Blumberg” en Argentina.

Bien sabido es que la transformación de la legislación penal en un arma de lucha contra el enemigo, al que hay que enfrentar socavándole sus garantías procesales, le desconoce hasta el derecho al reclamo mediante instituciones como las del *amparo de libertad*. El *derecho penal de la emergencia* termina por legitimar el abuso frente a lo que se considera una situación excepcional, que creada por el *enemigo* es castigada de inicio con la propia renuncia a sus garantías personales. Como dice el profesor CARLOS PARMA, “la rapacidad fagocitadora típica de las culturas autoritarias, ponen como principal argumento, la emergencia para poder violentar derechos humanos”¹⁹ El recorte de garantías y beneficios de excarcelación se trasladan al propio derecho procesal penal, con la creación de institutos como la prisión preventiva no excarcelable ni sustituible frente a cierto tipo de delitos como los de criminalidad organizada, terrorismo, delincuencia macroeconómica, tráfico de

¹⁸ Cf. *La Política Legislativa Penal en Occidente*, Editores DIEZ RIPOLES José Luis, PRIETO DEL PINO Ana María, SOTO NAVARRO Susana, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 181, p. 189.

¹⁹ PARMA Carlos, en documento *El enemigo del derecho penal del enemigo*, 2005, pág. 6

drogas ilegales, pornografía infantil, etc., en estos casos se pretende encontrar su legitimación a partir de la necesidad de la eliminación de un peligro potencial o futuro, la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros. Claro que sabemos anticipadamente que *no va a disminuir la tasa de criminalidad* no obstante la gigante maquinaria de demolición de garantías propias de un Estado de Derecho, pero esta es la propuesta retroalimentada a raíz de sucesos que conmovieron a la comunidad internacional como el atentado a la Torres Gemelas del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York, o el perpetrado el 11 de marzo del 2004 en Madrid.

Ante la aprobación del anteproyecto de ley orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que aprobó el Gobierno español, el profesor FRANCISCO MUÑOZ CONDE²⁰, catedrático de la Universidad de Sevilla, expresaba que este “constituye probablemente uno de los cambios mas espectaculares que se ha producido en la política penal española de los últimos cincuenta años. Ni siquiera en las épocas mas oscuras y duras de la dictadura franquista o en los años mas inseguros y difíciles de la transición democrática se llegó a proponer una prolongación de la duración de la pena de prisión a 40 años, y mucho menos a obligar que esos 40 años se tengan que cumplir íntegramente, sin ninguna posibilidad de reducción temporal a límites mas soportables humanamente y compatibles con la idea de reinserción social”. Una de las propuestas de este nuevo *derecho penal del enemigo* es que deja abierta la posibilidad de algún tratamiento de beneficio si hay alguna colaboración activa mas allá del arrepentimiento, exigiendo un cambio ideológico y hasta la *delación* de sus compañeros en actos de terrorismo, cuando se sabe que la figura del “arrepentido” tiene generalmente una repulsa incluso de parte de quienes no comparten la *ética* o la *moral* del terrorismo.

²⁰ MUÑOZ CONDE Francisco, *¿Hacia un derecho penal del enemigo?*, publicado en el País, el 15 de enero del 2003.

MUÑOZ CONDE nos recuerda que según JAKOBS, en *el derecho penal del enemigo*, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. El problema que plantea este derecho penal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del derecho penal del Estado de derecho, porque ¿dónde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?, ¿quien define al enemigo y como se lo define?, ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley? Por nuestra parte agregamos que esta es una propuesta de *derecho penal de autor* pues se etiqueta al ciudadano como *enemigo* y luego se lo va a liquidar por su calidad de *enemigo* aunque no fuese responsable ya de ningún acto. El catedrático de Sevilla, MUÑOZ CONDE, expresa su preocupación porque este *derecho penal del enemigo* es una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho.

Como expresa otro catedrático español LUIS GRACIA MARTIN, ya la propia expresión “Derecho penal del *enemigo*” lleva una fuerte carga ideológica y emocional, pues su solo pronunciamiento suscita prejuicios, agregando el catedrático de Zaragoza que “el debate sobre un derecho penal del enemigo, pues sólo puede plantearse y tiene sentido en relación con el Derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales y que depositan el poder en auténticos Estados de Derecho”²¹. Expresamos por nuestra parte, que en un Estado totalitario que es Estado de negación del derecho, sin duda su legislación será la mejor expresión del Derecho penal del *enemigo*, listo a acabar con sus opositores en defensa del abuso del poder y del autoritarismo.

²¹ GRACIA MARTIN Luis, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»*, publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP) 07-02 (2005), p. 4. <http://criminet.ugr.es/recpc>.

El tema no es nuevo, el profesor CLAUS ROXIN al defender el fortalecimiento de un *derecho penal de acto* frente a los abusos de un *derecho penal de autor*, recuerda la ley de delincuentes habituales de 1933 en Alemania, atribuyéndole a MEZGER haber sostenido la “**culpabilidad por la conducción de la vida**” que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto, decisiva para la mayoría de los delitos, porque solo aquella parecía en condiciones de explicar las consecuencias jurídicas de los citados preceptos como “pena”, es decir como respuesta a la culpabilidad²².

Sostenemos que hay que evitar la presencia de un derecho penal autoritario y abusivo, pues sus efectos son de pronóstico reservado y conllevan un ejercicio abusivo del poder de definición que en un momento determinado tiene quien o quienes dirigen el Estado, que pueden liquidar a sus opositores con la manipulación de un *derecho penal de la emergencia*. Personalmente nos parece tan repudiable el abuso en las cárceles en Iraq que constituyeron una vergüenza para la humanidad por la ausencia del respeto mínimo a la persona y a su dignidad, como lo que ocurre con los presos en la base militar de Guantánamo que es *la cárcel del enemigo*, o lo que ocurre en las cárceles cubanas con los presos de conciencia, que son para el régimen de Fidel Castro el *enemigo*.

En palabras del profesor RAUL ZAFFARONI, “a partir del reconocimiento de que la actual tendencia globalizante aumenta la conflictividad y los peligros, en lo que se ha llamado la sociedad de riesgo, la teoría que legitima el derecho penal de riesgo, desemboca en un *estado preventivista*, que ahoga al estado de derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. El derecho penal de riesgo convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio pro reo* cuando no se puede probar con certeza la producción del resultado, como también la reserva de la ley mediante la administrativización ... a la ley penal no se reconoce otra eficacia que la de tranquilizar a la

²² ROXIN Claus, en ob. cit. p. 180.

opinión, o sea, un efecto *simbólico*, con lo cual se acaba en un *derecho penal simbólico*, o sea, que no se neutralizan los riesgos sino que se le hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, mas claramente, se miente, dando lugar a un derecho penal promocional, que acaba convirtiéndose en un mero difusor de ideologías”²³.

En la búsqueda de respuestas, nos ayudan las reflexiones del catedrático de la Universidad de Málaga, JOSE LUIS DIEZ RIPO-LLÈS²⁴ quien nos recuerda la *crisis contemporánea de los modelos de intervención penal* tomando como referente la política criminal española reciente, a la que califica como *política criminal oportunista*, misma que aunque rechazada en los círculos académicos goza de aceptación ciudadana “y de un impulso político de amplio espectro ideológico”. Muy a nuestro pesar el modelo penal garantista tiende a ser superado, aunque a lo largo del siglo pasado - como nos recuerda DIEZ RIPOLLES- tiende a desarrollar una estructura de intervención penal autolimitada, llegándose a denominar por derecho propio como “derecho penal mínimo”.

En expresiones del profesor DIEZ RIPOLLES, podemos sintetizar los principios del modelo penal garantista de la siguiente manera: 1.- La atribución de una eficacia limitada a sus genuinos instrumentos de intervención, la norma y la sanción penales. Estos formarían parte del control social en general, como un subsistema del mismo junto a otros subsistemas de control social como la familia, escuela, comunidad, opinión pública, etc. La interacción con los mismos garantizaría que la intervención penal pudiera condicionar los comportamientos sociales. 2.- Deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia. Frente a las tendencias expansivas de otras áreas del ordenamiento jurídico, “el derecho penal garan-

²³ ZAFFARONI Eugenio Raúl, ob. cit. p. 336-337.

²⁴ DIEZ RIPOLLES José Luis, *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP) 06-04 (2004). <http://criminnet.ugr.es/recpc>.

tista considera una virtud, además de un signo inequívoco de una sociedad bien integrada, que su área de intervención sea la mínima posible”²⁵. Se acepta la propuesta de que derecho penal actúe frente a las infracciones más graves a los bienes jurídicos más importantes, y a falta de otros medios más eficaces. Esto consolida una propuesta de *última ratio*. 3.- Profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionador por parte de los poderes públicos. De esta desconfianza deviene como una de las principales tareas la de defender al ciudadano sin importar si fuese o no delincuente, estando alerta frente a cualquier abuso del poder punitivo del estado. 4.- Se establecen límites a las sanciones penales, reclamándose la *humanidad de las sanciones* desterrando por principio formas de ejecución incompatibles con la dignidad humana. Se debe respetar el *principio de proporcionalidad* de manera que la pena se ajuste en su gravedad a la del comportamiento delictivo. Finalmente, la pena debe fomentar la *reintegración en la sociedad del delincuente*, como el derecho que le asiste por ser ciudadano, admitiendo la cuota de responsabilidad de la sociedad en la aparición del comportamiento delictivo.

Las propuestas fundamentales de un *modelo resocializador del delincuente*, pueden ser resumidas como sigue: 1.- La pauta de actuación es la búsqueda de la reintegración del delincuente en la sociedad. Se trata de lograr un efecto de *prevención general de los delitos* “mediante el aprovechamiento de los efectos intimidatorio, corrector de socializaciones defectuosas, o reforzador de la adhesión a los valores sociales, que se suscitan en los ciudadanos que perciben la reacción social negativa que el delincuente sufre tras la comisión de un delito”²⁶. 2.- La obtención de ese objetivo resocializador, exige desconocer ciertas cautelas propias del derecho penal clásico, llegándose a promover las *penas indeterminadas* con el argumento de que la misma debía estar condicionada por la evolución registrada en el proceso de reintegración en la sociedad del delincuente. 3.- La pena de prisión es valorada bajo un doble

²⁵ DIEZ RIPOLLES José Luis, en op. cit., p. 2-3.

²⁶ DIEZ RIPOLLES José Luis, en op. cit., p. 4.

concepto, por una parte se afirma que debe primar un criterio reeducador, lo cual significa un apartamiento de los componentes aflictivos, y por otra parte en la segunda mitad del modelo resocializador se buscan penas alternativas a la prisión, permitiendo que se cumpla el fin de reeducar en pleno goce de la libertad. 4.- La delincuencia es vista como tarea de expertos que incluye no solo a policías y jueces sino inclusive a profesionales del comportamiento, que aportan sus conocimientos en el momento de la determinación de la pena y durante su ejecución.

Este modelo resocializador se derrumba a mediados de los años 70 del siglo XX, entre otras, por las siguientes razones: 1.- Se produce un desánimo entre sus seguidores ante el fracaso del tratamiento. 2.- Se reconoce que la propuesta de la reeducación del delincuente fue una especie de cortina de humo, para encubrir la responsabilidad de la sociedad en su conjunto y de los sectores privilegiados de la misma, que tienen la capacidad de definir que debe ser o no delito. Sin duda el aporte de la criminología crítica ha sido fundamental en éste ámbito. 3.- Se reaviva el modelo garantista que cuestiona la legitimidad de llevar a cabo ingerencias sobre los derechos y la personalidad del individuo delincuente. Se reclama el restablecimiento de las garantías individuales de manera que la responsabilidad derive del hecho concreto a penas de duración determinada, limitando el arbitrio judicial y penitenciario. 4.- La prevención general a base de la intimidación recupera prestigio. Se cree intimidar a la sociedad con penas que guarden proporción con los delitos imputados, al margen de las características del delincuente. No obstante para inocuizar a los delincuentes reincidentes se olvida la exigencia de la proporcionalidad, y se da paso a condenas largas ajenas incluso a la evolución del interno.

Epílogo

Ya en Ecuador se han producido las denominadas “marchas blancas” a partir de la trágica e injustificada muerte de la niña Fabara en el 2006, en algunas ciudades. En Guayaquil se afirma que la misma congregó a más de cien mil ciudadanos, y otro tanto ocurrió en Quito, Cuenca, etc. Este “movimiento blanco” en Bruselas en 1996 congregó a 300.000 personas, y al igual que lo que

ocurrió en Ecuador estuvo promovido por los medios de comunicación, grupos políticos no progresistas, y contó con la presencia de los padres de la víctima. En Ecuador los atribulados padres presentaron el proyecto de *cadena perpetua*, que fuera incluso entregado a la legislatura ecuatoriana, al tiempo que se clamaba por alimentar un discurso de seguridad ciudadana y de *tolerancia cero* como combate a la delincuencia. Para esto existe un proyecto no consolidado de seguridad pública y ciudadana, lo que nos hace temer mucho por la entronización de un Estado gendarme o policíaco frente a la necesaria supervivencia de un Estado de Derecho.

Recordemos que en Argentina habían ocurrido movimientos ciudadanos y de medios de comunicación con el llamado “caso BLUMBERG”, cuyo padre don Juan Carlos Blumberg sumido en el dolor por el asesinato de su hijo, para el año 2004 había sostenido en el Congreso de la República Argentina, que los organismos de derechos humanos defendían los derechos humanos de los delincuentes.

En Ecuador para octubre 18 del 2006, se reconoce de manera pública el poco respaldo que ha recibido la oficina del subsecretario de Seguridad Ciudadana, por parte del Estado. Han transcurrido cien días desde su creación y ha recibido ningún apoyo, aunque la misma nació al calor de la “marcha blanca” de Guayaquil y los reclamos ciudadanos por el alevoso asesinato de la niña Fabara. Las reuniones del subsecretario con organizaciones ciudadanas, jefes policiales, alcaldes y otras autoridades, han servido únicamente para estudiar y elaborar proyectos, cuya ejecución depende de los recursos que proporcione el Estado²⁷. Se sigue pensando en planes para mejorar la cárcel llamada Penitenciaría del Litoral que alberga a un total de 6000 internos, 5400 varones y 600 mujeres con una capacidad rebasada en un 300%. No se consiguió el incremento de patrulleros policiales, ni la zonifica-

²⁷ Diario EL UNIVERSO, Guayaquil, 18 de octubre del 2006, sección B, p. 9B.

ción real de la ciudad en los 38 cuadrantes diseñados, y está pendiente el enlace entre la Policía, Registro Civil, Corte de Justicia de Guayaquil y la Penitenciaría del Litoral. Se contrató fugazmente un experto israelí de nombre Daniel Adler para capacitar a la Policía en un plan que el experto llamó *Guerra Urbana*, mismo que fue desestimado y motivó el despido del israelita. Ahora se está pensando en un Ministerio de Seguridad Ciudadana independiente del Ministerio de Gobierno, aunque el Ecuador no tiene aun un Ministerio de Justicia!

Debemos concluir recordando lo dicho por RAUL ZAFFARONI: “la función del derecho penal de todo estado de derecho (de la doctrina penal como programadora de un ejercicio racional del poder jurídico) debe ser la *reducción y contención del poder punitivo dentro de los límites menos irracionales posibles*. Si el derecho penal no logra que el poder jurídico asuma esta función lamentablemente habrá fracasado y con él habrá caído el estado de derecho”²⁸.

En otros momentos y de nuestra propia cosecha hemos afirmado, que dentro de una política criminal verdaderamente alternativa, debe analizarse la función de la opinión pública que alimenta la ideología de un derecho penal que es desigual, pero al que se legitima como la respuesta social adecuada frente a la criminalidad. La opinión pública es también portadora de la ideología que pretende legitimar al sistema penal, y reproducir la imagen falsa de la igualdad. No es aventurado decir que determinados medios de comunicación social, provocan la «**alarma social**» y el «**caos ciudadano**», que se convierten en estereotipos manejados políticamente para dar nacimiento a las campañas de ley y orden, en las que se violan sistemáticamente los derechos humanos de los destinatarios de esas campañas antidelinquenciales. Esos mismos medios acallan la información relacionada con el fraude financiero y en general la criminalidad de los grupos de poder que cuenta con respaldo oficial.

²⁸ ZAFFARONI Eugenio Raúl, en *El enemigo en el Derecho Penal*, ob. cit. p. 168.

La contracción del derecho penal, debe ser interpretada como la superación del sistema penal con una menor utilización del derecho penal y de la pena. La pena por ser un mal debe ser utilizada en casos de excepción, y sólo cuando sea socialmente útil y necesaria. Lo anterior no significa la renuncia a defender el régimen de las garantías legales y constitucionales que son propias de la función penal en un Estado de Derecho, pero la vigencia de una mejor democratización conlleva como consecuencia lógica, una menor utilización del aparato represivo punitivo del Estado que es el sistema penal. La posibilidad de cumplir con la aspiración del pensador social demócrata, *Gustav Radbruch*, de sustituir al derecho penal por algo mejor que el derecho penal, debe llevarnos a reflexionar si es posible en el sistema actual de las relaciones de producción y de desigualdad social, cumplir con esa aspiración. Si ya es de por sí difícil una reforma democrática del derecho penal, es mayor el escepticismo de encontrar algo mejor que el derecho penal.

Lo menos que debe proponerse de inmediato, es la discusión en torno al rol que cumple el Derecho Penal en un sistema de producción y de relación social, desenmascarando a los ideólogos del reformismo que son tributarios de los propietarios de los medios de producción, que encuentran en el derecho penal y en los procesos de criminalización, mecanismos disuasores y de sometimiento de las clases subalternas.

No puede tratarse privadamente la deslegitimación del derecho penal ni pretender la imposición de un nuevo Código Penal sino es discutido públicamente. Esto permitirá conocer a través de su contenido, si la delincuencia de mayor costo social propia de los sectores hegemónicos sigue siendo privilegiada por la falta de señalización normativa²⁹.

²⁹ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*. Editorial ARA, Lima, Perú, 2006, p. 432.

SEMINARIO INTERNACIONAL DE EXPERTOS SOBRE LA RECIENTE POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL EN IBEROAMÉRICA

Conclusiones

Los abajo firmantes, profesores permanentes de derecho penal de universidades iberoamericanas presentes en catorce países, reunidos en Málaga (España) los días 13 a 16 de diciembre de 2006 para analizar la reciente evolución de la política legislativa penal en sus respectivas naciones, han constatado lo siguiente:

1. En los últimos años en la mayoría de nuestros países se ha producido una llamativa proliferación de reformas penales que, en buena parte, se han concentrado en materias concernientes a la denominada delincuencia común o clásica, singularmente delitos violentos, patrimoniales, y atentatorios contra la libertad en general o la libertad sexual en particular. El objeto de esas reformas ha consistido, por lo general, en un fuerte incremento de la reacción punitiva, en un importante recorte de garantías procesales y en la eliminación o reducción de beneficios penitenciarios, hasta el punto de que en muchos países se ha dado vía libre a penas de prisión cuya efectiva duración permite calificarlas de prisión perpetua. Al mismo tiempo se tiende a crear nuevas figuras delictivas que duplican, extienden o se superponen a otras existentes, y/o implican una función simplemente simbólica.

2. En países donde se han agudizado los conflictos políticos y sociales se constata un empleo partidista del derecho penal para intentar resolver de forma autoritaria problemas cuya solución

exige la adopción de decisiones fruto de compromisos entre los diferentes agentes sociales.

3. Se valoran positivamente los efectos de renovación de los ordenamientos jurídico-penales nacionales a que la implementación de las Convenciones internacionales está dando lugar, en particular su compromiso con la protección de los derechos fundamentales. Son de apreciar, sobre todo, las nuevas obligaciones surgidas en el ámbito de la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos, protección del medio ambiente, control del fraude fiscal de los sectores sociales poderosos, o persecución del tráfico de seres humanos y de crímenes internacionales.

Sin embargo, se detecta al mismo tiempo una mimética trasposición de las obligaciones adquiridas a países con realidades sociales significativamente distintas, lo que en buena parte deriva de que las organizaciones internacionales y algún país dominante desarrollan un control excesivamente rígido de la implementación de los instrumentos internacionales. Ello impide el desarrollo de políticas criminales diferenciadas, acordes con las necesidades nacionales y sin perjuicio del debido respeto a las obligaciones internacionales contraídas.

4. En cualquier caso, la política criminal en la mayoría de nuestros países y el consecuente proceso de elaboración de las leyes penales ha adquirido o acentuado en los últimos tiempos rasgos especialmente insatisfactorios:

- a. Se ha renunciado a un abordaje integral del problema social de la delincuencia, que tenga en cuenta, tanto una efectiva reacción a su misma aparición, como su prevención mediante la neutralización de los factores de desigualdad y exclusión sociales que están en la base de la mayor parte de los comportamientos delictivos.

En este sentido es especialmente llamativo que las tradicionales diferencias en el afrontamiento del problema criminal entre las corrientes ideológicas conservadoras y progresistas se hayan difuminado en gran medida, de forma que predomina en todo el espectro político una visión simplista de cómo reducir la delincuencia, centra-

da en la directa intervención sobre el delincuente y en su inocuización mediante el encarcelamiento.

- b. A este cambio de modelo de intervención penal han coadyuvado diversos fenómenos sociales:

Los medios de comunicación social prestan una exagerada atención al fenómeno de la delincuencia común, atención que no suele corresponder con su efectiva incidencia en la vida social. Ello produce distorsiones importantes en las percepciones sociales sobre la frecuencia y gravedad de los comportamientos delictivos, lo que desarrolla actitudes punitivas poco fundamentadas.

Los grupos de presión que se han constituido en torno a las víctimas de delitos, dentro de su legítima actividad de movilización social, han terminado adquiriendo en muchos lugares un protagonismo excesivo, de modo que sus aspiraciones monopolizan en ocasiones de forma indebida los objetivos a perseguir por los poderes públicos en el ejercicio del control social penal.

Los grupos políticos se guían cada vez más al elaborar sus propuestas político-criminales por cálculos electorales a corto plazo: Formulan e impulsan iniciativas que les ofrezcan réditos electorales inmediatos, con una notable despreocupación por análisis previos de la realidad social sobre la que pretenden incidir y por las consecuencias reales que una u otra decisión pueden producir en esa realidad y, en último término, en la prevención de la delincuencia. El objetivo es, cada vez con más frecuencia, calmar las inquietudes sociales, antes que lograr éxitos en el control de la criminalidad.

- c. El empeño en combatir con medidas extraordinarias las organizaciones criminales y el terrorismo encierra el peligro de contaminar el tratamiento del resto de la delincuencia.
- d. Consecuencia de todo lo anterior es que la estabilidad y calidad de las leyes penales ha descendido de manera alarmante, tanto en sus exigencias de naturaleza jurídico-formal como, lo que es mucho más preocupante, en el

debido respeto de principios fundamentales inherentes a todo Estado democrático de Derecho. Baste con citar, entre otros, los principios de lesividad, subsidiariedad, seguridad jurídica, responsabilidad por el hecho, humanidad y proporcionalidad de las penas.

5. Ante esta insostenible evolución de la política criminal y la legislación penal, los abajo firmantes consideramos:

- a. Que, sin perjuicio de reconocer que la legitimidad de toda decisión legislativa penal reside en su aprobación por el órgano representativo de la soberanía popular, el poder legislativo, éste no puede ejercer sus funciones de manera arbitraria y está sometido, como todos los órganos del Estado, a la obligación de motivar razonablemente sus decisiones.
- b. Que debemos impulsar decididamente, en nuestra calidad de expertos en el estudio del fenómeno criminal, profundas modificaciones en el ejercicio del control social y en el modo de elaborar la legislación penal.

Estimamos que nuestra función profesional no se agota en contribuir a una aplicación racional de las leyes, a cuyo fin la dogmática jurídico-penal constituye un logro indiscutible. Además, debemos ser capaces de desarrollar una teoría de la argumentación legislativa que garantice un proceso de toma de decisiones ajustado a los parámetros de racionalidad vigentes en nuestras actuales sociedades, y al que, dentro de su margen de legítima opción político-criminal, debiera acomodarse el poder legislativo.

6. Entre los elementos que han de permitirnos alcanzar una legislación penal racional, que saque a la política criminal del coyunturalismo, populismo y oportunismo en el que con tanta frecuencia se ve ahora inmersa, cabe destacar los siguientes:

- a. La adopción de toda decisión legislativa penal debe ir precedida de estudios empíricos detenidos sobre la problemática social en la que pretende incidir, los objetivos perseguidos y las consecuencias previsibles de la decisión. Asimismo deberá disponer de previsiones sobre los recursos económicos y personales necesarios.

- b. Tales estudios deben ser elaborados y hechos públicos por quienes impulsen la iniciativa legislativa, y deberá darse oportunidad para que se sometan a un debate público, sin exclusiones, con todos los agentes políticos y sociales interesados, los cuales deberán poder aportar sus propias perspectivas en un momento en que se esté en condiciones de tomarlas en consideración.
- c. Los precedentes materiales fundadores de la iniciativa legislativa deberán acompañar a ésta durante toda su tramitación, y sus elementos esenciales deberán integrarse en la exposición de motivos de la ley.
- d. Deberán evitarse las tramitaciones parlamentarias sobre temas penales por vía de urgencia, o eludiendo algunos trámites del procedimiento legislativo normal, en especial cuando se de una estrecha relación temporal con sucesos aislados que hayan causado un fuerte impacto o alarma social.
- e. Se deberían establecer mecanismos legales que dificultaran la posibilidad de promover decisiones legislativas penales en momentos muy cercanos a procesos electorales relevantes.
- f. Es en extremo conveniente que se incorporen previsiones constitucionales que exijan mayorías reforzadas para la aprobación de las leyes penales.
- g. Los tribunales constitucionales o equivalentes deberán extender su actuación de control de la validez general de las leyes penales también a partir de alegaciones basadas en una crasa insuficiencia en la motivación de la decisión legislativa.
- h. Los beneficios garantistas de la codificación del derecho penal se mantienen incólumes desde el siglo XIX, de ahí que deba procurarse reducir a un mínimo la existencia de leyes penales especiales, para las cuales, en todo caso, deberán regir los principios de responsabilidad contenidos en el código penal.

En Málaga, a 16 de diciembre de 2006.

FIRMANTES

Alvaro Burgos Mata.
Catedrático de derecho penal.
Universidad de Costa Rica.

Raúl Cervini.
Catedrático de derecho penal.
Universidad mayor de la República.
Uruguay.

Mirenchu Corcoy Bidasolo.
Catedrática de derecho penal.
Universidad de Barcelona.

José de Faria Costa.
Catedrático de derecho penal.
Universidad de Coimbra.

José Luis Díez Ripollés.
Catedrático de derecho penal.
Universidad de Málaga.

Wilman Durán Ribera.
Catedrático de derecho penal.
Bolivia.

Octavio García Pérez.
Profesor titular de derecho penal.
Universidad de Málaga.

Jose Luis Guzmán Dalbora.
Catedrático de derecho penal.
Universidad de Vaparaíso.

Patricia Laurenzo Copello.
Catedrática de derecho penal.
Universidad de Málaga.

Santiago Mir Puig.
Catedrático de derecho penal.
Universidad de Barcelona.

Juan Luis Modolell González.
Catedrático de derecho penal.
Universidad católica Andrés Bello. Ca-
racas.

Moisés Moreno Hernández.
Catedrático de derecho penal.
Centro de estudios de política
criminal y ciencias penales.
Ciudad de México.

Juan Muñoz Sánchez.
Profesor titular de derecho penal.
Universidad de Málaga.

Angel Sanz Morán.
Catedrático de derecho penal.
Universidad de Valladolid.

Alejandro W. Slokar.
Profesor adj unto de derecho penal.
Universidad de Buenos Aires.

Juarez Tavares.
Catedrático de derecho penal.
Universidad estatal de Rio
de Janeiro.

José Urquizo Olaechea.
Catedrático de derecho penal.
Universidad de San Marcos. Lima.

Luis Ramírez García.
Profesor de derecho penal.
Instituto de estudios comparados
en ciencias penales. Ciudad
de Guatemala.

Alfonso Zambrano Pasquel.
Catedrático de derecho penal.
Universidad católica de Guayaquil.

LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Introducción

El ejercicio del poder punitivo estatal tiene límites temporales, que deben ser celosamente respetados para consolidar la vigencia plena de un Estado de Derecho.

El Estado ecuatoriano a partir de la expedición de la Constitución Política del 11 de agosto de 1998 reconoce como uno de los derechos civiles, el derecho a la *seguridad jurídica* y al *debido proceso* (Art. 23, Nos. 26 y 27), y trata *in extenso* los principios rectores y las garantías del debido proceso en el Art. 24, en cuyo No. 1 garantiza el derecho de toda persona para ser juzgada del acuerdo con la ley preexistente al tiempo de los hechos, vale decir, de acuerdo con la ley vigente al tiempo de la comisión del delito. De manera que si una ley vigente al tiempo de la comisión de un hecho delictivo tiene un límite de validez temporal, vencido el cual opera la prescripción o renuncia obligatoria del Estado al ejercicio de su poder punitivo, esta garantía constitucional es de forzoso y obligatorio cumplimiento. Ni siquiera una ley posterior y de excepción podría limitar o violentar un derecho constitucional adquirido que es parte de las garantías del *debido proceso*, como bien señala uno de los íconos mas importantes del derecho penal del siglo 21, el profesor Günther Jakobs¹, al comentar **La sujeción**

¹ GÜNTHER JAKOBS. DERECHO PENAL. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2da. Edición corregida, Editorial Marcial Pons, Madrid 1997. p. 82-83.

a ley y validez temporal, dice: “el comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos sino *por anticipado y con validez general*, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho.

El principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable: especialmente, también la prescripción ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no”. Agregamos por nuestra parte que una ampliación del plazo de la prescripción o una pretendida interrupción de la misma mediante una ley que pretenda irradiar sus efectos retroactivamente, es contraria al Estado de Derecho; y, violenta el principio de la irretroactividad de la ley sustantiva o adjetiva en perjuicio del reo.

Fundamentos doctrinarios de la prescripción

Los jueces están obligados a respetar el **principio de sujeción a la ley**, cuyos efectos pueden ser así resumidos: 1. La determinación de la punibilidad tiene que llevarse a cabo mediante ley (*lex scripta*). 2) La ley tiene que determinar la punibilidad (*lex certa*), debiendo entender por punibilidad el estar un hecho conminado o no con pena, y la medida de esta (*lex stricta*). 3) La determinación ha de realizarse antes del hecho (*lex previa*). Esta prohibición de retroactividad tiene lugar en relación con la validez temporal². Recordemos que los principios rectores para la aplicación de la ley penal en el tiempo, determinan la posibilidad de que una ley posterior pueda aplicarse con carácter retroactivo por excepción, en el evento de que fuese favorable al reo; es decir que se pueden aplicar sus efectos retroactivamente por el principio del *favor rei*. Igual tratamiento debe darse a sus efectos hacia el futuro, pues si una ley vigente al tiempo de los hechos o delitos, es suprimida o reformada, sus efectos en cuanto fuesen favorables se irradian

² Cf. GÜNTHER JAKOBS, ob. cit. p. 88).

hacia el futuro por el *principio de la ultraactividad* de la ley penal. Lo antes dicho es aplicable en el evento de que se modificaren los presupuestos de procedibilidad para la aplicación de la prescripción, pues todos los delitos cometidos antes de la vigencia de la reforma, están sometidos al régimen existente al tiempo de la comisión de tales delitos y no a la ley posterior en cuanto fuese desfavorable.

La validez temporal de la ley penal determina la prohibición de la retroactividad en todo cuanto fuese desfavorable al imputado, pues sólo así se puede sostener válidamente un discurso respetuoso de la seguridad jurídica, que prohíbe la aplicación retroactiva perjudicial al reo. El *principio de legalidad* elevado a la categoría de garantía constitucional del debido proceso en el Art. 24, No. 1 ya invocado, determina el respeto a la ley vigente al tiempo de los hechos. Cumplidos los presupuestos objetivos de procedibilidad para que se produzca la renuncia del poder punitivo que ejerce el Estado, se debe declarar la prescripción del ejercicio de la acción penal y de la pretensión punitiva. Se deben declarar igualmente canceladas todas las medidas de aseguramiento personal o real que se encontraren vigentes al tiempo de declarar la prescripción.

El jurista argentino y hoy Magistrado de la Corte Suprema de la República Argentina, don Eugenio Raúl Zaffaroni nos recuerda que³, “el mas importante y complejo de los impedimentos de perseguibilidad es la prescripción de la acción. Si bien se trata de un instituto de esencia procesal, comparte sus fundamentos con la prescripción de la pena, aunque agregando a estos los específicamente procedimentales, entre los que corresponde relevar fundamentalmente el derecho a un juzgamiento en un tiempo razonable. Este derecho del imputado derivado del principio de razonabilidad aparece afectado cuando el estado –por cualquier motivo– viola los plazos máximo legales para la persecución punitiva,

³ EUGENIO RAUL ZAFFARONI. DERECHO PENAL. Parte General. 1ª edición. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 859–864.

extremo que si bien no debe confundirse con los límites que la ley impone a las penas anticipadas por prisión preventiva, no deja de indicar que en parte se superpone con la problemática de la prescripción penal”. Agregamos que la cuestión del enjuiciamiento dentro de un plazo razonable se vincula necesariamente con el derecho de defensa como parte del debido proceso, vale decir que los plazos legales de persecución, no solo se conectan con razones negativas de auto sanción ante la lentitud burocrática del proceso, sino principalmente con sentido positivo dirigido a las agencias judiciales, para llevar a juicio a los imputados y resolver definitivamente su situación en un plazo razonable.

La justicia penal tiene problemas que tienen que ver con la inflación de las prohibiciones penales y su repercusión en una mayor cantidad de procesos (inflación procesal), la excesiva duración de los procesos penales, especialmente de los llamados “mega-procesos”, y la gran restricción que vienen sufriendo los principios penales liberales como consecuencia de otorgar prioridad a los fines represivos del derecho penal por encima del respeto por los derechos individuales, con la excusa del vertiginoso desarrollo reciente de la criminalidad organizada⁴. En expresiones de Daniel Pastor, “La determinación concreta de los actos interruptivos no puede quedar librada al arbitrio del que decide, quien por detentar ante todo el poder de imponer la pena, está, a su vez, limitado en el ejercicio de aquel poder precisamente por la prescripción. La prescripción penal es un caso paradigmático de esta limitación y este límite no puede ser sobrepasado simplemente porque un tribunal decide incluir como interruptivo en el cheque en blanco de la secuela del juicio que le brindó el legislador algún acto del proceso realizado a tiempo y de modo conveniente para alcanzar tal fin”.

Coincidimos en que dicha delegación del legislador en los jueces, de la fijación de los actos que tendrán por efecto prolongar la punibilidad de una conducta en el tiempo mas allá de lo pre-

⁴ Cf. DANIEL PASTOR, en opúsculo DERECHO PENAL *quo vadis?*, publicado en el periódico digital El Dial, de Buenos Aires.

visto por la ley, es violatoria del principio de legalidad penal y representa una amplificación del poder penal (de su duración) que se encuentra reñida, con los postulados que hoy se proponen desde la orilla de la ciencia humanista y liberal del derecho penal. Para nosotros, sin duda, la prescripción es un mecanismo de contención para evitar el abuso del poder punitivo en un Estado de Derecho! Para don Luís Jiménez de Asúa, “La prescripción en materia penal es un instituto liberador, ora de la acción que nace del delito, bien de la acción que surge de la condena”⁵, y para otro erudito don Francesco Carrara, “En materia penal el tiempo extingue la acción, porque además de hacer difícil la justificación del inocente, hace cesar el daño social merced al presunto olvido del delito, lo cual conduce a la cesación de la impresión moral que nació de él, sea respecto de los buenos en quienes deja de existir el temor, sea respecto de los malvados, en quienes deja de tener influjo el mal ejemplo”⁶.

En estas reflexiones no podemos dejar de referirnos al pensamiento de un preclaro filósofo y conspicuo jurista como es el profesor de la Universidad de Camerino, don Luigi Ferrajoli, autor de la *Teoría del Garantismo Penal* que en su obra monumental DERECHO Y RAZON⁷, reconociendo la crisis de los fundamentos del derecho penal expresada en la falta de correspondencia que existe entre el sistema normativo de las garantías y el funcionamiento efectivo de las instituciones positivas, hace un recorrido teórico por las raíces del modelo garantista recogido por la tradición iluminista, así como por la oposición que contra dicho modelo han ejercido desde hace mas de un siglo la continua emergencia de arquetipos penales premodernos y la interminable tentación de autoritarismo. Ferrajoli, ilustra las múltiples formas de ilegítimi-

⁵ Cf. LUIS JIMENEZ DEASUA. TRATADO DE DERECHO PENAL. Tomo II.

⁶ FRANCESCO CARRARA. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. Vol. I. & 576.

⁷ LUIGI FERRAJOLI. DERECHO Y RAZON. Editorial Trotta, 3ª edición, Madrid, España, 1988, 991 páginas.

dad y de injusticia provocadas por la inadecuación del modelo o por las lesiones contra las garantías individuales.

Frente a la crisis del modelo, propone una reformulación filosófica y política en el marco de una teoría general del garantismo. Es reconocido como el autor de una propuesta de *derecho penal mínimo* fundamental para la plena vigencia de un Estado de Derecho, recordándonos que “el garantismo es el principal rasgo funcional de esa formación moderna específica que es el *estado de derecho*”⁸. El Prof. Ferrajoli, al responder a la interrogante de que es el *garantismo*, nos recuerda que “el modelo penal garantista, aun cuando recibido en la Constitución italiana y en otras Constituciones como parámetro de racionalidad, de justicia, y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o, peor aun si se mira a las prácticas administrativas y policiales.

Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de hacer de aquel una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto...”⁹, para luego referirnos que el *garantismo* designa un *modelo normativo de derecho* “precisamente por lo que respecta al derecho penal, el modelo de ‘estricta legalidad’ propio del *estado de derecho*, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el sistema jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es ‘garantista’ todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva”¹⁰.

⁸ LUIGI FERRAJOLI, ob.cit. p. 855.

⁹ LUIGI FERRAJOLI, ob.cit. p. 851.

¹⁰ LUIGI FERRAJOLI, ob.cit. p. 851-852.

Otros fundamentos penales y procesales de la prescripción

El Prof. Juan Bustos Ramírez penalista chileno en una edición reciente de sus OBRAS COMPLETAS¹¹, al referirse a la extinción de la responsabilidad penal, ubica a la prescripción como una de las causas de su extinción, expresando: “En doctrina se ha discutido sobre la naturaleza de la prescripción. Para algunos tiene un carácter sustantivo penal, para otros es procesal penal. Lo cierto es que en esta discusión se pierde de vista que ambas disciplinas son inseparables, pues ambas guardan relación con el poder punitivo del Estado. Desde esta perspectiva el problema de la naturaleza penal o procesal penal de la prescripción se desvanece. El problema de la naturaleza de la prescripción está ligado al principio de la necesidad de la pena. El transcurso del tiempo afecta directamente a la facultad punitiva del Estado. Tiene la prescripción, en consecuencia una vinculación directa con un principio de carácter básico material en el sistema penal, que informa tanto al Derecho Penal sustantivo como al Derecho Procesal penal”¹². Hace luego una importante diferenciación entre la prescripción del delito y la prescripción de la pena, y se pronuncia a favor de la imprescriptibilidad cuando se trata de los delitos contra la humanidad y en casos de crímenes de guerra.

Como el tema de la prescripción concita igualmente el estudio de los procesalistas, el versado jurista argentino, el Prof. Julio Bernardo José Maier, autor del *anteproyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica* que es la simiente o matriz del modelo acusatorio oral que se ha implantado en toda la América hispanoparlante, desde Chile hasta la República del Salvador, incluyendo a nuestro país con el Código de Procedimiento Penal del año 2000, en su obra mas importante¹³, dice en relación a las causas de ex-

¹¹ JUAN BUSTOS RAMIREZ, OBRAS COMPLETAS. Tomo I, Derecho Penal, Parte General. ARA, Editores, Perú, 2005, 1219 páginas.

¹² JUAN BUSTOS RAMIREZ, ob.cit. p. 746.

¹³ JULIO BERNARDO JOSE MAIER, DERECHO PROCESAL PENAL. Tomo I. Fundamentos. Segunda reimpresión, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2002, 918 páginas.

tincción de la persecución penal en especial la prescripción de la acción: “La prescripción de la persecución penal, como toda causa de extinción, es para nuestro Derecho una causa que excluye la punibilidad del delito, al mismo nivel que las excusas absolutorias, por ejemplo. Ellas no eliminan el delito y solo están fundadas en consideraciones político-criminales que tornan incesaria la imposición de una pena.

El hecho de que las causas de extinción de la persecución penal provoquen, cuando se las comprueba, un efecto preciso en el procedimiento penal, a saber la culminación anticipada del procedimiento con una resolución absolutoria del imputado, y, mas aún, el de que el Derecho procesal penal conceda al imputado la facultad, vinculante para el tribunal penal, de provocar una decisión anticipada acerca de las causas de extinción de la persecución penal (excepciones perentorias), en nada cambia la naturaleza de ellas como causas de exclusión de la punibilidad¹⁴. Posteriormente y al referirse nuevamente a esta renuncia del poder punitivo del Estado, como consecuencia de la duración del proceso penal y del vencimiento de los plazos, que permiten una exclusión de la reacción social formal a través de un proceso penal, nos dice: “Los plazos del procedimiento, en especial el tan debatido derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable (CADH, 8, no 1; PIDC y P, 14, no 3,c) o, según lenguaje de nuestra CSN, a obtener un pronunciamiento definitivo, del modo mas breve posible, que ponga fin a la situación de incertidumbre y restricción de la libertad que comporta el procedimiento penal, están destinados a influir, alguna vez, la institución de la *prescripción* en el Código penal¹⁵.”

Coincidimos con las expresiones del profesor Julio B.J. Maier, y conforme apreciamos nuestro país ha suscrito tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(a los que se refiere), por lo que la tramitación del proceso penal no debe prolongar indebidamen-

te el plazo de prescripción; y, el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, debe provocar la abreviación de los plazos de prescripción, para quien es perseguido en un proceso penal, como veremos que ocurre en Ecuador.

Un reconocido procesalista argentino, Alberto M. Binder en una de sus obras¹⁶, al referirse a los *Niveles en el régimen de la acción*, expresa que “en el desarrollo del régimen de la acción en los sistemas procesales concretos existen tres niveles: 1) uno vinculado a la distribución de facultades o de poderes entre el Estado y la víctima, que es lo que se conoce como división o clasificación de las acciones; 2) un segundo nivel, vinculado a las condiciones y modalidades del ejercicio de la acción, y 3) un tercer nivel que regula los modos de extinción de esa acción¹⁷”. Posteriormente y al referirse al tema que origina estos comentarios, dice: “el tercer nivel está vinculado a la extinción de esa acción penal, es decir, cuáles son las razones que extinguen el derecho que tiene el Estado de perseguir. En primer lugar las razones por las cuales se extingue la acción penal están vinculadas a ciertos hechos: por ejemplo si muere el imputado contra quien se dirige esa persecución penal, obviamente ella ya carece de sentido y se extingue; sobre todo porque en el Derecho penal moderno no se puede extender la penalidad hacia los allegados o hacia las personas vinculadas a ese imputado, tal como ocurría antiguamente. Sin embargo existen otros mecanismos que tienen un mayor contenido político.

El primero de ellos tiene que ver con el tiempo, es decir si la intervención del Estado en la persecución penal requiere una justificación, también debe formar parte de esa justificación el tiempo por el cual se da esa facultad al Estado. Normalmente se admite, para la gran mayoría de delitos, que esta facultad que se le da al Estado está limitada por el tiempo. La institución que regula la

¹⁴ JULIO B. J. MAIER, ob. cit. p. 119.

¹⁵ JULIO B. J. MAIER, ob. cit. p. 160.

¹⁶ ALBERTO M. BINDER. INTRODUCCION AL DERECHO PROCESAL PENAL. 2da. Edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, 364 páginas.

¹⁷ ALBERTO M. BINDER, ob. cit. p. 218.

limitación temporal se conoce como plazo de prescripción. El plazo que se establezca para cada delito varía según la legislación. Sin embargo como la prescripción es una garantía del imputado, no es un problema de la acción, en realidad, sino del régimen de garantías. La prescripción entonces es una institución jurídica que regula el tiempo por el cual se faculta al Estado a ejercer la persecución penal... En fin, a través del régimen de la extinción de la acción penal se están reconociendo en muchas ocasiones que se han provocado soluciones para el caso, que son mucho más civilizadas que el ejercicio del poder penal, o permiten cumplir las finalidades de la administración de la justicia de un modo más acabado”¹⁸.

Otro preclaro jurista alemán, el Catedrático de Derecho Penal, Dr. h.c. mult. de la Universidad de Múnich, Claus Roxin, en su DERECHO PENAL¹⁹, hace un importante aporte en la delimitación de las condiciones de punibilidad y causas de exclusión de la punibilidad respecto de los presupuestos de procedibilidad, recordando que “exactamente igual de polémica que la distinción de las condiciones de punibilidad y causas de exclusión de la punibilidad respecto de las restantes categorías delictivas del Derecho material es su delimitación respecto del Derecho procesal o, más exactamente, de los presupuestos de procedibilidad.

Siempre ha habido opiniones diversas sobre si la querrela requerida en los delitos perseguibles a instancia de parte es una condición objetiva de punibilidad o un presupuesto de procedibilidad, o si la inmunidad o la extraterritorialidad son causas de exclusión de la punibilidad o presupuestos de procedibilidad, o si la prescripción y el indulto son causas de supresión de la punibilidad o presupuestos de procedibilidad”²⁰. Esta polémica se refleja en la falta de claridad que existe para delimitar el Derecho mate-

rial y el Derecho formal. El profesor Roxin que es además un reputado procesalista, nos dice que “la prescripción elimina así mismo la punibilidad, sin que el hecho tenga siquiera que haber llegado a conocerse o haber provocado medidas procesales. Por eso según la teoría de Kaufmann, todos estos elementos constituyen condiciones de punibilidad o causas de exclusión de la punibilidad y pertenecen al Derecho material”²¹.

Agregamos que si se reconoce que la falta de necesidad de pena o la prioridad de determinadas finalidades extrapenales pueden plasmarse no sólo en el Derecho material, sino también en el Derecho procesal, de ahí podemos convenir que no resultaría correcta la llamada teoría de “doble naturaleza”, según la cual determinadas instituciones jurídicas pertenecen tanto al Derecho material como al Derecho procesal, no obstante esta teoría es defendida por un sector de la doctrina, frente a instituciones como la prescripción; debemos si reconocer, que aún si se ubica a la prescripción en el ámbito del Derecho material sus efectos y repercusiones se irradian al Derecho procesal, al declarar extinguida la acción penal o la pretensión punitiva que es consecuencia del ejercicio de la acción penal. Podemos encontrar fundamentos para la prescripción, en la desaparición de la necesidad de la pena operada por el decurso del tiempo como razón jurídico-material, en tanto que las dificultades probatorias que aumentan con el tiempo, son el fundamento procesal de la exclusión de la pena.

Como bien dice Claus Roxin, “tanto la extinción de la necesidad de la pena como la desaparición de la prueba conducen conjuntamente a la conclusión de que en los casos de prescripción el castigo estaría contraindicado a efectos preventivos, porque un proceso que se llevara a cabo con medios probatorios inidóneos sólo provocaría nueva intranquilidad social y no contribuiría en nada a La estabilización de la paz jurídica”²².

¹⁸ ALBERTO M. BINDER, ob. cit., p. 223, 224 y 225.

¹⁹ CLAUS ROXIN. DERECHO PENAL. Parte General. Tomo 1, Thomson, Civitas, reimpresión, 2003. Madrid-España, 1071 páginas.

²⁰ CLAUS ROXIN, ob. cit., p. 984. Tomo 1, Thomson, Civitas, reimpresión, 2003,

²¹ CLAUS ROXIN, ob. cit., p. 987.

²² CLAUS ROXIN, ob. cit., p. 991.

La prescripción en el ordenamiento penal ecuatoriano

Un gran cultor de las ciencias penales como es el profesor ecuatoriano don Jorge E. Zavala Baquerizo, en la edición reciente del Tomo VII de su TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL²³, nos ilustra con respecto a las excepciones procesales penales que pueden ser *dilatorias* y *perentorias*, y al referirse a la prescripción dice “la prescripción penal es una excepción procesal penal perentoria científicamente diferente a la prescripción civil. La prescripción civilmente considerada depende del abandono del ejercicio de un derecho, como diría Fornatti, en tanto que en el campo penal la prescripción es la cancelación de la potestad punitiva que tiene el Estado, por el mero transcurso del tiempo”²⁴.

La prescripción como concepto de olvido por el curso del tiempo y/o de renuncia del Estado al ejercicio del poder punitivo por la mora en resolver la imputación, es de vieja data, el mismo profesor Zavala Baquerizo recuerda que, “también se dice en defensa de la prescripción que con el transcurso del tiempo la persona se enmienda y si se considera que otro de los fines de la pena es la resocialización del condenado, o la adaptación social de éste, al ser ejecutada la pena después del transcurso de un largo tiempo, no cumpliría ninguna finalidad, pues ya el individuo ha demostrado que ha aceptado las normas sociales y jurídicas. El mismo argumento es válido cuando se habla de la prescripción del ejercicio de la acción o de la prescripción de la pretensión punitiva exhibida en el proceso penal, pues si éste, como lo hemos reiterado, tiene por finalidad la imposición de la pena, la tardía iniciación del proceso penal sería odiosa a la sociedad y ésta se daría la idea de que la ejecución de la pena sería un acto de venganza y no de protección jurídica”²⁵.

²³ JORGE E. ZAVALA BAQUERIZO. TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL. Tomo VII, editado por EDINO, Guayaquil, Ecuador, 2006, 342 páginas.

²⁴ JORGE E. ZAVALA BAQUERIZO, ob. cit., p. 307.

²⁵ JORGE ZAVALA BAQUERIZO, ob. cit., 309. p. 314.

Para nosotros, los razonamientos son igualmente válidos cuando se ha iniciado un proceso penal y se interrumpe o suspende, caso en que el plazo sigue corriendo fatalmente, y vencido el mismo se produce *ipso iure* la pérdida de la potestad punitiva que ejerció el Estado iniciando el proceso penal que va a concluir de una manera anormal. La prescripción en el Ecuador es de naturaleza sustantiva con efectos procesales, pues lo que se extingue en realidad no es el delito sino el poder de penar que tiene el Estado. La prescripción no incide en la estructura del delito, por cuanto éste, por el transcurso del tiempo no desaparece ni se altera, salvo el caso de reforma legal, que ya no es materia de prescripción²⁶.

En Ecuador pueden presentarse casos en que la prescripción pone fin a la relación jurídico-procesal ya iniciada, y funciona en cualquier etapa del proceso, aún en casos en que la sustanciación del proceso se suspenda por ausencia o fuga del procesado, o que se encuentre en fase de sustanciación en el nivel más alto por el grado, como sería ante una de las salas especializadas de lo penal de la Corte Suprema de Justicia. Cabe recordar que la prescripción puede ser planteada como incidente de previo y especial pronunciamiento por el fiscal o por el acusador, y debe ser declarada, aun de oficio, por el juez por expreso mandato del Art. 114 del Código Penal vigente.

En el sistema penal ecuatoriano podemos hablar con propiedad de la **prescripción de la acción penal**, aplicable al caso en que no se ha iniciado el proceso penal, pues entendemos a la acción penal como el derecho potencial a promover la iniciación de un proceso penal; y, podemos hablar de la **prescripción de la pretensión punitiva**, misma que se produce cuando se ha ejercido ya la acción penal y nos encontramos en un proceso penal en el que vive el ejercicio del poder punitivo que tiene el Estado.

El Código Penal vigente, dice en el tema de la prescripción lo que sigue: **Art. 101.-**²⁷ “Toda acción penal prescribe en el tiempo

²⁶ Cf. JORGE E. ZAVALA BAQUERIZO, en ob. cit.

²⁷ Reformado por el Art. 6 de la Ley 2001-47, R. 75, R. O. 635, 7-VIII-2002.

y con las condiciones que la ley señala. En el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se observarán las reglas que siguen: Tanto en los delitos de acción pública como en los delitos de acción privada se distinguirá ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no enjuiciamiento. A excepción de los casos de imprescriptibilidad de las acciones y de las penas previstas en el último inciso del número 2 del artículo 23 y en el segundo inciso del artículo 121 de la Constitución Política de la República, en los demás delitos reprimidos con reclusión, cuyo ejercicio de acción es público, de no haber enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribirá en diez años; tratándose de delitos reprimidos con reclusión mayor especial, la acción para proseguirlos prescribirá en quince años. Tratándose de delitos reprimidos con prisión, la acción para perseguirlos prescribirá en cinco años. El tiempo se contará a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada.

En los mismos delitos de acción pública, de haber enjuiciamiento iniciado antes de que aquellos plazos se cumplan, la acción para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos, contados desde la fecha del autocabeza de proceso. Si el indiciado se presentare voluntariamente a la justicia en el plazo máximo de seis meses posteriores al inicio de la instrucción, los respectivos plazos se reducirán a diez años en los delitos reprimidos con reclusión mayor especial; a ocho años en los demás delitos reprimidos con reclusión; y, a cuatro años en los delitos reprimidos con prisión. En estos casos, los plazos se contarán desde la fecha del inicio de la instrucción. No surtirá efecto esta regla en caso de reincidencia.

En los delitos de acción privada, la acción para perseguirlos prescribirá en el plazo de ciento ochenta días, contados desde que la infracción fue cometida. Iniciada la acción y citado el querellado antes del vencimiento de ese plazo, la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querrela. La acción penal por delitos reprimidos sólo con multa se extinguirá en cualquier estado del juicio, por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito, y de las indemnizaciones, en los casos en que hubiere lugar. Si la prescripción se hubiese operado por la falta de despacho oportuno de los jueces, éstos serán castigados por el superior con la multa de cuarenta y

cuatro a cuatrocientos treinta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América, quedando a salvo la acción de daños y perjuicios a que hubiere lugar contra dichos funcionarios, de conformidad con lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil.

En la misma pena incurrirán los funcionarios del ministerio público y secretarios de cortes y juzgados por cuya negligencia se hubiere operado la prescripción. De haber acusador particular, o de tratarse de querrela, la multa se dividirá en iguales partes entre la administración de justicia y el acusador. La parte de multa que corresponda a la administración de justicia será invertida por la Corte Suprema en su caso, o por la respectiva Corte Superior que hubiere impuesto la multa, en gastos generales de la administración de justicia”.

El mismo Código Penal prevé la posibilidad de la interrupción de la prescripción señalando, **Art. 108.-** “Tanto la prescripción de la acción como la de la pena se interrumpen por el hecho de cometer el reo otra infracción que merezca igual o mayor pena, antes de vencerse el tiempo para la prescripción”. Es factible tanto el ejercicio del derecho a deducir la excepción procesal penal perentoria de prescripción, como el cumplimiento del mandato que le impone al juez actuar de oficio, de acuerdo con la disposición del mismo Código Sustantivo, en el **Art. 114.-** “La prescripción puede declararse a petición de parte, o de oficio, necesariamente, al reunirse las condiciones exigidas en este Código”.

Es importante tener presente el Código Penal vigente al tiempo de los hechos que son el objeto jurídico de un proceso penal y que debe aplicarse para los efectos de la prescripción, al tenor de lo que dispone el **Art. 24 numeral 1** de la Constitución Política de la República. Antes de la reforma el Código Penal establecía: **Art. 101.-** “Toda acción penal prescribe en el tiempo y con las condiciones que la ley señala. En el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se observarán las reglas que siguen: Tanto en los delitos de acción pública como en los delitos de acción privada se distinguirá ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no enjuiciamiento. En los delitos de acción pública de no haber enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribirá en diez años en tratándose de infracciones reprimidas con reclusión, y en cinco

años en tratándose de infracciones reprimidas con prisión. En ambos casos el tiempo se contará a partir de la fecha en la que la infracción fue perpetrada. En los mismos delitos de acción pública, de haber enjuiciamiento iniciado antes de que aquellos plazos se cumplan, la acción para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos, contados desde la fecha del autocabeza de proceso. Caso de que el indiciado se presentare voluntariamente a la justicia en el plazo máximo de seis meses posteriores al auto inicial, los respectivos plazos se reducirán a ocho años en los delitos reprimidos con reclusión; y, a cuatro años en los delitos reprimidos con prisión, contados así mismo de la fecha del autocabeza de proceso. No surtirá efecto esta regla en caso de reincidencia.

En los delitos de acción privada, la acción para perseguirlos prescribirá en el plazo de ciento ochenta días, contados desde que la infracción fue cometida. Iniciada la acción y citado el querellado antes del vencimiento de ese plazo, la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querrela. La acción penal por delitos reprimidos sólo con multa se extinguirá en cualquier estado del juicio, por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito, y de las indemnizaciones, en los casos en que hubiere lugar. Si la prescripción se hubiese operado por la falta de despacho oportuno de los jueces, éstos serán castigados por el superior con la multa de quinientos a cinco mil sucres, quedando a salvo la acción de daños y perjuicios a que hubiere lugar contra dichos funcionarios, de conformidad con lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil...".

La normativa supranacional, la duración razonable del proceso penal y la prescripción

El Ecuador ha suscrito tanto la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en consecuencia son vinculantes para el Estado ecuatoriano y forman parte de la normativa que relacionada incluso con los Derechos Humanos y Garantías determinadas en los pactos, tratados y convenios, debe respetarse en el país, según el expreso mandato contenido en la **Constitución Política** vigente desde el 11 de agosto de 1998 que en la parte pertinente preceptúa:

Título III DE LOS DERECHOS, GARANTÍAS Y DEBERES.

Capítulo 1. PRINCIPIOS GENERALES: Art. 16.- “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”. **Art. 17.-** “El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”. **Art. 18.-** “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”. **Art. 19.-** “Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”.

En cuanto a la jerarquía jurídica de la normativa internacional dice nuestra Constitución: **Art. 163.-** “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

Transcribimos la parte pertinente de la Convención y del Pacto. **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS²⁸. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.** 1. Toda per-

²⁸ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

sona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...**Artículo 8. Garantías Judiciales.** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS²⁹. **Artículo 9** .1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 3. tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. **Artículo 14.** 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas...”

Dejamos expresa constancia que la Constitución de Ecuador vigente desde 1998, reconoce la imprescriptibilidad de determinados delitos, pero que dicha norma que crea un régimen penal de excepción es aplicable para lo venidero es decir para los delitos cometidos a partir de su vigencia, siendo improcedente en casos anteriores, pues no se puede aplicar con criterio retroactivo, el contenido constitucional en perjuicio del reo.

Dice la Constitución: **Art. 121.-** “Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y ad-

ministración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado. Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad”.

Igualmente el **Art. 23** de la Carta Magna de nuestro país reconoce la imprescriptibilidad para otro tipo de delitos, consagrando en el numeral 2, último párrafo: “Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad”. Cabe aquí el mismo comentario, en el sentido de que la ley dispone para lo venidero y que no se pueda aplicar la disposición constitucional con carácter retroactivo en perjuicio del reo o imputado.

Causas de suspensión e interrupción, en ciertos casos

La Doctrina y nuestra normativa han previsto que toda acción, sea pública, privada o de instancia privada, cualquiera sea la naturaleza de la infracción o de la pena que la reprime, está sujeta a prescripción. Existen, sin embargo, leyes que establecen importantes alteraciones al régimen clásico y común en materia de prescripciones, como puede apreciarse en leyes especiales como la 108 en Ecuador, que se refiere al tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; y, puede darse el caso de que la propia Constitución establezca un régimen especial con respecto a la prescripción, el indulto o la amnistía como, como ocurre en Ecuador a partir del 11 de agosto de 1998.

²⁹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

La prescripción tiene un **fundamento subjetivo y objetivo**. El **aspecto subjetivo**, presenta dos facetas: en **primer lugar**, la ley acuerda la prescripción cuando la parte lesionada por un delito no ejerce la acción durante un largo tiempo por presumir que dicha persona (víctima) no tiene interés en la represión del delito. En **segundo lugar** y con relación al delincuente, la ley presume que si ha transcurrido un largo tiempo sin que el delincuente haya cometido un nuevo delito es porque este se ha enmendado y entonces, al Estado le interesa mucho más esa enmienda que la persecución de un delito cometido en un pasado lejano.

Desde el **punto de vista objetivo**, el fundamento de la prescripción esta dado por el hecho de que, pasado un cierto tiempo desde la comisión de un delito, ya no existe interés social en reprimirlo. En nuestro derecho, la acción prescribe en distintos plazos conforme sea la cantidad de pena, que corresponda. El plazo de la prescripción comienza a correr desde la medianoche del día en que el delito se cometió y si este fuese continuo, desde la medianoche del día en que dejó de cometerse.

La prescripción puede ser interrumpida, y en este caso, el efecto, es el de borrar todo el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y a partir del momento de la interrupción vuelve a iniciarse el cómputo. Debe tenerse en cuenta que, tanto respecto de la suspensión como de la interrupción, la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los autores del delito, cuando el mismo haya sido perpetrado por más de una persona. Tratándose la prescripción de la acción penal de una cuestión de hecho y por lo tanto de prueba, no es posible enunciar en la materia reglas genéricas. Se deberá analizar cada caso. Tanto la prescripción como la amnistía son causas de «extinción de la acción penal». Se trata en ambas de que un hecho delictivo, cuya comisión origina la posibilidad de legítima persecución penal, no sea más perseguible a partir de cierto momento; cuando se cumple el plazo de prescripción, cuando entra en vigor la ley de amnistía. La amnistía es entonces, en cierto sentido, una decisión valorativa (política) de que la acción y la pena, prescriban.

La prescripción y la amnistía

Se suele indicar como uno de los fundamentos políticos de la prescripción, la dificultad probatoria derivada del transcurso del tiempo y la disminución de la necesidad del castigo, la amnistía - que implica un olvido o un perdón- no tiene su fundamento en el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, sino en la necesidad de tranquilizar a la sociedad, restablecer la paz y la concordia social. La prescripción tiene un carácter individual y personal, en el sentido de tener diferente extensión según el grado de participación de cada sujeto, la amnistía tiene un carácter objetivo y general. El plazo de la prescripción esta determinado según la gravedad del delito y de la pena, la amnistía, una vez que la ley define el marco de los hechos alcanzados por el perdón, no condiciona el beneficio a la mayor o menor gravedad del hecho cometido, sino a la circunstancia de que sea de uno de aquellos cuyo olvido restablecería la concordia.

La prescripción es siempre una referencia a un lapso transcurrido, la amnistía no opera en función del mayor o menor tiempo transcurrido desde la comisión del delito y es frecuente que alcance a delitos políticos cometidos en momentos cercanos a la ley misma. La amnistía es una «extinción de la acción», que solo puede operar para hechos ya cometidos y que no promete nunca el perdón futuro. Entonces, un régimen de prescripción de la acción promete al autor eventual de un hecho delictuoso en qué momento la sociedad se olvidará de su delito o lo perdonará, si transcurre un cierto tiempo desde la comisión del hecho y deja de ser un régimen de prescripción, si reduce retroactivamente el plazo sin alcanzar también con el beneficio, a los hechos futuros. La amnistía, por el contrario, es, necesariamente, sólo un perdón de lo ya ocurrido.

Cabe otra reflexión: ¿es conveniente declarar de oficio la prescripción de la acción penal? En efecto, el principio de retroactividad de la ley penal más benigna también rige en lo atinente a los mecanismos de extinción de la acción, ya que este extremo está incluido en el concepto de irretroactividad que establece el art. 2 del Código Penal, y que prevé el Art. 24, en los numerales 1 y 2 de la Constitución vigente. Es pertinente declarar de oficio la pres-

cripción de la acción penal, si se cumplen los presupuestos de procedencia de la misma, pues la extinción de la facultad persecutoria penal, debe ser así declarada, pues es un criterio consolidado que la prescripción puede (y debe) ser declarada, en cualquier instancia del proceso y por cualquier tribunal, por tratarse de una cuestión de orden público que, como tal, opera de pleno derecho, por el sólo «transcurso del tiempo».

Los presupuestos de procedencia o requisitos positivos y negativos, que establece la ley, para evitar la continuación de juicios innecesarios, pueden así resumirse: a) el transcurso del plazo pertinente, y, 2) la inexistencia de actos procesales interruptores y la no comisión de un nuevo delito. Por otro parte, el nuevo esquema decidido por el legislador se halla comprendido en sus efectos por el principio de retroactividad de la ley penal más benigna³⁰. Por ello, si se constata el cumplimiento de todos los requisitos legales del instituto de la prescripción de la acción penal, corresponde declarar su extinción respecto de los procesados en que se cumplen los mismos.

Se presta para el debate y el juicio axiológico la nueva legislación que tiene rango constitucional, en materia de delitos contra la humanidad o relacionados con abuso de poder en el ejercicio del cargo, para obtener beneficios económicos, a la luz de los principios de oportunidad y conveniencia; sin perjuicio de la indudable justicia, contenida en la aspiración de que los procesos se sustancien en el plazo más breve factible. En la situación del juez, así como no es posible controvertir la reducción de la pena que corresponda a un determinado delito cuando ella es establecida por medios constitucionales idóneos, tampoco aparece posible efectuar cuestionamientos a la norma sancionada siguiendo iguales cánones.

³⁰ Cf. Art. 2º del Código Penal; 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 24, numeral 2 de la Constitución Política. 14.

En el caso de Ecuador, el juez es custodio de la constitucionalidad, conforme lo prevé el Art. 274, el mismo que dice: “Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio”.

El plazo aplicable en Ecuador, para declarar la prescripción

De la exposición que antecede apreciamos que el sistema penal ecuatoriano tiene una doble opción en materia de prescripción, aplicable según los casos:

A) Una prescripción con plazos normales: misma que se produciría en el evento de que el sindicado no hubiese comparecido al proceso, de manera que si el o los sindicatos no hubiesen comparecido al proceso en delito sancionado con pena de reclusión, el plazo de acuerdo con la normativa anterior se contaba a partir de la ocurrencia de los hechos o del autocabeza de proceso, y era de 10 años. Con la normativa vigente el plazo puede aumentar a 15 años, conforme hemos señalado precedentemente.

B) Una prescripción con un plazo de excepción o privilegiado; que tendría lugar cuando el indiciado se presentare voluntariamente a la justicia, en el plazo máximo de seis meses posteriores al autocabeza de proceso (normativa anterior), caso en el que los respectivos plazos se reducían a 8 años en los delitos reprimidos con reclusión, y a cuatro años en los delitos reprimidos con prisión.

¿Como debe interpretarse la presentación voluntaria a la justicia?

Debe ser interpretada como la comparecencia al proceso, aún para el evento de que el sindicado tuviese pendiente un auto de prisión preventiva, y en tal condición estuviese prófugo. Esta interpretación ha sido recogida mediante resoluciones dictadas por

Salas de la Corte Suprema de nuestro país; la una resolución es del siguiente tenor³¹: “El inciso sexto del Art. 101 del Código Penal dispone que ‘caso de que el indiciado se presentara voluntariamente a la justicia, en el plazo máximo de seis meses posteriores al auto inicial’, la prescripción de la acción penal operará en ‘ocho años en los delitos reprimidos con reclusión, y en cuatro años en los delitos reprimidos con prisión, contados así mismo desde la fecha del autocabeza de proceso’, toda vez que se reducen los plazos ordinarios de diez y de cinco años, según sea el delito sancionado con reclusión o prisión.

El legislador en dicho inciso no ha dispuesto que la presentación voluntaria a la justicia sea en el caso de que se haya dictado auto de detención; y de interpretarse en este sentido, los sindicados contra quienes se haya expedido orden de detención después de seis meses de iniciado el enjuiciamiento, no gozarían de este derecho, lo que resultaría injusto y contra el espíritu de la ley. Si la Ley en el inciso que se menciona, no es clara, existe caso de duda, en cuyo supuesto debe interpretarse ‘en el sentido mas favorable al reo’, como imperativamente ordena el Art. 4 del Código Penal”.

Otra resolución, dice³²: “TERCERO.- Que la presencia del indiciado en el juicio penal posibilita su prosecución, mientras que la ausencia del reo motiva la suspensión de la acción en la etapa plenaria, razón por la cual el Código Penal en el inciso sexto del artículo 101 en consideración a la conducta positiva del indiciado que comparece al juicio (**el subrayado es nuestro**) reduce en su beneficio el tiempo de la prescripción a cuatro años cuando se trata de delitos sancionados con prisión, y a ocho años cuando se trata de delitos sancionados con reclusión; en ambos casos contados desde la fecha en que se hubiere expedido el autocabeza de proceso. CUARTO.- Que para aplicar el tiempo reducido de pres-

cripción basta que el indiciado comparezca al juicio en el plazo máximo de seis meses posteriores al auto inicial – sin que sea necesario que se encuentre detenido -; pues el inciso sexto del artículo 101 del Código Penal exige tan solo la presentación del indiciado ante el juez, pero no su detención (**el subrayado es nuestro**).

QUINTO.- Que es clara la disposición legal que reduce el tiempo de la prescripción por la sola comparecencia del indiciado al juicio; y que si no lo fuera –por existir duda sobre lo que significa que el indiciado se presente voluntariamente a la justicia– debe interpretarse la norma legal en el sentido mas favorable al reo como imperativamente ordena el artículo 4 del Código Penal...OCTAVO.- Que el autocabeza de proceso en la presente causa aparece dictado el 18 de enero de 1993, por la Juez Tercero de lo Penal de Cañar; y que ...el indiciado comparece al juicio el 21 de enero de 1993; esto es inmediatamente después de haber sido citado, y por lo tanto dentro del plazo de seis meses establecido en el inciso sexto del artículo 101 del Código Penal... esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en base a lo dispuesto por el inciso sexto del artículo 101 del Código Penal, declara la prescripción de la acción penal incoada.”

Epílogo

La prescripción del ejercicio de la acción se fundamenta en el paso del tiempo sin que las partes o los jueces hayan resuelto la acción, vale decir, que se haya dictado sentencia en firme; por tanto opera el olvido, si no han existido motivos legales que suspendan o interrumpan la prescripción.

Estamos convencidos igualmente de la necesidad histórica de fortalecer la plena vigencia de un *Estado de Derecho*, como se proclama nuestro país constitucionalmente, para cuyo cumplimiento en determinados casos resulta imprescindible tomar decisiones trascendentales que restablezcan la credibilidad en el imperio de la ley, y en el reconocimiento del derecho que le asiste a cualquier ciudadano para que se cancele la potestad punitiva que ejerce el Estado a través del sistema penal. Resulta un mecanismo idóneo de contención para evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo,

³¹ Del 21-XI- 69, publicada en Gaceta Judicial. Serie. XI, No. 8, p. 1114.

³² Del 22-XII-97. Expediente No. 528-95, publicada en el Registro Oficial 269, 5-III-98.

la utilización del derecho penal con instituciones como la prescripción tanto de la acción como de la pretensión punitiva; y, cuando fuese del caso llegando inclusive a la prescripción de la pena. Esta es una manera lógica y racional de poner límites al ejercicio del poder punitivo estatal!

REFLEXIONES SOBRE LA TEORIA DE LA PARTICIPACION

En la versada opinión del Prof. EUGENIO RAUL ZAFFARONI, el penalista mas importante de esta parte del mundo hispano parlante, al referirse a la configuración jurídica de la concurrencia de personas, “como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación (concurrencia o concurso) de personas en el delito*, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad.

Cabe precisar que la expresión *participación*, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, *participación* es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas *toma parte en el delito*, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por *participación* el fenómeno por el que una o mas personas *toman parte en el delito ajeno*, siendo *partícipes* sólo los *cómplices* y los *instigadores*, con exclusión de los autores” (DERECHO PENAL. *Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735).

Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad. Se consideran autores a quienes cometen el delito de

propia mano, como bien dice el profesor GÜNTHER JAKOBS, “autor es siempre quien comete el hecho por si mismo, es decir quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito (DERECHO PENAL, *Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da. Edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744).

El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por si mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración. Como expresa el propio JAKOBS, “El Derecho Penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo (ob. cit. p. 745). En la dogmática penal se llega a considerar a un partícipe con el mismo nivel de culpabilidad y de responsabilidad que el autor, pues en ocasiones la participación es de tal gravedad que sin su concurso el hecho no se habría producido.

En el ordenamiento penal ecuatoriano de acuerdo con el Art. 44 del Código Penal, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido, esto es lo que denominamos *cómplices primarios* o *necesarios*, vale decir que sin ser técnicamente autores se los reputa como tales para efectos de la determinación de la pena; como dice E.R. ZAFFARONI, “quienes hacen el aporte necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los cooperadores necesarios, a quienes se les depara el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesarios (ob. cit. p. 736-737); y, se reserva la calidad de *cómplices secundarios* o *accesorios* a aquellos cuya participación es intrascendente, es decir que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso; la *complicidad secundaria* es aquella a la cual se refiere el Art. 43 del Código Penal ecuatoriano.

En el concepto del Prof. JAKOBS, uno de los icónos mas importantes del Derecho Penal en el siglo 21, “cuantas mas personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta *una aportación de la medida de las demás aportaciones*; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe” (ob. cit. p. 751). Esto es, que el cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de ejecución, se convierte en coautor.

POLÍTICA CRIMINAL,
se terminó de imprimir en
la ciudad de Lima, en el mes
de noviembre de 2009.