

**Alfonso Zambrano Pasquel
Profesor de Derecho Procesal Penal
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil**

**PROCESO PENAL Y GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES**

2005

***A la memoria siempre presente
del recordado amigo y jurista excepcional
Prof. Dr. Dn. Edmundo Durán Díaz (+)***

***A la envidiable y permanente sabiduría
del prominente y extraordinario jurista
Prof. Dr. Dn. Jorge E. Zavala Baquerizo***

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL:
Dr. Michel Doumet Antón
RECTOR**

**Ec. Mauro Toscanini Segale
VICERRECTOR GENERAL**

**Dra. Cecilia Vera de Gálvez
VICERRECTORA ACADÉMICA**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS**

CONSEJO DIRECTIVO

**Dr. Iván Castro Patiño
DECANO**

**Dr. Carlos Estarellas Velázquez
DIRECTOR CARRERA DE DERECHO**

**Lcda. Elizabeth Larrea de Granados
DIRECTORA CARRERA DE TRABAJO SOCIAL
Y DESARROLLO HUMANO**

**Ab. Ernesto Salcedo Verduga
PROFESOR REPRESENTANTE PRINCIPAL**

**Ec. Mercedes Arellano de Duque
PROFESORA REPRESENTANTE SÚLENTE**

**Ab. María Mercedes Ceprián Haz
COORDINADORA ADMINISTRATIVA**

**Ab. Taryn Almeida Delgado
COORDINADORA ACADÉMICA**

**Jorge Albornoz Rosado
PRESIDENTE ASOCIACIÓN DE ESTUDIANTES DE DERECHO**

**Christopher Muñoz Sánchez
PRESIDENTE ASOCIACIÓN DE ESTUDIANTES
DE TRABAJO SOCIAL**

NOTA DEL DECANO

Con la publicación de esta obra del Doctor Alfonso Zambrano Pasquel, se concreta la iniciativa de este Decanato y el Consejo Directivo de nuestra Facultad, de fomentar la producción de obras jurídicas inéditas, escritas por nuestros más destacados profesores.

El proyecto de crear una “Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia”, ha sido posible cristalizarlo gracias al generoso aporte de la M. I. Municipalidad de Guayaquil, y el interés en impulsar la producción académica del Alcalde, Abogado Jaime Nebot Saadi y del Procurador Síndico Municipal, Doctor Miguel Hernández Terán, destacados egresados de nuestro claustro universitario.

El Consejo Directivo de la Facultad ha tenido el acierto de designar a la Profesora Corina Navarrete Luque como Directora del programa Biblioteca de Autores y con ella impulsaremos en el presente año 2005 la publicación de, al menos, cuatro obras de esta colección.

La edición y distribución de los libros que componen la Biblioteca de Autores ha sido confiada a una de las más prestigiosas casas editoriales del Ecuador, como es la Corporación de Estudios y Publicaciones, asegurando así la calidad en su presentación y amplia distribución a nivel nacional e internacional.

Sirva la oportunidad del inicio de nuestra colección para reiterar la invitación a nuestros profesores para que escriban y nos la entreguen para su publicación una obra que aporte al engrandecimiento de la bibliografía jurídica ecuatoriana y para ratificar el compromiso, de todos quienes conformamos la Facultad, a favor de la vigencia del derecho y de sus perennes ideales de libertad y justicia.

Guayaquil, junio del 2005

Dr. Iván Castro Patiño

DECANO

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

NOTA DE LA COORDINADORA

Hay un viejo adagio que señala que todo hombre debería tener un hijo, plantar un árbol y escribir un libro, para así haber cumplido con la vida. Esta aseveración es correcta pues con ello se asegura la permanencia de la especie, se conserva el medio ambiente y se transmiten los conocimientos adquiridos a la comunidad y no se pierden cuando esa persona ya no se encuentre en el mundo terrenal.

Siguiendo ese camino, la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, por iniciativa de su Decano, Dr. Iván Castro Patiño, y Consejo Directivo, creó la Biblioteca de Autores de la Facultad, con el ánimo de incentivar a sus profesores la investigación y la publicación de sus obras, de orden jurídico y social, con el fin de entregar a la comunidad ecuatoriana dichos textos y contribuir al desarrollo de su formación académica.

No hay mayor acierto que, la primera obra de la Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia sea de la autoría del Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, catedrático en materia penal de la Carrera de Derecho por más de veinticinco años en nuestra Facultad, reconocido jurisconsulto penalista no solo nacional sino internacionalmente y consagrado autor de obras jurídicas que han tenido gran acogida por parte de todo estudioso del Derecho.

Esta primera obra “El Proceso Penal y las Garantías Constitucionales” no solo recoge lo que modestamente ha manifestado su autor “algunas reflexiones relacionadas con el campo penal, procesal penal y criminológico, que seguramente se enriquecerán con las críticas constructivas de los entendidos”, sino los profundos conocimientos y el dominio del tema que profesa el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel.

Es un honor para mí como Directora de la Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, poner a disposición de la comunidad ecuatoriana la presente obra que seguramente enriquecerá en conocimientos a todo aquel que la estudie y que servirá de texto de consulta de todo profesional en derecho.

Ab. Corina Navarrete Luque
Directora Biblioteca de Autores
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

NOTA DE LA EDITORIAL

La Corporación de Estudios y Publicaciones con mucho agrado apoya la valiosa iniciativa que tiene la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil al publicar esta serie editorial denominada “Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia”; la misma que contribuirá a la difusión de la Ciencia del Derecho en el país.

La CEP, cumpliendo con la misión que mantiene durante más de cuarenta años; esto es, la edición y publicación de Códigos, Leyes y Obras Jurídicas, ha puesto a órdenes de tan prestigiosa institución todo su contingente, como un apoyo al noble objetivo de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, que es el de difundir el conocimiento.

En esta oportunidad, hemos establecido una alianza estratégica con la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, con el fin de coadyuvar al desarrollo de la justicia y el Derecho en el Ecuador. Es por ello que felicitamos la iniciativa de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad y, a la vez, hacemos votos para que los distinguidos profesionales que conforman la plana de catedráticos de la Facultad colaboren entusiastamente con el fondo “Biblioteca de Autores” de la Facultad de Jurisprudencia.

LA EDITORIAL

A MANERA DE JUSTIFICACIÓN

Empezaba el invierno de 1978, y un jurista extraordinario como es el Prof. Dr. Dn. Jorge E. Zavala Baquerizo me confirió el honroso encargo de reemplazarlo temporalmente en su cátedra de Derecho Penal en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Era un reto hasta ese momento impensado, pues no había tenido el honor previo de ser su alumno ni el honor de haberme formado en los claustros de un Alma Mater que ya gozaba de un enorme y bien ganado prestigio.

Han trascurrido ya 25 años desde aquel imperecedero episodio de mi vida académica, en que he tenido la oportunidad de asumir compromisos docentes al interior del pênsum de la Facultad que me han permitido ejercer a lo largo de estos años las cátedras de Derecho Penal, parte general y parte especial, Derecho Procesal Penal 1 y 2, y Práctica Penal. Para completar la tarea académica asumía paralelamente la cátedra de Criminología en el Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales “ Dr. Jorge Zavala Baquerizo ” de la Universidad de Guayaquil, al tiempo que regentaba la Cátedra de Derecho Procesal Penal en la Universidad Laica “ Vicente Rocafuerte “ de Guayaquil, en la que había cursado mis estudios de Derecho.

La vida de relación académica con el profesor Zavala Baquerizo se fue incrementando sostenida y permanentemente, pues sus sabias exigencias me llevaron a transitar por toda el área penal y culminar como profesor de Criminología, que es la cúspide del sistema penal como sostiene el profesor Zavala, una apreciación plenamente compartida por mí. Si esto se ha cumplido como tarea impuesta, ha sido con enorme esfuerzo de mi parte más que con éxito. Como he dicho en otros momentos, en el campo del derecho penal en el Ecuador hay que marcar una ruptura histórica para hablar de la era Zavala, pues sin duda hay un antes y un después de la presencia de un maestro que se mantiene vigente, con una fortaleza física espartana y una lucidez intelectual envidiable.

La Facultad de Jurisprudencia de esta Universidad me dió la oportunidad de conocer como académico y profesor, a otro gran jurista de un talento igualmente excepcional y extraordinario, como fue el Prof. Dr. Dn. Edmundo Durán Diaz con quien compartí durante algunos años responsabilidades extra curriculares, que conllevaron inclusive la elaboración de un anteproyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal que culmináramos en 1997, en tarea compartida con el profesor y amigo Dr. Dn. Walter Guerrero Vivanco.

Edmundo Durán se caracterizaba por una extraordinaria claridad expositiva, y una capacidad de síntesis difícil de encontrar. Poco dado a los giros idio-

máticos rebuscados, era un gran cultor de la gramática y de la sintaxis. Las tertulias académicas matizadas con las ocurrencias propias de su genialidad, son un recuerdo grato de ese privilegio que para mí resultó, su afecto personal y su invariable amistad. Reconozco que su ausencia me produce una profunda y permanente tristeza.

Me pareció oportuna la ocasión para recoger en este libro, algunas reflexiones relacionadas con el campo penal, procesal penal y criminológico, que seguramente se enriquecerán con las críticas constructivas de los entendidos.

Alfonso Zambrano Pasquel
Profesor Titular de Derecho Procesal Penal

ÍNDICE

PROCESO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

A MANERA DE JUSTIFICACIÓN

Tema 1

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO 1

INTRODUCCIÓN 1

EL CAMBIO DEL PARADIGMA PROCESAL PENAL 2

PODER POLICIAL Y PROCESO PENAL 4

MINISTERIO PÚBLICO Y ACUSACIÓN PENAL 5

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD 7

VALOR PROCESAL DE LA INTERVENCIÓN POLICIAL 9

LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO 10

LA LIMITACIÓN DE ALGUNAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 14

LA INCOERCIBILIDAD DEL IMPUTADO Y LA TORTURA 18

VÍCTIMA Y SISTEMA PENAL 22

ALGUNOS PROCEDIMIENTOS CONTRARIOS AL

ESTADO DE DERECHO	24
PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS	26
INDULTO Y PROCESO PENAL	28
PRUEBA Y PROCESO PENAL	28
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	30
MINISTERIO PÚBLICO Y DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL	31
NIÑOS Y ADOLESCENTES Y SISTEMA PENAL	33
VÍCTIMA Y SISTEMA PENAL	35
ESTADOS PELIGROSOS SIN DELITO A MANERA DE CONCLUSIÓN	36
Tema No. 2	
REFLEXIONES SOBRE EL DEBITO PROCESO	39
INTRODUCCIÓN	39
LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR	40
ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES	44
ANTECEDENTES DEL DEBIDO PROCESO	47
EL DEBIDO PROCESO PENAL	48
CONTENIDO DEL DEBIDO PROCESO PENAL	50
PRINCIPIO DE INOCENCIA Y CADUCIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	50
MINISTERIO PÚBLICO Y DEBIDO PROCESO	56

ASISTENCIA LEGAL Y DERECHO AL SILENCIO	59
DEBIDO PROCESO E INTERVENCIÓN POLICIAL	61
EXPRESIONES DEL ESTADO GENDARME O POLICÍACO	64
SISTEMA INQUISITIVO Y SISTEMA ACUSATORIO	66
FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA ACUSATORIO	67
DEBIDO PROCESO Y ASISTENCIA LEGAL OBLIGATORIA	68
DEBIDO PROCESO Y DEFENSORÍA DEL PUEBLO	70
DEBIDO PROCESO Y MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES	71
CONCLUSIONES	79
Tema No. 3	
ASISTENCIA LEGAL, DEL OMBUDSMAN Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO	81
LA REAL INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO	82
LA NECESIDAD DE ASISTENCIA LEGAL	85
LA ASISTENCIA LEGAL EN EL PROYECTO DE LA CLD	85
EL DEBATE POR LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL	87
EL OMBUDSMN	90

LA EXPERIENCIA DE MÉXICO	91
El defensor del pueblo en algunos países	95
Las defensorías del pueblo en la región andina	97
 Tema No. 4	
REFLEXIONES SOBRE LA EXTRADICIÓN	107
 INTRODUCCIÓN	107
 LA EXCEPCIÓN A LA EXTRADICIÓN EN CASOS DE NARCOTRÁFICO	108
 LA EXTRADICIÓN EN EL CASO DE PECULADO BANCARIO Y OTROS DELITOS FINANCIEROS	109
La situación legal antes del 13 de enero del 2000	110
La situación a partir del 13 de enero del 2000	111
 IRRETROACTIVIDAD E INAPLICABILIDAD DE LA LEY DE EXTRADICIÓN DEL 18 DE AGOSTO DEL 2000, EN ALGUNOS CASOS	113
 LA IRRETROACTIVIDAD Y LA ULTRA ACTIVIDAD DE LA LEY Y DE SUS EFECTOS	114
 INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 30 Y 31 DE LA LEY DE EXTRADICIÓN VIGENTE	115
 LA EXTRADICIÓN EN CASOS DIFERENTES A LOS PREVISTOS ES INAPLICABLE O INEJECUTABLE DE ACUERDO CON EL TRATADO DE EXTRADICIÓN SUSCRITO ENTRE ESTADOS UNIDOS Y ECUADOR PARA OTRO TIPO DE DELITOS	117
 Tema No. 5	
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y LAVADO DE DINEROS	119
 INTRODUCCIÓN	119

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO PENAL	125
LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS	126
CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN	127
TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA EL LAVADO DE DINERO	135
Tema No. 6	
BREVES APUNTES SOBRE LAS REFORMAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL 13 DE ENERO DEL 2003	138
Fecha de las reformas	138
CONCURSO DE DELITOS	138
FUERO DE CORTE	138
REFORMA EN DELITOS DE INSTANCIA PARTICULAR	138
SOBRE LA ACUSACIÓN PARTICULAR	139
DELITOS DE RESULTADO MATERIAL	139
CARACTERÍSTICAS DE LA DETENCIÓN EN FIRME	140
APELACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	141
RESERVA DE LA INDAGACIÓN PREVIA	141

AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE L INSTRUCCIÓN	142
ARCHIVO DEL PROCESO, CONSULTA Y PLAZOS	142
SANCIÓN POR LA MORA PROCESAL	144
Tema No. 7	
MUJER Y SISTEMA PENAL	146
INTRODUCCIÓN	146
VIOLENCIA Y GARANTÍAS DE LA MUJER	146
DERECHO DE LA VÍCTIMA Y TESTIGOS	147
POLÍTICA CRIMINAL Y GÉNERO	149
VIOLENCIA DE GÉNERO	151
Tema No. 8	
EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PE- NAL EN TIEMPOS DE AJUSTE	155
INTRODUCCIÓN	155
EL PRINCIPIO ACUSATORIO	155
INTRODUCCIÓN FISCAL Y MODELO ACUSATORIO	156
DERECHO A LA ASISTENCIA LEGAL	156
ANTICIPOS JURISDICCIONALES DE PRUEBA	158
ETAPA INTERMEDIA	158
CIERTO TIPO DE PROCEDIMIENTOS ESPECIA- LES EXCLUIDOS	159
OTRO TIPO DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES	160
RECURSOS	160
EL AMPARO DE LIBERTAD	161

LA SITUACIÓN PROCESAL DEL REO Y EL NUEVO SISTEMA PENAL	161
FINALIDAD DE LA CÁRCEL	164
RECUENTO DE LAS REFORMAS PENALES	165
EL NUEVO PROCESO PENAL	168
LA DURACIÓN DEL PROCESO PENAL EN EL MODELO ACTUAL	171
AJUSTES AL SISTEMA PROCESAL PENAL VIGENTE	172
OBJETIVOS	172
METAS URGENTES GENERALES	176
METAS DE MEDIANO O CORTO PLAZO	176
NECESARIOS AJUSTES AL CÓDIGO PROCESAL PENAL	177
INTRODUCCIÓN	193

Tema No. 1

**GARANTÍAS 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 artículo 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 probatoria 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 prevista en el artículo 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 de 2003, que ha mejorado en alguna medida el conocimiento de dicha indagación por parte del indagado o de sus abogados.¹

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

PROCESO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

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 artículo 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 artículo 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 más 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 artículo 24 numeral 8 de la Constitución Política, dice : “La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos 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 res-

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.

ponsabilidad 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 artículo 193 de la Constitución Política y aunque han pasado ya cuatro 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 artículo 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 dieren, e impedir por un tiempo no mayor de seis horas, que las personas se ausenten del lugar sin proporcionar la información que fuese necesaria.

PROCESO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Esta peligrosa delegación de competencia no estaba prevista en el anteproyecto de nCPP que la CLD de Quito, remitiera a la legislatura.³

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.

MINISTERIO PÚBLICO Y 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 artículo 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 General, 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

³ Cf. Artículos 210 y 211, 217 y 223 del *anteproyecto*.

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 fiscal.⁴

De acuerdo con el artículo 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 artículo 324 ibídem., las sentencias, autos y resoluciones son impugnables en los casos determinados en el Código. Según el artículo 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 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 télex 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 in-

⁴ Cf. nCPP, artículos 27, 28, 29, 39, 56, 58, 61, 93, 164,167, 168, 171, 174,176, 177, 178, 189, 192, 195, 197, 203, entre otros.

formáticos, fotografías, discos, u otros documentos semejantes (Art. 156).

De conformidad con el artículo 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 artículo 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 (Arts. 164 y 168 nCPP).

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.-

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 artículo 34 estaba prevista la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal, y en el artículo 35, sus efectos que se traducían en la extinción del proceso a favor del imputado en cuyo favor se decide.⁵

No obstante lo dicho hay la posibilidad de la desestimación en el artículo 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

⁵ 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.

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.

Debemos agregar que existe en el nCPP la llamada conversión de la acción penal, prevista en el artículo 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, 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.

La inimputabilidad se puede dictar en la etapa instructoria. No hay impedimento alguno para que así ocurra. El artículo 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 inimputable es internado 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.

VALOR PROCESAL DE LA INTERVENCION POLICIAL.-

La Policía Judicial puede tomar declaraciones, y aunque sostenemos que de acuerdo con el artículo 219 de la Constitución Política nuestra, el titular de la investigación es el Ministerio Público, y en que consecuencia esta 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 artículo 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 artículo 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”.⁶

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 irrepetible) que se practican por el juez penal.

El artículo 83 de este Capítulo, dice: “ La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a

⁶ 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.

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 defensor. 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 momento.⁷

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.

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

⁷ Se puede revisar el proceso 19-97, 12 de marzo de 1998, publicado en el Registro Oficial 333, del 5 jun.1998

vencen estos plazos opera la caducidad de la prisión preventiva, prevista como una de las *garantías del debido proceso* prevista en el artículo 24 numeral 8. Esta garantía se encuentra igualmente prevista en el artículo 169 del Código de Procedimiento Penal vigente.

Desde el 13 de enero de 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 es 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 período de caducidad. En esta situación ya no se está aplicando la caducidad de la prisión preventiva del artículo 24 de la Constitución Política de la República, pues se trata de una nueva medida cautelar que ha causado controversias.⁸

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 firme.⁹

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 artículo 171 del CPP vigente que prevé que cuando se trata de delitos sancionados con pena que no exceda de cinco años, deben aplicarse los sustitutivos de la prisión preventiva, disponiéndose el arresto domiciliario, la obligación de

⁸ Las reformas se encuentran publicadas en el RO No. 743 del 13 de enero de 2003, mediante Ley 101 – 2003.

⁹ 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.

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 un 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 artículo 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).

PROCESO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

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 más graves o de seis meses en los menos graves, de conformidad con el artículo 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 artículo 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 sí, 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 artículo 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 detención ha sido ocasionada por la infracción que se reprime". El mismo precepto se encuentra previsto en el artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 166 del nCPP.

La policía puede requisar legalmente las ropas del detenido. El artículo 92 del nCPP convierte a la Policía en custodio de los vestigios, objetos o instrumentos de la infracción. El artículo 209 *ibídem*, 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 JAMÁS. De acuerdo con la constitución vigente, se determina en el artículo 24 como una de las garantías del debido proceso, en el numeral 6, que nadie podrá ser incomunicado. El artículo 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 artículo 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 artículo 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 mantenersele sin fórmula de juicio por más

de veinticuatro horas. En cualquiera de los casos, no podrá ser incomunicado por más 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 artículo 23 el derecho a la intimidad personal y familiar. De acuerdo con el artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 158 del nCPP establece, que no se podrá hacer uso procesal o extraprocésal de ninguna de las noticias que suministren los documentos antes referidos, si versan sobre asuntos inconexos 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 artículo 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 artículo 143 del nCPP, dice que: “El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí 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 existencia 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.

PROCESO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

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 denominaba 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 artículo 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 más 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-agosto-1987, publicada en el RO 726. Fue ratificada mediante Decreto 3796, publicado en el RO 894, del 16 -marzo- 1988 , y fue publicada mediante Acuerdo 000130, publicado en el RO 924, del 28- abril-1988.

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 denunciadas.¹⁰

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 AMNISTÍA 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, éstos continuaron sufriendo detenciones arbitrarias, torturas y malos tratos. Los miembros de las fuerzas de seguridad sospechosos de cometer violaciones de derechos 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*”.¹¹

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 Ecuménica de Derechos Humanos) y a la ALDU (Asociación Latinoamericana de Derechos Humanos).

En Ecuador está institucionalizada la defensoría del pueblo, prevista en el artículo 96 de la CPR, misma que prevé, “Habrá un Defensor del

¹⁰ 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*.

¹¹ Para mayor conocimiento sugerimos revisar el Informe Anual 2003 de AI, EDAI, Madrid, España. (www.edai.org)

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 artículo 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 encontrados, 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 Ba-

que. 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 1996.¹²

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.

VÍCTIMA Y SISTEMA PENAL.-

Con las reformas del 13 de enero de 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

¹². Se puede revisar fallo en la Gaceta Judicial, serie XVI, No. 6, mayo-agosto 1996, p.1538-1543.

y siguientes del documento¹³. 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, que violaba incluso el principio de la igualdad de todos ante la ley, que es una garantía constitucional.¹⁴ Hoy se ha superado tal grave contradicción. pues se permite ejercer este derecho en cualquier momento y a partir del inicio de la instrucción fiscal.

La víctima es coadyuvante y al mismo tiempo independiente, estando facultada para solicitar actos de investigación e incorporar documentos, pues de acuerdo con el artículo 222^a de las reformas del 13 de enero de 2003, puede solicitar actos relacionados con la materialidad de la infracción, así como con la participación del imputado. En la etapa del juicio tiene derecho a solicitar pruebas si es parte procesal mediante la acusación particular oportunamente deducida. Puede ser una interesante propuesta de reforma, permitirle la participación en la etapa del juicio, presentando acusación particular en ese momento procesal, aunque no lo hubiese hecho durante la instrucción fiscal pues de esa manera se estaría reconociendo de manera plena, el derecho de la víctima a ser parte procesal en el momento en que lo considere oportuno. No encontramos razones que deslegitimen esta razonable propuesta.

Con el sistema vigente, tiene el 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 igualmente 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 Minis-

¹³ Se puede consultar el documento publicado por la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, con el auspicio de la USAID, en Quito, 2000, en 127 páginas, compilado por **Cristhian Bahamonde Galarza**.

¹⁴ El artículo 23 numeral 3, de la Constitución Política, garantiza la igualdad ante la ley.

terio Público no lo haga, pudiendo ejercer el derecho de impugnación a través de la apelación, de la nulidad y de la casación.

Tiene derecho a pedir la reparación en sede penal siempre que haya presentado acusación particular. De acuerdo con el artículo 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 artículo 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.

ALGUNOS PROCEDIMIENTOS CONTRARIOS AL ESTADO DE DERECHO.-

Hay otros procedimientos en que como medida de aseguramiento preventivo puede disponerse privación de libertad, como en los casos de materia migratoria, impositiva, etc. En los procedimientos migratorios se produce la privación de la libertad por parte de la Policía de migración, actuando como juez para la deportación un Intendente de Policía que resuelve de manera sumaria y con una limitada posibilidad de defensa. En materia impositiva si se trata de un delito fiscal existe un procedimiento especial a cargo de un Fiscal, y de un juez fiscal de aduanas, existiendo las instancias superiores de control y de reclamo. Se puede dictar como medida de aseguramiento personal un auto de prisión preventiva siguiendo las normas del procedimiento penal común. Puede ser titular de la denuncia en algunos casos el Servicio de Rentas Internas, como en el no pago del IVA (Impuesto al Valor Agregado) y se pueden dictar igualmente medidas de aseguramiento por parte de un juez.

En el caso de un ciudadano extranjero, puede ser expulsado del país sin recurso judicial. No obstante las garantías constitucionales propias de un Estado de Derecho, el procedimiento contra un extranjero para la expulsión es breve y sumario, por lo que no llega a hacerse efectivo un recurso judicial.

El procedimiento por contravenciones es igualmente de excepción, pues no existe una verdadera instrucción. Los jueces competentes aún no se han designado no obstante estar prevista su creación en el nCPP, en el artículo 17, numeral 7, como uno de los órganos de la jurisdicción penal. A partir del artículo 390 se estructura la competencia de los jueces de contravención que aún no se nombran, que resuelven en instancia única y sin recurso alguno. El procedimiento es sui géneris con la citación al presunto contraventor, pudiendo ordenarse su arresto por rebeldía. Se pueden juzgar de oficio o a instancia de un acusador particular, pudiendo haber un plazo de prueba de seis días. Puede terminar el juzgamiento mediante transacción o por desistimiento, cuando se refieran a la propiedad, a la honra de las personas o a lesiones que no excedan de tres días de duración.

Pueden imponerse limitaciones a la libertad, con pocas o ninguna garantía. Se puede producir el arresto por rebeldía (Art. 396 del nCPP). En caso de sentencia condenatoria puede darse una pena privativa de la libertad máxima de siete días, y se puede producir la aprehensión de una persona sorprendida en la comisión de una contravención, para ser llevada ante el juez competente para el juzgamiento (Art. 406 del nCPP). En teoría está garantizado el derecho de defensa con las limitaciones propias de este tipo de procesamiento.

Un caso especial es el de la competencia penal en sede militar. Constitucionalmente está garantizado el derecho de todo ciudadano a ser juzgado por su juez natural, estableciéndose en el artículo 24 numeral 11, que ninguna persona será distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto. Se puede afirmar sin duda alguna que la justicia militar no tiene competencia instructoria sobre no militares. No obstante hay que reconocer que en el Ecuador no se ha derogado aún la Ley de Seguridad Nacional que es un estatuto de excepción que otorga competencia a los tribunales militares para juzgar a ciudadanos civiles. Tal competencia es inconstitucional e impropia de un Estado de Derecho.

Los jueces militares pueden actuar de manera excepcional en contra de ciudadanos civiles, cuando se declara un estado de emergencia constitucionalmente reglado, y con estrictas medidas de control de tal situación.

En lo que tiene que ver con el procedimiento penal en contra de miembros de la fuerza pública como son los militares o los policías, en teoría tienen garantizado el derecho de defensa. Si se permite la defensa técnica. Pero el procedimiento penal militar y policial son inconstitucionales pues la Constitución Política de la República establece el principio de la uniformidad procesal y a pesar de haber transcurrido más de cuatro años no se ha cumplido con tal uniformidad, pues los jueces militares y policiales son los instructores y el Ministerio Público es en tales sedes inexistente, pues existen de nombre sin ser titulares de la acción penal desconociendo la vigencia del sistema acusatorio oral en sede militar y policial, así como los principios constitucionales de la oralidad, publicidad, contradicción, continuidad, concentración e inmediación. No obstante el artículo 194 de la Constitución Política dice que la sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación.

PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS.-

La Constitución Política del Ecuador, le otorga al Ministerio Público la responsabilidad de velar por la protección de las víctimas, testigos y otros participantes en el juicio penal (Cfr. Art. 219). El Presidente de la República Gustavo Noboa Bejarano, mediante Decreto 3112, publicado en el RO 671, del 26 de septiembre de 2002, dictó un Reglamento del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y demás participantes en el Proceso Penal.

El antecedente para este Reglamento se encuentra también en la Ley Orgánica del Ministerio Público, que en su artículo 3 literal j), establece como deberes y atribuciones de los ministros fiscales distritales, velar por la protección de las víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal. En el artículo 33 de la citada ley, se dispone la creación bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General, el programa de protección a testigos, víctimas y demás participantes en el proceso, y fun-

cionarios de la fiscalía, lo cual incluye a su cónyuge y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cuando se encuentren en riesgo sus vidas o integridad personales, por causa o con ocasión de la intervención en procesos penales.

En el artículo 17, literal d) se dispone el ingreso inmediato al programa de protección citado, de quienes se encuentren en peligro en las condiciones antes mencionadas. Así también lo prevé el Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio Público. El Código de Procedimiento Penal, artículo 69, numeral sexto reconoce el derecho de la víctima a que se proteja su persona y su intimidad, y a exigir que la Policía, el Fiscal, el juez y el tribunal, adopten para ello los arbitrios necesarios (sic).

Igualmente en el Código de Procedimiento Penal, en el artículo 118 se establece la protección a testigos, manifestándose que los testigos tendrán derecho a la protección del Ministerio Público para que se garantice su integridad personal, su comparecencia al juicio y la fidelidad de su testimonio.

Sobre este tema, obviamente hay una estricta reserva, obedeciendo los principios de confidencialidad.

El antecedente a esta propuesta protectora a favor de testigos puede encontrarse en el Código de Ejecución de Penas, desde el año 1982. En verdad fue una propuesta teórica sin un real desarrollo operativo, y con una muy limitada y excepcional aplicación.

Aunque el marco normativo del programa de protección es sumamente amplio, en el tema específico de las víctimas de delitos sexuales debe expresamente determinarse, que en caso de delitos sexuales los peritos reconocedores de las huellas y vestigios, deben ser mujeres, para evitar un proceso de victimización múltiple. No conocemos si ya está funcionando la asistencia y apoyo socio económico, psicológico y médico, así como otras medidas para el entorno familiar previstas en el artículo 3, numeral 6, del Reglamento del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y demás participantes en el Proceso Penal.

En el artículo 95 del nCPP está previsto el derecho de la víctima mujer para exigir que en caso de exámenes corporales quienes actúen como peritos sean personas de su mismo sexo. Creemos que es preferible que

tal exigencia se encuentre prevista imperativamente, pues como derecho es de difícil o inexistente cumplimiento incluso, por el propio desconocimiento de la víctima del derecho que le asiste.

En el artículo 255 del nCPP se ha previsto la reserva de la audiencia de juzgamiento, en el caso de los delitos sexuales.

INDULTO Y PROCESO PENAL.-

La Constitución Política del Ecuador en el artículo 171 numeral 20, le concede competencia al Presidente de la República para indultar, rebajar o conmutar las penas, de acuerdo con una denominada Ley de Gracia¹⁵, de antigua data que permite perdonar, conmutar o rebajar las penas impuestas por sentencia judicial, con un procedimiento engorroso y burocratizado.

De acuerdo con el artículo 130 numeral 15 de la Constitución Política, en el caso de los procesados, se pueden acoger a amnistías generales, invocando la calidad de delitos políticos, los mismos que son calificados por el Congreso Nacional y cuya resolución debe tomarse con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes. Igualmente los procesados se pueden acoger al indulto por delitos comunes con la misma votación. En ambos casos se invocan razones humanitarias. Se prohíbe el indulto o amnistía cuando se trata de delitos cometidos contra la administración pública, y en las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, previstos en el artículo 23, numeral 2 de la misma Constitución.

Los límites no los ha establecido la jurisprudencia sino la propia Constitución.

PRUEBA Y PROCESO PENAL.-

Las actuaciones que se cumplen en la etapa de instrucción fiscal, no tienen otro valor que el investigación, solamente los denominados anti-

¹⁵ Se encuentra publicada en el RO 183 del 30 de septiembre de 1976, contenida en siete artículos y una disposición final.

cipos jurisdiccionales de prueba, previstos en el nCPP de manera excepcional y en tratándose de la prueba de testigos, pueden valer en la etapa del juicio que corresponde al plenario. El artículo 216, en su numeral 4, le permite al fiscal solicitar al juez que con las solemnidades y formalidades previstas en el Capítulo de la prueba testimonial, reciba el testimonio de quien se encuentre imposibilitado de concurrir cuando procesalmente le corresponda.

Ninguna otra prueba puede ser practicada durante la instrucción fiscal, pues en forma reiterada el nCPP dice que las diligencias investigativas actuadas por el Ministerio Público, con la cooperación de la Policía Judicial constituirán elementos de convicción y servirán para que el Fiscal sustente sus actuaciones (Art. 214). En el mismo Código se señala que la prueba debe presentarse en la etapa del juicio y ante el Tribunal Penal.¹⁶

Solamente si se trata de anticipos jurisdiccionales de prueba de testigos, estos tienen valor de prueba en la etapa del juicio. Este es un caso de excepción que puede presentarse cuando el testigo, por ejemplo se encuentre afectado de una enfermedad terminal que limite sus expectativas de vida o en el caso del testigo que tiene su lugar de residencia en el exterior, y no sabemos si estará disponible para el momento de la audiencia del juicio. No existe ninguna otra posibilidad. El artículo 79 del nCPP expresamente dice, “ Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces penales.

Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio”.

En el evento de que el testigo se encontrare presente en el Ecuador en el momento en que debe desarrollarse la audiencia del juicio, debe ser convocado para que la prueba testimonial sea recibida por el propio Tribunal Penal, que es el Tribunal de sentencia.

¹⁶ Ver artículos 250, 252, 286, 291, 297, 307 numeral 2, y 309 numeral 2.

El Código de Procedimiento Penal vigente no permite la incorporación de testimonios y peritajes por simple lectura, salvo el caso excepcional de la prueba de testigos que no se puede producir en la audiencia y debate del Tribunal Penal en la etapa del juicio. Hay que recordar que el artículo 24 numeral 1 de la Constitución Política, establece como uno de los principios del debido proceso, el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente al hecho, la misma que prohíbe la incorporación de prueba mediante simple lectura según se aprecia de su articulado, y que en el numeral 14 del mismo artículo 24, dice que “las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna”. Sumemos a lo dicho que las pruebas deben ser rendidas oralmente, que el propio numeral 15 del mismo artículo 24, dice que “ en cualquier clase de procedimiento, los testigos y peritos estarán obligados a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio respectivo...” con lo cual se consagra el derecho al contradictorio.

En el procedimiento penal común, plenamente vigente desde el 13 de julio de 2001, no es ni frecuente ni posible la presentación de la prueba mediante simple lectura o con el recurso de ratificarla y reproducirla en el momento de la audiencia, como lo permitía el anterior Código de Procedimiento Penal de 1983. En procedimientos inconstitucionales como los militares y policiales que siguen vigentes, se incorporan pruebas mediante simple lectura.

LA RESPONSABILIDAD PENAL 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 ambiente ¹⁷, es posible llevar a juicio a una persona jurídica debiendo rendir la indagatoria (testimonio del imputado) el represen-

¹⁷ Publicados mediante Ley 99-49, en RO 2, del 25 de enero del 2000.

tante legal de dicha persona jurídica, que debe responder individualmente frente a una pena privativa del derecho a la libertad.¹⁸

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 personas 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 jurídicas.¹⁹

MINISTERIO PÚBLICO Y 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 artículo 34 estaba prevista la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal, y en el artículo 35, sus efectos que se traducían en la extinción del proceso a favor del imputado en cuyo favor se decide.²⁰

No obstante lo dicho hay la posibilidad de la desestimación en el artículo 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,

¹⁸ 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.alfonsozambano.com

¹⁹ Cr., en REVISTA ELECTRÓNICA 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*.

²⁰ 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.

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 artículo 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, 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. El prof. Jorge E. Zavala Baquerizo, hace severos cuestionamientos, a lo que el denomina “conversión del procedimiento”.²¹

En cuanto a la inimputabilidad, esta se puede reconocer en la etapa de instrucción fiscal. No hay impedimento alguno para que así ocurra. El artículo 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

²¹ Se puede consultar, el TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, Tomo II, editorial Edino, 2004, p. 64 – 78, del erudito profesor ecuatoriano.

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 de 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 judicaturas. El artículo 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 artículo 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 artículo 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 inmediatez, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso, como el derecho de *habeas 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 espe-

cializada para niños y adolescentes, que incluye policía, fiscalía y defensoría pública igualmente especializadas.

VÍCTIMA Y SISTEMA PENAL.-

Con las reformas del 13 de enero de 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 de 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 artículo 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 artículo 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 ganzúas, 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 tendencia²². 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 artículo 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

²² Ver, PRÁCTICA 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.

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 efectiva que reivindique el ultraje a una preciada garantía constitucional, como es el derecho a la libertad personal!²³

A MANERA DE CONCLUSIÓN.-

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 juicio²⁴. 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. Con acierto el prof. Claus Roxin, se refiere a la necesidad de que la fiscalía cuente con un cuerpo auxiliar de médicos, peritos, policías especializados, etc., que van a darle el soporte técnico para la investigación y para la preparación de la prueba²⁵. Aquí juega un importante rol también los limitados recursos humanos y económicos de que dispone la fiscalía ecuatoriana²⁶, 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 500 millo-

²³ 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”.

²⁴ Publicado en noviembre del 2003, en 40 páginas, con el coauspicio de Fundación Esquel, y de la USAID.

²⁵ DERECHO PROCESAL PENAL, **Claus Roxin**, Editores del Puerto, 25ª edición alemana, 2003, p. 48-76.

²⁶ 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.

nes 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. 27 , y en general evitar la formalización de la justicia penal.

Un documento del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), afirma demolevemente que uno de los problemas no superados, para hacer efectiva la aplicación de este nuevo modelo, es la falta de liderazgo institucional 28 , 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.

²⁷ Ver, documento de la CLD, citado.

²⁸ Proyecto Regional de Justicia del PNUD. Estudio Sectorial de Justicia en el Ecuador, 241 páginas.

Tema No. 2

REFLEXIONES SOBRE EL DEBIDO PROCESO

INTRODUCCIÓN.-

El 10 de diciembre de 1948 es la fecha del alumbramiento formal de la denominada **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, nacida al calor de las exigencias de ir fortaleciendo el respeto de los valores inherentes al ser humano, e incubada en la coyuntura histórica de una segunda guerra mundial recientemente superada. Tal declaración de alguna manera representó una ruptura con el estatuto - quo, y pretendió cambiar el paradigma indolente y perverso de una sistemática y sostenida violación de las garantías ciudadanas, que hoy a las puertas de ingreso del siglo 21 lamentablemente persiste en forma larvada o encubierta, o en forma abierta o descarada, con abierto desafío y desprecio para la civilización de fin de milenio en la que participamos.

Es válido reconocer que ideológicamente, la Declaración Universal se elaboró para dar a las personas una medida básica de protección frente al abuso del poder del Estado ²⁹. En treinta artículos se establecen los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales de todas las personas. La Declaración proclama el derecho a:

- la vida, la libertad y la seguridad
- la igualdad ante la ley
- un juicio público y con las debidas garantías y a la presunción de inocencia
- la libertad de circulación
- la libertad de pensamiento, conciencia y religión
- la libertad de opinión y de expresión y la libertad de reunión y de asociación

También insiste en que nadie será:

- sometido a esclavitud

²⁹ Así lo reconoce **AMNISTÍA INTERNACIONAL**, en el Manual, 2da. Edición, 1992, p. 12, Madrid, España.

- sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
- detenido, encarcelado o desterrado arbitrariamente

Además establece que todas las personas tienen derecho :

- a una nacionalidad
- a contraer matrimonio
- a la propiedad
- a participar en el gobierno de su país
- a trabajar y a recibir igual salario por trabajo igual
- a disfrutar del ocio y el descanso
- y a tener un nivel de vida y una educación adecuados.

Por último la Declaración Universal manifiesta que todos tienen derecho a formar sindicatos y a sindicalizarse y a solicitar asilo en caso de persecución.

LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR.-

Cuando cabalgamos los últimos años de fin del siglo veinte, Ecuador tiene una nueva Constitución Política, incubada en la matriz de una Asamblea Nacional auto proclamada como **constituyente** y que cohabitó sin menoscabarlo, con el poder **constituido**.

Vigente desde el 10 de agosto de 1998, la nueva Constitución ha experimentado serios embates de diferentes sectores ciudadanos, que han cuestionado desde su legitimidad hasta la real y efectiva aplicación de la serie de instituciones nuevas. Admitiendo la dificultad operativa de la Constitución vigente no estamos en la línea de quienes afirman que “ no sirve para nada”, o que no significa ningún avance en la consolidación del Estado de Derecho, antes por el contrario, como toda obra humana es perfectible, PERO en nuestra opinión significa una notable avance, para hacer viable la realización de la utopía.

Parece oportuno recordar que la presente Constitución dice en el **Art. 1:** “ El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico...”, vale decir

que de acuerdo con la normativa constitucional nuestro país se proclama y reconoce como **Estado social y democrático de derecho**, esto significa un extraordinario avance por lo menos en el aspecto formal, pues si revisamos las precedentes constituciones tal declaración era inexistente y por ende desconocida. Así, en la Constitución codificada de febrero de 1997, el Art. 1, decía : “El Ecuador es un Estado soberano, independiente, democrático, unitario, descentralizado, pluricultural y multiétnico...”

Con frecuencia se utiliza la expresión “ESTADO DE DERECHO” y otras parecidas como “ RESPETO AL ESTADO DE DERECHO”, vaciadas de su contenido ideológico y político. Hablar de Estado Social de Derecho, supone hablar de Estado de Derecho y de Estado Liberal de Derecho. No podemos decir que todo Estado es Estado de Derecho, es verdad que todo Estado crea y utiliza un derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico, pero ello no autoriza calificarlo con propiedad como Estado de Derecho, por el sólo hecho de que tiene un sistema normativo jurídico. En esta posición, pecaríamos de una grave imprecisión conceptual !

El Estado de Derecho no es aquel que tenga un ordenamiento jurídico que aplicar, sino el Estado sometido al Derecho, esto es el Estado cuyo poder y actividad en relación con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales está limitado y regulado por la ley, entendida la ley como la expresión de la voluntad soberana y democrática. El Estado de Derecho es entonces el Estado bajo el imperio de la ley, esta es la diferencia entre el Estado de Derecho con poder regulado y limitado por la ley, y cualquier forma de Estado absoluto y totalitario con poder ilimitado.

Se podrá decir de cara a la historia, que el control jurídico no es y no ha sido el único control presentado al poder del Estado, pues aun en los sistemas absolutistas de Estado, existen controles no jurídicos que operan como limitantes del poder del Estado, como en el mundo antiguo y medieval en el que hasta las exigencias religiosas y morales aparecieron como mecanismos de contención frente al abuso del Estado. Por nuestra parte, creemos que antes del nacimiento de las instancias de control jurídico no hay propiamente Estado de Derecho sino formas de Estado mas o menos absolutos, y que no bastan las limitaciones de carácter religioso, ético o jusnaturalista para dar lugar a un auténtico Estado de

Derecho. Este surge a partir de los controles y regulaciones que se dirigen al Estado por la ley positiva y que se institucionaliza gracias a la revolución francesa y al implantamiento del Estado Liberal, vinculándose así en su origen y desarrollo las formas de Estado de Derecho y del Estado Liberal.

Como características del Estado de Derecho destacamos:

- imperio de la ley: como expresión de la voluntad soberana y democrática.
- separación de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- legalidad de la administración: regulación por la ley y control judicial.
- derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y realización material.

El **imperio de la ley**, significa el sometimiento del Estado a la ley fundamental es decir, a la Constitución que organiza y determina las funciones de cada uno de los órganos del Estado, así como el sometimiento de todo el ordenamiento jurídico concordante con la ley fundamental. Particular importancia tiene la independencia del poder judicial frente a las presiones del ejecutivo y del legislativo pues el Estado de Derecho requiere que la administración de justicia se realice a través de un sistema procesal regular, ordenado y coherente, un sistema que garantice la seguridad jurídica de todas las personas, pues cuando faltan garantías procesales, cuando los detenidos y procesados no son respetados en sus derechos fundamentales, cuando faltan recursos jurídicos que garanticen el ejercicio de libertades públicas, cuando el poder político se inmiscuye bajo diferentes formas en la actuación de jueces y tribunales, cuando las jurisdicciones especiales pretenden estar por encima de la ordinaria, para mencionar algunas de las modalidades de control social perverso no existe independencia del poder judicial, y mucho menos se puede hablar de un Estado de Derecho.

Cuando nos referimos a la **legalidad de la administración**, estamos expresando que el principio de la legalidad de la administración consiste en el sometimiento de la administración a la ley, esto es que la administración en su ejercicio deberá siempre respetar la ley, garantizándose este sometimiento a través de un sistema de control y responsabilidad de

la administración, por medio del control jurisdiccional, esto es por lo que se refiere a los actos reglados; los actos discrecionales y los actos políticos o de gobierno tienden a reducirse en los Estados de derecho a sus justos términos, ampliándose al mismo tiempo las posibilidades de fiscalización jurídica en ambas esferas, es decir en la esfera de los actos reglados y en la esfera de los actos discrecionales, políticos o de gobierno.

En relación al respeto y a la **garantía de derechos y libertades fundamentales del hombre**, no es suficiente que estén consignados en una ley fundamental, es necesario que produzca una realización material de los derechos humanos, y de las libertades que se encuentran con ellos vinculados. El estado liberal clásico con todo y sus deficiencias con respecto a la protección de los derechos humanos, es el primer Estado de Derecho que históricamente se conoce.

Cuando utilizamos la categoría **ESTADO SOCIAL DE DERECHO**, para definir a un Estado, hacemos referencia con el calificativo de “ social ”, a la corrección del individualismo clásico liberal, a través de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social cuya meta es el bienestar social, que lo identifica como Estado de Bienestar, como Estado material de Derecho, frente al carácter meramente formal que se atribuye al Estado Liberal de Derecho.

El Estado Social de Derecho, somete a crítica y revisión, el individualismo y el abstencionismo del Estado, y propugna por un ejecutivo fuerte decididamente intervencionista; por una primacía del ejecutivo y una crítica al parlamentarismo y a los partidos políticos fundamentalmente; sin embargo, difiere de los totalitarismos fascistas, en el hecho de que esta concepción sigue manteniendo las exigencias del Estado de Derecho, como son: el sometimiento del ejecutivo al imperio de la ley. Se propugna por un ejecutivo fuerte pero controlado, a diferencia del ejecutivo de los Estados totalitarios; admite la separación y distribución de poderes; propugna por la legalidad de la administración y garantía de los derechos y libertades fundamentales. Son estos atributos los que le merecen el calificativo de Estado de Derecho, y lo social está determinado por la incorporación de los llamados **Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, en donde la administración se propone incrementar el desarrollo económico - social con vista a la consecución de una sociedad

de bienestar, sosteniendo que para llevar a cabo esa función se demanda de un Poder Ejecutivo asesorado por especialistas y técnicos, antes que de un parlamento lento y poco especializado.

El Estado Social de Derecho, proclama que esa mayor incidencia del ejecutivo en la vida económica - social de un país, demanda como contrapartida la necesidad de su control y responsabilidad jurídica mediante el derecho de impugnación de los actos de la administración ante una instancia independiente y neutral, capaz de enjuiciar la justicia de los mismos. Se cumpliría así con las exigencias generales del Estado de Derecho. El Estado Social de Derecho se considera como un verdadero avance histórico tanto respecto del Estado Liberal, como respecto de los Estados totalitarios negadores del Estado de Derecho.

ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES.-

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 delincuente ³⁰. Los vientos de renovación llegaron a 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 criminalización “ ³¹

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 selec-

³⁰ 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.

³¹ ROBERTO BERGALLI, **Sentido y contenido de la Sociología del Control Penal para América Latina**. I SEMINARIO DE CRIMINOLOGÍA CRÍTICA, Medellín, Colombia, 1984, p. 186.

tiva, 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 efectos”.³²

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 dominación.³³

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 aplica.³⁴

Como con acierto 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

³² LOLA ANÍYAR de CASTRO, **CRIMINOLOGÍA DE LA REACCIÓN SOCIAL**, Maracaibo, Univeridad del Zulia, Venezuela, 1977, p. 67.

³³ Cf. LOLA ANIYAR de CASTRO, **CRIMINOLOGÍA Y ORDEN SOCIAL: CRIMINOLOGIA COMO LEGITIMACIÓN Y CRIMINOLOGÍA DE LA LIBERACIÓN**, Maracaibo, Universidad del Zulia, Venezuela, 1977, p. 67.

³⁴ Cf. ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL, **LA DURACION DEL PROCESO PENAL EN EL ECUADOR. VALORACIÓN CRIMINOLÓGICA**. ILANUD, año 7, No. 20, diciembre 1986, San José de Costa Rica.

de tal análisis, el sistema penal no es únicamente el complejo estático de las normas, sino más 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).³⁵

El profesor ROBERTO BERGALLI, reserva la calificación de **Teoría Crítica del Control Social**, a aquellas conclusiones que emerjan del análisis del más 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 demostrar cuales son los intereses socioculturales y político económicos que articulados en el sistema de producción están en su génesis, desarrollo y aplicación”.³⁶

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.

Podemos entonces en principio afirmar, que el **sistema penal** puede ser también apreciado como el control social punitivo institucionalizado³⁷, el cual de hecho comprende desde que se detecta o supone una sospecha de delito, hasta que se impone y ejecuta la pena; es decir que comprende a todas las instancias o segmentos del control social formal,

³⁵ ALESSANDRO BARATTA, **CRIMINOLOGÍA Y DOGMÁTICA PENAL. PASADO Y FUTURO DEL MODELO INTEGRAL DE CIENCIA PENAL**. En **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**, Universidad Externado de Bogotá, Colombia, No. 24, 1984, p. 74.

³⁶ ROBERTO BERGALLI, en op. cit., p. 186.

³⁷ MARIO A. HOUED, **PROCESO PENAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**, Escuela Poder Judicial de C.R, San José, Costa Rica, 1997, p. 20.

que empieza por la operatividad selectiva y violenta de la instancia policial, que continúa con la intervención igualmente selectiva, estratificada y clasista de la instancia judicial, y que culmina con los procesos de ejecución penal en manos de la instancia penitenciaria.

ANTECEDENTES DEL DEBIDO PROCESO.--

El **principio del debido proceso** (o **proceso debido**) es de origen anglosajón (“ due process of law “)³⁸, 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 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”.³⁹

³⁸ Juan - Luis GÓMEZ COLMENAR, en prólogo a la obra *EL PRINCIPIO DEL PROCESO DEBIDO*, Iñaki ESPARZA LEIBAR, Bosch editor S.A., Barcelona, 1995, p. 15.

³⁹ Juan - Luis GÓMEZ COLMENAR, en prólogo citado, p. 16.

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.⁴⁰

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 fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injus-

⁴⁰ Es recomendable estudiar la obra EL DEBIDO PROCESO PENAL, 351 páginas, del Prof. Dr. Dn. **Jorge Zavala Baquerizo**, Edino, 2002, que contiene un profundo y exegético estudio sobre las exigencias del debido proceso, referidos al ámbito penal.

tamente entran 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**⁴¹, 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 GARCÍA FRANCO**, en manos de miembros de la Marina Nacional del Ecuador, reconocido así el 18 de febrero de 1998, por la Comisión Interamericana

⁴¹ Se pueden revisar los Informes de AMINISTÍA INTERNACIONAL de los años 1995, 1996 y 1997, en este último la pág. 166.

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.⁴²

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 artículo 24, numeral 8 de la Constitución vigente, la caducidad del auto de prisión preventiva, con respecto a cuyos costos negativos nos hemos pronunciado

⁴² El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha sido publicado por la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil, en mayo de 1998.

desde hace más 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 camino 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 !⁴³

Después del derecho a la vida, el derecho más 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 artículo 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 razo-

⁴³ ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL, **TEMAS DE CRIMINOLOGÍA**, Offset Graba, Guayaquil, 1986, p. 99-100.

nes 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 DURACIÓN DE LA PRISIÓN 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 de 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 Público 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 artículo 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 más 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 más 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 dió 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 los 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 período 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 artículo 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 artículo 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 autori-

dad..”. **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 artículo 24, numeral 8 de la Constitución, no se requiere de la expedición previa de ninguna ley o reglamento. El artículo 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 artículo 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”.

PROCESO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

El artículo 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 artículo 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 de 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 sean 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 artículo 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 1984, 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 debamos 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 más dinámico, porque iríamos a la oralidad que está 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, inmediación y concentración, y con la instrucción fiscal de la que debe depender la indagación policial⁴⁴. 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 artículo 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 más fruto

⁴⁴ Ya estaba prevista esta carga para el Ministerio Público desde el 16 de enero de 1996 en la reforma constitucional y consta en la Constitución Política codificada y publicada en el RO No. 2 de 13 de febrero de 1997.

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 más 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.⁴⁵

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 pre-procesal 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.

⁴⁵ CLAUS ROXIN, *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, compilador J.B.J. MAIER, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 39-57.

¿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 este 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 ⁴⁶, 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 artículo 22, numeral 19, letra f) párrafo tercero, y hoy está consignada en el artículo 24, numeral 5 que establece que: “ Ninguna persona podrá ser

⁴⁶ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, **Principios fundamentales de un derecho penal democrático**, publicado en Revista de Ciencias Penales, Costa Rica, marzo de 1994, año 5, No. 8, p. 16.

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 más clara y expedita en el artículo 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 artículo 24, de la Constitución vigente, que consagra el respeto al debido proceso dice “LAS PRUEBAS OBTENIDAS O ACTUADAS CON VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN O LA LEY, NO TENDRÁN VALIDEZ ALGUNA” !

Este importante avance constitucional ha recogido la **llamada enmienda Miranda o quinta enmienda constitucional de EEUU**.⁴⁷,

⁴⁷ Cf. Una breve sinopsis contenida en el Boletín Jurídico No. 16 de febrero de 1997, de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, p. 10.

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 artículo 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 **artículo 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, espec-tamos 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 artículo 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 **artículo 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 rap-tado;

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 estos que no constituyen infracción penal alguna, pues no se trata de la comisión de un delito o de una contravención.

En el caso antes reseñado es 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 demoledora. 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 que perjuicio del respeto al Estado de Derecho.⁴⁸

EXPRESIONES DEL ESTADO GENDARME O POLICÍA-CO.-

⁴⁸ Sugerimos revisar el excelente comentario periodístico de Simón PACHANO, “ *INDOCUMENTADO = DELINCUENTE ?* ”, en diario EL UNIVERSO, edición del lunes 14 de diciembre de 1998, p. 17.

PROCESO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

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 garantías 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 constitucio-

nales. 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 los 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 inmediación, de modo que la rendición de la prueba se realice efectivamente ante el Juez, y no como ocurre en el sistema inquisitivo en vigencia, 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 EEUU. 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 fundamentalmente 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.⁴⁹

⁴⁹ Cf. ERNESTO CHIESA APONTE, **Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos**, editorial Nomos, Bogotá, Colombia, 1995, tomo I, p.35 - 61.

En el documento de los miembros de la Comisión de la CLD, que habíamos seguido trabajando hasta su conclusión ⁵⁰ 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 incriminarse de manera que no puedan obtenerse sin el expreso consentimiento del imputado muestras como las de saliva, sangre, orina y semen. ⁵¹

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 ésta 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 EEUU 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

⁵⁰ Supervivimos 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.

⁵¹ Se pueden examinar entre otros, los artículos 88, 90 y 100 del documento de la CLD.

una descripción particular del sitio que se ha de allanar y las personas o cosas que se secuestren”.⁵²

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 anhelado 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 enorme gama de

⁵² 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.

derechos y deberes ⁵³, 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 artículo 11 de la Ley se expresa que los **defensores públicos**, estarán a las órdenes 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. ⁵⁴

DEBIDO PROCESO Y MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES .-

⁵³ Cf. Ley cit. , Art. 8.

⁵⁴ Puede revisarse en el proyecto de Código de Procedimiento Penal de la CLD, el título correspondiente a la Defensoría Pública.

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 artículo 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 artículo 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 procesal 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 **artículo 458** del Código de Procedimiento Penal, 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 **artículo 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 sería los códigos y leyes de procedimiento) como lo dice el artículo 272 de la Carta Suprema, el constituyente ecuatoriano dispuso que de oficio se apliquen las garantías constitucionales.

En el **artículo 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- oficio** 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 artículo 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 son 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 artículo 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 JOSÉ 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 garantías 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”.⁵⁵

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.⁵⁶

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**.⁵⁷

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 **habeas 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 especí-

⁵⁵ Cfr. **TEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL**, *Depalma*, Buenos Aires, 1988, p. 195. Cafferata Nores nos recuerda que la Corte Suprema de la Nación en resolución del 10 de diciembre de 1981, ha expresado que “ otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito”.

⁵⁶ José CAFFERATA NORES, en op. cit., p. 198, dice : “ Esto será posible, no sólo en las hipótesis para las cuales esta sanción se halle específicamente conminada en la ley procesal, sino también en cualquiera otra en que la nulidad no esté expresamente prevista”.

⁵⁷ Ob. Cit. , p. 126-127, en que la Sala Penal dice en fallo del 29 de mayo de 1997, en la parte resolutive: “ Así, las cosas al haberse denegado la solicitud pero sin evacuar prueba esencial, resulta afectado el derecho de defensa del sentenciado, por lo que aquella resolución del Tribunal Superior deviene en nula. Por lo expuesto debe declararse con lugar en primer motivo del recurso de casación que interpone la defensa y, en consecuencia procede anular la resolución del Tribunal Superior Tercero Penal...”

fico 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...”⁵⁸

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**.

⁵⁸ Cecilia SÁNCHEZ ROMERO, *La prisión preventiva en un Estado de Derecho*, en REVISTA DE CIENCIAS PENALES, ob. cit., p. 61.

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”.⁵⁹

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”.⁶⁰

⁵⁹ Jorge ZAVALA BAQUERIZO, *El proceso penal*, tomo IV, Edino, Guayaquil, 1990, pp. 234-235.

⁶⁰ José CAFFERATA NORES, en op. cit., 284.

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 respecto por las reglas de la sana crítica racional”.⁶¹

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 lógica 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 5 del 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

⁶¹ En op. cit., p. 284.

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 artículo 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 artículo 24 numeral 5, siendo ratificado en el numeral 14 ibídem. 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**.

2.- 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.

3.- 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 inmediación del juez de la resolución, con la prueba practicada.

4.- En el **sistema inquisitivo** el mismo juez investiga y falla, emite órdenes 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.

5.- 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**.

Tema No. 3

ASISTENCIA LEGAL, EL OMBUDSMAN y EL
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 policial⁶². 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 artículo 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 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”⁶³ . Si se revisa el artículo

⁶² Ya estaba prevista esta carga para el Ministerio Público desde el 16 de enero de 1996 en la reforma constitucional y constaba en la Constitución Política codificada y publicada en el RO No. 2 del 13 de febrero de 1997.

⁶³ Publicada en el RO No. 26 del 19 de marzo de 1997.

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 policial ⁶⁴ 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 difícil 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 **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 ⁶⁵, como nos recuerda el prof. Juan Bustos Ramírez.

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...”.

⁶⁴ Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, en *Temas de Ciencias Penales*, editorial Offset Graba, Guayaquil, 1996, pp.246, 265-266. En que desarrollamos las propuestas de un *derecho penal mínimo*.

⁶⁵ 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.

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 “convidado 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 1988⁶⁶, 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 Ministerio Público ecuatoriano, no obstante que en la misma reforma constitucional del 16 de enero de 1996 recogida en la codificación 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 decía:

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”.

⁶⁶ Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, en *Cárcel y Drogas: de la represión a la legalización*, editorial Edino, Guayaquil, 1994, pp. 89 y ss.

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 EEUU.⁶⁷, 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 artículo 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 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 recepan testimonios informativos durante los exámenes o auditorías sin la asistencia legal obligatoria.

⁶⁷ Cf. Una breve sinopsis contenida en el Boletín Jurídico No. 16 de febrero de 1997, de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, p. 10.

LA NECESIDAD DE 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.

Retornando a nuestro comentario, el Hábeas Corpus ⁶⁸ 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 LA CLD.-

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

⁶⁸ 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.).

se contempla de manera organizada la presencia del defensor en el proceso penal ⁶⁹ . Posteriormente y 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 abril de 1997 se encuentra concluido.

En el documento de los miembros de la Comisión que seguimos 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 autoincriminarse de manera que no puedan obtenerse sin el expreso consentimiento del imputado muestras como las de saliva, sangre, orina y semen. ⁷⁰

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 ésta 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 EEUU 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 inculpativa en el proceso. La cuarta enmienda dice: “ La gente tiene dere-

⁶⁹ Cf. artículos 103 a 116, que se encuentran en el Título IV del Defensor.

⁷⁰ Se pueden examinar entre otros, los artículos 88, 90 y 100 del documento de la CLD.

cho 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”.⁷¹

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 anhelado despertar en esa inacabada lucha por hacer efectivo el respeto a las garantías constitucionales y procesales.

EL DEBATE POR LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL.-

En Argentina y en España se produjeron 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 también 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

⁷¹ 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.

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...”⁷²

En el caso de España hemos podido acceder al debate en torno al **Jurado Popular**, que publica el periódico El País de Madrid⁷³ y ha sido grato leer los comentarios del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, de José Antonio Martín Pallín también magistrado del Tribunal Supremo, y de Antonio Beristain, director del Instituto 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 Ibáñez (*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

⁷² La Nación de Buenos Aires, del 14 de abril de 1997. En Internet : www.lanacion.com.

⁷³ El País de España, del 29 de abril de 1997. En Internet : www.el-pais.com.

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 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. Manifiestar 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 macro victimizaciones , 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 de-

recho 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.-

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 trabajos ⁷⁴, 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

⁷⁴ Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, en *Práctica Penal*, tomo V, editorial Edino, 1995, p. 123-127.

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 derechos 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” .⁷⁵

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

⁷⁵ Luis de la BARREDA SOLÓRZANO, *Gaceta*, 1, año 4, enero de 1997, México D.F., p. 59-60.

dignificar las prisiones; ni en fin autoridades administrativas a más de eficientes, incorruptibles.

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)⁷⁶ , 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

⁷⁶ *Gaceta* citada, p. 79.

requieren colaboradores de sólida formación profesional, mayoritariamente 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...”⁷⁷

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 signifiquen un perjuicio al particular 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 públi-

⁷⁷ *Gaceta* citada, p. 61.

cos 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 emitirlas 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 %".⁷⁸

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. 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.

⁷⁸ Luis de la BARREDA, en *Gaceta* citada, p. 63.

Otros logros importantes de la CDHDG 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 períodos. Es independiente y se encarga de los problemas de acceso del público a documentos oficiales. Hay cuatro tipos de Ombudsman, 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 adminis-

tración 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 los 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 andina.- ⁷⁹

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 constitucional. 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 contraerán 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 inter-

⁷⁹ Debe revisarse el excelente documento de la COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Los Andes: emergentes o en emergencia ? 1996*, Lima, Perú, 1997, p. 40-47.

poner 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 establecerse 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 que esto se requiera 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 período. Para ser elegido De-

fensor 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 incurrían 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 período 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 Díaz ⁸⁰, 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

⁸⁰ Edmundo DURAN DIAZ, *El Defensor del Pueblo*, en diario El Universo de 27 de diciembre de 1996.

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 bastante 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 garanticen.⁸¹
- 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 previo a su elección.

⁸¹ Cf. Ley cit. , Art. 2.

- 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 atribuciones ⁸² : 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 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.

⁸² Cf. Ley cit. , Art. 8.

En el artículo 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 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.⁸³

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 jurídicas⁸⁴, 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 artículo 16 de la LODP⁸⁵ 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.

⁸³ Puede revisarse en el proyecto de Código de Procedimiento Penal de la CLD, el título correspondiente a la Defensoría Pública.

⁸⁴ Cf., Art. 13.

⁸⁵ Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

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 alguna ⁸⁶, 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.

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 artículo 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.

Personalmente creemos que sigue en deuda la real 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.

⁸⁶ Cf., Art. 21.

Tema No. 4

REFLEXIONES SOBRE LA EXTRADICIÓN

INTRODUCCIÓN.-

Viene tomando carta de ciudadanía, la idea de que la extradición es una de las herramientas que se requieren para: a) combatir la corrupción; y, b) para evitar la impunidad que es una consecuencia de la corrupción.

En esta propuesta de fines, la Constitución Política de la República vigente desde el 11 de agosto de 1998, ha previsto en el artículo 121⁸⁷, tanto la imprescriptibilidad de la acción y de la pena (esto es del proceso penal y de la sanción) de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito (formas modales de la corrupción), como el juzgamiento en ausencia, de manera que ya no es relevante o necesario que un sindicado se encuentre detenido en el país sino que puede ser juzgado en calidad de prófugo.

Igualmente con el objeto de combatir la corrupción, se ha elevado a la categoría de organismo de control, en un rango similar al de la Contraloría General del Estado, Procuraduría General, Ministerio Público, y las diferentes Superintendencia, como las de Bancos y Compañías, a la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, prevista en los artículos 220 y 221 del Capítulo IV del Título X de la Constitución de la República.

Las Superintendencias como organismos técnicos, con autonomía administrativa, económica y financiera y personería jurídica de derecho público, ejercen también control en las instituciones públicas y privadas,

⁸⁷ 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 estos casos los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas 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”. Constitución Política del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998.

de acuerdo con su competencia por la materia específica, objeto del control.

En el presente gobierno tanto el propio Presidente de la República como organismos como la Comisión de Control Cívico de la Corrupción han expresado un interés de consuno de perseguir a la corrupción y combatir la impunidad, propuesta que es legítima tanto en cuanto se trate de verdaderos casos de corrupción y no del perseguimiento político o personal de un funcionario público en contra de un oponente o adversario.

Existen algunos mecanismos para evitar la impunidad que pueden ser la vía de la extradición, a veces no expedita por la dificultad de los trámites y el respeto al debido proceso y a las garantías constitucionales (entre ellas los Derechos Humanos) consustancial a la vigencia del Estado de Derecho.

No es necesaria ni imprescindible la *extradición* en la propuesta de combatir la impunidad y la corrupción, pues de acuerdo con la norma constitucional que se transcribe tanto el ejercicio de la acción penal como la pena son imprescriptibles en los casos modales citados por la Constitución Política de la República del Ecuador, y sus presuntos responsables pueden ser juzgados en ausencia.

LA EXCEPCIÓN A LA EXTRADICIÓN EN CASOS DE NARCOTRÁFICO.-

Se viene considerando con mayor insistencia en las dos últimas décadas que uno de los flagelos o crímenes contra la humanidad es el que tiene que ver con el narcotráfico y delitos conexos relacionados con el tráfico, comercialización y enriquecimiento ilícito proveniente de las drogas ilegales como es el caso del “lavado o conversión de capitales ilícitos”, aunque en el Ecuador no es imprescriptible el ejercicio de la acción penal y de la pena en el caso de narcotráfico, ni pueden ser sus presuntos responsables juzgados en ausencia. Lo anterior nos puede llevar al equívoco de creer, que es menos lesivo el narcotráfico que el delito de peculado, y que el combate a la corrupción es mas importante para el estado ecuatoriano, que el combate al crimen organizado que deviene de los delitos de narcotráfico.

Para combatir el narcotráfico se dictaron tres convenciones, interesándonos recordar la última que es la Convención de Viena de diciembre de 1998, que ha sido ratificada por el Ecuador casi de inmediato a su expedición, y que dio origen en el Ecuador a la Ley antidrogas de 1990. En este estatuto internacional -la Convención de Viena- se prevé que para evitar la impunidad debe funcionar el *principio de la asistencia judicial recíproca*, y que para evitar la impunidad en materia de narcotráfico, los países deben cooperar con sus similares entregando a la justicia requirente del país amigo, a aquellos prófugos de la justicia para que sean juzgados.

De acuerdo con lo previsto en la Convención de Viena, la entrega de las personas se la debe realizar aunque no exista un Pacto, Tratado o Convenio expreso de extradición, bastando la sola aceptación o suscripción de la Convención de Viena⁸⁸, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, en su sexta sesión plenaria celebrada el 19 de diciembre de 1988, a la que se puede invocar y recurrir como soporte jurídico para la entrega de las personas vinculadas con los delitos de narcotráfico, en forma excluyente y específica, esto es **no cabe su aplicación para otro tipo de delitos, como los de peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito.**

Cabe decir con respecto a lo anterior, que solamente cuando se trate de los casos de narcotráfico, del “lavado de dineros provenientes del narcotráfico” (y de los delitos expresamente previstos en la Convención) se puede invocar la propia Convención a falta de un tratado expreso de extradición como mecanismo que permita la entrega de un sindicado para que responda ante la justicia de un Estado requirente.

LA EXTRADICIÓN EN EL CASO DE PECULADO BANCARIO Y OTROS DELITOS FINANCIEROS.-

⁸⁸ Art. 6.

“3. Si una parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe de otra parte, con la que no la vincula ningún tratado de extradición, una solicitud de extradición, podrán considerar la presente convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo. Las partes que requieran una legislación detallada para hacer vale la presente Convención como base jurídica de la extradición considerarán la necesidad de promulgar la legislación necesaria”.

Hay que dividir el comentario de la legislación aplicable en este tema en concreto, antes del 13 de enero del 2000, y después de esta fecha en que se publica en el Suplemento del Registro Oficial No. 360, el nuevo Código de Procedimiento Penal, que entrará en plena vigencia y en su totalidad, dieciocho meses después de su promulgación, según lo prevé la disposición final del nuevo cuerpo legal que contiene 430 artículos.

La situación legal antes del 13 de enero del 2000.-

Para que se pudiese solicitar y tramitar la extradición, había que recurrir a un Reglamento relacionado con la Ley de Extranjería, que establecía como un presupuesto de procedibilidad, esto es de necesario cumplimiento previo, que se hubiese dictado un auto de prisión en firme o que se trate de un caso de sentencia condenatoria igualmente en firme ⁸⁹. Esto nos permitía inferir que sólo cabía la extradición si se cumplía ese requisito previo, y que el auto de prisión debía ser interpretado con el carácter de firme cuando se trataba del auto de prisión expedido en la tercera etapa del proceso penal, esto es en el llamamiento a juicio plenario.

Con el criterio anterior, concluíamos que no era posible o viable que se solicitara o tramitara un pedido de extradición cualquiera que fuese el delito imputado si se trataba de un sindicado en la etapa del sumario, que era la primera etapa del proceso penal ecuatoriano de acuerdo con el CPP de 1983, porque en dicha etapa procesal la medida cautelar personal o de aseguramiento que es el auto de prisión preventiva, es por su naturaleza revocable pues puede quedar sin efecto cuando el juez considere que se han desvirtuado los presupuestos que le dieron nacimiento,

⁸⁹ Reglamento a la Ley de Extranjería, Decreto Ejecutivo 1991, publicado en el Registro Oficial 473, del 7 de julio de 1986. Art. 12: “Para que el Juez de la causa eleve sus antecedentes al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, será necesario que se haya dictado previamente auto firme de prisión o recaído sentencia ejecutoriada contra el acusado cuya extradición se pretende.

Deberán también constar en el proceso el país y lugar en que el reo se encuentre en la actualidad.

Art. 13 – Recibido el proceso pasará a conocimiento del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, para que dictamine si es o no procedente la petición de extradición de conformidad a los tratados celebrados en la nación en que el reo se encuentre refugiado o en defecto de tratado, con arreglo a los principios del Derecho Internacional”.

siendo en consecuencia un auto no en firme. Este era el principal y sostenible argumento para decir no a la extradición.

La situación legal a partir del 13 de enero del 2000.-

Ha cambiado en forma definitiva el tratamiento de la extradición a partir del 13 de enero del 2000, de acuerdo con lo que manifiesta la disposición final antes referida del nuevo Código de Procedimiento Penal.

El **artículo 7**, del nuevo Código de Procedimiento Penal dice textualmente:

Art. 7.- Extradición.- Es obligación del juez solicitar en la forma prevista por la ley y los convenios internacionales, la extradición del prófugo en los casos de prisión preventiva o de sentencia condenatoria ejecutoriada.

La disposición final del nuevo Código de Procedimiento Penal, promulgado el 13 de enero del 2000, dice en el segundo párrafo y en el párrafo tercero en el que está la clave de la respuesta:

“...Este Código entrará en vigencia luego de transcurridos dieciocho meses desde su publicación en el Registro Oficial.

“Lo previsto en el inciso anterior no será aplicable al Capítulo IV del Título IV del Libro IV y a los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429 y 430 que por desarrollar los principios del debido proceso reconocidos por la Constitución Política de la República, entrarán en vigencia partir de la publicación de este Código en el Registro Oficial...”.

Una primera lectura aunque incompleta nos puede llevar al equívoco de creer que porque se encuentra vigente desde el 13 de enero del 2000, el artículo 7 del nuevo Código de Procedimiento Penal, son extraditables, todos los ecuatorianos en contra de los que se dicte auto de prisión preventiva, -es decir que bastaría que exista una medida cautelar perso-

nal provisoria y revocable como es la prisión preventiva- y aquellos en contra de los que exista una sentencia condenatoria en firme.

Comentario: a) el juez está obligado a solicitar la extradición; b) de acuerdo a la forma prevista por la ley; y, c) en los casos de prisión preventiva que ya no se requiere que sea en firme, o de sentencia condenatoria ejecutoriada o en firme, siempre que se trate de los procesos penales iniciados a partir del 30 de agosto del 2000 que empieza la vigencia de la nueva Ley de Extradición.

La salvedad o excepción se produciría si se trata de pedir la extradición de un ecuatoriano que se encuentre en un país extranjero, y no se hubiese suscrito con dicho país un Tratado, Pacto o Convenio de extradición

Igualmente destacamos como una **situación excepcional** la que tiene que ver con los procesos penales iniciados a partir del 13 de enero del 2000, y antes del 18 de agosto del 2000 en que se dicta la nueva Ley de Extradición. Esta es la situación en los casos que se siguen por fraudes bancarios perpetrados en el Ecuador, que se hubiesen iniciado antes del 18 de agosto que entra en vigencia la nueva Ley de Extradición. Sostenemos *prima facie* que es viable aplicar la Extradición siempre que no se afecte el principio de la seguridad jurídica y del debido proceso, y para que esto se cumpla cuando se trate de los procesos penales iniciados antes del 18 de agosto del 2000, debe respetarse el mandato constitucional del artículo 24, numeral 1, que en la parte pertinente dice que “... **Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento...**”.

Al tiempo del inicio de tales procesos penales, antes del 18 de agosto del 2000 no existía y mal podía aplicarse una Ley de Extradición inexistente, para los casos en que se dicte un auto de prisión preventiva no en firme que es por su naturaleza revocable. Antes del 13 de enero del 2000 en que entró en vigencia una parte del nuevo Código de Procedimiento Penal y entre ella el artículo 7 ya señalado, no era posible la extradición, sino cuando existía un auto de prisión preventiva en firme, e igual situación se mantiene hasta el 18 de agosto del 2000 en que empieza a regir y a aplicarse la nueva Ley de Extradición.

Los imputados en tales delitos financieros y bancarios, son extraditables de acuerdo con el reglamento de la Ley de Migración antes señalado, vigente al tiempo del inicio de esos procesos penales, que requiere auto de prisión en firme, que es el que se dicta en la etapa del plenario y no del sumario.

De acuerdo con el Reglamento a la Ley de Migración, aplicable para los casos anteriores al 18 de agosto del año 2000, en la etapa de investigación o sumario el auto de prisión preventiva es revocable no es en firme y por ello no cabe la extradición, en tanto que en la etapa del juicio de reproche o culpabilidad, que es la etapa de plenario, el auto de prisión es en firme y procede la extradición. Debemos recordar que cuando se dicta un auto resolutorio de llamamiento a juicio (o de plenario) el mismo tiene como antecedente, la comprobación conforme a derecho de la existencia del delito, y la existencia de indicios que permiten presumir razonablemente un actuar culpable de quienes son llamados a juicio.

IRRETROACTIVIDAD E INAPLICABILIDAD DE LA LEY DE EXTRADICIÓN DEL 18 DE AGOSTO DEL 2000, EN ALGUNOS CASOS.-

El Código de Procedimiento Penal del 13 de enero del 2000, en el Libro I **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES**, los mismos que se encuentran vigentes y son aplicables desde la fecha citada, dispone en el artículo 1 y en el artículo 2 la necesidad del juicio previo y la legalidad del debido proceso, expresando:

Art. 1.- Juicio previo.- Nadie puede ser penado sino mediante una sentencia ejecutoriada dictada luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del imputado en un juicio sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de la República y en este Código con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del imputado y de las víctimas.

Art. 2.- Legalidad.- ..

(Párrafo último). En general todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas del procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad, procedi-

bilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores.

Podemos afirmar sin lugar a equívocos o dubitaciones, que la Ley de Extradición del 18 de agosto del 2000, debe aplicarse para lo venidero pues es un principio de legislación universalmente aceptado, que las leyes penales e incluso las no penales disponen para lo venidero y que no se deben aplicar con carácter **retroactivo**, salvo el caso en que tiendan a favorecer a los presuntos infractores, como lo dice expresamente el segmento del artículo 2 que se ha copiado precedentemente.

Está fuera de toda y discusión que la Ley de Extradición, no puede aplicarse en casos anteriores al 18 de agosto del 2000 y con el carácter de retroactiva, porque sería desfavorable a los presuntos infractores, y de allí deviene su inaplicabilidad e inejecutabilidad.

LA IRRETROACTIVIDAD Y LA ULTRA ACTIVIDAD DE LA LEY Y DE SUS EFECTOS.-

Como es profusamente conocido las leyes disponen para lo venidero, vale decir **que no se pueden aplicar con carácter retroactivo, y menos aún en perjuicio del reo o sindicado**. Si se produce el conflicto entre dos leyes se debe aplicar siempre la menos rigurosa, y en el evento de haberse dictado con posterioridad una ley que resulte ser mas rigurosa que la ley que se deroga, los efectos de esta -de la ley derogada- supervisen o se siguen aplicando de acuerdo con el principio conocido de la **ultra actividad de la ley mas benigna o menos rigurosa**.

El legislador ecuatoriano ha consignado in extenso tanto la irretroactividad en perjuicio del reo, la retroactividad en su beneficio, así como la ultra actividad de la ley penal y de sus efectos, expresando en el artículo 2 del Código Penal, párrafos tercero, cuarto y quinto:

“... Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones, y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena haya o no comenzado a cumplirse. (*retroactividad a favor del reo aun en perjuicio de la cosa juzgada*).

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa. (*ultra actividad a favor del reo por el principio de la favorabilidad*).

En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada”. (*principio del favor rei o a favor del reo*). Nota: las cursivas son nuestras.

Es obvio y por expreso mandato legal del artículo 2 del Código Penal, que una ley posterior como es la Ley de Extradición, del 18 de agosto del 2000, que tiene que ver sobre los efectos de las acciones penales debe aplicarse sólo en lo que fuese favorable a los infractores.

El artículo 4 del mismo Código Penal ecuatoriano expresa: “ Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido mas favorable al reo”. Vale decir, que si se presenta la duda en cuanto a la aplicación de la ley y de sus efectos, debe ser interpretada y aplicada de la manera en que resulte favorable al reo y no en su perjuicio.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 30 Y 31 DE LA LEY DE EXTRADICIÓN VIGENTE.-

Los artículos citados up supra dicen en su orden:

Art. 30.- “ Los jueces y tribunales se hallan obligados a solicitar la extradición del prófugo que se encuentre en territorio de otro Estado, contra quien hayan dictado o dicten auto de prisión preventiva en cualquier etapa del juicio penal o sentencia penal condenatoria que imponga pena privativa de libertad. Por la supremacía de la ley sobre el reglamento se declara que, en el primer caso, para proceder a la extradición, basta el auto de prisión preventiva, sin que se requiera auto de apertura del plenario o de llamamiento a juicio”.

Art. 31.- “ Para los casos de extradición sustentada en un auto de prisión preventiva dictado con anterioridad al 13 de enero del 2000, fecha de la vigencia del artículo 7, entre otros, del nuevo Código de Procedimiento Penal, se entenderá en el sentido de que el único requisito es el

auto de prisión preventiva dictado por el juez o tribunal competente en cualquier etapa del juicio penal ” .

El legislador ecuatoriano **violentando las garantías del debido proceso** previstas en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política del Ecuador, dictó dos disposiciones en la Ley de Extradición del 18 de agosto del 2000, estableciendo la **retroactividad de la ley en perjuicio de los presuntos infractores**, ignorando la **irretroactividad de la ley en perjuicio del reo**, y desconociendo la garantía constitucional de la legalidad del juicio previo con arreglo o sujeción a “ las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento” (Art. 24, numeral 1).

La evidente “dedicatoria” del legislador ecuatoriano en la Ley de Extradición, vulnerando principios elementales en cuanto a los efectos de las leyes y a la supervivencia de las mismas, tanto en cuanto fuesen favorables a los presuntos infractores, deviene en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (afectación del debido proceso y de la legalidad del juicio previo) de dichas disposiciones en los casos anteriores al 18 de agosto del 2000, en que se requería de auto de prisión en firme, para la extradición, esto es que debe tratarse de la prisión preventiva dictada en la etapa del plenario y no en cualquier etapa del sumario. Nos encontramos frente a un derecho adquirido de los sindicatos, que no puede ser conculcado por el legislador, por muy importantes que pudiesen parecer sus razonamientos.

Recordemos que al tenor del artículo 16 de la Constitución vigente, el mas alto deber del Estado consiste en respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución (sic); y, que de conformidad con el artículo 18 *ibídem.*, 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, que en materia de derechos y garantías, se estará a la interpretación que mas favorezca a su efectiva vigencia, y que las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales (sic).

Si se persiste en el tema de la Extradición, le queda al juez o tribunal el ejercicio legítimo de la competencia de control constitucional, previsto en el artículo 274 de la Constitución Política de la República del Ecuador, declarando inaplicable de oficio o a petición de parte, los pre-

ceptos jurídicos contenidos en los artículos 30 y 31 de la Ley de Extradición, por ser contrarios a las normas de la propia Constitución que se han citado precedentemente.

LA EXTRADICIÓN EN CASOS DIFERENTES A LOS PREVISTOS, ES INAPLICABLE O INEJECUTABLE DE ACUERDO CON EL TRATADO DE EXTRADICIÓN SUSCRITO ENTRE ESTADOS UNIDOS Y ECUADOR PARA OTRO TIPO DE DELITOS.-

Con vista del contenido de las excitativas fiscales, los delitos que se investigan son diferentes a aquellos que se han consignado tanto en la lista de delitos enumerados del 1 al 6 en el segundo artículo del Tratado de Extradición celebrado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, el 28 de junio de 1872, y la lista de delitos que se agregan en el Tratado Complementario de Extradición suscrito entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América el 22 de septiembre de 1939, ratificado por Ecuador el 23 de diciembre de 1940, según Registro Oficial del 21 y 22 de abril de 1941, números 194 y 195.

Delitos que se investigan en algunos casos en la Corte Suprema de Justicia del Ecuador : Peculado bancario (Art. 257 Código Penal), falsedad de balances (Art. 363 Código Penal), y delitos previstos en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, relacionados con declaración falsa respecto de operaciones financieras, y aprobación y presentación de estados financieros falsos (Art. 131 de dicha Ley General).

En los Tratados bilaterales suscritos entre Ecuador y Estados Unidos de América se ha seguido la doctrina del *numerus clausus* y no la del *numeros apertus*. Como se sabe de acuerdo con el *numerus clausus* solamente se pueden aplicar los tipos penales y sanciones penales con su consiguiente procedimiento, siempre que se trate de uno de aquellos actos o comportamientos previstos expresamente en la Ley, Pacto, Tratado o Convenio. De acuerdo con el *numerus apertus*, la posibilidad de la aplicación no tiene límites y puede aplicarse incluso por analogía a cualquier comportamiento con el que tenga parecido, esto significa que no hay un número cerrado de casos sino que es abierto ese número. Este no es la situación cuando se trata de la Extradición vigente entre Ecuador y Estados Unidos en que se han predeterminado en forma expresa los casos en que cabe la posibilidad de su aplicación.

De acuerdo con el Tratado Complementario de Extradición referido *up supra*, se ha previsto como caso extraditable, en el numeral 16: “Fraude o abuso de confianza por un depositario, banquero, agente, comisionado, síndico, albacea, administrador, guardados, director o funcionario de cualquier compañía o corporación, o por alguien que ocupe cualquier posición fiduciaria, cuando la suma de dinero o el valor de los bienes malversados exceda de doscientos dólares, o su equivalente en moneda ecuatoriana”.

De la transcripción antes efectuada de los tipos penales (o delitos) que son el objeto jurídico del proceso penal o procesos penales que se encuentran en fase de investigación iniciada en el Ecuador, y en los que no existe aun auto de prisión en firme, aparece que los delitos que se investigan en Ecuador en muchos casos, son distintos de los que han sido materia de los Tratados de Extradición entre Estados Unidos de América y la República del Ecuador, por lo que no serían extraditables.

El **fraude cometido por un banquero**, es un tipo penal distinto de los delitos de **peculado bancario**, o **falsedad de balances o delito de ocultamiento de información**, que son el objeto jurídico de determinados casos. El fraude previsto en el Tratado Complementario de Extradición, es un delito contra la propiedad como bien jurídico protegido, diferente a los delitos materia de la extradición, que se refieren a peculado bancario (que es un delito contra la administración pública), a falsedad de balance (que es un delito contra la fe pública), y al ocultamiento de información (que es igualmente delito contra la administración pública, en que hay incumplimiento de la obligación inherente al ejercicio del cargo).

Concluyo expresando que en materia penal existe la **analogía in bonan parte** o analogía en buena parte, que permite aplicar por extensión hechos y situaciones, valoración de la prueba, circunstancias de excusa y de exclusión de la responsabilidad penal, etc. para casos parecidos, pero limitadamente a favor o en beneficio del reo y jamás en su contra. La **analogía in malan parte** o la analogía en mala parte y que permitiría aplicar situaciones similares o que se le parezcan por analogía en perjuicio de un reo o sindicado, se encuentra proscrita o prohibida en los sistemas penales modernos y constituye una grave violación a las garantías del debido proceso, propias de un Estado de Derecho

Tema No. 5

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y LAVADO DE DINEROS

INTRODUCCIÓN.-

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 foránea.⁹⁰

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 dólares⁹¹. Análisis-

⁹⁰ Cfr. Revista VISTAZO, No. 838, julio 18 del 2002, p. 12.

⁹¹ Cfr. Diario EL UNIVERSO, edición final del 29 de julio del 2002.

tas económicos serios incluso aprecian que las empresas trasnacionales 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 practicas de extorsión, a cambio de guardar silencio.

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 trabajos ⁹² .

⁹² Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Cárcel y Drogas: de la represión a la legalización*, Editorial Edino, Guayaquil, 1994, 161 páginas.

PROCESO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

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 citado ⁹³ :

“ 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,

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

⁹³ Ecuador la ratificó, como consta en el Registro Oficial 396, del 15 de marzo de 1990.

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) la 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 la 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 narcoterrorismo ⁹⁴. En la citada Convención los Estados Partes dejan constancia de la necesidad de consolidar esfuerzos para combatir esta actividad delictiva por su enorme costo social. ⁹⁵

⁹⁴ Ecuador ha ratificado la citada Convención Interamericana, como consta en el Registro Oficial, número 243, del 28 de julio de 1999.

⁹⁵ 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;

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.

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 delinquentes 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...”

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 trasnacionales 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 ecuatoriana⁹⁶.

⁹⁶ Se puede consultar nuestro trabajo, PRACTICA PENAL VII, **El caso Filanbanco**, editorial Edino, 2004.

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 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 sencillos.⁹⁷

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.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO PENAL.-

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

⁹⁷ 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.

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 INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN⁹⁸, la misma que dice en su preámbulo:

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;

⁹⁸ 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.

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 ausentes⁹⁹. Algunos tipos penales asociados

⁹⁹ “ 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.

con la corrupción 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:

“ 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.

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.

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.” ..

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 Convención, 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.

c. 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.

d. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmue-

bles, 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 apli-

cables, 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 artículo 25, que en el artículo 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.

TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA EL 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 general 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 artículo 83¹⁰⁰, y que en la Constitución Política del Ecuador se encuentra prohibida toda forma de incoercibilidad en el artículo 23, numeral 2, estableciéndose en la misma Constitución en el artículo 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 garantías.¹⁰¹

¹⁰⁰ **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”.

¹⁰¹ 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 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, etc.¹⁰²

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 del 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 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 del

¹⁰² Se pueden revisar, entre otros, **Art. 150**, **Art. 155** y **Art. 156**, del nuevo Código de Procedimiento Penal.

“lavado de dineros”, que proviene de actos de corrupción perpetrados del tercer mundo que sigue siendo mirado y tratado como el patio trasero.

Tema No. 6

**BREVES APUNTES SOBRE LAS REFORMAS AL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL
13 DE ENERO DEL 2003**

Fecha de las reformas.-

El 13 de enero del 2003, mediante Ley 101-2003, publicadas en el Registro Oficial No. 743.

CONCURSO DE DELITOS .-

De acuerdo con los artículos 1 y 2 de las reformas:

1.- La Policía Judicial debe iniciar investigación (o hacer informes) por separado para cada uno de los delitos, y de ser posible debe relacionar los hechos. Para determinar la peligrosidad de los presuntos infractores, debiéndose hacer constar en cada uno de los informes los antecedentes que registren.

2.- Se deben iniciar por parte de los fiscales tantas instrucciones fiscales, como delitos se le imputen a una persona, aunque se trate de delitos conexos o relacionados.

3.- Debe intervenir un juez penal por cada instrucción. Debiera intervenir un fiscal diferente para cada instrucción fiscal, mediante el turno o sorteo correspondiente para las demás instrucciones.

FUERO DE CORTE.-

Se corrigió el error del artículo 29, numeral 4, y se establece la competencia de los Presidentes de Cortes Superiores para conocer los casos de fuero de Corte, durante la Instrucción Fiscal y para resolver la etapa intermedia (Art. 3 de las reformas).

REFORMA EN DELITOS DE INSTANCIA PARTICULAR.-

En el artículo 4 de las reformas, se han suprimido los literales a), c) y e) del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, con lo cual los delitos de violación de domicilio, el hurto y el robo con fuerza en las cosas, han dejado de ser delitos de instancia particular y se han converti-

do en delitos de acción penal pública. Es decir que los fiscales deben actuar de oficio sin necesidad del requerimiento del particular ofendido.

SOBRE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.-

Se ha reestablecido el derecho de la víctima, de sus representantes legales o parientes para presentar acusación particular y ser parte procesal, a partir del momento en que se notifica al ofendido con el inicio de la instrucción fiscal, y hasta antes de la conclusión de la instrucción fiscal. Así lo dice el artículo 5 de las reformas.

De acuerdo con el artículo 23 numeral 3 de la Constitución Política, se reconoce como uno de los derechos y garantías civiles, la igualdad de todos ante la ley y esto es lo que busca la reforma. Se debe permitir que se presente acusación particular, en los procesos penales que se encuentren en trámite e iniciados antes del 13 de enero del 2003, siempre que no se haya declarado concluida la instrucción fiscal, **para hacer efectivo el principio de la igualdad ante la ley** tanto de ofensores como de ofendidos.

Si se presenta acusación particular, el juez debe aumentar el monto en los casos de cauciones ex carcelarias, dándole un plazo para que cubra dicho monto. Si no cumple el imputado con cubrir el aumento, debe hacer efectiva la caución rendida y disponer nuevamente la prisión preventiva.

DELITOS DE RESULTADO MATERIAL.-

En el artículo 6 de las reformas, se prevé la obligación del Fiscal, cuando se trata de los delitos de resultado material en que desaparecen los vestigios que debió dejar la infracción, o se comete de tal modo que no deje resultados, que concurra al lugar de la infracción con peritos de la Policía Judicial, y deje constancia en acta de tal hecho (de la desaparición). De esta manera puede mediante documentos o declaraciones de testigos, encontrar elementos de convicción sobre la existencia del delito.

CARACTERÍSTICAS DE LA DETENCIÓN EN FIRME.-

En el **artículo 10 de las reformas**, se crea la institución procesal de la detención en firme como medida de aseguramiento personal, que se debe dictar en todos los casos en que se **dicte auto de llamamiento a juicio**.

Esta nueva medida procesal penal, solamente se puede revocar cuando el tribunal penal dicte sentencia absolutoria o cuando mediante el recurso de casación la Corte Suprema a través de una de las Salas Penales, revoque la sentencia condenatoria del Tribunal Penal y dicte la absolución, casando la condena.

Una vez que se dicte la detención en firme, NO cabe la aplicación de la caducidad de la prisión preventiva, prevista en el artículo 24, numeral 8 de la Constitución Política de la República, que determina la libertad si han transcurrido mas de seis meses o un año en los delitos sancionados con reclusión y se encuentren sin sentencia, pues la detención en firme extingue la prisión preventiva y ya no cabe aplicar la Constitución.

La detención en firme no es susceptible del recurso de amparo de libertad, pues el amparo se refiere a la orden de prisión, según el artículo 423 del Código de Procedimiento Penal (que debe entenderse como prisión preventiva).

No procede la **detención en firme** de acuerdo con el **artículo 16 de las reformas** en contra de quien haya sido calificado como encubridor, en los delitos sancionados con pena de hasta un año de prisión, y cuando se hubiere presentado caución ex carcelaria en los delitos sancionados con prisión correccional (de hasta cinco años).

Se puede interponer **recurso de apelación** de la detención en firme, PERO aunque se interponga la apelación, la medida no se suspende, es decir se mantienen sus efectos.

Se debe disponer la **detención en firme** en todos los procesos penales que se estén tramitando a partir del 13 de enero del 2003, en el momento en que se dicte el auto de llamamiento a juicio, una vez que hubiese concluido la etapa intermedia. No procede que se sustituya la prisión preventiva por la detención en firme en aquellos procesos ya resueltos antes del 13 de enero del 2003, pues la ley dispone para lo ve-

nidero y la aplicación con criterio retroactivo (por el principio de la ultra actividad) es procedente por excepción si se trata de favorecer la reo, PERO jamás en su contra.

El Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil al tiempo de entrar en vigencia las reformas, resolvió un caso disponiendo la detención en firme, en el proceso penal seguido en contra de la jueza doce penal del Guayas por el delito de prevaricato. El proceso penal, se inició antes del 13 de enero del 2003 y la resolución de llamamiento a juicio se dictó con posterioridad al 13 de enero del 2003.

APELACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.-

En el **artículo 15 de las reformas** se reconoce el derecho para apelar del auto de prisión preventiva impuesta o negada por el juez. Debe interpretarse que la apelación se debe conceder en el efecto devolutivo, es decir que se mantienen los efectos de la prisión preventiva hasta que el superior decide si la confirma o la revoca. Una interpretación en sentido contrario, significaría que si todos los internos de las cárceles ecuatorianas que se encuentran bajo prisión preventiva, apelaran de la medida, deberían ser puestos en libertad ;

RESERVA DE LA INDAGACIÓN PREVIA.-

En el **artículo 19 de las reformas** con referencia a la denominada reserva de la indagación previa, cuya constitucionalidad es discutible porque como una de las garantías del debido proceso en el artículo 24 se establecen en el numeral 10, la **inviolabilidad del derecho de defensa** y en el numeral 12, el derecho de toda persona a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra, se ha reconocido el derecho del ofendido, y de las personas a las cuales se investiga de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones.

Es decir no puede haber reserva para el ofendido o para los investigados, ni obviamente para sus abogados, para conocer el contenido de la investigación. La reserva se mantiene para el público en general, lo cual incluye a los medios de comunicación.

AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE LA INSTRUCCIÓN.-

En el **artículo 20 de las reformas** se ha determinado que si durante la instrucción y antes de que venza el plazo de los 90 días, se hace extensiva la instrucción a un nuevo imputado, la instrucción tendrá un plazo adicional de 30 días que se contarán a partir de la notificación con esta resolución al nuevo imputado o al defensor público o de oficio designado por el juez. Vale decir, que la instrucción no podrá durar más de 120 días, debiendo recordar que vencido el o los plazos cualquier acto procesal que se practique después del vencimiento, carecerá de valor alguno.

Si el Fiscal encuentra suficientes elementos de convicción en contra de otra persona, ya no puede ampliar el plazo de la instrucción, pues lo que procede es que se inicie una nueva instrucción en contra de ese nuevo imputado.

El **titular de la acción penal en los delitos pesquisables de oficio es el Fiscal** como dice el artículo 219 de la Constitución Política de la República y lo reconocen el artículo 33 y el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal. Este ejercicio exclusivo de la acción penal en manos del ministerio público impide que los jueces penales puedan ordenar de oficio nuevos enjuiciamientos, pues tal facultad es privativa de los fiscales y excluye a los jueces. En la práctica algunos jueces actúan ilegalmente pues no son titulares de la acción penal.

ARCHIVO DEL PROCESO, CONSULTA Y PLAZOS .-

En el **artículo 21 de las reformas** en el segundo inciso se ha consignado la posibilidad de disponer el archivo del proceso, manifestándose “Si el Juez considera que los resultados de la instrucción fiscal no amerita el auto de llamamiento a juicio, podrá archivar el proceso”. Como en verdad no se ha suprimido el auto resolutorio de sobreseimiento definitivo y provisional del proceso y del imputado, debe entenderse correctamente que el archivo procede en el caso de que el Fiscal no encuentra mérito para una acusación y no se ha presentado acusación particular. Pues es en este caso en que por economía procesal se debe prescindir de la audiencia preliminar, si el juez está de acuerdo en que no hay mérito para ir a juicio.

Se ha establecido en el **artículo 21 de las reformas** que en tratándose de delitos reprimidos con reclusión, el Juez tiene la obligación de elevar en consulta al superior su decisión de archivo.

De conformidad con el **artículo 26 de las reformas** hay la obligación de consultar también al fiscal superior al tratarse de delitos penados con reclusión, en el evento de que el fiscal inferior se abstenga de acusar. Es decir que hay dos consultas obligatorias tanto al Fiscal superior como a una de las salas de la Corte Superior, parece razonable que la primera consulta se haga al fiscal superior (Ministro Fiscal Provincial) y luego a la Sala de la Corte que le corresponda conocer por sorteo.

En el **artículo 22 de las reformas**, se establece que el plazo de los 90 días para la duración de la instrucción fiscal corre a partir de la fecha de notificación al imputado, o al defensor público o defensor de oficio, designado por el juez. El plazo en el que el Fiscal debe emitir su dictamen es de seis días, según lo dice el **artículo 23 de las reformas**.

De acuerdo con el artículo 25 de las reformas el plazo de 24 horas que tenía el juez penal para dictar la resolución de la audiencia preliminar, se ha ampliado a 72 horas.

En el artículo 27 de las reformas hay que recordar lo dicho con respecto al artículo 21 de las reformas en el sentido, de que el archivo del proceso es procedente cuando el Fiscal no presenta acusación, y no hay acusación particular, siempre que el juez considere igualmente que no hay mérito para dictar auto de llamamiento a juicio. Solamente allí cabe el archivo.

De acuerdo con el artículo 28 de las reformas en todos los procesos penales que se resuelvan a partir del 13 de enero del 2003, los jueces deben aplicar la reforma y disponer en el auto de llamamiento a juicio, la **detención en firme** en contra del autor o cómplice, entre otras medidas cautelares de aseguramiento.

En el **artículo 30 de las reformas**, se determina que en el evento de resolverse la nulidad total o parcial del proceso durante la etapa de instrucción fiscal, la Corte remitirá el proceso a un fiscal penal diferente para que sustancie dicha etapa, desde el momento procesal en que se produjo la causa de nulidad. Si la nulidad se produce en la etapa del jui-

cio, el proceso se remitirá a otro tribunal penal para que proceda a sustanciar dicha etapa, a partir del momento procesal en que se produjo la causa de nulidad.

En el **artículo 34 de las reformas** por un error se dice en la etapa del plenario, cuando debiera decir en la etapa del juicio, y la referencia es a la medida cautelar de orden personal que se dicta en el llamamiento a juicio, que es la **nueva detención en firme** que tiene características diferentes a la que se dicta en la etapa de la instrucción fiscal, que es la prisión preventiva.

Para controlar adecuadamente la actuación de jueces y tribunales penales, se ha dispuesto en el **artículo 13 de las reformas**, que al excederse los plazos y producirse la caducidad de la prisión preventiva (***no hay caducidad constitucional ni procesal de la detención en firme***) y disponerse la libertad de un imputado o acusado, debe enviarse de inmediato el expediente completo de cada caso al Consejo Nacional de la Judicatura.

SANCIÓN POR LA MORA PROCESAL.-

Se han previsto severas sanciones para los jueces, tribunales penales y fiscales, para el evento de que no obstante las reformas se produjere la caducidad de la prisión preventiva por el vencimiento de los plazos. Así en el **artículo 35 de las reformas a la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura** se establece para un primer caso una multa de 10 mil dólares en contra de jueces y miembros de tribunales penales que permitan la caducidad de la prisión preventiva y la libertad de los imputados, y en caso de reincidencia se produce la remoción definitiva de sus cargos.

Esto se entiende sin perjuicio de las acciones civiles y penales que se puedan proponer en contra del juez penal o miembro del tribunal penal que son también responsables civil y penalmente por sus actuaciones, tanto a instancia del Consejo Nacional de la Judicatura como del acusador particular perjudicado.

Se establece un término perentorio de 15 días en el artículo 36 de las reformas, para que el Consejo Nacional de la Judicatura efectúe la investigación y resuelva. A su vez el Consejo Nacional de la Judicatura

deberá rendir un informe semestral de sus actuaciones sobre el tema al pleno de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

En el artículo 37 de las reformas, se hace efectiva la reforma a la Ley Orgánica del Ministerio Público, mediante la cual se prevé la remoción ipso iure definitiva del cargo en contra del agente fiscal que por dilatar el conocimiento de las causas y la emisión de su dictamen, permitan la caducidad de la prisión preventiva. Igualmente se prevé la imposición de la multa de 10 mil dólares y las demás acciones civiles y penales que se propongan en contra del agente fiscal.

Tema No. 7

MUJER Y SISTEMA PENAL

INTRODUCCIÓN.-

En la perspectiva de género, es importante el avance en un proceso de consolidación de la igualdad de derechos que tiene la mujer frente al hombre. Aunque la presencia de género más que respetada empieza a ser reconocida, falta mucho aún en esta temática. No obstante que se considere al grupo mujer como de mayor vulnerabilidad en casos por ej. de embarazo, en la práctica no existen plenamente consolidados procesos de maternidad gratuita y de asistencia real pre y post parto.

Cierto es que constitucionalmente existe la obligación del Estado de formular y ejecutar políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, que se propone la presencia de organismos especializados para el caso, que hay que incorporar en enfoque de género en planes y programas, y que hay que brindar asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público, el discurso de la realidad se muestra a una enorme e insuperable distancia.¹⁰³

VIOLENCIA Y GARANTÍAS DE LA MUJER.-

Cuando una mujer figura como víctima y/o testigo en un proceso penal que para nosotros puede ser por delito o por contravención, si existen disposiciones específicas que regulan situaciones como las que tienen que ver con la aplicación de medidas cautelares contra el ofensor en delitos sexuales y de violencia intrafamiliar.

Recordemos que existe una ley especial denominada **Ley contra la violencia a la mujer y la familia**¹⁰⁴, que se refiere a los actos de violencia intrafamiliar siempre que no constituyan delito. En caso de delitos comunes o sexuales, la competencia es de los fiscales, jueces penales y tribunales penales, para conocer de la instrucción, etapa intermedia y etapa del juicio. Existen en la ley especial en el Capítulo II las denomi-

¹⁰³ Cf. **Constitución Política**. Art. 41.

¹⁰⁴ Publicada en Registro Oficial 839, del 11 de diciembre de 1995.

nan **Medidas de amparo** ¹⁰⁵, como las de conceder boletas de auxilio a la mujer o demás miembros del núcleo familiar, ordenar la salida del agresor de la vivienda, si su presencia implica un riesgo para la seguridad física, psíquica o la libertad sexual de la familia, la prohibición al agresor de acercarse a la agredida en su lugar de trabajo o estudio, evitar que el agresor, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima o algún miembro de su familia, reintegrar al domicilio a la persona agredida disponiendo la salida simultánea del agresor.

Hay otras medidas que se aplicarse en forma real, pueden tener una gran eficiencia operativa pues de acuerdo con la citada ley ¹⁰⁶, se puede disponer el allanamiento, para recuperar a la persona agredida o para sacar al agresor de la vivienda. Igualmente cuando se encuentre armado o bajo los efectos de alcohol o sustancias estupefacientes o drogas psicotrópicas, cuando esté agrediendo a la mujer o poniendo en riesgo la integridad física, psicológica o sexual de la familia de la víctima. Deben actuar como jueces especiales, los de familia (que aún no funcionan) y las Comisariías de la Mujer y la Familia, que son los operadores actuales.

Si se trata de delitos, aunque no son competentes los jueces de familia ni los comisarios, las medidas cautelares o de amparo que éstos dicten se mantienen vigentes, sin perjuicio de la competencia de fiscales y jueces penales. Con respecto a otras medidas de apremio personal, se puede disponer en la etapa de instrucción fiscal la prisión preventiva, por parte del juez penal.

DERECHO DE LA VÍCTIMA Y TESTIGOS.-

Un discurso de seguridad mínima de la víctima frente a la comisión de un delito o contravención -si fuese del caso- exige que se informe a la víctima o testigo o a sus representantes o cuidadores, sobre la excarcelación o puesta en libertad del presunto agresor.

Aunque en el Ecuador no está expresamente consignada tal obligación en el Código de Procedimiento Penal, la misma puede inferirse del contenido el artículo 69 que se refiere a los derechos del ofendido.

¹⁰⁵ Cr. Art. 13.

¹⁰⁶ Cr. Art. 14.

En el numeral 2, se prevé el derecho a ser informado por el Ministerio Público del Estado de la indagación preprocesal y de la instrucción; en el numeral 3 se prevé el derecho a ser informado del resultado final del proceso en su domicilio; y, en el numeral 6 se reconoce el derecho a que se proteja su persona y su intimidad, y a exigir que la policía, el fiscal, el juez y el tribunal adopten para ello los arbitrios necesarios.

En relación con la aplicación de la garantía constitucional de abstención de declarar a efecto de que no se convierta en un mecanismo de presión, hay que precisar que la Constitución Política del Ecuador, expresamente ha señalado como una de las garantías del debido proceso previstas en el artículo 24, la consignada en el numeral 9, misma que dice: “nadie podrá ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o parientes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni compelido a declarar en contra de si mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de quienes resulten víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas, además podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente”.

De manera que si es admisible tal declaración por parte de la propia víctima de un delito o de sus parientes.

No está prevista legalmente la participación de la víctima en la toma de decisiones respecto de medidas alternativas al juicio o la pena, bien sea participando directamente la víctima o sus representantes o cuidadores si es menor de edad. Reconocemos que hoy se reclama la representación legal de oficio, como la que proporcionan programas de asistencia a víctimas que realmente funcionan, para tener acceso a una información constante y adecuada respecto de sus derechos durante el proceso. En la realidad ecuatoriana no está prevista tal representación legal oficiosa (o por parte del Estado), vale decir como una modalidad de asistencia legal obligatoria. Puede hacer valer este derecho, bien a través de su defensor particular si es querellante en el proceso penal, o en los casos de violencia intrafamiliar, en que actúan como asesores y consultores personas de ONG (Organizaciones No Gubernamentales), que han hecho posible incluso la **Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia.**

Mas allá de lo que diga la Constitución ¹⁰⁷ y lo que hemos comentado en otros momentos con relación al programa de protección a y testigos cuya vigencia fue dispuesta por el ex Presidente Gustavo Noboa Bejarano ¹⁰⁸, con **el Reglamento del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y demás participantes en el Proceso Penal**, no existen ya operando programas de compensación a víctimas que tomen en cuenta las limitaciones económicas para el ejercicio de sus derechos, a lo largo de todo el proceso penal. En esta tarea igualmente se encuentra comprometido el Ministerio Público en nuestro país. ¹⁰⁹

Hay igualmente inexistencia de programas de sensibilización en el trato a víctimas y testigos dirigidos a policías, fiscales, profesionales médicos, psicólogos, defensores y jueces.

La contradicción entre una propuesta ideal y el incumplimiento real, puede inferirse sin mayor esfuerzo. Apreciemos que en la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, se prevé en el artículo 24, que le corresponde al Ministerio de Bienestar Social (hoy de Desarrollo Humano) por intermedio de la Dirección Nacional de la Mujer, establecer albergues temporales, casas refugios, centros de reeducación o rehabilitación del agresor y de los miembros de familia afectados, y que debe impulsar y coordinar programas de capacitación con perspectiva de género para el personal involucrado de la Función Judicial y Ministerio de Gobierno. En la realidad tales programas no funcionan!

No solo que no participa la víctima en la toma de decisiones durante la fase de ejecución de sentencia, sino que ni siquiera está protegida para declarar sin la presencia de su agresor. Legalmente no se encuentra prevista esta restricción. Antes por el contrario, el artículo 142 del nCPP consagra el derecho de las partes, para ejercer el derecho de interrogar al ofendido.

POLÍTICA CRIMINAL Y GÉNERO.-

No existe una política, institucional o interinstitucional, o en su defecto, medidas concretas que reconozcan las diferencias de género de las

¹⁰⁷ Constitución Política. Art. 219.

¹⁰⁸ Decreto 3112. RO 671, del 26 de septiembre del 2002.

¹⁰⁹ Cf. Ley Orgánica del Ministerio Público. Art. 3, literal j). Art. 17, literal d). Art. 33.

mujeres investigadas, sea policial o judicialmente, siendo inexistente los servicios de información y asesoría profesional sobre sus derechos y posibilidades.

Aunque no existe una política institucional o interinstitucional ya desarrollada o en proceso, podemos afirmar que existen normas en las que pueden inferirse tales exigencias. En el artículo 95 del n CPP, se prevé en el tercer párrafo, que “ si se tratare de exámenes corporales, la mujer a la cual deba practicárselos, podrá exigir que quienes actúan como peritos sean personas de su mismo sexo”. En el procedimiento de investigación actúan en ocasiones mujeres policías para investigar a mujeres sospechosas o imputadas, pero hay una dificultad de falta de personal suficiente para cumplir tal cometido.

Debe incrementarse el personal femenino para la realización de registros personales o cacheos, existe personal femenino, pero no es suficiente para la demanda de servicio.

Las medidas cautelares y penas alternativas a la prisión hasta el momento, no toman en cuenta una importante variable, que es la mayor o exclusiva carga de responsabilidades familiares por ej. Existen sustitutos a la prisión preventiva en perspectiva de género, cuando se trata de la mujer embarazada y hasta noventa días después del parto, como lo prevé el artículo 171 del nCPP, con medidas alternativas como el arresto domiciliario, la obligación de presentarse ante el juez o tribunal en forma periódica, y la prohibición de salida del país o la limitación de residencia. La Constitución Política de la República prevé en el artículo 24 como una de las garantías del debido proceso, en el numeral 3, “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”. Esto aún no se cumple!

Tampoco hay una distribución de las mujeres encarceladas según la edad, la naturaleza cautelar o de pena, de la privación de la libertad, y sus necesidades de cuidado y atención especializada. En general, no hay un análisis de los hechos y determinación de la responsabilidad y del tipo y gravedad de la pena teniendo en cuenta las discriminaciones de género. Esta posibilidad no está prevista legalmente!

Otro tema recurrente es la inexistencia de programas oficiales o a cargo del Estado, de capacitación en perspectiva de género para los o las personas operadoras jurídicas involucradas en el proceso penal. Sin perjuicio del trabajo que hacen las ONG que desarrollan programas en perspectiva de género, con sus propios recursos. Hay programas de capacitación para policías, fiscales y jueces como operadores del sistema de justicia penal en general, sin que se desarrolle específicamente la temática de género.

VIOLENCIA DE GÉNERO.-

En septiembre del 2003, la Fundación MARIA GUARE ¹¹⁰ cuya sede funciona en Guayaquil y con expansión en otras ciudades (Esmeraldas, Quito, Portoviejo y Cuenca) con los limitados recursos propios de una ONG y que proporciona asistencia legal y en alguna medida asistencia psicológica en casos de violencia doméstica e intrafamiliar, manifestaba que el 86% de las víctimas son mujeres y el 14 % varones; que el 26 % de ellas tiene entre 20 y 30 años, el tipo de maltrato mas común es el físico y el sexual; y la medida de terapia mas solicitada es la terapia de parejas. ¹¹¹

Desde 1994 se crearon las Comisarías de la Mujer y la Familia, que son las encargadas de proporcionar asistencia psicológica, legal y social a las víctimas de la violencia intrafamiliar. Entre las funciones de las comisarías y la gestión de la María Guare está la emisión de boletas de auxilio, la salida del agresor de la vivienda y el impedimento de acercarse a la víctima y a su entorno, reintegrar al domicilio a la víctima y el ordenamiento de una terapia psicológica para esta. Hay servicios de Hogar Transitorio y se proyectan programas de profesionalización para personas de escasos recursos económicos.

Según la información de la Maria Guare, para septiembre del 2003 se habían recibido 10.200 denuncias (un promedio de 42 por día) en las Comisarías de la Mujer y la Familia de Guayaquil, por mujeres, varones y

¹¹⁰ Maria Guare fue fundada en septiembre de 1990 por un grupo de mujeres, para trabajar por los derechos de género, y se la nombró así en homenaje a la Virgen María y a una cacica llamada Juana Guare de la zona de Daule, que en el siglo XVI lideró movimientos de protesta, exigiendo un salario para los indígenas que trabajaban para el clero.

¹¹¹ Publicación de diario EL UNIVERSO, del sábado 13 de septiembre del 2003, página 11^a en sección Sucesos.

niños agredidos en su hogar. Por gestión de la María Guare se logró la detención de 102 agresores, y brindó apoyo psicológico y legal a 138 víctimas. Cerca de 1.300 mujeres y 725 hombres fueron atendidos por especialistas, y se han organizado terapias grupales para 362 mujeres y 420 hombres.

El 16 de noviembre del 2003 ¹¹², y previo a la celebración del “ día de la no violencia contra la mujer”, se expresa que la violencia familiar es generalizada en el Ecuador, y que en nueve años en las Comisariías de Quito y Guayaquil, se han recibido 12 mil denuncias. Se señala que la Comisión Interamericana considera a la violencia como un problema generalizado de la sociedad ecuatoriana, que en el país casi la tercera parte de las mujeres afirman haber sufrido violencia dentro de la familia alguna vez en su vida, que el 21 % de las mujeres casadas o unidas fueron violentadas por su pareja, y que el 37 % de las féminas de la región amazónica reportan abusos sexuales y maltrato físico por sus familiares, sin tomar en cuenta el maltrato psicológico. Según Margarita Carranco, presidenta de la Comisión de Género y Equidad del Municipio de Quito “ en todos los niveles sociales y económicos y en la mayoría de los casos el varón ejerce poder sobre la mujer (se cree su dueño), lo que desemboca en violencia. En el Distrito Metropolitano, seis de cada 10 mujeres sufren algún tipo de maltrato: psicológico, físico o sexual. Las mujeres no se atreven a denunciarlo por temor. El 98% de las denuncias de agresión son contra mujeres, el 2% corresponde a hombres violentados. Hay pocos casos de maltrato físico y psicológico hacia los varones”.

De acuerdo con el CEPAM (Centro de Promoción de la Mujer), su vocero Miriam Ernest expresa que en el país, la incidencia de violencia contra la mujer está en el 90%, agregando “hace 20 años esta agresión no era reconocida como tal, ahora se evidencia este problema como social, de salud pública y de seguridad ciudadana. No ha disminuido la cantidad de mujeres que sufren maltrato, pero hay cambios en el comportamiento de los hombres hacia las mujeres. Hay una cultura de desvalorización hacia el género femenino cultivado en la sociedad. Las mujeres están tomando decisiones para su vida, muchas comprenden que es mejor estar lejos de la violencia. Hoy las mujeres producen una mejor economía y pueden tomar decisiones para mejorar su vida”.

¹¹² Publicación de diario HOY, del domingo 16 de noviembre del 2003, página de portada y 1-C.

El 18 de noviembre y con ocasión de “día de la no violencia contra la mujer”, se reconoce que la violencia intrafamiliar se produce a diario en decenas de hogares, pese a existir una Ley de Amparo ¹¹³. Agregamos por nuestra parte, que se sigue vendiendo la ilusión del espejismo con una ley que sin duda ha servido para conocer mejor la realidad de la violencia y maltrato en la vida intrafamiliar, pero que tiene una incidencia operativa limitada como mecanismo real de prevención.

Otras fuentes del Centro Metropolitano de Equidad y Justicia del Municipio de Quito, revelan que en el año 2003 se había comprobado que 8 de cada 10 mujeres, entre los 25 y 45 años de edad, son víctimas de alguna forma de violencia, sin tomar en cuenta a niños, adolescentes, personas de la tercera edad y discapacitados que también son víctimas de varias formas de abuso. Según las estadísticas que maneja el centro de apoyo a mujeres violentadas, Casa Matilde, desde 1998, en el sur de Quito, la violencia intrafamiliar (VIF) tiene alta incidencia. De un total de 156 mujeres atendidas en el servicio de albergue, el 80% proviene de este sector. En el centro Ternura Sur, que atiende problemas de maltrato infantil y violencia intrafamiliar, de un promedio anual de 300 casos atendidos, el 30% corresponden a los barrios de la Zona Quitumbe. Para tratar de disminuir la incidencia de maltratos, en septiembre del 2003, el Municipio de Quito en la Administración Zonal de Quitumbe (sur) creó el Centro Metropolitano de Equidad y Justicia (CEMEJ) e implementó el sistema de protección especial para niños, niñas, jóvenes y adultos (mujeres y hombres) violentados.

El CEMEJ, brinda atención integral a las personas violentadas. La Casa Matilde es el centro de primera acogida en donde las mujeres son albergadas junto con sus hijos, durante tres meses, hasta que la situación de riesgo disminuya. En este tiempo cuenta con el apoyo de la Comisaría de la mujer, la Dirección Nacional de Policía de la Niñez (Dinapen), Policía Judicial, Fiscalía y un equipo técnico de profesionales en apoyo legal, psicológico y social para superar la situación.

En Quito se dictó la ordenanza 042, aprobada en el 2000, la misma que tiende a establecer políticas de erradicación de la violencia intrafamiliar y de género (VIF-G). Con esta base legal, el Municipio aprobó la institucionalización de la división de Violencia Familiar, y la creación de

¹¹³ Diario HOY, del martes 18 de noviembre del 2003, sección Sociedad, 4 B.

PROCESO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

una unidad que vela por la atención y prevención de la violencia, estando previsto abrir una mayor cantidad de oficinas posteriormente.

Vale decir, que ya se han producido propuestas desde el ámbito y competencia municipal, que significan una primera aproximación desde el ente de gobierno local, que ha comprendido la gravedad y complejidad del problema de la violencia intrafamiliar y de género. Será conveniente que se amplíe el espectro para atender adecuadamente a la mujer frente al nuevo sistema penal, lo cual demanda contar con programas de capacitación dirigidos a la mujer, con la asesoría de personal seleccionado previamente en función de su calidad.

Por otra parte, todavía está en espera la presencia proporcional de la mujer como operadora y no sólo como víctima frente al nuevo sistema acusatorio oral. La perspectiva de género sigue siendo soslayada, y es escaso el número de mujeres fiscales, juezas y magistradas. Incluso a nivel policial su presencia es escasa, no obstante la cantidad de víctimas mujeres.

Tema No. 8

EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN TIEMPOS DE AJUSTE.-

INTRODUCCIÓN.-

En 1992 la Excm. 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 oralidad, publicidad, contradicción, concentración e inmediación, con la denominada instrucción fiscal de la que 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 concluido.

EL PRINCIPIO ACUSATORIO.-

Ambos documentos de trabajo habían 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 apreciará 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 y en cuanto al contenido de la prueba, no se aparta en mucho del Código de Procedimiento Penal vigente desde 1983. Salvo el hecho de que los actos de investigación que se practican en la etapa de la instrucción fiscal, solo adquieren el valor de prueba, si se practican en la etapa del juicio y ante el Tribunal Penal, cumpliendo los requisitos de la oralidad y publicidad, de la continuidad y concentración, del contradictorio, y de la inmediación (esto es

del conocimiento directo e inmediato) del juez de sentencia con la prueba.

INSTRUCCIÓN FISCAL Y MODELO ACUSATORIO.-

La **instrucción fiscal** es de responsabilidad del Ministerio Público que puede disponer u ordenar la indagación policial antes de dar inicio a la instrucción fiscal y al 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 desde 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.

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, y fundamentalmente de juez de garantías.

Las garantías procesales que prevé el nCPPo 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 titular es en principio el ministerio público y no el particular ofendido.

DERECHO A LA ASISTENCIA LEGAL.-

En el Código de Procedimiento Penal del 2001, se consignan una serie de garantías procesales en favor del imputado y de cargas u obliga-

ciones 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 auto incriminarse de manera que no puedan obtenerse sin el expreso consentimiento del imputado muestras como las de saliva, sangre, orina y semen.

En el nCPP, 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 se insiste mucho en la legalidad del debido proceso y en negar el acceso a los “ frutos del árbol envenenado ” que han constituido 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..

Al igual que la Constitución de 1998, el Código de Procedimiento Penal vigente, consigna la “Ley Miranda” (que garantiza el derecho a guardar silencio) 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.

Esta previsto in 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 EEUU., que ga-

rantiza 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 artículo 22, numeral 19, letra f), párrafo tercero, de la Constitución como en la propia Ley Orgánica del 19 de febrero de 1997, que en el artículo 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 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”.

ANTICIPOS JURISDICCIONALES DE PRUEBA.-

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.

ETAPA INTERMEDIA.-

En **la etapa intermedia** -prevista en el CPP del 2001- el juez penal resuelve mediante un procedimiento ágil y breve, declarando si ha lugar a la apertura del juicio o en el evento contrario cancela la potestad puni-

tiva 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. Las clases de sobreseimiento son las mismas que están previstas en la estructura del Código de Procedimiento Penal de 1983.

Resulta importante destacar que, 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 algunos proyectos de legislación, como el de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador de 1992, 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 no pareció conveniente, en el nuevo CPP..

Aunque se puedan encontrar cambios entre el proyecto de la Corte Suprema de Justicia y el documento de la CLD de Quito, de un estudio comparativo de ambos documentos se podrá apreciar que en el documento de la CLD se retomaron aspectos fundamentales del Código de Procedimiento Penal de 1983, como los que tienen que ver con las clases de pruebas y con la sustanciación en la etapa del juicio. En materia de prueba en el vigente Código de Procedimiento Penal, se han incorporado todas las que se puedan obtener mediante procedimientos informáticos.

CIERTO TIPO DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EXCLUIDOS.-

En materia procesal penal en el Código de Procedimiento Penal del 2001 quedaron temas pendientes, como los relacionados con procedimientos especiales para imputados jóvenes, hoy superado con el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia del año 2003, que ha creado un modelo de justicia penal juvenil. Con igual reserva se tomó 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, aquellos miembros de la sociedad civil a quienes estaría dirigido este procedimiento.

OTRO TIPO DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.-

Está 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 con un máximo de pena. Aunque ha sido de escasa relevancia en la aplicación efectiva.

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.

El **procedimiento por razón del fuero** se mantiene con la modificación de que la instrucción fiscal está dirigida por el Ministerio Público de acuerdo con el rango o jerarquía del funcionario que goza de fuero de corte superior o suprema.

RECURSOS.-

En materia de **recursos**, se mantiene el recurso de nulidad, el de apelación, el de hecho, el de casación que se ha ampliado para los procesos por delitos de acción penal privada, y el de revisión. Creemos que la nulidad debería declararla el juez de oficio o a instancia de parte en todos los casos en los que al resolver aprecie que se ha incurrido en vicios de procedimiento que resulten insubsanables y que afecten a la validez del proceso, sin necesidad de recurso.

El procedimiento por contravenciones no ha experimentado cambios sustanciales con el Código de Procedimiento Penal de 1983, aunque sigue siendo legalmente inaplicable porque los jueces de contravención aún no han sido nombrados.

Las costas procesales, las costas judiciales, su destino e imposición estaban y 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.

EL AMPARO DE LIBERTAD.-

Se ha mejorado el tema del **amparo de libertad** de manera que se puedan acoger al mismo incluso las personas que tengan la calidad de prófugos o que se sienten amenazadas 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 encuentren en la misma situación jurídica de quien hace uso del recurso, aunque los terceros beneficiarios no hubiesen hecho uso del mismo.

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 nuevo Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, 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, obra del insigne jurista argentino, Prof. Dr. Dn. Julio Bernardo José Maier.

Sigue abierta la discusión por 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.

LA SITUACIÓN PROCESAL DEL REO Y EL NUEVO SISTEMA PENAL.-

Como se viene cuestionando la vigencia y aplicación del nuevo Código de Procedimiento Penal, como que si el mismo fuese el “culpable” de la ineficiencia operativa de la administración de justicia penal, y que todos los males presentes fuesen una consecuencia del nuevo modelo, mas allá de que éste no constituye sino una herramienta de trabajo cuyo marco normativo resultará ineficaz si está manejado por malos operadores, que incluye policías, fiscales y jueces, es oportuno referirnos a la situación procesal del reo frente al nuevo sistema penal. Con mas razón si de acuerdo con la Constitución Política de la República, se convierte al Ministerio Público en vigilante del “funcionamiento y aplicación del

régimen penitenciario y la rehabilitación social del delincuente”¹¹⁴. Sin menospreciar las buenas intenciones del constituyente de Riobamba, esta es una propuesta que escapa a la realidad.

El Informe Anual sobre la Región Andina, de enero del 2004, que publica una ONG de reconocido prestigio institucional, que es la Comisión Andina de Juristas¹¹⁵, reconoce un espacio al caso de Ecuador. En ese importante informe llamado **LOS DESENCUENTROS DEL PODER**, en su Capítulo VI denominado **LA JUSTICIA Y SUS PROBLEMAS**, que corre de fs. 155 a 182, al referirse al Ecuador, nos dice que “los hechos ocurridos en el año 2003 han contribuido a la continuación del deterioro de la Función Judicial. Hoy mas que antes se cuestiona la falta de independencia de la judicatura por el grado de politización al que sido llevada la designación de los integrantes de la Corte Suprema. También apreciamos algunos obstáculos en la aplicación del nuevo modelo de justicia penal, la existencia de problemas de orden funcional por los permanentes enfrentamientos entre el Consejo Nacional de la Judicatura y las otras instituciones que integran la Función Judicial por el tema disciplinario.

La Función Ejecutiva por su parte, haciéndose eco de las demandas sociales de mejora de la judicatura viene promoviendo su reorganización y despartidización, situación que por provenir de una función distinta de la judicial resultó cuestionada por diversos sectores pero fundamentalmente por la propia judicatura. “Sigue el Informe Anual de la Comisión Andina de Juristas, con una mirada rápida a la reforma procesal penal, así como a otras reformas en el ámbito normativo para analizar en el Sub tema 4.6, **La crisis carcelaria**. En este ámbito específico dice el Informe: Asegurar que ‘la base de la corrupción del sistema penitenciario es la desorganización’ y que las cárceles están en manos de los presos” según palabras, a inicios de año, del Director de Planificación de la Dirección de Rehabilitación Social del Ecuador, Guido Boada, al presentar el estudio sobre cárceles realizado por la Escuela Politécnica Nacional y la Fundación Esperanza, que constan en la p. 173 del Informe Anual de la Comisión Andina de Juristas, describe claramente el estado de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social y lo dificultoso

¹¹⁴ Cf. Art. 219, párrafo 3ro. de la Constitución Política.

¹¹⁵ Se puede revisar Comisión Andina de Juristas. **Los desencuentros del poder. Informe Anual sobre la región andina 2003**. Lima, CAJ. 2004. 244 p.- www.cajpe.org.pe

que resulta administrar esa dependencia del Estado sumergida en crisis desde hace varios años.

El estudio realizado por la Escuela Politécnica Nacional y la Fundación Esperanza, demuestra que en las dos principales cárceles de Ecuador (Quito y Guayaquil) hay libre tráfico y consumo de drogas, la corrupción campea, los presos y sus familias tienen que pagar por los servicios mínimos que les otorga el Estado y existe una epidemia de enfermedades de transmisión sexual completamente desatendida. La razón de esta situación según el estudio sería la inaplicación del método progresivo, mediante el cual se clasifica a los presos de acuerdo a su grado de peligrosidad. Similar diagnóstico consiguió la Comisión de Derechos Humanos del Congreso con base en un trabajo de campo en 15 cárceles al concluir que “en esos mal llamados centros de rehabilitación se violan constantemente los derechos humanos, hay torturas, muertes por negligencia, droga y corrupción”

Ante esta situación de crisis, son importantes las expectativas sobre lo que pueda lograr el Consejo Nacional de Rehabilitación Social, al dejar expedita la entrada en vigor de la iniciativa privada – disposición dictada en el marco de lo dispuesto por el Reglamento de Prestación de Servicios para la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, publicado en el Registro Oficial 23 de febrero del 2003. La posibilidad de que la iniciativa privada participe en la prestación de todos los servicios que el Estado proporciona para ejecutar las penas y rehabilitar a los internos de los centros carcelarios y de detención provisional del país, son crecientes, pese a las reacciones de los operadores del servicio de vigilancia y seguridad de los internos que se produjo en una huelga nacional de 48 horas en marzo de 2003. También hay incertidumbre sobre el curso del Proyecto de Ley Orgánica de Ejecución de Penas, que se encuentra en el Congreso Nacional y que vendría a modificar la Ley vigente que con parches y remiendos tiene más de 20 años.

Con ese proyecto -al que en lo personal no conocemos en detalle- se procura despolitizar el sistema penitenciario que se encuentra en manos del Ejecutivo (a través del Ministerio de Gobierno) y conformar un Consejo Nacional de Rehabilitación Social, totalmente técnico, integrado por representantes de los tres poderes del Estado y de la sociedad civil. El Proyecto alienta el buen comportamiento y estimula el trabajo y la educación de los prisioneros para lograr reducciones notables de las

penas y estados de pre libertad y libertad controlada que permitan una mejor rehabilitación social.

La percepción que se tiene del manejo de la cosa pública ecuatoriana, y del propio Estado, no es de lo mejor en el exterior o en publicaciones internacionales, recordemos la reciente de Transparencia Internacional, cuyo informe nos llegó por conducto de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo de Quito, de la que formamos parte, siendo la CLD también el Capítulo de Ecuador de Transparencia Internacional. Sabemos que de acuerdo con el Latinobarómetro para medir la corrupción somos segundos en Latinoamérica después de Paraguay, con una mejora de dos puntos pues del nivel de credibilidad en el 2003 que era de 2.2 en la escala de diez, ahora tenemos un 2.4, pues se sigue reclamando por la designación de Contralor, tampoco se ha elegido al Defensor del Pueblo, no se consolida la institucionalidad de la función judicial, aunque sobre esto la posición de la CLD-TI, es que el Ejecutivo no trate de interferir en el manejo independiente de los problemas internos de la función judicial, y en el respeto a su autonomía e independencia. Por otro lado crece la percepción de que hay corrupción en el sector público y nepotismo en el manejo del Gobierno, y un pretendido debilitamiento de un organismo como la Comisión de Control Cívico de la Corrupción que nació como una respuesta a un clamor ciudadano, entre otros males.¹¹⁶

FINALIDAD DE LA CÁRCEL.-

Si nos formulamos una gran pregunta, para que sirve la cárcel? Parodiando a un extraordinario jurista y amigo, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, hoy magistrado de la Corte Suprema en Argentina, diría que “no sabemos para que sirve la cárcel” o dicho mejor “sabemos para que no sirve”, porque la misma no rehabilita, no reeduca y no resocializa, y este no es el fúnebre privilegio de la cárcel ecuatoriana, pues la cárcel en general es una verdadera maquinaria de demolición de la personalidad, y aunque suene a unja utopía durante muchos años venimos escuchando que “la mejor cárcel es la que no existe” como dijera la doctora Lolyta Aniyar de Castro, apreciada amiga y eminente criminóloga venezolana.

¹¹⁶ Se debe revisar el documento, **TRANSPARENCIA AHORA. Informe de Transparencia Internacional Ecuador. No. 6**, editado por la CLD en octubre del 2004. En siete páginas.

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 mas 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.

Sin pecar de siniestros, recordemos que en el artículo 45 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social ¹¹⁷, 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 es 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.

RECuento DE LAS REFORMAS PENALES.-

No es posible discutir la necesidad y urgencia de contar con un nuevo Código Penal para Ecuador, pues tenemos un nuevo Código de Procedimiento Penal acorde con el transitar a lomo de la primera década del siglo 21, pero seguimos teniendo una ley sustantiva penal jurásica. El Código Penal vigente, es el de 1938, al que se le han ido agregando par-

¹¹⁷ Cf. Ley 95, de 1982.

ches y remiendos provenientes de dictaduras militares o del propio Congreso Nacional. Tanto la Universidad, como foros calificados de abogados o profesores especializados en la materia, hemos estado al margen de las reformas, y por ello han respondido mas a una propuesta maximalista, que es políticamente redituable, aunque se las maneje sin criterio técnico. Sin duda en el Código de 1938 se nota la presencia del positivismo penal italiano, que era la corriente de moda para la época, afirmando por nuestra parte que el código vigente es una especie de simbiosis del código penal francés de 1810, del belga de 1880 y del antiguo Código Penal italiano. Entre el primer Código Penal de Ecuador que fue de 1837 y el último de 1938, pasaron 101 años, en que lo mas importante fue la supresión de la pena de muerte, con el tercer Código del general Eloy Alfaro de 1906.

Recordemos brevemente, que mediante Decreto Supremo del 26 de junio y que entrara en vigencia el 4 de julio de 1978, se creó la reclusión mayor especial de dieciséis años un día, a veinticinco años, para delitos graves como los de asesinato, violación agravada, robo agravado, etc. Este aumento de penas fue eliminado por el Congreso de la República, mediante Decreto Ley, del 1 de octubre de 1979. Reestableciendo como pena máxima la de hasta 16 años de reclusión mayor extraordinaria.

Mediante Ley 108 de 1990, se dictó la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que consagró propuestas de derecho penal máximo con recorte de garantías constitucionales que la convierten en un estatuto penal de excepción y que agravó la máxima penalización, en el caso de concurso real de delitos previstos en dicha ley, hasta 25 años.

Tal vez como acto de expiación, en sep. 9 de 1992, mediante Ley 04, y como reforma al Código Penal (Art. 114) se estableció la caducidad de la prisión preventiva, si la persona estaba detenida por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima, sin que se hubiese dictado auto de sobreseimiento o de llamamiento a juicio. Igualmente debe disponerse la libertad, si no hubiese recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido en el Código Penal como pena máxima por el delito. Se excluyeron del beneficio los casos de narcotráfico, aunque tal restricción fue declarada acertadamente como inconstitucional por razones de fondo, mediante resolución del Tribunal Constitucional del 16 de diciembre de 1997, al igual que se le restó eficacia probatoria a las actuaciones policia-

les, como preveía el artículo 116 de la Ley 108 de 1990, tomada como mala copia al carbón de la Convención de Viena contra el narcotráfico de 1988.

Con Ley 106 del 21 de julio de 1998, se amplió la adecuación típica en el caso de delitos sexuales, así como de proxenetismo y corrupción de menores. En 1999 se tipificó como forma modal de estafa, el fraude en el pago del precio real de la caja de banano, mediante Ley 99-48 del 27 de diciembre. 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 igualmente 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 mas de 1500 millones de dólares por año.

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 ¹¹⁸, 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, 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. Hay 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 debería funcionar la acumulación técnico-jurídica de las penas, del artículo 81 reformado del CP nuestro. No conocemos aún un caso en que se haya aplicado esta penalización máxima, vigente desde el 28 de septiembre del 2001. 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.

¹¹⁸ Se lo puede revisar en nuestra página web. www.alfonsozambrano.com en el link Derecho Penal.

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 artículo 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.

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 Const. Polit.)

Una última propuesta de reformas está dirigido al tema de la Pornografía Infantil y de la Prostitución Infantil, habiendo cinco proyectos de distintos legisladores, para octubre del 2004. Estas propuestas pecan de anti técnicas, porque desconocen que en el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador del año 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 debe ser tomada de ese cuerpo legal, y extrapolarla al Código Penal. Una vez que esto se cumpla, se debe pasar a discutir y establecer la penalización adecuada y justa, en función de la gravedad de los bienes jurídicos afectados.

EL NUEVO PROCESO PENAL.-

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 (Corporación Latinoamericana para el Desarrollo), y luego convertido en ley, de plena vigencia desde el 13 de julio del año 2001, 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 “tiempos 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 juicio. El propuesto y aprobado es el modelo acusatorio oral.

Lo que está ocurriendo, es que 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 juegan un importante rol también, los limitados recursos humanos y económicos de que dispone la fiscalía ecuatoriana, que justifica en muchos casos la inasistencia inclusive a las audiencias preliminares o intermedias, 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 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 en 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, de un uso racional del principio de oportunidad o de encontrar soluciones alternativas a conflictos penales, o hacer efectivo el procedimiento abreviado, o la suspensión del proceso a prueba, los acuerdos reparatorios, etc., y en general evitar la formalización de la justicia penal.

Si una adecuada defensoría pública nacional no se puede consolidar un procedimiento verdaderamente adversarial y acusatorio, pues el hecho cierto es que de los internos en las cárceles ecuatorianas, el 90 % requieren asistencia profesional gratuita. La suma de Defensores Públicos que dependen de la Función Judicial es de apenas 31 para todo el país, en tanto que a nivel nacional existen mas de 400 fiscales, 157 Juzgados Penales, 51 Juzgados de Tránsito y 43 Tribunales Penales. En un extenso documento final reciente de la CLD, en 100 páginas, se recogen una serie de sugerencias para mejorar el sistema acusatorio que debe ser adversarial, con esto se pretende dar una mejor respuesta por parte del sistema de justicia penal a la población, que hoy llega apenas a un 7 % de las causas que ingresan. Para esto se sugiere la *depuración de las prácticas del juicio oral, la introducción de audiencias orales en las etapas previas al juicio, y el diseño de nuevos modelos de actuación para los Fiscales y la Policía Judicial.*¹¹⁹

Un documento del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), afirma demoleadoramente que uno de los problemas no superados, para hacer efectiva la aplicación de este nuevo modelo, en la falta de liderazgo institucional lo que incluye una sostenida dependencia de la fiscalía frente al poder de incriminación que sigue teniendo la policía. Afirmamos por nuestra parte, 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.

La expresión de que el nuestro es un “modelo por armar”, responde a una apreciación objetiva de la realidad de nuestro sistema, con una carga de crecimiento sostenido de audiencias de juzgamiento fallidas, en la etapa del juicio; por la inasistencia de policías, testigos y peritos, y en ocasiones del propio Fiscal y del abogado defensor. Seguramente la consolidación de este nuevo modelo debería dirigirse a la audiencia social, para que sepa - inclusive la víctima - que tiene garantías que son protegidas no obstante el conflicto de intereses que genera un litigio penal, y que el ciudadano testigo y el ciudadano perito, aprecien que su presencia

¹¹⁹ Se puede revisar el “ **PLAN MAESTRO DE AJUSTE DEL SISTEMNA DE JUSTICIA PENAL DEL ECUADOR**”. Documento Final. CLD, abril de 2004. en www.alfonsozambrano.com en el link Derecho Procesal Penal.

en el juicio es imprescindible. Con su presencia en el momento de la prueba, se está reconstruyendo en el proceso lo que ha sido hasta ese momento la verdad histórica de un hecho, que debe convertirse en verdad procesal, para que el juicio oral, público y contradictorio, consiga su objetivo de ser un medio idóneo para la realización de la justicia y para la consolidación del derecho.

LA DURACIÓN DEL PROCESO PENAL EN EL MODELO ACTUAL.-

Creemos que ha mejorado con la nueva Constitución Política de la República de 1998, y el nuevo Código de Procedimiento Penal del 2001, pues el plazo de duración de la instrucción es de 90 días, prorrogables por 30 días mas si aparece un nuevo imputado, y carecen de eficacia o valor alguno las actuaciones que se cumplieren una vez fenecidos los plazos. El imputado puede solicitar la sustitución de la prisión preventiva por otras medidas de aseguramiento ¹²⁰, puede pedir la revocatoria de un auto de prisión preventiva, y en caso de negativa, la misma es susceptible del recurso de apelación ¹²¹, e igualmente procede la acción (o recurso) de amparo de libertad aunque no esté privado de la libertad el recurrente, e incluso procede la acción de amparo preventivo para tratar de frenar casos de abuso policial. ¹²²

La caducidad de la prisión preventiva prevista por mandato constitucional como una de las garantías del debido proceso, al cumplir seis meses en caso de delitos reprimidos con prisión correccional (de hasta cinco años), o de un año en caso de delitos penados con reclusión como prevé el artículo 24 en su numeral 8, se cumplió celosamente. Al producirse un abuso recurrente con la demora deliberada para llegar a la audiencia de juzgamiento, propiciadas por el interno que se declaraba enfermo, sustituía a su abogado defensor o recusaba al Tribunal del Juicio, llevó al legislador ecuatoriano a crear mediante cuestionada reforma al Código de Procedimiento Penal, del 13 de enero del 2003, la denominada detención en firme para le etapa del juicio ¹²³. Personalmente creemos que debe implementarse una reforma que impida que los

¹²⁰ Cf. Art. 171 CPP.

¹²¹ Cf. Art. 172 CPP.

¹²² Cf. Art. 442, Art. 428. CPP.

¹²³ Cf. Art. 173 A (173.1). CPP.

plazos para la caducidad de la prisión preventiva, se computen, cuando la paralización del proceso es de exclusiva responsabilidad del propio interno, pues es de general aceptación el principio de que “nadie debe beneficiarse de su propio dolo o de su propia culpa”.

La tasa de presos sin condena ha mejorado y aunque no se exhiben cifras oficiales, con el modelo y Código de Procedimiento Penal de 1983, la tasa de presos sin condena llegó a estar en el orden del 82 %, hoy con el modelo acusatorio del 2001, se afirma que está por debajo del 70 %.

AJUSTES AL SISTEMA PROCESAL PENAL VIGENTE.-

Luego de un proceso de pretendida deslegitimación a que se ha sometido al nuevo sistema procesal penal y del que ha salido bien librado, pues el Tribunal Constitucional desestimó la demanda de inconstitucionalidad que se propusiera en contra del nuevo Código de Procedimiento Penal,¹²⁴ por el momento se nos hace difícil creer que se revierta el sistema mediante un proceso de contrarreforma. Debemos aceptar su plena vigencia y enfrentar la necesidad de los ajustes de mediano y largo plazo que permitan mejorar su capacidad operativa.

En el importante documento de la CLD de Quito que hemos mencionado *supra*, de abril del 2004, encontramos importantes propuestas que esperamos se consoliden en los tiempos previstos. Destacamos como las más importantes las que siguen:

OBJETIVOS.-

Es necesario establecer con la mayor claridad posible los objetivos de este plan de ajuste y adaptación, ya que él se enfrenta a la realidad de un sistema procesal ya implementado. Es decir, técnicamente no se trata de un plan de implementación (lo que ya es imposible) sino de un plan de corrección, ajuste o adaptación del funcionamiento actual del sistema acusatorio en el Ecuador. Esos objetivos deberían poder cumplirse en un plazo de cinco años, de acuerdo con la propuesta contenida en el

¹²⁴ Cf. Resolución del Tribunal Constitucional No. 088 – 2001 –TP, caso 013-2000-TC, publicada en RO No. 351 del 20 de junio del 2001.

Documento Final del “**PLAN MAESTRO DE AJUSTE DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DEL ECUADOR**”.

Los objetivos del plan de ajuste que se propone se dirigen a :

Aumentar la productividad del sistema. El primer objetivo en importancia es aumentar las respuestas del sistema que constituyen una intervención con sentido dentro del conflicto. No utilizamos el término productividad como equivalente a un tipo de respuesta. No significa mayores condenas o penas más altas. Significa que es valioso como funcionamiento institucional que ante cada petición exista una respuesta del sistema que responde a esa petición en un sentido o en otro. *Improductivo es dejar sin respuesta.* Las respuestas pueden ser formales o informales, cuando existe la posibilidad de hacerlo. El actual funcionamiento del sistema tiene una capacidad de respuesta del 7 %, con un universo de entradas de 122.180 denuncias. Se aspira a que en los próximos años antes que aumentar el nivel de ingreso es prioritario aumentar el nivel de productividad a por lo menos un 50% de respuestas. (sic)

Crear un Sistema Nacional de Defensa Pública con un mínimo de capacidad funcional. Este es con seguridad el nivel de mayor vulnerabilidad del sistema acusatorio oral, que en Ecuador no tiene la contraparte que debe ser una defensoría pública nacional, realmente institucionalizada e independiente de la Función Judicial y del Ministerio Público. Hemos visto que una de las mayores y más notorias deficiencias del actual funcionamiento es la ausencia de una defensa pública organizada como un todo. Ello provoca daño por sí mismo y distorsiona todo el sistema. La aparición de ese Sistema organizado es un objetivo primordial. Entendemos por “mínimo de capacidad funcional” que por lo menos el servicio garantice la asistencia de un abogado en cada audiencia judicial. (sic)

Generar una importante capacidad de conciliación de casos en el Ministerio Público y la Policía Judicial. El actual nivel de conciliación es muy bajo. En cinco años se debería aspirar a que por lo menos el 20 % de los casos ingresados se hayan podido conciliar, dentro de las autorizaciones legales. Este es un rubro nuevo poco discutido y menos aplicado. Esto ocurre porque los abogados hemos sido entrenados en una “cultura del litigio” y pretendemos solucionar todos los problemas acudiendo a las instancias judiciales -en este caso las penales- que las

mas de las veces, ninguna satisfacción real producen, pues los acuerdos reparatorios no se promueven y se sigue alimentando la idea de llegar “hasta las últimas consecuencias”. Cuantos problemas -incluso penales- se superarían si frente a delitos de resultado material se pudiese resarcir o compensar el daño causado!

Lograr que la actividad de los jueces en la etapa preparatoria se realice sustancialmente a través de audiencias orales y públicas. En especial se debe tomar como objetivo la oralidad completa de las audiencias para la aplicación de medidas cautelares y una adecuada oralización de la audiencia preliminar. (sic)

Modificar sustancialmente el modo de realización de los juicios orales. Tal como funciona actualmente, el juicio oral tiene una actividad proactiva del juez, una deficiente preparación del caso por las partes y una actividad probatoria formalizada. Se espera que en cinco años se modifique totalmente esta forma de realizar los juicios orales para llevarlo a una práctica verdaderamente adversarial. En particular, acabar con la actividad proactiva de los jueces y aumentar la producción real de prueba en juicio en un sentido genuino, limitando las excepciones a los casos legales.

Expresamos por nuestra parte, que la intervención oficiosa de los jueces disponiendo pruebas o participando de la recepción de las mismas en la audiencia del juicio, es violatoria de la Constitución que consagra como uno de los principios fundamentales del sistema oral, el *principio dispositivo*¹²⁵. Este principio impone a los jueces la condición de ser neutrales frente a las pretensiones de las partes y a la presentación de las pruebas, cuya carga corresponde a los contendientes y no a la judicatura. La finalidad es la de evitar que el juez se “contamine” dirigiendo o disponiendo pruebas de oficio, pues como juez de garantías debe actuar como árbitro de la contienda entre las partes. Este principio se encuentra igualmente recogido en el Código de Procedimiento Penal del 2001 en los considerando, en donde se expresa “ para lograr la celeridad y eficacia de los procesos, los trámites, en especial la presentación y contradicción de las pruebas, deben llevarse a cabo mediante el siste-

¹²⁵ **Art. 194.- (Sistema oral).-**“ La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación”.

ma oral, de acuerdo con los principios dispositivo, de concentración e intermediación”. En la práctica los jueces y tribunales irrespetan el principio dispositivo en mérito del cual los jueces no pueden ni deben actuar de oficio: tal irrespeto ocurre cuando disponen medidas cautelares como la prisión preventiva, sin petición de la fiscalía o de la acusación particular u ordenan actos probatorios durante la instrucción, mismo que puede solo darse de manera excepcional como anticipos jurisdiccionales de prueba, referido únicamente a las declaraciones de testigos y previa petición de la fiscalía, así lo dispone de manera expresa el artículo 216 numeral 4 del CPP. El artículo 27 del cuerpo legal precedentemente citado, se refiere a la competencia de los jueces penales para la práctica de los actos probatorios urgentes (sic) pero debe entenderse, que debe ser a petición expresa de la fiscalía y no de oficio.

No creemos que el juez penal tenga competencia para disponer de oficio la práctica de actos procesales durante la instrucción fiscal, “para garantizar los derechos del imputado y del ofendido durante la etapa de instrucción fiscal, conforme a las facultades y deberes de éste Código” como dice el numeral 1ro., pues de aceptarse tal hipótesis nos encontraríamos con dos instructores, con dos órganos de la administración de justicia penal con igual competencia, lo cual contradice la propuesta del principio y modelo acusatorio, que es hacer responsable al Fiscal de la investigación y asignarle al juez la calidad de juez de garantías, y de controlador de los límites dentro de los cuales el fiscal ejerce su calidad de investigador, pues sin duda el juez controla los límites dentro de los cuales el fiscal actúa.

Vulnera igualmente el **principio dispositivo constitucional**, la actuación de los jueces de los tribunales penales, cuando disponen de oficio la práctica de pruebas durante la sustanciación de la audiencia del juicio, o participan durante su recepción, interrogando a testigos y a peritos u ordenando de oficio la ampliación de informes periciales o declaraciones testimoniales. Los jueces de los tribunales deben proveer únicamente las peticiones de prueba de las partes, pero no ordenar de oficio pruebas, o participar activamente en la recepción de las mismas interrogando de oficio, o disponiendo ampliaciones a su buen querer y entender. En ese momento el juez toma partido del acto probatorio bien a favor o bien en contra y eso desnaturaliza el principio dispositivo y compromete la imparcialidad del juzgador.

Aún no se discute con objetividad, la conveniencia de que el Estado ecuatoriano establezca el marco de actuación del sistema judicial en su interrelación con los pueblos indígenas, campesinos, afroecuatorianos y blanco mestizos, clarificando las reglas que la justicia penal debe seguir en las provincias de la zona rural, respetando sus formas de gestión de la conflictividad ya existentes y sus pautas culturales. (sic)

METAS URGENTES GENERALES.-

Debe discutirse y adoptarse un plan, como orientador del conjunto de actividades que se vienen desarrollando, que sugerimos sea el propuesto por la CLD en el documento final que citamos.

Urge la presentación, discusión y aprobación de parte del H. Congreso del conjunto de reformas legales de urgencia, que faciliten el desarrollo de las medidas de ajuste que se han sugerido.

La creación mediante convenios del régimen transitorio de la Defensa Pública, así como de la aprobación de la Ley Orgánica de la Defensoría Pública Nacional, así como la promulgación del proyecto de Ley Orgánica de la Función Judicial, en donde se deben establecer pautas de actuación de la justicia de paz con la multiculturalidad y compatibilización de dicho proyecto de ley con el Código de Procedimiento Penal.

METAS DE MEDIANO O CORTO PLAZO.-

Del conjunto de metas de corto plazo (dos años) que permiten acercarse a cada uno de los objetivos, del documento de la CLD, consignamos las que siguen:

Aprobada la Ley Orgánica de la Defensa o Defensoría Pública, deben nombrarse a sus funcionarios principales.

Debe adoptarse el sistema de audiencias para las medidas cautelares.

Se debe alcanzar el mínimo de funcionamiento de la Defensa Pública, con una ineludible tendencia al mejoramiento de la misma.

PROCESO PENAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Se debe redefinir el papel del Juez en el juicio oral, abandonando la modalidad inquisitorial.

Debe cambiar el modo de trabajo de fiscales y policías en los delitos flagrantes.

Debe haber un primer aumento de hasta el 10 por ciento de respuestas conciliatorias, hasta llegar en el plazo de cinco años al 20 por ciento.

Debe producirse una adecuada construcción o adaptación de salas de audiencias para la etapa preparatoria y el juicio oral en todo el país.

Se deben ampliar los procedimientos simplificados (o abreviados) y la suspensión condicional del proceso. Igualmente se debe admitir la conveniencia del **principio de oportunidad** en manos del Ministerio Público, pues su uso racional debidamente vigilado, permite mejorar la capacidad operativa del Ministerio Público frente a los delitos de mayor costo social. Dejando de invertir el tiempo en los denominados delitos de bagatela.

Se debe propiciar el establecimiento de reglas de actuación de los operadores del sistema judicial, basadas en criterios de multiculturalidad, para enfrentar los problemas de interrelación de los pueblos indígenas, campesinos, afroecuatorianos y blanco mestizos.

Deben crearse instancias de coordinación de Sistemas Judiciales Alternativos en la región de la sierra, que generen en la zona rural un espacio de diálogo y articulación para definir con claridad los ámbitos de intervención de la justicia oficial y la justicia indígena.

NECESARIOS AJUSTES AL CÓDIGO PROCESAL PENAL.-

Debemos reconocer que al aprobarse el nuevo Código de Procedimiento Penal en el Congreso de la República, algunas instituciones fueron estructuradas defectuosamente, apartándose incluso del modelo acusatorio oral. Para mejorar el funcionamiento del sistema, es imprescindible realizar algunas *modificaciones de urgencia al texto legal* que le abran paso a las propuestas aquí desarrolladas y le den un fundamento más

preciso (no mayor, ya que tienen el fundamento constitucional) a las nuevas prácticas que se quieren alentar.

Existen algunas propuestas de reformas al nCPP que no se han consolidado en un sólo documento como es lo aconsejable. Se ha tratado de compatibilizar las diferentes propuestas, pero persiste el riesgo de que se presenten otro u otros proyectos de reforma.

Se conoce que se ha formado una Comisión Nacional de Implementación y posteriormente una Subcomisión encargada de proponer reformas normativas al Código Procesal Penal para adecuarlo a los postulados acusatorios de la Constitución de la República (Art. 24) y enunciados en el propio texto procesal. Esta Comisión presentó una propuesta de reformas generales al Código Procesal. Del conjunto de esas propuestas, y en base a diversas reuniones de trabajo, se definieron como “indispensables” para reorientar el sistema y facilitar el rediseño organizacional, y como “urgentes” para evitar que el Sistema de Justicia Penal continúe funcionando bajo parámetros inquisitoriales, los siguientes cambios ¹²⁶:

Los vinculados a la incorporación de audiencias orales, públicas y contradictorias, en todas las etapas del proceso, tales como:

1. **Publicidad.** Desde el inicio de la indagación previa hasta la terminación del proceso, toda decisión judicial que afecte derechos deberá ser tomada en audiencia oral, pública y contradictoria, salvo las excepciones previstas en este código (sic). *Comentario:* Esto busca dinamizar realmente el proceso, pasando de la instancia escrita tradicional fuertemente enraizada en el sistema inquisitivo y que sobrevive en el nuevo modelo, a la instancia oral, que debe ser rápida y dinámica.

En los delitos flagrantes, cuando se haya aprehendido a una persona, la garantía establecida en el inciso anterior será aplicable desde el inicio de la indagación previa sin excepciones. *Comentario:* Con esto se pretende que las garantías constitucionales se cumplan aun en el caso de una medida de aseguramiento personal pre procesal y excepcional, como la que se produce en el caso de flagrancia.

¹²⁶ Sugerimos revisar documento citado de la CLD, **Plan Maestro de Ajuste del Sistema de Justicia Penal del Ecuador**. Pág. 70-76., en www.alfonsozambrano.com

2. **Audiencias.** Cuando el juez deba decidir sobre una medida cautelar, una autorización, o cualquier otro incidente, salvo las excepciones previstas en este código, convocará a las partes con suficiente anticipación a una audiencia oral, pública y contradictoria. La parte que pretenda valerse de un elemento de convicción tendrá la carga de su presentación en la audiencia y no se podrá suspender por falta de éste.

El juez escuchará en primer lugar a quien solicitó la audiencia; luego concederá la palabra a la contraparte y promoverá el debate sobre los puntos litigiosos y, si lo considera necesario, el examen y contra examen de los elementos presentados. El juez decidirá en la misma audiencia exclusivamente sobre lo solicitado y debatido.

La comunicación de la resolución, que en todo caso será oral, bastará como notificación a las partes. De la audiencia se elaborará un acta sucinta que contendrá la identidad de los intervinientes y lo resuelto por el juez.

Comentario: Se vigoriza la calidad de juez de garantías que tiene el juez penal, para decidir previa audiencia oral, pública y contradictoria. Así mismo se respeta el derecho de las partes procesales para presentar oral y públicamente y a contradecirlos o discutirlos (ya no por escrito) sus argumentos de cargo y de descargo, buscando que el juez disponga o niegue una medida de aseguramiento o de otra índole, que son restrictivas de garantías constitucionales, respetando el derecho a la inviolabilidad de la defensa que es una de las garantías del debido proceso, previstas in extenso en el ya citado artículo 24 de la Constitución Política del Ecuador.

Las que permitan incorporar el principio de oportunidad en el control de la sobrecarga de trabajo, tal como:

1. **Principio de oportunidad.** El Fiscal podrá abstenerse de iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratase de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, excepto en los casos en que la pena mínima asignada al delito excediere de un año de privación de la libertad. (Pienso que se puede discutir el monto de la pena mínima).

Para estos efectos, el Fiscal deberá emitir una resolución motivada, la que comunicará al juez. Éste, a su vez, notificará a los intervinientes, si los hubiere.

Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la resolución del fiscal, el juez de oficio o a petición expresa de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que la infracción no es de aquellas detalladas en el inciso primero de este artículo.

La decisión que el juez emitiera en conformidad al inciso anterior obligará al Fiscal a continuar con la investigación. La aplicación de este procedimiento no perjudicará en modo alguno el derecho a perseguir, en los casos que la ley permita por la vía civil, las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

Comentario: El **principio de oportunidad** es uno de los pilares del **modelo acusatorio oral** que aún no se implementa en el CPP del 2001. La principal razón ha sido el enorme poder discrecional que se le concedería a la fiscalía, argumento que personalmente no compartimos, porque si se trata del riesgo de un mal procedimiento por parte de determinado Fiscal, existe el control judicial para legitimar la petición de **abstención** de la fiscalía. La decisión del juez es vinculante u obligatoria para el fiscal, de manera que debe continuar con la investigación si así lo decide el juez contrariando el criterio del Fiscal. Creemos que es conveniente y necesario que se de paso a esta propuesta.

Las vinculadas con una amplia política de estímulo de los acuerdos reparatorios, tal como surge de las siguientes normas:

1. **Acuerdos reparatorios.** El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios respecto de los siguientes delitos: violación de domicilio, revelación de secretos de fábrica, hurto, estafa y otras defraudaciones, robo con fuerza en las cosas; delitos culposos y delitos de lesiones cuya incapacidad para el trabajo no pase de treinta días.

El juez si verificare que el delito en cuestión es de aquellos a los que se refiere el inciso anterior y que los concurrentes al acuerdo han prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos, aprobará los acuerdos en audiencia pública, oral y contradicto-

ria, a la que convocará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos.

El Fiscal debe ser convocado pero su comparecencia no es obligatoria. Los acuerdos reparatorios pueden ser solicitados hasta antes de dictar la resolución de la audiencia preliminar.

El juez sólo podrá rechazar el acuerdo reparatorio en los siguientes casos:

- 1) Cuando el acuerdo recaiga sobre delitos distintos a los mencionados en el inciso primero de este artículo;
- 2) Cuando el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado; o,
- 3) Si existe oposición fundamentada del fiscal y el juez considera que existe un interés social prevalente, o exista una conducta reiterada por parte del imputado en la comisión de hechos similares.

Comentario: La búsqueda de acuerdos de reparación responde a la necesidad de escuchar a las partes afectadas (víctimas u ofendidos) para conocer que es lo que realmente pretenden o les satisface. El argumento de la *oficialidad y obligatoriedad* de la acción penal y de su ejercicio no se puede seguir sosteniendo *sin excepción alguna*. Recordemos que el Estado le expropia a la víctima el derecho a la reclamación, pero no tenemos evidencia empírica alguna de que en los sistemas penales de la periferia el Estado resarza a la víctima u ofendido por el perjuicio recibido, antes por el contrario, se olvida de la víctima y ni siquiera la escucha para saber que es lo que la víctima quiere, o de que manera se considera reivindicada patrimonial o moralmente. De pronto no le interesa en absoluto que una persona que la ofendió vaya a la cárcel o sea sancionado con una pena de multa o de inhabilitación, sino que busca una reparación o resarcimiento que no siempre es económico.

Aceptamos que los acuerdos de reparación deben estar limitados -por lo menos en el momento actual- para los delitos menores, y que la reparación mediante acuerdo, una vez cumplida, debe permitir la extinción de la acción penal y de la pena, como ya está previsto en los procesos por delitos de acción penal privada. Este es un precedente legal de irrefutable valor y legitimidad, que se encuentra ya vigente en el artículo

113 del Código Penal, a lo que agregamos por nuestra parte que la división entre delitos de acción penal de ejercicio público y de ejercicio privado, es una construcción de la realidad normativa de un momento determinado, que como tal es cambiante, y bien puede acontecer que cualquier día tal división desaparezca.

La incorporación de la institución de la suspensión condicional del proceso, estableciendo sus reglas y condiciones:

La falta de discusión y del debido conocimiento, ha impedido que se haga factible la denominada *suspensión del proceso a prueba* que erradamente se confunde con la *suspensión condicional de la condena*. En este segundo evento es necesario que se sustancie la totalidad del proceso penal y una vez concluido, si se cumplen los presupuestos de procedibilidad previamente establecidos se dispone la suspensión del cumplimiento de la condena, lo que se denomina también como sentencia de ejecución condicional, pues su cumplimiento queda en suspenso y sometido al cumplimiento de determinadas condiciones, mismas que de incumplirse conllevan la pérdida de este beneficio y la ejecución de la condena que se encontraba suspendida.

En el Código Penal de Ecuador está prevista la suspensión condicional de la condena, cuando se trata de de una condena por primera vez (delincuente primario), que el objeto del proceso sea un delito cuya pena no exceda de seis meses de prisión correccional o se trate de un delito reprimido solamente con multa. Se debe tomar en cuenta la personalidad integral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado, en cuanto puedan servir para apreciar dicha personalidad. La condena se tendrá como no pronunciada si dentro del tiempo fijado para la prescripción de la pena y dos años más, el condenado no cometiere una nueva infracción. Si comete una nueva infracción durante el lapso antes indicado debe cumplir la condena suspendida y la que corresponda al nuevo delito.¹²⁷

Mediante la *suspensión del proceso a prueba* no se requiere sustanciar todo el proceso, puesto que si de las circunstancias que rodean al acto se puede inferir que la pena que se impondría es de escasa gravedad por tratarse de un delito de menor cuantía o menor costo social, es con-

¹²⁷ Ver. Arts. 82, 83, 84, 85, y 86 del Código Penal vigente.

veniente disponer la suspensión del proceso, condicionada a que el imputado cumpla con determinadas obligaciones y ciertas limitaciones. Nos parece un avance importante y un ahorro enorme de energía procesal, si optamos por la **suspensión condicional del proceso** sin tener que llegar a agotar todo un proceso para decidir al final, la suspensión de la condena.

Es importante revisar el anteproyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal de la Corte Suprema de Justicia de 1992¹²⁸, en que se consigna la **suspensión condicional del proceso** en aquellos casos en que es factible la suspensión de la condena, hasta el momento de la clausura del juicio, pudiendo solicitarla el Fiscal o el imputado. El imputado debe mostrar conformidad con la suspensión y debe admitir los hechos que se le imputan, debe además reparar los daños causados por el delito o comprometerse a hacerlo de acuerdo con sus posibilidades. Se establece el cumplimiento de instrucciones, como la limitación de residencia, la prohibición de frecuentar determinados lugares y personas, la abstención del uso de estupefacientes y el abuso de bebidas alcohólicas, cumplir con la escolaridad primaria, aprender una profesión u oficio sino lo tiene, prestar trabajo socialmente comunitario o de utilidad pública, recibir tratamiento médico o psicológico si fuese necesario, o permanecer en un determinado trabajo o empleo, etc.

Si no cumple toda esa gama extensa de obligaciones o comete un nuevo delito, se revoca la suspensión del proceso y el mismo debe continuar su curso. Se puede ampliar el plazo de prueba hasta el límite de cinco años. Este plazo igualmente se suspende mientras se encuentre privado de la libertad en otro proceso.

La incorporación de procedimientos rápidos y sencillos, como el procedimiento simplificado, para los casos menos graves o de flagrancia, como por ejemplo:

1. Procedimiento simplificado. En los casos en que se trate de delitos sancionados con una pena máxima de seis años de privación de la libertad y, el Fiscal pidiere una pena privativa de libertad no mayor de un año o una pena no privativa de libertad, éste solicitará al juez la aplicación del procedimiento simplificado.

¹²⁸ Ver. Arts. 37, 38, 39 y 40 del Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal de la CSJ.

La solicitud deberá contener:

- La identificación del imputado.
- Una sucinta relación del hecho.
- La pena requerida.

El juez convocará a una audiencia dentro de las veinticuatro horas si la persona es detenida y cinco días si está en libertad.

Al inicio de la audiencia el Fiscal formulará oralmente la acusación, el juez le explicará al imputado el sentido y las consecuencias del procedimiento simplificado y, luego le preguntará si admite la responsabilidad de los hechos. En todos los casos el imputado deberá consultar con su abogado defensor.

Si el imputado aceptare su responsabilidad y el juez considerare creíble su versión de los hechos, podrá condenarlo. No se podrá aplicar una pena mayor a la solicitada por el Fiscal.

Si el imputado no acepta la responsabilidad, el Fiscal podrá solicitar una nueva audiencia para producir prueba o en su defecto, solicitará volver al procedimiento ordinario, que se sustanciará conforme a las reglas previstas en este código. En este caso no estará limitado el Fiscal por la pena previamente solicitada.

En el primer caso el juez convocara a las partes a una audiencia que será sustanciada por éste, dentro de los diez días subsiguientes, la que se registrá por las normas del juicio oral.

La parte que pretenda valerse de un elemento de convicción, tendrá la carga de su presentación en la audiencia y no se podrá suspender por falta de éste. No obstante el imputado podrá solicitar el auxilio judicial para procurar la prueba de descargo.

2. Aprehensión por delito flagrante. Los agentes de la Policía Judicial o de la Policía Nacional pueden aprehender a una persona sorprendida en delito flagrante de acción pública y la pondrán a órdenes del juez competente o del juez penal de turno dentro de las veinticuatro horas

posteriores, a fin de que el juez, previa audiencia pública, oral y contradictoria proceda a calificar la flagrancia y la legalidad de la aprehensión.

En caso de delito flagrante, cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión, en cuyo caso pondrá inmediatamente al aprehendido bajo las órdenes de un agente de la Policía Judicial o de la Policía Nacional y ésta, a su vez, al juez competente.

El juez escuchará en primer lugar al Fiscal, luego concederá la palabra al detenido o a su defensor e inmediatamente decidirá en la misma audiencia si la aprehensión ha sido legal o en su defecto ordenará la inmediata libertad y remitirá copia de lo actuado a la fiscalía de turno, en caso de considerar que existen indicios de haberse producido una aprehensión ilegal y arbitraria.

En esta audiencia luego de haberse decidido sobre la legalidad de la aprehensión, el Fiscal puede proponer alguno o algunos de los procedimientos alternativos establecidos en este código; o en su defecto, solicitará al juez que se notifique en el acto con la resolución del inicio de la instrucción fiscal, y que se dicte la o las medidas cautelares que considere pertinente.

La comunicación oral de la resolución bastará como notificación a las partes.

De la audiencia se elaborará un acta sucinta que contendrá la identidad de los intervinientes y lo resuelto por el juez.

El rediseño completo de la etapa intermedia, en especial la audiencia preliminar como surge de las propuestas siguientes:

1. Convocatoria. Dentro de los diez días posteriores a la notificación con el dictamen fiscal, el juez convocará a las partes a la audiencia preliminar, la que será oral, pública y contradictoria, la misma que se realizará dentro de un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte, a contarse desde la fecha de la convocatoria.

Las partes hasta cuarenta y ocho horas antes del día y hora señalados para la audiencia preliminar, presentarán una lista de los testigos que deben declarar en la audiencia del juicio, expresando la edad, identidad y

domicilio de ellos y, además enunciarán las pruebas que consideren necesarias que se practiquen durante el juicio.

Fenecido el plazo al que se refiere el inciso anterior, el juez correrá traslado con las peticiones formuladas por las partes.

2. Audiencia. En el día y hora señalados el juez declarará instalada la audiencia y dispondrá que se escuche al imputado, al Fiscal y al acusador particular directamente o a través de sus abogados defensores, a fin de que presenten sus alegaciones con respecto a: los vicios formales de la acusación, la existencia de requisitos de procedibilidad o de cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso.

A continuación, el juez concederá la palabra al Fiscal, al acusador particular y al defensor del imputado, a fin de que aleguen sobre la admisibilidad de la prueba anunciada conforme lo dispuesto en el artículo anterior.

La parte que pretenda valerse de las pruebas anunciadas, tendrá la carga de su presentación en la audiencia y no se podrá suspender por falta de ésta.

3. Resolución. Inmediatamente después de escuchar a las partes según lo previsto en el artículo anterior, el juez pronunciará su resolución a los presentes, la que versará sobre todas las cuestiones planteadas, debiendo resolver previamente las cuestiones formales.

Si el juez admite la acusación fiscal dictará auto de llamamiento a juicio, el que debe contener:

La identificación del acusado; la descripción clara y precisa del delito cometido y la determinación del grado de participación del acusado; la enumeración de los medios de prueba que han sido admitidos para ser presentados en el juicio; la aplicación, ratificación, revocación, modificación o sustitución de las medidas dispuestas en la instrucción fiscal; y, la cita de las disposiciones legales aplicables.

Si el juez no admite la acusación fiscal deberá dictar el auto de sobreseimiento que corresponda.

La comunicación oral de la resolución bastará como notificación a las partes.

De la audiencia se elaborará un acta sucinta que contendrá la identidad de los intervinientes y lo resuelto por el juez. (sic)

Comentario: Los cambios propuestos y citados up supra constituyen un vuelco importante frente al sistema vigente en el desarrollo de la audiencia preliminar. La propuesta es la de mejorar la sustanciación de esta audiencia. No podemos asegurar cuanto mejora la productividad de la audiencia el ofrecimiento y discusión de la prueba o de los medios de pruebas que van a ser presentados en la audiencia del juicio, pues hay factores que tienen que ver incluso con la calidad de los abogados litigantes, que por falta de destreza en el litigio no puedan aportar anticipadamente los medios de prueba o pruebas que se vayan a presentar en el juicio oral. Pensamos que esta propuesta debe promover mas de una discusión por parte de los entendidos.

El mejoramiento de las formas de realización del juicio oral para fortalecer sus características adversariales como surge de estas propuestas mínimas, sin perjuicio de otras también necesarias.

1. **Convenciones probatorias.** Durante la audiencia las partes podrán solicitar al juez, de común acuerdo, que determinados hechos o la autenticidad de ciertas evidencias se tengan por no controvertidas. En este caso, los hechos en cuestión se tendrán por acreditados para efectos del juicio y, en consecuencia, no requerirán de prueba.

2. **Exclusión de las pruebas para el juicio oral.** El juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido obtenidas con inobservancia de Garantías Constitucionales. Del mismo modo excluirá aquellas que fueran manifiestamente impertinentes, irrelevantes, sobreabundantes o repetitivas y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.

Las demás pruebas que se hubieren anunciado serán admitidas por el juez al dictar el auto de llamamiento a juicio.

3. **Orden de la prueba.** Finalizada la exposición de las partes, el Presidente ordenará la presentación de la prueba. Corresponderá en primer

lugar recibir la prueba de la acusación y luego la de la defensa, en el orden que cada parte decida, y salvo que éstas acuerden un orden diferente.

4. **Interrogatorio por las partes.** Los testigos y peritos declararán a través de las preguntas que les hagan las partes. Primero serán examinados por las partes que los presentan, luego por las partes afines, y finalmente por la o las contrapartes.

5. **Límites a la facultad de preguntar.** Las partes no podrán dirigir al testigo o perito preguntas capciosas o impertinentes.

Las preguntas sugestivas estarán por regla general prohibidas en el interrogatorio solicitado por las partes a sus propios testigos o peritos, pero permitidas en el contra examen.

6. **Prohibición.** En ningún caso se podrá mencionar, invocar, dar lectura, o incorporar como medio de prueba antecedente alguno vinculado con la proposición, aceptación, discusión, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado, en relación con el imputado del caso que se está conociendo en juicio.

7. **Objetos, documentos y otros medios.** Los documentos que pretendan ser constituidos como prueba instrumental serán leídos en el juicio en su parte relevante, previa acreditación por quien lo presenta y que deberá dar cuenta de su origen.

Los objetos que pretendan ser constituidos como prueba serán exhibidos en el juicio a conveniencia de las partes, previa acreditación de acuerdo con el inciso precedente.

Los videos, grabaciones u otros medios análogos serán introducidos, previa acreditación, mediante su reproducción por cualquier medio que garantice su publicidad.

8. **Utilización de versiones.** Las versiones o declaraciones emitidas por una persona que está prestando testimonio en juicio, sólo podrán ser leídas estrictamente en las partes pertinentes, para apoyar la memoria

de dicha persona, o para demostrar inconsistencia o contradicciones con su testimonio actual.

Comentario: Las formulaciones contenidas en el documento de la CLD y que hemos insertado up supra abren el espacio para una amplia y profunda discusión. Sin duda apreciamos que se respeta totalmente el *principio dispositivo constitucional* evitando que el juez del tribunal penal se contamine con la recepción de la prueba, de manera que siga manteniendo su calidad de juez de garantías. El derecho al contradictorio lo ejercen las partes, que tienen además la posibilidad de la disponibilidad de algunos actos probatorios, asumiéndolos como hechos probados, este es un aporte novedoso.

Sin duda generará importantes espacios de discusión el rediseño de la sustanciación de audiencia del juicio, por la forma en que se va a introducir la prueba durante la misma. Es probable que en la relación costo – beneficio encontremos la mejor respuesta frente a un cambio fundamental como el que se propone, en circunstancias en que la presentación de la prueba en el nuevo modelo acusatorio oral, peca de deficiente e improductiva, por no decir que en muchos casos está ausente, con un gran aliciente para la impunidad.

Algunas reflexiones.-

Partiendo de la identificación de las denominadas áreas críticas, se sugieren acciones correctivas urgentes y de corto plazo, para mejorar la baja productividad que acusa el Sistema de Justicia Penal, las que podrían encontrarse en respuestas como la reparación, conciliación, medidas alternativas con suspensión del proceso, y otras.

Urge asegurar un mínimo de defensa en juicio, para lo cual debe dictarse la Ley Orgánica de la Defensoría Pública y organizar la misma partiendo de cero, con mayor razón si el 90 % de los internos de las cárceles ecuatorianas necesitan de un defensor público, pagado por el Estado.

Debe desformalizarse la investigación penal, para lograr una mayor celeridad e intermediación. La única posibilidad es introduciendo audiencias orales en las etapas previas al juicio.

El Ministerio Público y la Policía deben rediseñar sus actuaciones acorde con el nuevo modelo procesal penal. La actuación presente del Ministerio Público, mediatizada y burocratizada, y las prácticas policiales generalmente desconocedoras de garantías constitucionales y procesales, terminan desatendiendo a las víctimas de los delitos no obstante los programas de protección ya previstos normativamente, como el creado por el Presidente Gustavo Noboa de Protección a Víctimas y Testigos, y por el propio Ministerio Público; y por otra parte por el abuso institucionalizado, convierten en víctimas del sistema penal a los diferentes sujetos pasivos del mismo que terminan revertiendo su calidad inicial de victimarios.

En cuanto a los jueces deben mejorar las prácticas del juicio oral, olvidando las prácticas inquisitoriales hondamente enraizadas y por lo mismo difíciles de superar. Los jueces en general no terminan de aceptar las conveniencias del nuevo modelo acusatorio oral, pues consideran que han perdido el enorme y omnímodo poder de decisión que les concedía el sistema inquisitivo, con el que podían actuar a su libre saber y entender, casi sin control alguno.

No podemos dejar de pensar en un programa de liquidación de las causas del antiguo sistema, probablemente con jueces auxiliares actuando bajo contrato.

Queda en discusión el tema del Servicio de Justicia Penal en las zonas rurales, que demanda interrelacionarlo con los pueblos indígena, campesino, afroecuatoriano y blanco-mestizo, clarificando las reglas que el Sistema de Justicia Penal debe seguir en las provincias incluidas en la zona rural, respetando sus formas de gestión de la conflictividad ya existentes y sus pautas culturales. Igualmente habría que pensar en respuestas a las comunidades que carecen de mecanismos de resolución de conflictos.

En el documento final de la CLD ya referido se propone la creación de **Instancias de Coordinación de Sistemas Judiciales Alternativos (ICSJA)** que promueva la articulación, el diálogo y la generación de reglas transparentes entre los diferentes actores. Estas instancias de coordinación deben funcionar en cada una de las Plataformas Judiciales Penales Básicas previamente señaladas, debiendo crearse una Comisión de Implementación. Para su puesta en marcha se formará una Subcomi-

sión formada por representantes de la Función Judicial, del Ministerio Público, de la Defensoría Pública, así como un representante de la CONAIE, un líder del Pueblo afroecuatoriano, un líder campesino y dos expertos en temas multiculturales. (sic)

Mientras corre el tiempo para llegar a articular estas propuestas de instancias de coordinación de sistemas judiciales alternativos, somos personalmente partidarios del respeto a la diversidad multicultural, que es una realidad tangible en un alto sector de la comunidad ecuatoriana. Muchos pueblos del Ecuador del siglo 21, que representan la impronta de una cultura ancestral que se mantiene con sus propios usos y costumbres, desafiando el siglo de la post modernidad y de la globalización, han encontrado desde hace siglos soluciones no violentas a sus conflictos y reclamos, acudiendo a mecanismos alternativos y acuerdos de reparación que suenan mas justos que las reparaciones (en realidad violentas y dolorosas), o compensaciones vindicativas que se supone que brindan la privación de la libertad, la pena, y su cumplimiento en cárceles como las ecuatorianas.

BIBLIOGRAFÍA

AMNISTIA INTERNACIONAL. Informes anuales, 1995,1996,1997, 2003. www.edai.org

ANIYAR DE CASTRO Lola, CRIMINOLOGÍA DE LA REACCIÓN SOCIAL, Maracaibo, Universidad del Zulia, Venezuela, 1977.

CAFFERATA NORES José, TEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL, *Depalma*, Buenos Aires, 1988.

CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO. Publicaciones varias. Boletín Jurídico No. 16, 1997. Quito.

BARATTA Alessandro, *Criminología y Dogmática Penal. Pasado y futuro del modelo integral de Ciencia Penal*, en REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, Universidad Externado de Bogotá, No. 24, 1984.

BERGALLI Roberto, *Sentido y contenido de la Sociología del Control Penal para América Latina*. I SEMINARIO DE CRIMINOLOGÍA CRÍTICA, Medellín, Colombia, 1984.

BODERO Edmundo René, EL AMPARO DE LIBERTAD, Guayaquil, 1996.

BUSTOS RAMIREZ Juan, *Principios fundamentales de un derecho penal democrático*, en REVISTA DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA, año 5, No.8, 1994.

COMISION ANDINA DE JURISTAS, *Los Andes: emergentes o en emergencia ?* Lima, Perú, 1996.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Los desencuentros del poder. Informe anual sobre la región andina* 2003. Lima. CAJ. 2004. 244p.- www.cajpe.org.pe

CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO. *Plan Maestro de Ajuste del Sistema de Justicia Penal del Ecuador*.

Documento final CLD, abril de 2004. En www.alfonsozambrano.com

CORPORACIÓN LATINOAMERICANA PARA EL DESARROLLO. *Transparencia ahora. Informe de Transparencia Internacional Ecuador No. 6*. Editado por la CLD en octubre del 2004.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN, ratificada por el Ecuador y publicada en el Registro Oficial No. 83, del 10 de junio de 1997.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA FABRICACIÓN Y EL TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y OTROS MATERIALES RELACIONADOS, ratificada por Ecuador y publicada en el Registro Oficial, número 243, del 28 de julio de 1999.

CHIESA APONTE Ernesto, DERECHO PROCESAL PENAL DE PUERTO RICO Y ESTADOS UNIDOS, editorial Nomos, Bogotá. Tomo I.

DE LA BARREDA SOLÓRZANO Luis, GACETA DE DERECHOS HUMANOS, 1, año 4, México D.F, 1997.

GACETA JUDICIAL. Organismo de difusión de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

GOMEZ COLMENAR Juan Luis, en prólogo de EL PRINCIPIO DEL PROCESO DEBIDO. Bosch Editores S.A., Barcelona, 1995.

GUERRERO VIVANCO Walter, EL SISTEMA ACUSATORIO ORAL, Pudeleco, editores S.A., Quito, 1998.

HOUED Mario A., PROCESO PENAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Escuela del Poder Judicial, San José, Costa Rica, 1997.

MIR PUIG Santiago, *Una tercera vía en materia de responsabilidad de las personas jurídicas*, en REVISTA ELECTRÓNICA DE CIENCIA PENAL Y CRIMINOLOGÍA, edición abierta, No. 6, 2004.

NEUMAN Elías, VICTIMOLOGÍA SUPRANACIONAL. EL ACOSO DE LA SOBERANIA, Editorial Universidad , Buenos Aires, 1995.

PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. PNUD. Publicaciones varias.

REVISTA DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA. No. 14, año 9, 1997.

ROXIN Claus, EL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO PENAL. . Compilador J.B.J. Maier, Ad-hoc, Buenos Aires, 1993.

ROXIN Claus, DERECHO PROCESAL PENAL, Editores del Puerto, Buenos Aires, traducción de 25ª edición alemana, 2003.

SANCHEZ ROMERO Cecilia, *La prisión preventiva en un Estado de Derecho*, en REVISTA DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA, No. 14, año 9, 1997.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *La duración del proceso penal en el Ecuador. Valoración Criminológica*, en REVISTA ILANUD, año 7, No. 20, 1986.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, CARCEL Y DROGAS, *De la represión a la legalización*. Edino 1994.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, PRACTICA PENAL, Tomo V, Edino, 1995.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, TEMAS DE CIENCIAS PENALES, Offset Graba, 1996.

ZAVALA BAQUERIZO Jorge, EL PROCESO PENAL, Tomo IV, Edino, 1990.

ZAVALA BAQUERIZO Jorge, EL DEBIDO PROCESO PENAL, Edino, 2002.

ZAVALA BAQUERIZO Jorge, TRATADO DE DERECHO
PROCESAL PENAL, Tomo II, Edino, 2004.