

ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL

Catedrático de Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica de Guayaquil
Profesor de Post Grado en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Perú
Profesor de Política Criminal en Post Grado en Universidad de Guayaquil
Ex profesor de Post Grado en Instituto Superior de Criminología U. de Guayaquil
Ex profesor de Post Grado en Universidad Central de Caracas en Venezuela
Ex Profesor de Post Grado en Universidad Andina Simón Bolívar de Quito

**ESTUDIO CRÍTICO A LAS
REFORMAS A LOS CÓDIGOS:
PENAL Y DE PROCEDIMIENTO
PENAL DEL 29-mar-2010**

QUITO-ECUADOR
2010

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

**Estudio Crítico a las Reformas a los Códigos:
Penal y de Procedimiento Penal del 29-mar-2010**
Alfonso Zambrano Pasquel

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión

Talleres de la CEP

Derecho de Autor No. En trámite

ISBN No. En trámite

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación.

*Dedicado a Sonia Vidal Celi
por los 39 años compartidos
con amor inquebrantable.
Y a Charlie Parma, el jurista,
el amigo y el hermano, solidario
y excepcional.*

ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL

El profesor Doctor Alfonso Zambrano Pasquel es autor de veintitrés libros publicados en Ecuador y de cuatro libros publicados en el extranjero. Ha participado en nueve libros colectivos de autores en diferentes países, y se han publicado quince trabajos monográficos de su autoría en: Argentina, Colombia, Costa Rica, Cuba, Brasil, Chile, Perú, Guatemala, México, Venezuela y España.

Ejerce la cátedra desde hace más de treinta años, siendo profesor titular de Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y de Política Criminal en post grado en la Universidad de Guayaquil. Es profesor honorario y de post grado en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Perú, y ha sido profesor de post grado en Criminología en la Universidad Central en Caracas-Venezuela, y de Derecho Procesal Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar de Quito.

Sus publicaciones se refieren al Derecho Penal. Parte General, Parte Especial, Derecho Procesal Penal, Práctica Penal, Criminología y Política Criminal. En esta publicación ESTUDIO CRÍTICO A LAS REFORMAS A LOS CÓDIGOS: PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL 29-MAR-2010, hace un estudio exegético del articulado de las recientes reformas tanto penales como procesales penales. Hace un comentario crítico sobre la mala aplicación de las reformas del 24 de marzo del 2009, y hace importantes señalamientos sobre temas relacionados con los acuerdos probatorios, con la teoría del caso, y sugiere algunas destrezas para la litigación oral en las audiencias de la instrucción fiscal. El Prof. Zambrano Pasquel, se refiere con mucho énfasis a lo que denomina un ejercicio abusivo del derecho, por una mala utilización de los sustitutivos de la prisión preventiva.

El libro cuenta con muchas citas doctrinarias de reconocidos autores, y jurisprudencia de España, Colombia y Perú, países de los que toma algunas experiencias en la correcta aplicación de un sistema de justicia penal coherente con el respeto al Estado de Derecho. Zambrano Pasquel, defiende la posición del neo constitucionalismo y su aplicación en el proceso penal. Este libro llega oportuno, en el momento en que están en vigencia las recientes reformas y empiezan a ser discutidas y aplicadas por los diferentes operadores del sistema penal ecuatoriano.

ÍNDICE

ESTUDIO CRÍTICO A LAS REFORMAS A LOS CÓDIGOS: PENAL Y DE PROCEDIMIENTO PENAL 29-mar-2010	1
NECESARIAS REFLEXIONES	1
Ministerio Público. Principio de Oportunidad y de Mínima Intervención Penal	1
A MANERA DE INTRODUCCIÓN	9
PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS A LAS REFORMAS DEL 24 DE MARZO DEL 2009	14
LA INFORMACIÓN PERIODÍSTICA CON RESPECTO A LAS REFORMAS DEL 24 DE MARZO DEL 2009	18
Apuntes breves:	24
El ejercicio abusivo del derecho con la aplicación de los sustitutivos de la prisión preventiva	25
Otras razones para negar la petición de prisión preventiva	27
Casos en que no procede sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar	28
El dolo eventual	34
Ergo: si en un caso de 100 kilos de cocaína, o en otros delitos igualmente graves, no es razonable y prudencial mantener la prisión preventiva, cuando será razonable	37
Reacción de amnistía internacional en informe	42
El plazo para la caducidad de la prisión preventiva	47

La prisión preventiva como medida cautelar procesal o penal	50
La prisión preventiva en el derecho procesal penal alemán	61
Sobre el tema comentado dejamos expresados los siguientes planteamientos:	65
MIRANDO LAS NUEVAS REFORMAS	72
ESTUDIO DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO PENAL (29/03/2010)	75
Sobre la crisis del derecho penal y de la pena	75
Comentario al aumento de penas previsto en esta y otras reformas al Código Penal	93
ESTUDIO INTRODUCTORIO A LAS REFORMAS AL CODIG DE PROCEDIMIENTO PENAL	108
Apreciación doctrinaria de la falsedad	110
El bien jurídico protegido	112
Otros casos de mala praxis	113
Aproximación a las audiencias orales	117
El momento procesal para solicitar la exclusión de la prueba ilícita	121
Las excepciones en el proceso penal	124
La enorme cantidad de audiencias orales	126
ESTUDIO DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (29/03/2010)	128
Notas breves sobre el delito conexo	129
Delitos simples, complejos y conexos	130
La legislación mexicana	131
De resultado material y formales	136

Tipos abiertos y cerrados	137
De acción, omisión y de comisión por omisión	138
Tipos instantáneos, permanentes y de efectos permanentes	139
Una importante discusión en España	143
El ejemplo colombiano con respecto a los acuerdos y preacuerdos	157
1. ¿Desde qué momento se puede pre acordar?	158
2. ¿Es improcedente el preacuerdo cuando la Fiscalía cuenta con evidencia física, elementos materiales de prueba o información legalmente obtenidos suficientes para acusar?	159
3. ¿Cabe la declaración pre acordada de culpabilidad incluyendo como condición la colaboración o suministro de información para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada o la judicialización de otros partícipes o intervinientes del delito o delitos investigados?	160
4. ¿Está obligado el juez de conocimiento a aprobar el preacuerdo para aceptar la imputación, preacuerdo en el que la FGN ha incurrido en error en la calificación jurídica del hecho investigado?	161
DISPOSICIÓN GENERAL	179
DISPOSICIONES TRANSITORIAS	179
LOS ACUERDOS PROBATORIOS	181
LAS CONVENCIONES PROBATORIAS	184
I.- Generalidades acerca de las convenciones probatorias	184
1. Importancia de las Convenciones Probatorias.	184

2. Las convenciones probatorias como expresión de la justicia penal negociada en el sistema adversarial	186
3. La justicia penal negociada como característica del sistema adversarial	186
4. El “negocio procesal” como acuerdo sobre aspectos procedimentales en el proceso penal	187

II. Convenciones probatorias y modelo procesal 190

1.- Convenciones probatorias y principios del proceso penal	191
2. Convenciones probatorias y el principio dispositivo	191
3. Convenciones probatorias y cumplimiento del principio de economía procesal	192
4. Convenciones probatorias y el principio de celeridad procesal	192
5. Convenciones probatorias y los principios de buena fe y lealtad procesal	194
6. Convenciones probatorias y el principio de igualdad procesal	195
7. Convenciones probatorias y principio de razonabilidad	196
8. Primer inconveniente: Convenciones probatorias y los principios de valoración probatoria	197

III. Necesidad de practicar convenciones probatorias en el proceso penal peruano: Un diagnóstico en los distritos judiciales donde ya se ha implementado el nuevo Código 199

1. Acuerdos de descubrimiento y convenciones probatorias en los distritos judiciales donde ya entró en vigencia el NCPP	199
---	-----

2. Motivos por los que no se realiza el descubrimiento de informaciones por las partes en un proceso	199
3. Obstáculos para la realización de las convenciones probatorias en donde está vigente el NCPP	200
3.1. Obstáculos en la infraestructura	200
3.2. Prejuicios por parte de los operadores respecto a las convenciones probatorias	201
3.3. Falta de capacitación de los operadores	201
IV. Aspectos especiales de las convenciones probatorias	203
1. Estructura de las convenciones probatorias	203
2. Momento de las convenciones probatorias en el nuevo proceso penal peruano	204
3. Convenciones probatorias y su realización antes de la acusación	204
4. Las convenciones probatorias se realizan antes del juicio	205
5. Convenciones probatorias y su formulación en la audiencia Preliminar	205
5.1. Convenciones probatorias y su realización después de la acusación	205
5.2. Convenciones probatorias y su negociación fuera de las audiencias	206
LA TEORÍA DEL CASO	211
INTRODUCCIÓN	211
I. La litigación oral implica un ejercicio estratégico	214
II. ¿Qué es la teoría del caso?	215
III. Algunas características	218
1.- La teoría del caso se diseña desde el momento en que se asume el caso:	218

2.- La teoría del caso se orienta al juicio oral:	218
3.-La teoría del caso es mutable durante la investigación:	219
4.- La teoría del caso tiene que ser única a partir del juicio:	219
5.- La teoría del caso debe ser autosuficiente:	220
6.- La teoría del caso debe ser sencilla:	220
7.- La teoría del caso debe ser coherente:	221
8.- La teoría del caso debe ser veraz:	221
9.- La teoría del caso debe ser suficientemente jurídica:	221
IV. Importancia	222
V. Componentes de la teoría del caso	223
Conclusión	224
ESTRATEGIAS PARA LA LITIGACIÓN ORAL EN AUDIENCIAS DE INSTRUCCIÓN FISCAL, O PREPARATORIAS DEL JUICIO	225
Hay que evitar:	230
El rol de la Fiscalía para aplicar el principio de oportunidad	231
La audiencia de calificación de flagrancia	233
La audiencia para exclusiones probatorias	233
BIBLIOGRAFIA	235

LAS RECIENTES REFORMAS AL CÓDIGO PENAL Y AL DE PROCEDIMIENTO PENAL

Alfonso Zambrano Pasquel

NECESARIAS REFLEXIONES

Ministerio Público. Principio de Oportunidad y de Mínima Intervención Penal

Hemos venido defendiendo la conveniencia de institucionalizar el llamado PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD y de MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL en sede del Ministerio Público. Hoy es una realidad desde la Constitución de Montecristi del 2008, aprobada en *referéndum* del 28 de septiembre¹. Debemos recordar que es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción al control de legalidad a cargo del Juez de Garantías Penales.

La consolidación de un **Estado constitucional de derechos y justicia** (Art. 1 de la Constitución vigente) y el respeto a las garantías del **derecho al debido proceso**, demandan la implantación de un modelo acusatorio oral en que se cumpla realmente con el *principio de oportunidad* y de *mínima intervención penal*, establecidos en el Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008. Desde las propuestas de un *derecho penal liberal y democrático*, venimos sosteniendo la necesidad de que el sistema penal funcione como un mecanismo de contención del ejercicio abusivo del poder punitivo por parte del Estado y sus agencias de control (E.R. Zaffaroni), que hay que buscar la implantación de

¹ R.O. 449, 20 de octubre de 2008

un *derecho penal mínimo* o de *última ratio* (L. Ferrajoli), o de *extrema ratio* (J. Bustos), y que hay que evitar que los *procesos de criminalización* sigan siendo estratificados, selectivos y clasistas (A. Baratta). Se busca en definitiva evitar la *criminalización de la pobreza* (E. Carranza).

La reforma del proceso penal es de particular importancia dado que el estado del mismo -como sismógrafo de la Constitución del Estado- sirve para medir el grado de democratización de un Estado o, en otras palabras, el grado de su desarrollo como Estado de derecho².

Esta propuesta responde a una racional comprensión de lo que es la política criminal, pues en una vertiente garantista ésta debe ser admitida como el conjunto de respuestas que un Estado considere necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los ciudadanos sometidos a su jurisdicción. La política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas, debiendo admitir que la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado. En un momento histórico la decisión política que determina los objetivos del sistema penal, así como la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se puede plasmar en el texto de la propia Constitución y en las leyes penales subalternas.

El sistema procesal regido por el principio de legalidad, que ha estado vigente en Ecuador hasta la Constitución del 2008, es aquel en el que necesariamente un procedimiento penal debe incoarse ante la sospecha de comisión de cualquier hecho delicti-

² Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Traducción de Gabriela E. Córdova y Daniel Pasto. Revisada por Julio Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 10.

vo, sin que el Ministerio Público (hoy Fiscalía General) pueda instar el sobreseimiento, mientras subsistan los presupuestos que lo han originado y además, se haya descubierto a un presunto autor, es decir, exista un imputado en la causa. Característica del principio de legalidad es la irretractabilidad, irrenunciabilidad y obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. Un sistema procesal regido por el principio de oportunidad, indica que los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a ejercitarla, incoando el procedimiento o facilitando su sobreseimiento.

Para Claus ROXIN, el principio de oportunidad “autoriza a la Fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aún cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible”³. Julio B.J. Maier lo concibe como “la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales”⁴. Para Gimeno Sendra el principio de oportunidad consiste en una “facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”⁵.

Según el principio de oportunidad, es la respuesta lógica a las

³ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 89.

⁴ MAIER, Julio, B. J., *Derecho Procesal Penal*, I. Fundamentos, Editorial Del Puerto SRL, 2ª edición 3ª reimpresión, 2004, p. 836.

⁵ GIMENO, SENDRA, J.V., *Los procedimientos penales simplificados (principios de oportunidad y proceso penal monitorio)*, Justicia, Madrid, 1987, p. 350.

limitaciones que tiene el sistema penal y la administración de justicia penal, para dar soluciones adecuadas a todos los reclamos que son puestos en su conocimiento. Hay en verdad una falta de medios para cumplir con tales objetivos, y se pretende una mejor salida con aquello que destacado como un derecho penal (o sistema penal) de *última ratio* o de *extrema ratio*. A lo dicho agregamos razones de utilidad pública o interés social.

Este principio se justifica en Alemania, en que se pueden acordar sobreseimientos con base en la escasa lesión social producida por la comisión de un delito, y ello por **la falta en el interés público de la persecución penal**. Así pues los artículos 153 y 154 StPO (*Strafprozeßordnung*) introducen el principio de oportunidad de forma reglada, al posibilitar, según los casos previstos por la norma, el sobreseimiento por razones de oportunidad (no persecución de asuntos de poca importancia, archivo del asunto en el caso de cumplimiento de determinadas condiciones, abstención de la persecución de hechos punibles accesorios no esenciales, etc.), y ello a pesar de que su actuación está sujeta al principio de legalidad, ya que con la reforma de 9 de diciembre de 1974, “Gran reforma del proceso penal”, el Ministerio Fiscal ostenta el monopolio de la acción penal, sin que sea posible el ejercicio de la acusación particular ni la acción popular, aunque la víctima podrá adherirse a la acción formulada por el MF. Ello produce una gran descongestión judicial, al eliminar, en gran medida, infracciones menores o faltas que, por ejemplo, en España, suelen terminar con una suspensión de la ejecución de las penas impuestas. En este país, el MF goza de tales potestades y funciones con base en una absoluta confianza jurídico-política en la institución, a pesar de que depende del Poder ejecutivo y está estructurado bajo los principios de unidad y jerarquía, como ocurre en España.

En Italia, en principio, y para **evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad**, se instauró el de-

nominado “*pateggiamento*”, recogido en el actual Art. 444 del CPPI (Codice de Procedura Penale) del 22 de septiembre de 1988, introducido por Ley de 24/11/1981, mediante el cual, si el imputado no reincidente lo solicitaba, el juez, previo acuerdo del Ministerio Fiscal podía aplicar alguna pena sustitutiva (semi-prisión, multa) a la de privación de libertad, extendiéndose con la nueva regulación a aquellos supuestos de criminalidad medio-graves, siendo aplicable por tanto, a la mayor parte de los procedimientos penales.

Por los mismos motivos, en ciertos Estados de EEUU, existe el denominado “*plea-bargaining*”, que se utiliza para evitar que jóvenes delincuentes se conviertan, tras su estancia en prisión, en más peligrosos, por lo que el MF, tras recabar los oportunos dictámenes, puede llegar a solicitar el sobreseimiento, si bien de manera generalizada en aquel país, supone un proceso de negociación que conlleva discusiones entre la acusación y la defensa en orden a obtener un acuerdo por el cual el acusado se declarará culpable, evitando así la celebración del juicio, a cambio de una reducción en los cargos o de una recomendación por parte del propio MF.

La doctrina Española no ha coincidido inicialmente en la introducción del principio de oportunidad en su ordenamiento, por la presencia de una opinión tradicionalmente defensora a toda costa del sometimiento al principio de legalidad, derivada básicamente del tenor de los preceptos aplicables a su ordenamiento procesal penal (Gómez Orbaneja, Aguilera de Paz, Serra Domínguez), pero desde hace ya bastantes años y en coincidencia con la tendencia europea antes indicada, han empezado a surgir partidarios de la instauración de dicho principio (Gimeno SENDRA, GONZÁLEZ CUELLAR, Conde PUMPIDO FERREIRO).

Se ha señalado la dificultad que constitucional y procesalmente supone la introducción de la oportunidad en nuestro sistema procesal penal, a pesar de reconocer la necesidad de adoptar me-

didadas para conseguir una descarga de la administración de justicia y de la posibilidad de articular mecanismos próximos a la oportunidad para la llamada criminalidad *bagatelaria*, es decir, para los hechos cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se entiende de menor relevancia.

Algunas propuestas previas:

En nuestros primeros apuntes o aproximaciones criminológicas, (Temas de Criminología)⁶, denunciábamos el abuso institucionalizado con la prisión preventiva que se había convertido en una forma de condena anticipada, acudiendo a argumentos de peligrosidad, aumento de criminalidad, de temibilidad del delincuente, etc., con lo cual la garantía de la libertad personal se vulnera con facilidad mediante la facultad arbitraria de detención. Habíamos afirmado también que desde la óptica de los derechos humanos un proceso penal prolongado, que en los países de la periferia, implica también una prolongada privación de la libertad sin condena en firme, representa una vulneración al estado de inocencia, al principio de la legalidad de la condena que tiene como antecedente la legalidad de la prueba dentro del debido proceso.

En las denominadas ***consideraciones finales***, habíamos expresado la necesidad de discutir una política alternativa, al sistema penal, incluyendo las propuestas de un derecho penal mínimo o de última ratio, siguiendo los planteamientos del Prof. Luigi FERRAJOLI, mismas que compendiamos así:

a.- Una reducción del radio de acción del sistema penal. b.- La limitación al máximo de la utilización de las medidas restrictivas del derecho a la libertad. c.- La tutela efectiva idónea de las

⁶ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Temas de Criminología*, Offset Graba, 1986, pp. 87-108.

garantías individuales frente a la violación sistemática que se objetiva con el irrespeto a los derechos humanos. d.- La democratización y humanización del sistema penal.

Hemos abogado por la despenalización, la descriminalización, y la desjudicialización, suprimiendo la tutela penal del delito de giro de cheque sin provisión de fondos. En otros delitos, la posibilidad extrapenal de la compensación, la remisión del ofendido, el pago de perjuicios, para extinguir la pretensión punitiva, cuando se trata de tipos de delitos contra la propiedad generados por fraude, ardid o abuso de confianza. Insistimos en la utilización excepcional de la privación de la libertad como un recurso extremo o de *ultima ratio*, o de *extrema ratio*, vale decir en casos de extrema necesidad y tomando en consideración la gravedad del bien jurídico afectado. Como lo que parecía una novedad sugerimos que se establezcan plazos para la duración de la prisión preventiva, plazos que debían ser improrrogables⁷.

Posteriormente en otra de nuestras publicaciones⁸ nos referimos al *Proyecto Alternativo* del Prof. Claus ROXIN⁹ presentado en Alemania para el año 1973, así como a la *Política Criminal Alternativa* como propuesta del Prof. don Alessandro BARATTA¹⁰. Con respecto a la *caducidad de la prisión preventiva* nos pronunciamos en otra publicación¹¹ al igual que a lo que llamamos *límites a la prisión preventiva*, así como a la *eximición de prisión por comparecencia*, a la *apelación de la prisión preventiva*, y a la *sustitución de la prisión preventiva*. Sin duda la sustitución debe ser negada en casos límite por la gravedad del delito, lo que conlleva el riesgo cierto o

⁷ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Temas de Criminología*, pp. 104-105.

⁸ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Temas de Derecho Penal y Criminología*, Offset Graba, 1988, p. 30 y siguientes.

⁹ ROXIN, Claus, *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*. "El desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo". Temis, 1982, pp. 5-26.

¹⁰ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XII, 1986, p. 209.

¹¹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, Offset Graba, 1996, pp. 79-109.

inminente de fuga, la calidad de los imputados, antecedentes de fuga, el ocultamiento de domicilio, crimen organizado, etc.

En el año 2005 hicimos otros señalamientos con referencia al *principio de oportunidad*, expresando que debía consolidarse la *disponibilidad de la acción penal en manos del Ministerio Público*¹². Hoy ya es una realidad el *principio de oportunidad* y de *mínima intervención penal* en sede de la Fiscalía ecuatoriana, una utilización racional de tal principio debe permitir encontrar salidas alternativas al sistema penal, y un mejoramiento de la eficiencia operativa de la Fiscalía. El *principio de oportunidad* se consolida con las reformas al Código de Procedimiento Penal del 24 de marzo del 2009 publicadas en RO-S 555, pero se encuentra limitado por un máximo de pena (hasta cinco años), que no comprometa gravemente el interés público y no implique vulneración a los intereses del Estado. No es renunciable el ejercicio de la acción penal, cuando se trata de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio.

Frente al incremento de la delincuencia organizada incluso la transnacional, el *principio de oportunidad* puede ser una buena herramienta de lucha contra la delincuencia organizada desde un moderno planteamiento de la política criminal. Este es un espacio por desarrollar en nuestro país.

¹² ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2005, pp. 31-32.

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Al transcurrir un año de las reformas del 24 de marzo del 2009, se producen nuevas reformas que pretenden responder a los cuestionamientos que desde diferentes sectores se hicieron a las reformas precedentes y que nosotros comentáramos de manera breve.

Para algunos, entre los que me incluyo, las reformas del 24 de marzo del 2009 apuntaban a consolidar una mejor operatividad del sistema acusatorio oral, conforme lo habíamos expuesto en una de nuestras publicaciones, *Proceso penal y garantías constitucionales*¹³.

Para algunos profesores sigue siendo difícil prescindir del *principio de legalidad* propio del sistema inquisitivo para aceptar la necesidad de la aplicación del *principio de oportunidad* que cobró vigencia con las reformas del 24 de marzo del 2009, pues como nos recuerda el Profesor y maestro universitario de reconocidos quilates académicos, Rodrigo BUCHELI MERA en una publicación reciente: “Al iniciarse en América Latina el sistema acusatorio, no se podía prescindir de uno de los aspectos de mayor significado, no sólo metodológico, sino propio del derecho público: el principio de legalidad; esto es, la necesidad que ha formado parte del sistema inquisitivo desde sus orígenes -que se explica como dogma penal-, propio de la naturaleza del orden jurídico, que se desprende del poder punitivo del Estado”¹⁴.

¹³ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*, Biblioteca de autores de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2005, p. 157-193.

¹⁴ BUCHELI MERA, Rodrigo, *Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio*, JUSTICIA CRÍTICA, Editorial Universitaria, Quito, p. 198. Dice el distinguido profesor ecuatoriano en párrafos siguientes: “(...)la observación absoluta de la legalidad se explica, porque es el juez quien conduce dentro del ejercicio del poder punitivo del Estado la investigación, dentro de la responsabilidad en este sentido, en las distintas partes decisivas de la causa. El destino del proceso penal, el criterio e iniciativas judiciales, necesariamente se identifican con la aplicación de la norma en sentido literal, en función de la seguridad jurídica y

Nos parece que la aplicación irrestricta del *principio de legalidad* es propia de un sistema procesal penal como el *inquisitivo*, en el que el juez penal ejerce un poder omnímodo que puede convertirse en un ejercicio sin límites, si no existiese esa suerte de barrera de contención para evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo. Esa es la razón de ser del principio de legalidad en el sistema inquisitivo. En el modelo acusatorio el fiscal actúa como titular de la acción penal y de la investigación, y el juez penal como juez de garantías constitucionales y procesales.

Para quienes siguen alimentando la idea de un retorno al *modelo inquisitivo* habría que eliminar a la fiscalía, pues el juez penal recibe la denuncia o actúa de oficio, inicia el proceso penal, dispone las medidas cautelares o de aseguramiento personales y reales de muto propio, recibe la prueba a petición de parte o la dispone de oficio en la fase de investigación y prueba, y puede disponer un llamamiento a juicio con o sin dictamen del fiscal, pudiendo hacerlo incluso con un dictamen de abstención. Recordemos que las actuaciones del juez penal en el *modelo inquisitivo* como recibir declaraciones, documentos, y disponer actos procesales relacionados con la acreditación de la materialidad del delito tienen el valor de pruebas testimoniales, documentales y materiales, las mismas que se incorporan a la audiencia del juicio mediante simple lectura. Tal procedimiento es abiertamente inconstitucional y está muy lejos de aplicar los principios fundamentales del *sistema acusatorio oral*, caracterizado por la oralidad y la publicidad, la contradicción de las pruebas, la continuidad o concentración, y la inmediación de las pruebas con el juez de la sentencia. Volver al *sistema inquisitivo* significaría un gran retroceso.

Falta sin duda mejorar la operatividad de la fiscalía, y un *uso racional del principio de oportunidad*, como nos recuerda bien Rodrigo

garantía social. Es el órgano jurisdiccional precisamente a quien corresponde, puesto que interpreta y aplica la voluntad del Estado a través el contenido de la norma”.

BUCHELI, “El fiscal, en el sistema acusatorio, obliga a adoptar una capacidad decisoria, que puede ejercerla él, realizando a través del principio de oportunidad; desde cuando conoce la causa y durante toda la realización incriminatoria, es indispensable que se ponga en juego el principio de oportunidad; aunque en las primeras épocas se ve limitado al no formarse la cultura jurídica suficiente que le permita al fiscal desenvolverse dentro de nuevos valores en el ejercicio penal; pues no se establecen auténticos sistemas en el que la iniciativa del fiscal se identifique con elementos procesales que para su funcionamiento requieran del principio de oportunidad, adoptar medidas oportunas que en el exacto instante procesal deban ser utilizadas; hay alternativas procesales, necesarias para la conducción de la actividad fiscal, que no pueden realizarse sin orden en los que quepan las actitudes del fiscal en la realización efectiva de representar al Estado en el proceso penal, a fin de que se vuelva viable en esencia, y no formal para la realización de decisiones trascendentales que se deben enfrentar tanto en la investigación como en el juicio”¹⁵.

Antes y ahora, en más de un momento la fiscalía y la judicatura perdieron la brújula y llegaron a confundir sus roles, al punto que de pronto la policía nacional se trató de convertir en tribunal de alzada para juzgar la conducta de fiscales cuando no solicitaban la prisión preventiva en la *audiencia de formulación de cargos* a la que nos vamos a referir, o denunciar a jueces cuando utilizaban la prisión preventiva como recurso de *última o de extrema ratio*, respetando los *principios de oportunidad*, de *mínima intervención penal* y de *proporcionalidad*, acorde con el mandato constitucional. También es verdad que en más de un momento se ha producido un *ejercicio abusivo de poder* al ignorar los predicados de política criminal que hacen necesaria una medida de aseguramiento personal como es la prisión preventiva, tema al que también le dedicaremos espacio en estos comentarios.

¹⁵ BUCHELI MERA, Rodrigo, en op. cit., p. 201.

No obstante hay que recordar que la Policía Nacional es obediente y no deliberante conforme al Art. 159 de la Constitución de la República del 2008. En estos tiempos de insalvables disputas recordamos lo que en su momento expresara el doctor Washington PESANTEZ MUÑOZ en una publicación del diario LA HORA: “La función básica de promover y dirigir la investigación pre procesal y procesal penal, lo realizará el Ministerio Público con apoyo de la Policía Judicial que en todo caso actuará bajo su dirección jurídico - funcional, habiéndose establecido para el procedimiento de preselección de policías judiciales de entre los policías nacionales el sistema de Acreditación, es decir la selección por parte de la Fiscalía General del Estado, del personal idóneo, lo que comprende también la estabilidad, capacitación y retiro de habilitación por causas justificadas debidamente, así como la no injerencia jerárquica en la labor investigativa”¹⁶.

Tan importante como lo expresado precedentemente, es lo que afirma PESANTEZ MUÑOZ, con respecto a la independencia, autonomía y respeto de los diferentes operadores de la justicia penal: “Según el Art. 199 (se refería a la Constitución del 10 de agosto de 1998), los órganos de la función judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones.

Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos. Los Magistrados y Jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aún frente a los demás órganos de la Función Judicial.

Este mismo principio es aplicable al Ministerio Público, independencia en lo externo frente a otras ramas del poder público y en lo interno, autonomía funcional para que los fiscales ceñidos a la

¹⁶ PESANTEZ MUÑOZ, Washington, en documento, *Fundamentos Político-Jurídicos de nuevo Código de Procedimiento Penal*, publicado en la REVISTA JUDICIAL. Puede ser consultada en www.derechoecuador.com

ética y al derecho desenvuelvan la investigación pre procesal y procesal penal”¹⁷.

En lo personal, le tenemos un profundo aprecio académico a Washington PESANTEZ MUÑOZ que se forjó en la fragua del estudio y de la investigación, y que junto a grandes como Edmundo DURÁN DÍAZ y Mariana YEPEZ son el ejemplo histórico de que en Ecuador sí hay juristas dedicados al estudio y a la defensa del Ministerio Público a tiempo completo. Qué mejor si se trata del ministerio público que ellos han ayudado a construir, y que sigue siendo *un joven en proceso de maduración*. En ese proceso de construcción del nuevo Ministerio Público resultaría injusto ignorar la presencia de jóvenes estudiosos como Fernando Yávar Umpierrez o de Antonio Gagliardo Loor, o de Lenin Arroyo Baltrán, que son y han sido algunos de mis alumnos, pero por sobre todo mis permanentes amigos.

Nosotros expresamos disconformidad con algunas propuestas de la reforma del 24 de marzo del 2009, aunque en el balance estamos convencidos de que mayores son los aciertos que los desaciertos, y que en la parte fundamental o de fondo, la operatividad del *modelo acusatorio* debía mejorar ostensiblemente, tal vez no se haya llegado a esa optimización y el cambio de cultura jurídica sigue siendo tarea pendiente. A ratos y en el ejercicio de la actividad como litigante, podemos apreciar las falencias de los fiscales desde la misma *audiencia de formulación de cargos*, o la falta de fundamentación o motivación al pretender la medida de aseguramiento personal como es la prisión preventiva, pretensión que debe ser desestimada por el juez por falta de motivación o fundamentación como expresamente señala la reforma *up supra*.

¹⁷ PESANTEZ MUÑOZ, Washington, op. cit.

PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS A LAS REFORMAS DEL 24 DE MARZO DEL 2009

Pretendemos compendiar los principales cuestionamientos que se han formulado desde la vigencia de las reformas, desde los que provienen de sectores eminentemente políticos y de oposición al ejecutivo, que han sostenido que las reformas no sirven para nada o que han servido para disparar la escalada de la criminalidad de contenido violento, de manera que han pretendido encontrar un *factor criminógeno exógeno* en las reformas, hasta los pronunciamientos de docentes que se han opuesto a las reformas, e incluso las opiniones que han vertido algunos operadores u otros actores en medios de comunicación.

Se ha pretendido ver una fuente de impunidad en el cambio de la acción penal pública por privada, en delitos como los de estafa, apropiación indebida y otros. Nuestra opinión sobre el tema la expusimos en los comentarios que preceden en la primera parte de esta obra, recordando que hace más de veinte años había propuesto inclusive la extinción de la acción penal en delitos contra la propiedad que no fuesen de contenido violento cuando se resarcía a la víctima¹⁸. La reforma en esta parte fue rigurosa, aunque la disposición transitoria de las reformas del 24 de marzo del 2009, decía que “Los procesos que actualmente se encuentran en trámite continuarán sustanciándose conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal vigente al tiempo de su inicio y hasta su conclusión”.

En principio muchos jueces continuarán aplicando el procedimiento de acción penal pública en aquellos procesos en trámite, pero posteriormente algunos optaron por declarar el archivo de los procesos, por cuanto había desaparecido la acción penal

¹⁸ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, en *Temas de Derecho Penal y Criminología*, Offset Graba, 1988.

pública en determinados casos que podían tramitarse como delitos de acción penal privada, pues en realidad se había extinguido la acción penal pública para cierto tipo de delitos. Esta decisión seguramente generó inconformidad en las víctimas de estos delitos, que debían contratar un abogado para reclamar en acción penal privada.

Otro tema delicado resultaba ser el de la prescripción que operaría a los seis meses de no haberse presentado la querella, misma que habría ya operado en más de una ocasión. No faltaron quienes interpretaron que la prescripción debía contarse a partir del 24 de marzo en que se producen las reformas y no antes.

El hecho cierto es que había desaparecido la acción penal pública en cierto tipo de delitos, y el principio de la ultra actividad de la ley debe aplicarse cuando se trata de efectos a favor del imputado o del reo, pero JAMÁS en su contra. Agreguemos a lo expresado que el Art. 2 del Código de Procedimiento Penal dice en el último párrafo: “En general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas de procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad, o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores”. No nos queda duda de que el procedimiento de acción penal privada favorece a los infractores (tanto por la prescripción, como por la inaplicabilidad de la prisión preventiva) y debía aplicarse de manera preeminente.

Hay temas no tocados ni resueltos como el de la vigencia o no de la consulta en materia de drogas, que aunque no se han resuelto en la ley tienen un sólido precedente jurisprudencial, o las limitaciones de la competencia del juez para resolver más allá de la acusación fiscal que tiene que ver con el respeto al principio de congruencia, a los que nos vamos a referir.

Hay quienes preguntan si se quiso legislar de modo “pro delictivo” con las reformas del 4 de marzo del 2009? Si aumentar las garantías implica necesariamente generar impunidad? Si las reformas legales inciden en el aumento de la delincuencia?, y finalmente, cuál fue la finalidad de dichas reformas?¹⁹.

Seguramente hay más de una respuesta válida, no aceptando de nuestra parte la insinuación de que se quiso legislar de modo “pro delictivo”. La idea de descongestionar el trabajo de los fiscales es valedera en función de que la labor o facultad de la fiscalía se quede reservada para los casos más graves, PERO, esto implica implementar una cultura jurídica de soluciones alternativas a los conflictos que aún no empiezan, de suerte que la víctima no quede en situación de indefensión.

El joven profesor DE LA GASCA, expresa que: “Nuestro sistema penal ya no aguenta más reformas y contrarreformas. Ya el tejido no resiste más remiendos. Es hora pues, de volcar nuestros esfuerzos hacia una nueva herramienta de control social, que respete los principios liberales del Derecho Penal y que, en tal sentido, sea utilizado sólo cuando ya las demás formas de control social sean insuficientes y no, cuando los políticos de turno se preparan para ir a las urnas”²⁰.

El monto de la lesión patrimonial es discutible, para que la conducta se adecúe en una hipótesis de delito y no en la de una contravención.

Pero en el fondo esto significa volver a las propuestas de un derecho penal eminentemente represivo o derecho penal simbólico. Inserto aquí, el compromiso de José DE LA GASCA de que nos

¹⁹ DE LA GASCA, L. José, Profesor a dedicación exclusiva- Área Penal. Universidad Católica de Guayaquil, en Boletín Informativo No. 72 de la Facultad. En artículo CONTRARREFORMAS. Enero 2010.

²⁰ DE LA GASCA, L. José, en boletín citado.

diga por lo menos, cuáles son SUS PROPUESTAS para mejorar la eficiencia operativa del sistema penal: a.- Tal vez las propuestas de derecho penal mínimo del Prof. Luigi Ferrajoli, o la contracción al máximo del derecho penal de Juan Bustos Ramírez, o las propuestas de un sistema penal crítico de Alessandro Baratta, o las propuestas de un derecho Penal Liberal y garantista, llevadas a la excelencia por el querido amigo, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Eugenio Raúl Zaffaroni; o, b.- Tal vez el proyecto de Código Orgánico de Garantías Penales que impulsa el Ministerio de Justicia y que pretende fundir en un cuerpo legal el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, y el Código de Ejecución de Penas.

Uno de los más severos cuestionadores a algunas de las reformas del 24 de marzo del 2009 y a la propia Constitución del 2008 en lo relacionado con las medidas cautelares como la prisión preventiva como recurso excepcional y no de primera mano, es el Fiscal General Alterno o subrogante, doctor Alfredo ALVEAR ENRÍQUEZ, (funcionario de mucha experiencia en el Ministerio Público ecuatoriano), mismo que ha reclamado continuamente cuando los jueces de garantías penales se han opuesto a las medidas cautelares personales solicitadas por la Fiscalía General, o cuando los jueces han dictado autos resolutorios de sobresiimiento o sentencias absolutorias. Un último acontecimiento llama la atención, y es la posición del señor Fiscal General Alterno que al hacer la *formulación de cargos* en un proceso penal en la penúltima semana de marzo del 2010, en el que se afirma que habría un perjuicio al Estado ecuatoriano por alrededor de CINCO MIL MILLONES DE DÓLARES, para cuya lesión patrimonial se habrían coludido funcionarios del más alto nivel en diferentes gobiernos, afirmó de manera pública que se abstendría de solicitar la prisión preventiva, porque la garantía del Art. 77 de la Constitución era de tal magnitud que prácticamente impedía la medida cautelar.

Es bueno que para el respeto a la seguridad jurídica y al principio constitucional que garantiza el derecho a la inocencia, los fiscales ecuatorianos de los diferentes niveles, emulen el buen comportamiento del señor Fiscal General Alterno o subrogante, que constituye un buen ejemplo del pleno respeto a un *Estado constitucional de derechos y justicia* como se proclama el Ecuador en el Art. 1 de la Constitución del 2008.

LA INFORMACIÓN PERIODÍSTICA CON RESPECTO A LAS REFORMAS DEL 24 DE MARZO DEL 2009

La noticia de primera plana de DIARIO EL UNIVERSO de Guayaquil, del domingo 21 de marzo del 2010 (año 89, No. 187), dice: **por cada mil denuncias la justicia dicta cinco sentencias.**

En el recuadro siguiente leemos:

En el 2009 hubo 138.814 denuncias, 8.407 instrucciones fiscales, 1.244 dictámenes acusatorios y 645 sentencias.

En las páginas 10 y 11, consta El Informe, ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, del que tomamos las siguientes afirmaciones:

Se cambió la ley, pero no las estructuras, ni hubo mejoras en la logística, dicen policías, fiscales y jueces

“Este 24 de marzo se cumple un año de la vigencia de las reformas a los códigos Penal y de Procedimiento Penal, pero los problemas en la administración de justicia siguen en el país, según la ciudadanía, que critica la lentitud.

Anochecer (18:55) del lunes 15 de marzo del 2010. En la única sala de audiencias del quinto piso de la Corte de Justicia de Gua-

yaquil los magistrados Miguel Félix López, Carlos Hoyos Andrade y Rafael Torres Tomalá, de la III Sala de lo Penal, terminan la cuarta diligencia de apelación a llamamiento a juicio esa tarde.

Pequeñas grabadoras digitales, que ellos han comprado con sus recursos, son los instrumentos para practicar la oralidad en las audiencias (escuchar las versiones de las partes), que se exige en las etapas del juicio y que fue incluida en las reformas a los códigos Penal y de Procedimiento Penal, que se publicaron en el Registro Oficial el 24 de marzo del 2009.

En el marco legal se implementó, para agilizar los procesos, que las resoluciones se emitan al final de la audiencia y tres días después por escrito, según la reforma penal referente a la oralidad. Pero en el caso analizado no hubo conclusión porque, pese a la explicación del abogado que apeló, “se necesitaba estudiar el caso”, refirió un ministro de esa Sala.

No es la única audiencia inconclusa y se suma a las que a diario terminan sin resolución o incluso ni se dan. En el 2009, según la Fiscalía General, en el país se dieron 138.814 denuncias; 8.407 instrucciones fiscales, 1.244 dictámenes acusatorios y 645 sentencias.

Esa realidad se corrobora con un estudio del Ministerio de Justicia, realizado semanas atrás, donde se indica que el 90% de audiencias es fallido por la falta de agentes, testigos e investigadores. Pero también se revela una descoordinación entre la Policía y la Fiscalía; y entre juzgados y tribunales de Garantías Penales. Aunque este último organismo aclara que en ocasiones la Fiscalía no cumple con el envío de las pruebas, que es responsabilidad de la Policía.

Esa es sólo una de las críticas a las reformas que, a un año de aprobadas, aún no mejoran la aplicación de justicia, por fallas de

coordinación entre policías, fiscales y jueces, falencias en la redacción de partes policiales y demora en procesos o notificaciones, según los mismos operadores de justicia.

Esos problemas de raíz traban los procesos, pues de acuerdo a las reformas, la investigación es responsabilidad del fiscal y policía. “El juez resolverá con base de argumentos y elementos de convicción (pruebas) aportados. El juez carecerá de iniciativa procesal”; es decir, deberá resolver sobre el dictamen fiscal, “si él no acusa, no hay juicio”, dice María Leonor Jiménez, presidenta de la Corte de Guayaquil, que el 2009 recibió 40.138 juicios penales, 35.727 de inquilinato, 24.791 civiles, 19.342 de menores, 7.939 laborales, 2.053 de tránsito y 385 constitucionales.

La cuestión es que las reformas penales fueron más negativas que positivas, considera el analista Roberto Gómez Mera, director del Instituto de Criminología y Ciencias Penales Jorge Zavala Baquerizo. “Si bien es cierto algunas son positivas en el gran balance son negativas y no han conseguido lo que se esperaba: combatir la delincuencia, más bien se ha incrementado”.

“Cuando se hizo el cambio de hurto, de violación de domicilios, de lesiones, de cambio de acción pública a privada entonces obviamente se favorece al reo. Veo que el Gobierno al año está implementando reformas lo cual demuestra la inconsistencia”, dice el analista.

La cuestionada efectividad en administrar justicia apunta también a la concentración del proceso investigativo en la Fiscalía, ente que amparado en la nueva Constitución y en el Código Orgánico de la Función Judicial tiene mayores atribuciones.

“(El Fiscal) es el dueño, por decirlo así, de toda la investigación, el único que puede orientar la investigación. El juez es simplemente un convidado de piedra, un observador, no debería ser así.

El fiscal debe tener la parte principal porque a él le corresponde, pero el juez también puede solicitar la práctica de pruebas”, dice y agrega que ese poder se puede prestar para la corrupción en un fiscal que “ya tiene la mente dañada”.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 195 de la Constitución, entre las funciones de la Fiscalía está por ejemplo, organizar y dirigir un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial. Facultades similares están contempladas en el artículo 282 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Así, la responsabilidad de la investigación está en manos de la Fiscalía. Pero el Ministro Fiscal del Guayas, Antonio Gagliardo, deslinda la responsabilidad de esta institución en la resolución de casos y desmiente que la mayoría de audiencias sean fallidas por la ineficiencia de este ente.

Con estadísticas de Guayas, donde el año pasado se tramitaron 59619 denuncias, de las cuales sólo 5868 pasaron a instrucción fiscal y de ellas 2654 llegaron a juicio, Gagliardo dice que la mayor responsabilidad recae en policías y jueces.

En enero pasado, de las 839 audiencias, sólo 175 se realizaron, pero la mayoría de esas diligencias no se dieron por ausencia del procesado (248), más de 200 por ausencia de capturadores, testigos, de evidencias que deben llevar los agentes policiales, explica Gagliardo.

En otras 70 fallidas por ausencia de fiscales, Gagliardo responsabiliza a los tribunales penales, quienes no consideraron los cambios comunicados, dice.

Al revisar la lentitud en la administración de justicia, Gagliardo refiere que ellos se desesperan para no llegar al año sin sentencia, pero -según él- los recursos de apelación en las cortes hace que cuando el proceso llega a los tribunales para sentencia haya pasado el tiempo en exceso y el reo quede libre.

Aunque el proceso no haya superado el tiempo límite para aplicar la sentencia (seis meses para delitos sancionados con prisión y un año para los sancionados con reclusión, según el artículo 77 de la Constitución) en los tribunales las audiencias se truncan porque al momento de realizarla no se cumple con el principio denominado concentración y contradicción, que implica reunir a todos los actores del caso. Por ejemplo, si el juicio es por asesinato no basta con un informe de autopsia, sino que el médico legista debe ir y explicar las causas de la muerte.

La Fiscalía también aparece como responsable de otras audiencias que no se cumplen. Un informe de un jefe de guías de la Penitenciaría sobre las audiencias del pasado 9 de febrero, indica que de las 32 programadas se hicieron 5. Las causas de la suspensión fueron: falta de testigos, fiscales, policías, pruebas y evidencias o descoordinación.

Gagliardo desmiente que haya incumplimiento de los fiscales, aunque dice que la ausencia policial en los procesos “es un problema”, pero por los constantes traslados a otras provincias.

“Cuando hay notificaciones yo le doy mi cabeza de que los agentes van, pero cuando no hay o son muy tardías no pueden ir. Es falta de comunicación o coordinación entre ellos y nosotros”, reconoce el jefe de la Policía Judicial, Edmundo Mera.

Mera asume parte de la responsabilidad por los pases de agentes a otras provincias. Al respecto refiere que el Comando Policial

trabaja en la domiciliación, un plan para que no sean movidos intempestivamente.

“Mientras no se atiendan esos problemas y por más reformas que haya la justicia no puede ser efectiva”, dice Gómez Mera.

En Santo Domingo de los Tsáchilas, el comandante de Policía, Pablo Santos, afirma que es ‘indudable’ que con las reformas proliferaron los actos delictivos por la liberación de muchos detenidos. Pero reconoce que este año la coordinación con fiscales y jueces ha mejorado.

Más que en el contenido de las reformas, el asambleísta Mauro Andino, (PAIS), encuentra debilidades en el control del Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ), también cuestiona a la Fiscalía. Las reformas han sido positivas, aunque no productivas, dice. En el CNJ no respondieron.

En Manabí, el presidente de la Corte Provincial, Jaime Cárdenas, cree que las reformas sirvieron para agilizar algunos procesos, pero también hay distorsiones a la hora de establecer las medidas cautelares para evitar la prisión preventiva que se dejan al “libre albedrío del juez”.

Para corregir esas falencias la presidenta de la Corte Provincial de Pichincha, Isabel Ulloa, cree que se necesitan más cambios a nivel constitucional y legal. Sin perder de vista el derecho de un procesado a estar presente cuando se lo juzga, ella puntualiza que una reforma debería añadir la obligación del acusado a asistir a las audiencias que fija el tribunal. Eso neutralizaría la impunidad y evitaría la prescripción de delitos penales. Hasta el momento sólo los que son contra la administración pública (peculado, cohecho o colusión) no prescriben.

El pasado jueves se realizaron varias correcciones en la Asamblea. Se estableció la obligación de que los antecedentes del procesado sean parte del expediente judicial; además, se bajó el monto para que un hurto sea considerado una contravención al 50% de un salario mínimo vital, esto es 120 dólares”.

Apuntes breves:

1.- Sólo el desconocimiento de lo que constituyen las salidas alternativas al proceso penal, de lo que significa *abogar* por la *contracción al máximo* del sistema penal, y de una correcta utilización de principios como el de *oportunidad*, de *mínima intervención penal*, y el de *proporcionalidad*, explica que se sostenga que en el gran balance son negativas las reformas del 24 de marzo del 2009.

2.- Sólo un grave e imperdonable desconocimiento del *modelo acusatorio oral* que se encuentra vigente en todo el mundo civilizado del siglo XXI, puede llevar a la insostenible afirmación de que es negativa la concentración de la facultad investigativa en manos de la fiscalía, pues ese es precisamente el gran cambio. El fiscal debe actuar como titular de la investigación con el auxilio de la policía, dirigiendo la investigación la propia fiscalía; y, el juez penal debe actuar como juez de garantías para impedir un ejercicio abusivo de las funciones propias de la Fiscalía.

3.- Otra equívoca sugerencia es que se permita al juez penal solicitar la práctica de prueba, pues tal propuesta es inconstitucional porque viola el respeto al *principio dispositivo*, previsto en el Art. 168 n. 6 de la Constitución del 2008, que dice: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”²¹.

²¹ Igualmente constaba el PRINCIPIO DISPOSITIVO, en la Constitución Política de la República de 1998, en el Art. 194.

Es lamentable que sin debido conocimiento de lo que es el *principio dispositivo* se pretenda *un paso atrás* en uno de los aspectos más significativos de la reforma del 24 de marzo del 2009.

El ejercicio abusivo del derecho con la aplicación de los sustitutivos de la prisión preventiva

Para septiembre del 2009, se hacían más recurrentes las quejas provenientes de sectores ciudadanos y de la propia Fiscalía, por una *mala* utilización de los sustitutivos de la prisión preventiva a que se refiere el Art. 77 n. 11 de la Constitución del 2008, y que con las reformas al Código de Procedimiento Penal se prevén en el Art. 160 reformado como formas modales de las medidas cautelares personales, como la prohibición de abandonar el país, o presentarse cada cierto tiempo ante la autoridad, en lugar de la prisión preventiva, sin respetar el *principio de proporcionalidad*. Yo no voy a abdicar de lo que he sostenido con respecto al principio de *derecho penal mínimo* (o de *mínima intervención penal*) preconizado por el Prof. Luigi Ferrajoli o con respecto al *principio de oportunidad*²².

²² En el año 1986 (hace 23 años) se publicó por parte de Offset Graba en Guayaquil, un libro TEMAS DE CRIMINOLOGÍA del cual soy autor, que contiene un estudio que va desde *La criminología liberal reformista a la criminología crítica*, en el que cuestionaba el abuso con la prisión preventiva, la conveniencia de su caducidad, las salidas alternativas al sistema penal, y reclamaba por la racionalidad de la prisión preventiva (p. 73-108). Al igual que con el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, me unía una gran amistad personal con el Prof. Alessandro Baratta, *padre* de la criminología crítica que vino dos veces al Ecuador, una por gestión directa de mi parte.

En el año 1988 (hace 21 años) se publicó por parte de Offset Graba en Guayaquil, un libro TEMAS DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA de mi autoría en el que hago referencia al *Nuevo derecho penal y criminología crítica* (p. 11), a un *Nuevo derecho penal* (a partir de la p. 29) siguiendo los lineamientos del Prof. Claus Roxin. En lo personal hago una defensa del *derecho penal mínimo* (a partir de la p. 37) pues ya conocía el pensamiento del Prof. Luigi Ferrajoli de la Universidad de Camarino, a quien cito en mi libro. Me refiero a la *Nueva criminología* (a partir de la p. 51), y me refiero al *Abolicionismo* (a partir de la p. 59) reproduciendo la opinión de Ferrajoli de abolir por lo menos la pena de cárcel.

En 1996, Offset Graba de Guayaquil, publica otro libro de mi autoría, TEMAS DE CIENCIAS PENALES, en que me refiero al modelo acusatorio oral, al *principio de oportunidad*, a un uso racional de la prisión preventiva, insisto en la caducidad del auto de prisión preventiva, y la necesidad de su aplicación en función de la gravedad del delito imputado, etc. (p. 79-107). En el *anteproyecto de código penal* de mi autoría, además de su vertiente finalis-

Pero utilizar una medida cautelar distinta a la prisión preventiva para poner en libertad a un sujeto que se encontraba detenido con más de 100 kilos de cocaína, en el momento en que se lo llama a juicio, con el argumento de que con las reformas al CPP, es válido disponer otras medidas cautelares, pues el Art. 159 reformado dice: “*En todas las etapas del proceso las medidas privativas de la libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva(...)*”, y que el Art. 232 del mismo CPP -que se refiere al auto de llamamiento a juicio- dice: “*3. La aplicación de medidas cautelares no dictadas hasta el momento, o la ratificación, revocación, modificación o sustitución de las medidas cautelares dispuestas con antelación*”, CONSTITUYE SIN DUDA UN USO IRRACIONAL DEL DERECHO.

Veamos los siguientes aspectos:

La prisión preventiva -que llega a convertirse en una forma de pena anticipada aunque no sea esa su finalidad-, no debe ser manifiestamente violatoria de cualquier presupuesto de política criminal y de racionalidad, pues es una forma preponderante de coerción penal que produce como principales efectos los desintegradores de la personalidad, como la despersonalización, prisonización, etiquetamiento, etc., que funcionan como operadores de futuras conductas desviadas y como reforzadores de estigmatización cuando se trata de la prisión preventiva²³.

Doctrinariamente encontramos la *necesidad de la utilización de la prisión preventiva* como medida de aseguramiento personal en los siguientes argumentos:

ta, tiene aspectos relacionados con las alternativas a la privación de la libertad que yo venía estudiando y compartiendo. (cfr. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Práctica Penal*, Tomo V, Edino, Guayaquil, 1995, p. 152-248).

²³ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Práctica Procesal Penal*, Edilex S.A., 2009, p. 127 y ss.

Los límites racionales para el encierro preventivo pueden encontrarse en planteamientos como: 1. Su excepcionalidad, de manera que la libertad se siga respetando como principio. 2. Su fundamento únicamente en la probabilidad de autoría y participación o *riesgo de fuga* o de entorpecimiento en la búsqueda de la verdad. 3. Evitar que la prisión preventiva produzca un mayor daño que la amenaza de la pena por respeto al *principio de proporcionalidad*. 4. La subsidiariedad, vale decir que se evite en lo posible el encarcelamiento. 5. Su limitación temporal, de manera que enervados los indicios que permitieron fundar una presunción de responsabilidad se disponga de inmediato su revisión y la cancelación de la medida de aseguramiento preventivo.

Otras razones para negar la petición de prisión preventiva

a.- Si la medida cautelar o de aseguramiento HA SIDO SOLICITADA, sin que hubiesen indicios que legitimen tal medida de aseguramiento personal (Art. 167.1 del CPP reformado el 24 de marzo del 2009). **b.-** Como se ha manifestado precedentemente el encarcelamiento preventivo significa una limitación a una garantía constitucional como es el derecho a la libertad, a la que se debe recurrir en condiciones de excepción y tanto en cuanto fuese necesaria, como cuando se presenta el peligro de fuga o de entorpecimiento en la averiguación de la verdad. Aun en estos casos se pretende evitar que la medida de coerción procesal sea más gravosa para el imputado que la propia pena amenazada o la que se espera en caso de condena, respetando así lo que se conoce como el principio de proporcionalidad.

Otra propuesta alternativa es la de recurrir a otros medios menos severos que al mismo tiempo que permitan resguardar eficientemente los fines del procedimiento, eviten el encarcelamiento, cumpliendo así con el principio de subsidiariedad.

Casos en que no procede sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar

En un caso como el comentado de un sujeto con más de 100 kilos de cocaína, la puesta en libertad para permitirle que vaya regularmente al juzgado a firmar un registro, y a limitar su salida del país constituye un riesgo cierto y razonable de *fuga*, cuyo responsable es el juez de garantías penales. Los jueces de garantías penales deben hacer un *uso racional del derecho*, traducido en la facultad de utilizar una medida menos gravosa como es la prisión preventiva, PERO JAMÁS EN DELITOS GRAVES como tráfico de drogas, violación, asesinato, tráfico de migrantes, pornografía infantil, prostitución de niños y adolescentes, delitos contra la propiedad (robos, secuestro *express*) agravados, sicariato –para mencionar los más graves– pues el Art. 159 dice en la totalidad de su párrafo segundo: “*En todas las etapas del proceso las medidas privativas de la libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia*” (vale decir, para evitar que se fugue).

Agreguemos a lo expresado que en la Constitución de Montecristi del 2008, se señalan dos razones (que son de política criminal), para disponer la medida de aseguramiento personal, en el Art. 77 n. 1 que dice: “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva (...)”

Los fundamentos de política criminal que señala la Constitución del 2008 para legitimar la necesidad de la prisión preventiva, vale decir su utilización de *última* o de *extrema ratio*, son: 1. Garantizar la comparecencia en el proceso, misma que estaría garantizada si ya está privado de la libertad en un caso grave. 2. Asegurar el cumplimiento de la pena, misma que estaría asegurada si sigue detenido.

El Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, reformado el 24 de marzo del 2009, incorpora dos requisitos como presupuestos de procedencia para legitimar la utilización de la prisión preventiva como recurso de *última* o de *extrema ratio*, que tienen su cimiento en los fundamentos de política criminal mencionados en el Art. 77 n. 1 de la Constitución, pues dice la norma procesal penal: “4. *Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; y, 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio*”.

Si el juez asume el riesgo de que no comparezca al proceso (por ej. En caso de narcotraficantes, violadores, asesinos, sicarios, etc.), *beneficiando al detenido con un sustitutivo* en virtud del Art. 232 n. 3, que significa ponerlo en libertad, el juez tiene que responder si no comparece a la audiencia del juicio el presunto delincuente. Si ya está llamado a juicio lo más lógico y racional es que se oculte o se dé a la fuga, si consigue que se lo ponga en libertad.

En un caso como el que se analiza hay un ejercicio doloso y abusivo del cargo por parte del juez de garantías penales, en perjuicio de la causa pública, incumpliendo el juez con la obligación de prestar el auxilio que la causa pública demanda y que es inherente al ejercicio del cargo. No se trata de echarle la culpa al Código de Procedimiento Penal, a la Constitución del 2008, o a las reformas al CPP del 24 de marzo del 2009, pues como dice un destacado

jurista argentino Julio Bernardo José Maier, autor del *Anteproyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*²⁴, el mejor código del mundo fracasa si no tiene buenos operadores, que significa buenos policías (el primer filtro de selectividad del sistema penal), buenos fiscales y buenos jueces.

En guarda del respeto a un *derecho penal mínimo* y a un concepto justo de lo que debe ser la *mínima intervención penal*, dejamos constancia de que el *derecho penal mínimo* o el *principio de oportunidad* o un *uso racional del derecho* cuando se trata de utilizar la prisión preventiva como último recurso (Art. 77 n. 11 de la Constitución del 2008), se degenera cuando un mal juez pone en libertad a un traficante de drogas o a un violador o asesino, etc., a pretexto de las garantías constitucionales y procesales. El *derecho penal mínimo* busca la utilización de la cárcel como recurso *extremo*, vale decir en los casos más graves.

Lo que es para el primer mundo -incluyendo España- el flagelo del terrorismo, es para nosotros el tráfico de drogas, ambas expresiones de la delincuencia organizada transnacional o transfronteriza. Cuando defendemos un derecho penal de *última* o de *extrema ratio* no estamos legitimando la impunidad, antes y por el contrario lo que pretendemos es llegar a la *contracción al máximo del derecho* penal, para que el sistema penal funcione realmente sancionando los delitos más graves, de la manera más pronta, y con la intensidad que reclama una sociedad azotada por la delincuencia de mayor costo social, y de mayor contenido violento.

El *sistema penal* debe reaccionar no frente a los *delitos de bagatela* o de menor cuantía, sino frente a los casos más graves. Ese si es un *uso racional del derecho*, y allí no caben por razones de política criminal aplicar criterios de excarcelación a pretexto de defender

²⁴ Se puede revisar el documento en nuestra página web, en www.alfonsozambrano.com en el link DOCTRINA PENAL.

un sistema de garantías constitucionales. Es cierto que existe el *principio pro libertatis* pero frente a éste existe el *principio pro ciudadano* o *pro homine* (Art. 427 de la Constitución vigente). Si existe un conflicto de intereses o principios, se debe acudir a un buen uso de la *ponderación* del Prof. Robert Alexy de la Universidad de Kiel, que tiene su fundamento en el *principio de la proporcionalidad*, pues si en un proceso penal un juez de garantías debe o no aplicar los sustitutivos de la prisión preventiva, debe ponderar el *principio que garantiza el derecho a la libertad* frente al *principio pro homine*, que exige un actuar frente a la criminalidad de mayor costo social. Si esto no se cumple, se incurre en un *uso irracional y abusivo del derecho*.

Recordemos lo dicho por nosotros en otro momento²⁵, el delito de prevaricato, en cualquiera de las modalidades típicas previstas en el Art. 277 del Código Penal, es estructuralmente doloso. En el numeral 1 se reputan como prevaricadores, “Los jueces de derecho o árbitros *juris* que, por interés personal, por afecto desafecto a alguna persona o corporación o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallaren contra ley expresa o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece”.

En el numeral 3 se reputan prevaricadores a “Los jueces y árbitros que en la sustanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan”. Y, en el numeral 4 se prevé como hipótesis típica de prevaricato, el caso de “Los empleados públicos de cualquier clase que ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto desafecto a alguna persona o corporación, nieguen, rehúsen o retarden la administración de justicia, o la protección u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que estén obligados a ello; o que, requeridos o advertidos en forma

²⁵ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Práctica Procesal Penal*, op. cit., pp. 53 y ss.

legal, por alguna autoridad legítima o legítimo interesado, rehúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependan de sus facultades para la administración de justicia, o cualquiera necesidad del servicio público”.

Este tipo de delito al que se denomina doctrinariamente como *PREVARICACIÓN JUDICIAL*, se refiere a comportamientos ilícitos del Juez o Magistrado respecto a determinadas funciones que le son propias. *Sujeto activo* sólo puede ser el Juez unipersonal o los Jueces pluripersonales como los que conforman un Tribunal, “siempre que pueda imputarse a cada uno de sus miembros a título personal en calidad de autor o coautor, el acto constitutivo de los mismos. Por Juez o Magistrado debe entenderse aquella persona que ejercita la actividad jurisdiccional” (Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Decimoquinta edición, Tiran lo Blanch, Valencia, 2004, p. 921).

En la primera hipótesis de nuestro Código Penal y como elementos del *Tipo Objetivo* se exige una acción, la de dictar una sentencia o resolución injusta, el concepto de injusticia es un elemento *objetivo*. Se demanda la presencia de un *elemento normativo* del tipo que es el fallar en contra de ley expresa o proceder penalmente en contra de una persona conociendo que no lo merece. *La injusticia se constituye por toda interpretación que sea injustificable en el plano teórico*. Se sostiene que el Juez debe estar vinculado a la ley y también al Derecho, está sin duda vinculado a la realidad de los hechos a los que la ley tiene que ser aplicada. *Si un Juez deja de valorar unos hechos o da como probados unos hechos en contra de toda lógica científica puede cometer igualmente prevaricación*.

Como elemento del *Tipo Subjetivo* se requiere un actuar *doloso*, vale decir, con el querer de un resultado típico, lo que es desarrollado doctrinariamente con el concepto de actuar *a sabiendas*; como bien dice el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “la mayoría de

las veces el problema que se plantea en la prevaricación judicial dolosa no es tanto el de la prueba del tipo objetivo (*injusticia de la resolución*), como el de la del elemento *a sabiendas*” (op. cit., p. 923). En el numeral 3 del Art. 277 se destaca *proceder maliciosamente* contra leyes expresas, con lo cual se hace referencia a un comportamiento estructuralmente doloso, pues la malicia es sinónimo del dolo que se compone de un elemento *intelectual* o de *representación* y de un elemento *voluntario* o *intencional* de querer la concreción del tipo, pues el sujeto activo se representa el delito como posible y dirige su actividad para conseguir ese resultado.

El tipo subjetivo de la prevaricación dolosa, no queda desvirtuado por las convicciones particulares, morales o no, altruistas, patrióticas o partidistas del Juez que dicta la resolución objetivamente injusta, sino por la ignorancia o el error jurídico burdo. En el numeral 4 del Art. 277 se amplía el espectro punitivo, para los casos de denegación de justicia y de retardo malicioso, que solo son punibles bajo la forma modal de comisión dolosa. Vale aclarar, que en legislaciones modernas como la española con el Código Penal de 1995, a diferencia del nuestro, se penaliza incluso la prevaricación *imprudente*, cuando el juez por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta (cfr. Art. 447 Código Penal español). Si el juez está consciente de la injusticia aparece la prevaricación dolosa, que en el caso de Ecuador es la única que está tipificada como delito.

En este caso el legítimo interesado es el Ministerio Público a nombre de un conglomerado social. Y agregó, si ese sujeto que estando preso por tráfico de más de 100 kilos de cocaína, recupera la libertad por la decisión abusiva del juez, y no comparece al proceso para la audiencia del juicio, de quién es la responsabilidad? Sin duda del juez de garantías penales que habría adecuado su conducta en la hipótesis típica del prevaricato, en razón del análisis precedente. Para incurrir en delito de prevaricato, es sufi-

ciente el actuar con dolo *eventual*, no se requiere ni *dolo directo* o *dolo de primer grado*, ni un actuar con *dolo indirecto*, o de *consecuencias de necesarias*²⁶.

El dolo eventual

Llamado por *Welzel* condicionado, es el conocer los elementos objetivos del tipo y aceptar -como forma de querer- la realización del tipo que se le presenta al autor como probable o como posible. En criterio de *Jescheck*, el dolo eventual significa que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se **conforma** con ella. Aparecen como elementos de esta clase de dolo, en forma negativa que no se persigue el resultado ni es segura la producción, abandonándose el agente al curso de las cosas. Hay la conciencia de un peligro concreto de realización del tipo y que el sujeto aprecie como elevada la eventualidad de realización. Se da la representación de la seriedad del peligro y finalmente la conformidad con que se realice, porque el autor carga con el resultado representado que le es indiferente, lo que le interesa es obtener el resultado propuesto en unos casos; y en otros, la producción de ese resultado seriamente representado no lo detiene al autor ni hace nada por evitarlo, ni confía en su propia capacidad o conocimientos, asumiendo una actitud indiferente.

Aceptamos la propuesta de que en el dolo eventual, el agente para alcanzar el objetivo perseguido por la acción, decide aceptar la realización del tipo y cargar con el estado de incertidumbre existente en el momento de la acción. En el dolo eventual aparece como querido también lo que el autor toma a su cargo, partiendo del supuesto de la representación incluso como posible (Cfr. *Mezger*, Derecho Penal, pp. 230 y 231). Si falta la represen-

²⁶ Cfr. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Derecho Penal*, 3ra. edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, pp. 85 y ss.

tación del resultado a lo menos como posible no habrá jamás un actuar doloso, no basta que "hubiera debido pensar en ella" porque la falta de previsión o de representación del resultado posible o la falta de previsión de lo que es normalmente previsible, es propio de la culpa sin representación o culpa inconsciente (*infra*), no del dolo eventual.

El mayor problema que se presenta para delimitar el dolo eventual y escindirlo de la culpa consciente o con representación, -en que el autor se representa el resultado como posible o como probable, pero no lo quiere y confía en su no producción asumiendo temerariamente el riesgo- es poder contestar ¿cuándo el autor **quiere** un resultado que se ha representado como posible o probable y consecuentemente obra con dolo eventual?

Se pretenden dar soluciones dogmáticas distintas, de las que podemos mencionar:

a. De acuerdo con la **teoría del asentimiento**, lo representado como posible es querido si el autor ha consentido en su producción, pero se presenta la dificultad de aceptar que se puede consentir en algo no deseado.

b. En la **teoría de la representación**, se resuelve el planteamiento acudiendo a la probabilidad de la realización. Se pueden diferenciar la posibilidad de la probabilidad, en que ésta implica un alto grado de posibilidad, de manera que si se representa como probable el resultado se debe concluir que "quiere" tal concreción. Pero esta teoría nos conduce a otros problemas: 1. Bien pueden llegar a fundirse el dolo eventual con el de consecuencias necesarias si se admite el "alto riesgo de producción". 2. No siempre lo probable es querido, porque cuando un médico opera con la finalidad de salvar una vida puede representarse el riesgo de la muerte como probable sin que por ello pueda válidamente concluirse que quiere la muerte del paciente. 3. Determinar la

probabilidad en base a la representación, está supeditada a las condiciones de quien formula el juicio de probabilidad, pues a todas las personas no nos parece igual la probabilidad de un determinado resultado.

c. La **teoría mixta** que se atribuye a *Mezger* se fundamenta tanto en la teoría positiva del consentimiento (de la voluntad) y de la probabilidad (de la representación) dando soluciones alternativas, de manera que si el autor piensa el resultado posible como dependiente de su voluntad, en tal supuesto sólo puede decirse que lo ha querido si ha consentido en él. Y si el autor piensa el posible resultado como independiente de su voluntad, en tal supuesto lo ha querido en tanto lo considera probable, es decir en tanto cuente con la posibilidad de que el resultado se produzca.

d. De acuerdo con la **teoría llamada positiva del conocimiento** de *Frank*, que es seguida incluso por *Welzel*, se debe suponer la voluntad incondicional del hecho (actuar con dolo eventual), si para la formación de voluntad del autor resultó indiferente que se representara la consecuencia o el resultado como posible o como probable, porque el autor se dijo “sea así o de otro modo, llegue a ser así o de otro modo lo mismo actúo”.

A cuanto se ha dicho debe agregarse que *Armin Kaufmann* juzga que hay dolo eventual, cuando el autor se ha representado como posible la realización del tipo -en este caso la posibilidad de fuga- pero no ha hecho nada por evitarla. (Cfr. *Enrique Bacigalupo*).

Hemos convenido en la necesidad de separar el dolo eventual de la culpa consciente tomando diversos aspectos, de los que resumimos: que el autor en el actuar con dolo eventual no persigue con seguridad un resultado. Ese resultado debe haberse representado sea como posible o como probable, por ende haber conciencia del peligro de que se concrete o realice el tipo. El autor muestra su conformidad y carga con el resultado para el evento

de que se realice o no, porque el fin propuesto es más importante.

Es decir que si para un juez de garantías penales le es indiferente si el sujeto comparece o no a la audiencia de juicio —en un caso como el de drogas- y el sujeto se fuga, la responsabilidad por el resultado la asume el juez que mal utilizó una garantía en un caso de delito grave, en el que lo más racional es presumir que una vez que lo ponga libre no va a comparecer a la audiencia del juicio, por el riesgo cierto de una condena. El *abuso con la garantía* y un *uso abusivo del derecho* son objetivamente constitutivos del delito de prevaricato.

Hay que recordar a los jueces de garantías penales lo que dice el Art. 167 del CPP reformado, con los numerales 4 y 5 de las reformas, como presupuestos de procedencia para dictar o no la prisión preventiva, y agrego de mi propia cosecha, para revocarla o sustituirla:

“4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.

5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio”.

Ergo: si en un caso de 100 kilos de cocaína, o en otros delitos igualmente graves, no es razonable y prudencial mantener la prisión preventiva, ¿cuándo será razonable?

En mi opinión, bastaría que el sujeto beneficiado con la medida de libertad en el caso por 100 kilos de cocaína o en otros igualmente graves, no hubiese comparecido a los señalamientos, para que se ordene la prisión preventiva del remiso o rebelde, y que se proceda penalmente en contra del juez de garantías penales bajo la imputación de prevaricato. No pretendemos que el juez de

garantías penales incumpla su rol, pero no puede hacer un *uso irracional del derecho*.

Un traficante de drogas que *convence al juez para que lo ponga libre*, sería tonto o ingenuo si se presenta a la audiencia de juicio para ser condenado. Un *uso racional del derecho* implica la no puesta en libertad, para que el sujeto presunto delincuente *se encuentre a disposición de la judicatura para la audiencia de juicio, y luego para el cumplimiento de la pena*, lo cual no va a ocurrir si ya está libre en un caso como el de drogas, de asesinato, de violación, etc. Nosotros afirmamos la *necesidad de mantener la prisión preventiva* en los casos de delitos graves, como el relacionado con el tema de las drogas ilegales y otros. En lo personal podemos ser abolicionistas, o sugerir que la única respuesta racional al tráfico de drogas ilegales es su legalización²⁷; pero otra cosa es nuestra posición frente al crimen organizado y la delincuencia organizada transnacional, -como el tráfico de drogas-, por lo que no estamos de acuerdo con algunos jueces que a pretexto de garantías incurren en un ejercicio abusivo de la función, y en un *uso irracional del derecho*.

La propuesta no es la de eliminar los beneficios de excarcelación, sino la de eliminar un ejercicio abusivo del derecho.

En opinión del Catedrático de Derecho Procesal Penal español, D. Luis Gimeno Sendra -que es además Magistrado del Tribunal Constitucional de España-: “De conformidad con nuestra Constitución, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la doctrina de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación (Tribunal Constitucional y Europeo de Derechos Humanos) puede entenderse por prisión provisional la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración

²⁷ Cfr. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Cárcel y drogas. De la represión a la legalización*. Editorial Edino, Guayaquil, 1994, 161 páginas.

limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de la celebración del juicio oral”²⁸.

El Profesor Gimeno Sendra, -para muchos el más importante procesalista penal español de la hora presente- destaca como notas esenciales de esta medida de excepción: 1. La jurisdiccionalidad porque restringe un *derecho fundamental* como es el derecho a la libertad. De aquí surge la necesidad de que tenga un precedente constitucional que es la jurisdiccionalidad de la medida. 2. Tiene que ser dictada por un *órgano jurisdiccional penal competente* que es un juez penal. 3. Tiene que dictarla el juez penal que señala la Constitución o *predeterminado por la ley*. Esto implica que ese juez que señala la Constitución debe ser un juez *imparcial*. Para el caso de España se exige igual que en Ecuador que sea dictada luego de una *audiencia oral*, en que las partes debatan sus pretensiones.

Como se trata de una medida cautelar que afecta un *derecho fundamental* como es el *derecho a la libertad*, en palabras de Gimeno Sendra, “La incidencia de esta medida sobre el referido derecho fundamental conlleva importantes consecuencias doctrinales y prácticas, como son la aplicación de un lado, de la doctrina constitucional sobre *la proporcionalidad* y el otorgamiento de otro, a este derecho fundamental de una especial protección jurisdiccional”²⁹.

Con respecto al *principio de proporcionalidad* destaca el magistrado español Gimeno Sendra, que puede extraerse de la *legalidad*, recordando que el Art. 8.2º. del CEDH (Comité Europeo de Derechos Humanos), requiere que toda injerencia de la autoridad

²⁸ GIMENO SENDRA, Vicente, *La prisión provisional y derecho a la libertad*, Publicado en Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales. Ediciones de Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1997, p. 141.

²⁹ GIMENO SENDRA, Vicente, op. cit., p. 143.

pública en la esfera privada ha de estar “prevista por la ley”, es decir que el ordenamiento jurídico expresamente la prevea, incluso se refiere a los *tasados motivos* que justifican el sacrificio de ese derecho fundamental. Algunos países en Europa se refieren a un listado de delitos en los que se puede dictar la medida, en tanto que la LECRIM (Ley de Enjuiciamiento Criminal) de España se refiere al *quantum de gravamen* de la imputación (Art. 503.2). Incluso se descarta la utilización de la medida *para evitar la destrucción de la prueba*. Otro aspecto importante es el de la *necesidad* de la medida de aseguramiento, de manera que *objetivamente se justifique* para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman, “debiendo adoptar en cualquier otro caso, la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental.

La aplicación del principio de necesidad a la prisión provisional en un sistema democrático, entraña el cumplimiento de dos exigencias constitucionales, cuales son de un lado, su *excepcionalidad* conforme a la cual, a diferencia del proceso inquisitivo, *en una sociedad democrática la prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general*, sino que ha de adoptarse exclusivamente cuando se cumplan escrupulosamente los fines que la justifiquen (SSTC 41/1982, 32, 34 y 40/1987, 13/1994 y 1289/1995, y, de otro es indispensable también para la adopción de la medida la existencia de una *imputación grave* que haga racionalmente presumir el peligro de fuga.

El cumplimiento del sub principio de *necesidad* exige la justificación objetiva de la prisión provisional, pues, al ocasionar el sacrificio de un derecho tanpreciado como lo es el de la libertad, deviene ineludible la obligación judicial de examinar, no solo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existe alguna otra *alternativa menos gravosa* para el derecho a la libertad, que asegurando el cumplimiento de los

finés de la prisión provisional, ello, no obstante no supongan el sacrificio de aquel derecho fundamental”³⁰.

El ilustre catedrático español Gimeno Sendra, enfatiza en el examen que debe cumplir el juez penal incluso de oficio sobre la necesidad de mantener la vigencia de la prisión provisional, pues dice que como medida cautelar está sometida a la cláusula “*rebus sic stantibus*”, que impone el examen o vigilancia “de oficio” del cumplimiento permanente de los presupuestos materiales que la justifican.

Como consecuencia lógica del principio material de *necesidad* surge la obligación formal del juez “consistente en efectuar una especial *motivación de la resolución limitativa del derecho fundamental a la libertad* en la que ha de plasmar el *juicio de ponderación* entre los contradictorios derechos e intereses en pugna a fin de justificar en el auto la necesidad de la medida y ello, no sólo para que el imputado pueda conocer las razones justificativas de la restricción de su derecho fundamental, sino también, para que pueda ejercitar con eficacia los recursos devolutivos contra aquello, resolución en la que el Tribunal ‘*ad quem*’ podrá comprobar o no la justificación del acto”, como señala el Catedrático Gimeno Sendra³¹.

La situación no está libre de discusiones en España, aunque su Constitución a diferencia de la nuestra no estableció un límite para la *caducidad de la prisión preventiva*, reconoce el derecho de todo ciudadano de no ser privado ilegalmente de la libertad, de tener un tiempo máximo de duración de setenta y dos horas para la detención preventiva (que es con fines de investigación), y en cuanto a la prisión provisional (similar a nuestra prisión preventi-

³⁰ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, op. cit., pp. 145-146.

³¹ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, op. cit., p. 146.

va), la ley -no la Constitución- debe determinar su plazo máximo de duración.

Con esta fórmula se deriva a una ley subalterna la determinación de los plazos de caducidad, que cuando se trata de delitos como los de terrorismo, tienen en verdad un régimen procesal de excepción (*derecho procesal penal del enemigo*), con incomunicación que puede variar en plazos, y hasta de impedimento para consultar a su abogado defensor de confianza, no tener acceso a comunicación mediante telefonía celular o móvil, y ser distraído de sus jueces naturales para ser juzgado por la *Audiencia Nacional*, y en materia de beneficios de excarcelación estos se encuentran limitados cuando se trata de delitos graves como los de terrorismo. En la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, tuvimos la oportunidad de compartir experiencias docentes y académicas, durante los días 22-23-24-25 de septiembre del 2009 con los profesores españoles: Agustín Pérez Cruz y Julio Ferreiro (Universidad de Coruña), Arturo Álvarez (Universidad de Cádiz), y Nicolás Rodríguez (Universidad de Salamanca), quienes hicieron diferentes aproximaciones al sistema procesal penal español, y coincidieron en la *necesidad* de este *tratamiento procesal penal de excepción*, cuando se trata de la delincuencia organizada nacional o transnacional, o con *dimensión transfronteriza*. Este es precisamente el *caso del terrorismo* de la ETA en España.

Reacción de Amnistía Internacional en informe.

España debe poner fin a la práctica de la detención en régimen de incomunicación, que viola los derechos de las personas privadas de su libertad, manifestó Amnistía Internacional en un informe publicado el 15 de septiembre del 2009.

“Es inadmisibles que en la España actual una persona detenida por cualquier razón desaparezca durante días, como tragada por un agujero negro –declaró Nicola Duckworth, directora del Pro-

grama para Europa y Asia Central de Amnistía Internacional—. Esta falta de transparencia puede utilizarse para ocultar violaciones de derechos humanos”.

En el informe *España: Salir de las sombras. Es hora de poner fin a la detención en régimen de incomunicación*, Amnistía Internacional ilustra cómo España mantiene uno de los regímenes de detención más estrictos de Europa, con el que incumple las obligaciones que ha contraído en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España permite mantener a una persona recluida en régimen de incomunicación hasta 5 días en todos los casos y hasta 13 si es sospechosa de delitos de terrorismo. Este período de 13 días se compone de una fase de hasta 5 días de incomunicación bajo custodia policial, que puede prorrogarse otros cinco días de incomunicación en prisión provisional. Además, en cualquier momento de la instrucción el juez puede imponer tres días más de detención en régimen de incomunicación.

“Durante su detención en régimen de incomunicación, la persona no puede hablar con un abogado ni con un médico de su elección —añadió Nicola Duckworth—. Su familia vive con la angustia de no saber lo que le ha ocurrido, y muchas personas detenidas en régimen de incomunicación afirman haber sido sometidas a tortura o malos tratos, aunque raras veces se investigan tales denuncias”.

“La detención en régimen de incomunicación niega a la persona sometida a ella el derecho a un juicio justo. Tal régimen puede constituir en sí mismo trato cruel, inhumano o degradante. No se ajusta a las normas internacionales de derechos humanos”.

Diversas organizaciones internacionales han expresado reiteradamente su preocupación por el riesgo de tortura y otros malos tratos que entraña la detención en régimen de incomunicación. Tal fue lo ocurrido en el caso de Mohamed Mrabet Farsi, detenido por cargos de terrorismo el 10 de enero de 2006 en su casa, cerca de la ciudad de Barcelona. Durante su detención en régimen de incomunicación no pudo llamar a su abogado. Según ha contado a Amnistía Internacional, fue torturado y maltratado, pero tanto el médico que lo examinó como el juez de instrucción hicieron caso omiso de sus quejas.

El gobierno español ha justificado el uso de la detención en régimen de incomunicación aduciendo razones de seguridad nacional y pública.

“La detención en régimen de incomunicación debe relegarse al pasado —señaló Nicola Duckworth—. Ningún otro país de la Unión Europea conserva un régimen de detención con restricciones tan severas de los derechos de la persona detenida”.

Amnistía Internacional ha instado a las autoridades españolas a:

Abolir la legislación que hace posible la detención en régimen de incomunicación.

Permitir a toda persona detenida hablar con un abogado confidencialmente y sin que se hallen presentes agentes de policía.

Permitir a toda persona detenida contar con un abogado de su elección, que esté presente durante su interrogatorio.

Permitir que toda persona detenida sea examinada por un médico de su elección.

Permitir a toda persona detenida comunicar a su familia su detención y el lugar donde se encuentra.

Hacer obligatorio en todos los casos el uso de sistemas de grabación de vídeo y audio en los lugares donde pueda haber deteni-

dos, excepto si con ello se puede violar su derecho a consultar en privado con su abogado o su médico.

Realizar con prontitud investigaciones exhaustivas e imparciales sobre todas las denuncias de tortura y otros malos tratos formuladas por personas detenidas.

Recordemos que el derecho a ser juzgado en un tiempo prudencial o razonable o a ser puesto en libertad, lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de NN.UU. en el Art. 9 n. 3³².

La Constitución española de 27 de diciembre de 1978, que en su Art. 1 proclama a España como Estado social y democrático de derecho, en el Art. 17 expresa que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. En el numeral 2 se consigna que “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. En el

³² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

numeral 3, se prevé: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. Y en el numeral 4, se señala: La ley regulará un procedimiento se ‘habeas corpus’ para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Así mismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Al igual que en el contexto europeo y la aplicación del PIDCP, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, consagra el derecho a ser juzgado en un tiempo razonable o a ser puesto en libertad, en el Art. 7 n. 5³³.

El Ecuador ha suscrito tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana de Derechos

³³ Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

o Pacto de San José de Costa Rica, que han sido citados de manera exhaustiva en cuanto al respeto al derecho a la libertad, mismos que son vinculantes para el Estado ecuatoriano.

Personalmente estamos convencidos de que nuestro sistema de garantías constitucionales y procesales, incluyendo las de excarcelación, responde mejor a un concepto de derecho internacional de los derechos humanos y a una propuesta de derecho penal humanitario. Lamentablemente el mal uso de las propuestas de *derecho penal mínimo* y su predicado de *última* o de *extrema ratio* a pretexto del *carácter restrictivo* de las medidas de aseguramiento personal como es la prisión preventiva; y, la utilización *prioritariamente* de los *sustitutivos de la prisión preventiva* en los casos de delitos graves, que debieran ser no excarcelables, ha degenerado en un *uso perverso, irracional y abusivo del derecho*, a pretexto de la defensa del derecho a la libertad.

El plazo para la caducidad de la prisión preventiva

En el anteproyecto de Código de Procedimiento Penal que se había inicialmente elaborado por la CLD de Quito (año 1997), se había previsto como plazo para la caducidad de la prisión preventiva, el de dos años tratándose de los delitos más graves (penados con reclusión) y de un año para los menos graves (penados con prisión correccional), debiendo revisar el documento para establecer de acuerdo con lo previsto en el Art. 24 n. 8 de la Constitución de 1998, los plazos de seis meses en los delitos menores y de un año en los de mayor penalización. Este plazo se mantiene igualmente en la Constitución del 2008, en el Art. 77 n. 9. Con el establecimiento de un plazo determinado, lo que se

³⁴ La Comisión redactora de la CLD de Quito (Corporación Latinoamericana para el Desarrollo) la conformábamos: Walter Guerrero Vivanco, ex Presidente de la Corte Suprema y profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Central de Quito, Edmundo Durán Díaz, ex Fiscal General y profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, y Alfonso Zambrano Pasquel, profesor de derecho procesal penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

pretendía era dar cumplimiento en forma expresa al plazo razonable y prudencial a que se refiere tanto el Art. 7 n. 5 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, y el Art. 9 n. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de NN.UU. de los cuales es signatario el Ecuador.

La Constitución española no fija un plazo sino que el establecimiento del plazo prudencial y razonable, lo deriva a una ley complementaria. Esto permite que se pueda discutir en qué casos debe ser mayor o menor el plazo en función de la gravedad de los delitos, y encontrar mecanismos para que el plazo prudencial y razonable previsto en el Art. 17 n. 4 de la Constitución española, no sea vulnerado mediante un *ejercicio abusivo del derecho de defensa*. En España se dan casos de duración de la prisión provisional de hasta *cuatro años*, lo cual sin duda no es razonable ni prudencial. El Prof. Gimeno SENDRA nos ilustra expresando, “La integración que la referida norma ordinaria ha efectuado de la constitucional lo es tan solo parcial o por exceso, en el sentido de que hay que estimar vulnerado el derecho al plazo razonable de la prisión provisional *siempre que se infrinjan los plazos* de tres meses, un año o dos y hasta cuatro años establecidos en función de la gravedad del delito (SSTC 127/1984, 286/1985, 85/1995, y 32/1987). Pero, *sin necesidad de rebasar tales plazos, también puede vulnerarse el Art. 17.4 si el proceso penal queda paralizado sin causa de justificación alguna* que la legitime y sin que pueda atribuirse a una conducta obstruccionista, dolosa o negligente de la defensa la dilación indebida o paralización del procedimiento (SSTC 206/1991, 41/1996)”³⁵.

Las mencionadas causas de justificación son similares a las que Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado en su doctrina sobre la integración de los estándares nacida con ocasión

³⁵ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, op. cit., p. 148.

de la interpretación de que la causa sea oída dentro de un plazo razonable del Art. 6.4, del CEDH (SSTHDH, de 27 de junio de 1968, de 10 de noviembre de 1969, de 2 de octubre de 1984, de 25 de octubre de 1989, de 26 de junio de 1991)³⁶. De conformidad con esa doctrina, para determinar si se ha excedido o no el plazo máximo o razonable de la prisión provisional, hay que atender, en general, al examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el juez de instrucción y el comportamiento del recurrente. En particular en lo que se refiere a la prisión provisional, de debe tomar en consideración la *gravedad del delito imputado* (STEDH, “Tomasi” de 27 de agosto de 1992), al *riesgo de fuga y la complejidad* del procedimiento (STEDH “Van del Tang” de 13 de julio de 1995). No puede invocarse como causa de justificación de las dilaciones indebidas, ni la sobrecarga de trabajo de un determinado juzgado de instrucción.

El Tribunal Constitucional español ha tenido ocasión de declarar que una actividad de la defensa obstruccionista, consistente en plantear recursos o incidentes imprudentes dirigidos exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del imputado como consecuencia del cumplimiento de los plazos de la prisión provisional, se manifiesta “contraria a la obligación constitucional (de las partes) de colaboración con jueces y tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la justicia que no puede merecer el amparo de la Constitución” (STC 206/1991)³⁷.

Personalmente creemos que la *gravedad del hecho* nos debe llevar a presumir razonablemente el *peligro de fuga* o de ocultamiento con lo cual no va a comparecer a la audiencia de juzgamiento o de juicio, ante lo cual debe ser racional la utilización de la medida de aseguramiento personal la prisión preventiva para nosotros (provisional para España). El Prof. Gimeno SENDRA opina que “la

³⁶ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, op. cit., p. 148.

³⁷ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, op. cit., p. 149.

*gravedad del hecho nunca debiera ocasionar la adopción automática de la prisión provisional, sino que la norma procesal debiera permitirle al juez eludir la prisión provisional si concurren con el imputado circunstancias especiales de arraigo, tales como empleo estable, número de hijos o personas a su cargo, domicilio conocido, buena fama o reputación social, circunstancias todas ellas que, no obstante la gravedad del hecho, permitan al juez inferir que el imputado no se ocultara a la actividad de la justicia y acudirá a la llamada del juicio oral*³⁸.

La prisión preventiva como medida cautelar procesal o penal

Un jurista y magistrado español de reconocido prestigio y valía, Perfecto Andrés IBÁÑEZ³⁹, señala que la prisión provisional recibe formalmente el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal. Presentada así le correspondería un lugar secundario en el proceso penal como una suerte de instituto de carácter instrumental, que busca asegurar el normal desarrollo del proceso (que se puede paralizar en caso de fuga), y eventualmente garantizar que en un momento posterior cumpla la pena privativa de libertad que pudiese imponérsele.

Perfecto Andrés IBÁÑEZ, nos advierte del ocultamiento de al menos dos aspectos centrales de la institución. “El primero es que en la práctica de la generalidad de los países y aunque varíen las magnitudes estadísticas y la significación porcentual, la prisión provisional ocupa un lugar de primer orden en la economía real

³⁸ Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, op. cit., p. 154.

³⁹ Tuve la oportunidad de conocerlo personalmente, y compartir gratas tertulias académicas, en la sede del ILANUD en San José de Costa Rica, en el año 2003, en el PROGRAMA DE CAPACITACIÓN Y MONITOREO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA PENAL en el Seminario Taller, al que fui convocado como docente, y que promovieron el ILANUD de Naciones Unidas en cooperación con el Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law de Suecia. El Director de ILANUD era don Elías CARRANZA, y el Director del Programa, el Prof. Eugenio Raúl ZAFFARONI.

del sistema penal. Ello quiere decir, cuando menos, dos cosas. Que desborda funcionalmente los límites formalmente asignados en esa primera caracterización -marcados en apariencia por las notas de excepcionalidad, provisionalidad y subsidiariedad- por la normalidad de su uso y puesto que no solo cumple fines procesales, sino que su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata. La respuesta penal a la desviación criminal descansa en una medida significativa sobre la utilización —en general bastante generosa- del instrumento que nos ocupa. En efecto, el tópico, sin duda fundado, de que el proceso tiene una inevitable dimensión penalizadora, ha debido ser revisado, a la luz de los datos de que se dispone, en el sentido sugerido por Nobili: ‘hoy asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación, de manera pronta y ejemplar, dentro del juicio penal (...) Es el proceso que se convierte en pena, por retomar la recordada expresión carneluttiana’. Y en esta transfiguración la prisión provisional desempeña un papel nuclear.

El segundo aspecto -que sin duda tiene que ver con el anteriores que la prisión provisional, además de un instrumento tan esencial como sugiere lo que acaba de decirse, es también un problema. Yo diría que *el problema* por antonomasia del proceso penal. Sobre todo del proceso penal de los países que se han dotado de una disciplina constitucional del mismo, que gira formalmente en torno al principio de presunción de inocencia”⁴⁰.

Característica del procedimiento inquisitivo era la utilización de la tortura que estaba asociada a la prisión provisional, pues se hacía efectiva ésta, con la finalidad de torturar. La visión de Beccaria le

⁴⁰ IBANÉZ, Perfecto Andrés, *El juez y la prisión provisional*, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003, pp. 15-16.

hizo apreciar a la prisión provisional como una modalidad de la pena, de manera que el trato de hoy como forma modal de pena o como verdadera *pena anticipada* ya es de antigua data. Perfecto Andrés IBÁÑEZ, nos recuerda que CARRARA subordinada la prisión provisional a las *necesidades del procedimiento* insistiendo en que *tiene que ser brevísima*, y es tolerable solamente frente a *delitos graves*, que era conveniente suavizarle mediante la libertad bajo fianza. La prolongación o duración respondía a “*necesidades*: 1º, de *justicia* para impedir la fuga del reo; 2º, de *verdad*, para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos; 3º, de *defensa pública* para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno”⁴¹.

Resulta difícil conciliar el respeto al *principio de presunción de inocencia* que tiene el rango de garantía constitucional, con la privación de la libertad de un ciudadano que es inocente. Siendo cierto que la prisión provisional o preventiva no es una pena, dado que el presupuesto de procedencia de esta es la existencia de un proceso penal en el que se haya dictado legalmente una condena.

Después de algún tiempo de tratar de encontrar justificaciones a la prisión preventiva o provisional, empiezo a reconocer que es verdad que tiene un carácter instrumental y simbólico, pues en países periféricos como Ecuador ha venido funcionando como una suerte de pena anticipada, cumpliendo el rol de ser medida cautelar y con una función especial preventiva, dirigida al propio sujeto que está privado de la libertad, admitiendo por nuestra parte que no debe ser, ni es esa su finalidad. Pienso que además cumple una función general preventiva, dirigida a los demás miembros de una comunidad que deben mirar con temor lo que

⁴¹ CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1957, vol. II, n. 897, p. 375.

les puede suceder ante la eventualidad de la comisión de un delito.

Lo anterior nos lleva a pensar que la prisión preventiva llega a producir una asimilación de la categoría del imputado con la del condenado, tanto más si la medida cautelar termina por cumplir funciones específicas de la pena. Esto se da porque al justiciable se le imputa una calidad de peligrosidad para legitimar la prisión con fines de prevención especial. Otro tanto ocurre cuando se dispone la prisión preventiva con la finalidad de evitar la reiteración de otros actos delictivos de gravedad similar al que motiva la prisión. Recordemos que desde la política criminal se pretende legitimar la prisión provisional o preventiva para asegurar el cumplimiento de la pena que a futuro podría imponérsele.

El magistrado Perfecto Andrés IBÁÑEZ nos dice que:” La lectura de los procesalistas que con sensibilidad se han ocupado de la prisión preventiva permite advertir, invariablemente, en ellos el fondo de mala conciencia, el malestar a que antes he aludido⁴², que tiene entre sus afectados antecedentes tan ilustres como los de Carmigniani y Carrara, por citar sólo algunos. Tal sentimiento se hace bien patente en estos años, por ejemplo en Iluminati, cuando reconoce con sinceridad que incluso un intento como el suyo de buscar la compatibilidad de la prisión provisional con la presunción de inocencia haciendo pagar a ésta el menor precio posible, es ‘siempre insatisfactorio frente a una interpretación rigurosa’ de la segunda. Y así mismo en Nobili, cuando con ocasión del tratamiento de la presunción de inocencia, denuncia

⁴² Para evitar cualquier mal entendido, hay que recordar que Massimo PAVARINI en su *Introducción a la criminología* (Siglo XXI, México, 1983), se refería a un famoso jurista sin identificarlo, que tiempo atrás había negado la condición de “buen penalista” a quien el hecho de serlo, no le produjese *mala conciencia*. Agregando Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, “Pues bien, si el derecho y el proceso penal son fértiles en ocasiones para la activación de ese sentimiento, es probable que nunca con tan buenas razones como cuando la actividad del profesional concernido tiene que ver con la justificación teórica y, sobre todo con la práctica de ese inquietante instituto que sigue siendo la prisión provisional”, op. cit., p. 18.

un ‘intento de amplio alcance, dirigido a recuperar en la práctica para la represión penal aquellos espacios que parecerían cerrados por las garantías constitucionales reconocidas’.

Luigi FERRAJOLI⁴³ es el autor que ha llevado hasta sus últimas consecuencias la crítica de la prisión provisional, como resultado de una profundización de la inconsistencia lógica y también técnico-jurídica de los argumentos habitualmente empleados para su justificación y del análisis de la forma en que un *statu quo* procesal consolidado *de facto*, en gran medida, al margen del derecho, se ofrece racionalizado a posteriori a través de un proceso argumental que tiene como sustento una clara petición de principio. El catálogo de distintas *necesidades* sobre cuya base se construye el habitual discurso de la prisión provisional como instrumento -lamentable pero- procesalmente legítimo (al fin, por *imprescindible*), tiene mucho más que ver genéticamente con el degradado modo de ser actual del proceso, con sus diversas desviaciones del modelo constitucional y con las disfunciones derivadas de la deficiente articulación de los recursos orgánicos y materiales, que con cualquier otra cosa.

Una vez claro que el uso directamente defensivo de la prisión provisional en función de prevención de la peligrosidad del reo no puede ser considerado de otro modo que como una ejecución anticipada de la pena, FERRAJOLI, con apoyo de datos bien observables de la experiencia procesal vigente, advierte que el fundamento de la función ‘cautelar final’ de aquella –el *peligro de fuga*– está no tanto en el miedo a la misma –hipotética y lejana en el tiempo– como al que suscita el conocido uso habitual de la prisión preventiva. Mientras que lo que confiere *racionalidad* instrumental a la función más específicamente procesal de la prisión provisional es la exasperante lentitud de los ritmos y tiempos

⁴³ Cfr. Luigi FERRAJOLI, *Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantanero Brandes, Trotta, Madrid, 1995, pp. 549 y ss.

procesales. De aquí una conclusión en la materia: ‘Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse pero no plegarse a placer; y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por *necesidades procesales*, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por *necesidades penales*’. Y así resulta ser en la práctica, donde la prisión preventiva más que un elemento accesorio es uno de los ejes –y en ocasiones, más precisamente, el eje y el momento de máxima eficacia general preventiva- del sistema penal considerado en sus perfiles reales”⁴⁴.

Aunque suene como una quimera, FERRAJOLI propone *un proceso penal sin prisión provisional* convencido de que es un instituto ilegítimo que resulta idóneo para provocar el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales. Por nuestra parte agregamos, que el abuso institucionalizado con la prisión preventiva tratará de ser luego legitimado con una injusta condena.

La discusión transita por darle a la prisión preventiva (o provisional) un fundamento procesal o uno penal-sustantivo (el relacionado con la prevención especial), en tanto que constitucionalmente le asiste al ciudadano el principio de presunción de inocencia. Un criterio a tomar en consideración es “el dato de la gravedad del delito que tendrá que ser valorado como indicador de una seria posibilidad de que el imputado vaya a tratar de sustraerse a la acción de la justicia impidiendo la andadura procesal, en particular la investigación. Y en el mismo sentido habrían de leerse los datos relativos a las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado”⁴⁵.

⁴⁴ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, op. cit., pp. 20-21.

⁴⁵ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, op. cit., p. 24.

En la línea expuesta precedentemente se orienta tanto el Tribunal Constitucional español como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subordinando el uso legítimo de la prisión provisional a que concurra “la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la administración de justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva” (STC 128/1995, dictada en el caso “Sotos-PSV”, y que expresa de forma acabada la posición del Tribunal. Se elimina el criterio legal de “alarma”, virtualmente expulsado del discurso del Tribunal que, como resulta advertible, trata, además, con cautela el criterio, también legal, de la reiteración delictiva).

Para el mismo Tribunal Constitucional español⁴⁶, la valoración del riesgo de manipulación del cuadro probatorio por el imputado, pudiera hacerse, tomando en consideración la gravedad del delito y de la pena, pero con carácter general exige que la *ponderación del riesgo de fuga* se haga prestando atención a las circunstancias personales y de situación del sujeto. De allí es que se señala que la estimación que en primer momento pudo legitimar la medida de aseguramiento debe ser revisada con cierta periodicidad, a fin de evaluar si los hechos tenidos en cuenta al momento de dictarse la medida se mantienen vigentes, de manera que fuese necesario mantener la prolongación de la medida⁴⁷.

Tanto la primera resolución al momento de dictarse la medida, como su revocatoria deben estar debidamente fundamentadas.

⁴⁶ Todavía en Ecuador no tenemos un pronunciamiento de la Corte Constitucional, relacionado con el tema. Nuestra Corte Constitucional nace en octubre del 2008 con la Constitución vigente.

⁴⁷ Este fue el criterio del Tribunal español en el caso “Sotos-PSV”, en que decidió que si bien es verdad que existían motivos valederos al dictarse la medida, con el curso del tiempo ya no era necesario su mantenimiento, declarando su procedencia, al momento de presentarse el recurso.

Para nosotros un sistema como el acusatorio que reconoce al Juez Penal como Juez de Garantías y como órgano decisor de la medida, debe permitir un *uso verdaderamente racional* de la prisión preventiva o provisional pues el juez se encuentra al margen de la investigación que la dirige el fiscal, por lo cual no hay el *conflicto de intereses* que se presentaba en nuestros anteriores códigos, en que el juez de la instrucción o investigación era el mismo juez que recibía la prueba y que disponía y revocaba la medida de aseguramiento personal como es la prisión preventiva. Además tanto para que se dicte la medida como para su revocatoria el juez de garantías penales debe convocar a una audiencia oral con tal finalidad respetando el derecho a la defensa y al contradictorio.

Las reformas al CPP del 24 de marzo del 2009, consagran la oralidad de las audiencias para dictar la medida de aseguramiento personal como es la prisión preventiva (Art. 160.1). El órgano habilitado para solicitar la medida, esto es el titular de su requerimiento es el Ministerio Público que debe cumplir con el presupuesto de la debida motivación (Art. 167.1), a lo que sumamos el cumplimiento forzoso de requisitos a cargo del Juez de Garantías Penales (Art. 167), que debe motivar su decisión explicando incluso por qué no utiliza una medida menos gravosa que la privación de la libertad, vale decir porque es *necesaria* la limitación, así como porque son *insuficientes las medidas no privativas de la libertad* (numerales 4 y 5). Todo lo dicho constituye un buen referente para destacar los requisitos de procedencia que buscan el respeto al *principio de presunción de inocencia* y su condición de medida de *última o extrema ratio*, reservada para los casos más graves, a los que no debe llegar el beneficio de los sustitutivos para evitar un *uso irracional del derecho*.

Aunque lo hemos manifestado en otro espacio, reiteramos nuestra posición de que el imputado debe ser advertido, de que en la audiencia de *intimación de cargos* o de formulación de cargos (Art. 217) el fiscal va a solicitar medidas cautelares personales o reales a

efectos de que pueda preparar sus argumentos de defensa. Si no es advertido de que se va a discutir la procedencia de una medida de aseguramiento se lo dejaría en situación de indefensión, en flagrante violación del Art. 76 de la Constitución, n. 7, letras a) y b), que consagra la inviolabilidad del derecho de defensa, que implica contar con el tiempo para prepararla; tal y como lo señala igualmente el Art. 8 del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, que resultaría igualmente violada si no se previene al imputado de que se va a solicitar la prisión preventiva en la audiencia de formulación de cargos. Esta violación constitucional invalida la pretensión no advertida de la fiscalía, y torna improcedente un requerimiento no puesto en conocimiento previo del imputado.

Señala el magistrado Perfecto Andrés IBÁÑEZ, “se ha denunciado con frecuencia la práctica judicial de la prisión provisional como uno de los campos en que más deficiente resulta ser el cumplimiento del deber de motivar las resoluciones. Al margen de la incidencia de las actitudes personales en cada supuesto específico, ello obedece, en general, en una proporción significativa al peso de la inercia de una larga tradición de falta de hábito en la materia. Baste señalar que la motivación, no obstante su papel central en la tarea jurisdiccional, sigue sin ser objeto de una disciplina específica: no se enseña, que es una de las razones por las que en muchos casos seguramente no llegará a aprenderse nunca.

Pero no obstante esto, hay otra razón que grava notablemente el cumplimiento del deber de motivar las decisiones relativas a la prisión provisional. Es la dificultad técnica de hacerlo, es decir, de hacer explícitas las verdaderas razones de aquellas. Y siendo éstas *confesables*, por legales, la dificultad de conseguir que en el discurso motivador resulten convincente o verosilmente compatibles con el principio de presunción de inocencia⁴⁸.

⁴⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, op. cit., p. 27.

La repetición de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, en que se recurre a la repetición de fórmulas reiterativas de los textos normativos que se reproducen mecánicamente y que están ya en formato predeterminado en un terminal de computador, es práctica institucionalizada viciosa, con la que se pretende cumplir con las exigencias constitucionales. Andrés IBÁÑEZ dice que estas prácticas viciosas tienen que ver con las circunstancias de que por un lado como apuntó Carmignani y se ha demostrado, “las leyes no pueden determinar concretamente porque indicios puede el juez ordenar el arresto del reo”, lo que se traduce en una discrecionalidad difícil de justificar en concreto, como cuando se trata del diagnóstico de que el imputado *no tratará de sustraerse a la acción de la justicia* o la presencia de *motivos suficientes* para creerle responsable. A lo manifestado puede agregarse que la motivación del juez puede ser estimada como una suerte de *anticipación de criterio* o de *prejuzgamiento*.

En nuestra opinión los argumentos expuestos precedentemente, son sostenibles en un modelo como el español más de corte inquisitivo en que el juez que dirige la instrucción (investigación) es el mismo que recibe la prueba y que dicta la medida de prisión provisional. Este conflicto de intereses desaparece en el modelo acusatorio en que el fiscal es el titular de la instrucción y el que puede pedir la prisión, cuya decisión queda reserva al Juez de Garantías Penales que puede cumplir con su rol de ser precisamente Juez de Garantías, cumpliendo con la obligación constitucional de motivar su decisión (Art. 76 n. 7. Letra l), que limita el pleno goce de una garantía constitucional⁴⁹.

Debemos reconocer que la prisión preventiva es un instituto contaminado de ilegitimidad y a ratos de inconstitucionalidad

⁴⁹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Proceso penal y garantías constitucionales*, Corporación de Estudios y Publicaciones de Quito, Primer libro de la Biblioteca de autores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil, 2005, 198 páginas. Sobre la necesidad de la motivación, pp. 75 y ss.

como cuando algún mal juez pretende invocar el carácter restrictivo de la prisión preventiva, y su condición de medida de *excepción* (Art. 77 n. 1) porque la misma Constitución reconoce como fundamento de política criminal, *garantizar la comparecencia en el proceso* o el *aseguramiento para el cumplimiento de la pena*. Vale decir que en casos graves como los relacionados con tráfico de drogas, tráfico de migrantes, pornografía infantil, sicariato, violaciones, secuestros *express* agravados, asesinatos, robos calificados, etc., la prisión preventiva es un recurso necesario en defensa de la ciudadanía y de la justicia.

A la inversa *es irracional y abusivo* que no se disponga la prisión preventiva en estos casos realmente graves, y más grave resulta que estando privado de la libertad un ciudadano, un mal juez acuda a la Constitución de la República y manoseándola, invoque el Art. 77 n. 11 y decida aplicar *prioritariamente* sanciones y medidas alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley; llegando al absurdo de llamarlo a juicio, y en el mismo auto resolutorio utilizando el Art. 232 n. 3, disponga la sustitución de la prisión preventiva y la libertad a un presunto traficante de drogas (con evidencias físicas), para que en goce de libertad comparezca cada cierto tiempo a la judicatura.

En Ecuador el erudito y enciclopédico mejor entendido en materia penal es el Prof. Dr. Dr. h.c. Jorge E. Zavala Baquerizo, que desde la primera edición de su *Proceso Penal ecuatoriano*, hasta la reciente que aparece como *Tratado*⁵⁰, se ha preocupado y denunciado el abuso con la prisión preventiva, así como ha reclamado por la *exigencia de la debida fundamentación*, a efectos de que el ciudadano sepa las razones por las cuales ha sido privado de una garantía constitucional, y al mismo tiempo esta fundamentación

⁵⁰ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, Edino, 2004. En el Tomo VI, p. 63- 198.

le sirva para la instancia de la reclamación ante un tribunal de alzada.

La prisión preventiva en el derecho procesal penal alemán

No está libre de discusiones la *necesidad por razones de política criminal* de acudir a la prisión preventiva en el sistema procesal penal alemán, y al referirse al *fin y significado de la prisión preventiva*, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. de la Universidad de Munich, Claus ROXIN, expresa, “I. La prisión preventiva en el proceso penal es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Ella sirve a tres objetivos: 1. Pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal. 2. Pretende garantizar una *investigación de los hechos*, en debida forma, por los órganos de la *persecución penal*. 3. Pretende asegurar la *ejecución penal*.”

II. Entre las medidas que aseguran el procedimiento, la prisión preventiva es la injerencia más grave en la libertad; por otra parte, ella es indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente.

El orden interno de un Estado se rebela en el modo en que está regulada esta situación de conflicto: los estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, exagerarán fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines -aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano-.

III. Con ello, el principio constitucional de proporcionalidad, exige restringir la medida y los límites de la prisión preventiva a lo

estrictamente necesario”⁵¹.

El Profesor ROXIN se refiere a lo que denomina *motivos apócrifos de detención* que tiene como finalidades, fomentar la predisposición para cooperar, para facilitar las investigaciones, para intervenir en casos de crisis, por presión de la opinión pública, como concesión a las autoridades encargadas de la investigación.

Al destacar los presupuestos materiales, Claus ROXIN, destaca:

1. *Sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible*. Esto se puede inferir de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de punibilidad y de la perseguibilidad.
2. Debe existir un *motivo de detención específico*. En la antigua legislación procesal alemana se aludían a dos motivos específicos, el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento de la investigación. En el año 1935 se agregan dos motivos que se consideran extraños a reales motivos de política criminal: peligrosidad permanente y repercusión en la opinión pública. La llamada *repercusión en la opinión pública*, era declarada discrecionalmente por las autoridades política y ser manifestada por organizaciones del partido nacionalsocialista. Después de 1945 este motivo para legitimar la detención desaparece, y a partir de 1950 se suprime el motivo de detención fundado en la peligrosidad permanente. En 1964 y contrario a la propuesta de limitar al máximo la utilización de la prisión preventiva, se acepta el concepto de la *peligrosidad* como motivo de detención aunque restringida a los delitos sexuales, y luego a la sospecha de asesinato⁵².

En particular los motivos de detención son los siguientes:

⁵¹ ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Traducción de la 25 a edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires-2003, pp. 257-258.

⁵² Cfr. ROXIN, Claus, op. cit., p. 260.

a) *Fuga o peligro de fuga.* Esto puede deducirse cuando el imputado está prófugo (se va al extranjero) o no comparece al llamamiento del tribunal. También puede deducirse este motivo cuando según apreciación de las circunstancias del caso particular existe el peligro cierto de que el imputado no se someterá al procedimiento penal ni a su ejecución. Aquí se toma en cuenta la gravedad de la imputación y del monto de la pena que es de esperarse, tomando en consideración, el peso de las pruebas de cargo existentes. En la práctica, el peligro de fuga representa el motivo de detención más importante, invocándose la expectativa de una pena elevada, *para fundar una expectativa preponderante.*

b) *Peligro de entorpecimiento.* Se exige que el imputado funde la sospecha vehemente de que él destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba. Influirá de manera desleal en los coimputados, testigos o peritos o inducirá a otros a realizar tales comportamientos. Lo anterior permite presumir razonablemente el peligro de que dificulte la investigación de la verdad.

c) *La gravedad del hecho.* Estuvo limitada inicialmente en Alemania a los delitos de asesinato, homicidio, genocidio y a los delitos dolosos cometidos con sustancias explosivas que ponen en peligro la vida. En 1976 se agregó el delito de creación, protección, etc., de una agrupación terrorista. Siempre se ha requerido que además de la sospecha vehemente de la comisión de uno de los delitos antes mencionados, no es suficiente para imponer la prisión preventiva, sino que se requiere examinar los demás presupuestos.

d) *Peligro de reiteración.* En 1964 se había introducido el motivo de detención de peligro de reiteración para determinados delitos sexuales. En 1972 se hizo extensivo a numerosos delitos que de acuerdo con la experiencia, se cometen muchas veces como delitos en serie, a los que se pretende prevenir de manera más eficaz, mediante la detención temprana del imputado. El profesor Claus

ROXIN se pronuncia diciendo, “contra un motivo de detención semejante existen varias objeciones: representa un cuerpo extraño en el sistema de los presupuestos de la detención, porque no se trata de un caso de aseguramiento del proceso, sino de una medida preventiva, por tanto de una detención por seguridad. Además, es problemático desde el punto de vista del Estado de Derecho, porque aquí se impone una privación de la libertad en razón de una sospecha no probada, tanto en lo que se refiere al hecho punible cometido como al hecho punible que se espera. Por último es perjudicial desde el punto de vista político- criminal, porque –bajo condiciones de ejecución manifiestamente muy desfavorables- vuelve a introducir por la puerta trasera las penas privativas de libertad de corta duración, enemigas de la resocialización”⁵³.

Recordemos que el Prof. VON LISZT era partidario de la máxima eliminación de las penas cortas de prisión y el frecuente uso de la multa.

Sobre el tema comentado dejamos expresados los siguientes planteamientos:

1.- Resulta ilegítimo e inconstitucional que se sustituya la prisión preventiva por una medida menos gravosa, en el momento en que se dicta el llamamiento a juicio, pues en este momento procesal es indiscutible la necesidad de la medida de aseguramiento personal por lo menos en los casos de delitos graves comentados *up supra*, pues el riesgo de fuga (no presentación) es cierto ante la inminencia de la eventual condena que se podría producir luego de la audiencia del juicio.

Es razonable entonces sostener la necesidad de la prisión preventiva para *garantizar la comparecencia en el proceso*, como señala el

⁵³ ROXIN, Claus, op. cit., pp. 261-262.

Art. 77 n. 1 de la Constitución vigente.

2.- Si una de las razones de política criminal del aseguramiento personal que prevé la Constitución del 2008 es *asegurar el cumplimiento de la pena*, cuando procede el llamamiento a juicio, la única manera de asegurar su eventual cumplimiento es manteniendo la medida cautelar dictada. Si se dispone la medida acudiendo a un sustitutivo incurrimos en un ejercicio abusivo de la garantía constitucional.

3.- Si se trata de delitos de *menor cuantía* por su escasa lesividad, tomando en cuenta el monto de la pena, el sustitutivo sin duda es menos gravoso que la privación de la libertad y debe optarse constitucionalmente por el sustitutivo.

4.- Con respecto a la caducidad de la prisión preventiva, no existe una respuesta racional cuando la demora es propiciada por una conducta desleal del propio ciudadano, pues se apela a la aplicación de la garantía -que forma parte de las garantías del debido proceso- prevista en el Art. 77 n. 9, que señala: “Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto”.

5.- En más de una ocasión se ha producido la sanción inclusive de destitución del juez o magistrado por la caducidad de la prisión preventiva, originada en la conducta obstruccionista del imputado o de su defensa, mediante recusaciones por ejemplo. Nos parece sin duda que en estos casos es injusta tal medida adoptada por el Consejo de la Judicatura, pues no es por la negligencia o connivencia del juez que se produce la caducidad.

6.- La desaparecida Corte Suprema del Ecuador trató de frenar el

abuso con la caducidad de la prisión preventiva ya prevista en la Constitución de 1998 (Art. 24 n. 8), mediante resoluciones del pleno que tenían el carácter de obligatorias y por ende vinculantes, por disposición de la Ley Orgánica de la Función Judicial que se suprime con la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo del 2009. En síntesis se suspendía el plazo mientras se resolvía el incidente o la inasistencia del que debía ser juzgado.

Ese criterio de un órgano de justicia que ya no existe y amparado en una ley que igualmente desapareció, no fue tomado en consideración en la constituyente de Montecristi, y la Constitución del 2008 en cuanto a la caducidad repitió el texto de la Constitución de 1998, con lo cual no es posible invocar resoluciones que legalmente ya no están vigentes pues la Constitución actual las ignoró, y en consecuencia la caducidad debe ser respetada fatalmente en los plazos que se mantienen iguales.

7.- En nuestra opinión o criterio, la Corte Constitucional de Ecuador que de acuerdo con el Art. 429 de la Constitución del 2008, es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, que de acuerdo con el Art. 436 ibídem n. 1 es la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias, debería pronunciarse con carácter vinculante en torno a la correcta aplicación de la caducidad de la prisión preventiva, prevista en el Art. 77 n. 9 de la misma Constitución.

8.- De acuerdo con el Art. 174 segundo inciso de la Constitución del 2008, *la mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la Ley.*

De manera que en los casos en que la malicia o temeridad de quien litiga, los actos procesales dilatorios e inclusive la proposición de recursos tienen el propósito deliberado de entorpecer la normal marcha procesal, no debiera funcionar la caducidad de la prisión preventiva por el sólo vencimiento del plazo. Hace mucho tiempo hemos sostenido que nadie debe beneficiarse de su propio dolo, pues resulta ilegítimo que si la conducta dilatoria proviene del propio imputado o de su defensa, agotado el plazo se lo *premie con la caducidad de la prisión preventiva*.

9.- Como se ha consignado en la doctrina y jurisprudencia española, una actividad de la defensa obstruccionista, consistente en plantear recursos o incidentes innecesarios o dolosos, dirigidos exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del imputado como consecuencia del cumplimiento de los plazos de la prisión provisional, se manifiesta “contraria a la obligación constitucional (de las partes) de colaboración con jueces y tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la justicia que no puede merecer el amparo de la Constitución” (STC 206/1991). Para el caso ecuatoriano invocamos el principio constitucional de la lealtad procesal con la que deben litigar las partes que debe deducirse del Art. 174 de la Constitución, ya invocado, que forma parte de los principios de la Función Judicial.

10.- El punto a dilucidar es si la Corte Constitucional estará dispuesta a dar este paso importante incluso ante requerimiento de legítimo interesado, como podría ser una consulta de conformidad con el Art. 428 de la Constitución, o puede ser solucionada la *mala fe procesal* mediante una reforma al procedimiento penal, que norme la correcta utilización de la garantía constitucional.

Recordemos como un importante precedente una sentencia reciente de la Corte Constitucional a propósito de una consulta que le formula una Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, al tenor del Art. 428 de la Constitución, pues la máxi-

ma instancia de control e interpretación constitucional no rechazó la consulta sino que la sustanció y resolvió mediante sentencia No. 0025-09-CN, caso: 0025-09-CN, declarando la inconstitucionalidad de los incisos tercero y quinto del tercer artículo innumerado agregado al artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, que fue el objeto de la consulta⁵⁴.

Es importante recordar que de conformidad con el Art. 427 de la Constitución del 2008: “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de interpretación constitucional”.

11.- Como un aporte más a lo dicho, agregamos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado algunas pautas en cuanto a la aplicación del plazo razonable a que se refiere el Pacto de San José, que sin duda se refiere al derecho a ser *juzgado* antes que a ser *excarcelado*, en tiempo prudencial y razonable o a ser puesto en libertad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado, en relación al plazo razonable contemplado en el Art. 8.1 de la Convención, que “Éste no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razona-

⁵⁴ Se puede revisar la sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador en nuestra página web, en www.alfonsozambrano.com

bilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales” (Caso Genie Lacayo, del 29-1-97, Considerando 77°. En el mismo sentido, causa “Suárez Rosero”, del 12-11-97).

12.- Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en la causa “Bramajo, Hernán Javier”, del 12-9-96, que tuvo por base el informe de la Comisión interamericana 10037 sobre Argentina de 1989, explicó que el concepto de plazo razonable se relaciona con la gravedad del delito y los elementos fácticos de la causa, para concluir que el mismo no es pasible de ser establecido a priori y en abstracto. Asimismo, en la causa “Trusso, Francisco Javier, s/excarcelación”, del 12-8-03, se determinó que el plazo establecido en el artículo 1 de la ley 24.390 no es de aplicación automática.

Como dice con acierto un joven jurista argentino, Mario E. CORIGLIANO: “Desde un punto de vista dogmático un proceso penal cuya tramitación supera el plazo razonable, esto es de duración excesiva, no sólo lesiona el derecho del imputado a ser juzgado rápidamente sino que también afecta a todos y cada uno de sus derechos fundamentales y sus garantías procesales reconocidas en la Constitución. Como consecuencia, si el proceso se prolonga indebidamente todas sus reglas de funcionamiento acabarán distorsionando su derecho a un juicio rápido y los principios elementales de la actuación legítima del Estado”⁵⁵.

Como hemos mencionado *up supra*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recogiendo la doctrina de la Corte Europea, ha insistido en los fundamentos a considerar: a.- Complejidad del asunto (significa igualmente la gravedad del delito); b.- Actividad

⁵⁵ CORIGLIANO, Mario E, *Plazo razonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Se puede revisar este documento en nuestra página web. En www.alfonsozambrano.com.

procesal del interesado (debe analizarse la actitud leal y no obstruccionista de quien está siendo juzgado); y, c.- Conducta del tribunal para establecer (si ha aplicado criterios y principios como los de celeridad procesal y debida diligencia), en un caso concreto, que hubo demora inaceptable, que no se observó la regla del plazo razonable.

13.- En la opinión siempre importante del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Eugenio Raúl ZAFFARONI: “3. En el ámbito procedimental, la preocupación liberal más importante -si no toda- constituye la garantía de defensa, que requiere una sentencia en tiempo razonable. Lo contrario obstaculiza el ejercicio del derecho, facilita la pérdida de pruebas con el transcurso del tiempo y, en definitiva acaba invirtiendo la lógica del proceso al perderse la importancia de un pronunciamiento definitivo, habida cuenta que la violación al principio de inocencia avanza con la duración del proceso, hasta el punto de pronunciarse sentencias cuando el sujeto ha cumplido la pena, lo que también conspira contra la imparcialidad del fallo, toda vez que los tribunales tienden a ser remisos a absolver en casos de prisión preventiva prolongada”⁵⁶.

Sobre el abuso institucionalizado con la prisión preventiva y el riesgo cierto de una condena para tratar de legitimar la duración excesiva del proceso penal, nos pronunciamos en el año 1986 con una de nuestras publicaciones, con base en la experiencia de campo que nos proporcionaba el estudio de la duración del proceso penal en Ecuador⁵⁷.

Compartimos el pronunciamiento de que, la razonabilidad del plazo al que se refiere el precepto se debe apreciar en relación con la duración total del proceso desde el primer acto procesal

⁵⁶ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR. *Derecho Penal. Parte General*, 1ra. edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 859.

⁵⁷ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Temas de Criminología*, Imprenta Offset Graba, 1986, pp. 87-106.

hasta que se dicte sentencia definitiva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo. Cuando no es aplicable esta medida pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso. Particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse⁵⁸.

Se trata en todo caso de salvaguardar también el derecho a ser juzgado sin dilatorias que afecten derechos fundamentales como el de *inocencia* y el de *libertad*.

14.- Existe más de un referente normativo supranacional con respecto al plazo razonable, cuya redacción proviene del Art. 6.1 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en la ciudad de Roma en 1950, y del Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), firmada en San José de Costa Rica en 1969.

En la erudita opinión de Daniel R. PASTOR: “Algunos catálogos de derechos fundamentales recurren a otra fórmula, el derecho del imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas o injustificadas (así el Art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (DADDH), de Bogotá 1948, el Art. 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966 y la Constitución española de 1978, Art. 24.2. Asimismo en la Enmienda 6ta, de la Constitución de EE.UU. se otorga el derecho a un ‘juicio rápido’ y la Corte Suprema argentina ha señalado que la Constitución Nacional contiene, implícitamente y

⁵⁸ Cfr. CIDH. Casos: Juan Humberto Sánchez contra Honduras, Hilarie Constantine contra Trinidad y Tobago, y Suárez Rosero contra Ecuador.

como derivación del principio de inocencia, el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento definitivo del modo más rápido, sobre su situación frente a la ley penal”⁵⁹.

MIRANDO LAS NUEVAS REFORMAS

El proceso de deslegitimación que desde sectores incluso auto denominados académicos, ha arremetido en contra de las reformas del 24 de marzo del 2009 a los códigos penal y procesal penal ecuatorianos, ha ido generando una suerte de presión en contra de los encargados de la reforma que hoy comentamos, que han ido enfilando parte de las propuestas a un acercamiento evidente con postulados propios de un *derecho penal del enemigo* e inclusive con propuestas de un *derecho procesal penal del enemigo*. Hay el nacimiento de nuevos tipos penales, la transformación de otros, y el recorte de garantías o beneficios de excarcelación que dan asidero a estas afirmaciones.

En los considerando del pleno de la Asamblea Nacional se reconoce que el Art. 169 de la Constitución, declara que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y que las normas procesales deben consagrar los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y hacer efectivas las garantías del debido proceso (sic), y se agregar que a pesar de que el combate de la delincuencia es un tema complejo que supone la actuación eficiente y coordinada de todos los actores involucrados hay una *demand*a de distintos sectores sobre aspectos puntuales de la legislación, y que por tanto le corresponde a la Asamblea Nacional dar una respuesta en esta materia (sic).

Por nuestra parte expresamos, que es cierto que un discurso de

⁵⁹ Daniel R., PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1ra. edición, 2002, pp. 47-48.

máxima represión es funcional para obtener beneficios políticos. Muchos partidos políticos en América latina tienen propuestas de *derecho penal del enemigo* en sus programas de gobierno. A la inversa, tiene poca rentabilidad política que algún partido haga propuestas en plena campaña electoral de un *proyecto de código penal garantista* o de *derecho penal mínimo*. Tiene sí un gran impacto mediático y electoral proponer un aumento de penas y hasta la *pena de muerte para combatir el crimen atroz*.

Nos preocupa que se pierda la hoja de ruta, pues el Ecuador es uno de los países en la región que en los últimos años se ha apartado del *derecho penal del enemigo*, y desde diferentes frentes, incluyendo el más importante que es el constitucional, viene trabajando por la consolidación del Estado de Derecho, por la implementación de un modelo acusatorio oral, y por la aplicación del *principio de oportunidad* y de *mínima intervención penal* que tienen carta de residencia en la Constitución vigente que es de octubre del 2008.

Se dice, que el intervencionismo penal en las sociedades posindustriales se dirige principalmente a la criminalización de los estratos más cercanos a los núcleos de poder y económicamente más pudientes, si esto es verdad, contrario a lo dicho, se acentúa el discurso punitivista –de seguridad ciudadana– en los países latinoamericanos mediante la selectividad de “sujetos peligrosos” en perjuicio de los sectores de menores recursos.

Hace muchos años que un eminente criminólogo italiano Massimo Pavarini se refería al derecho penal como un instrumento de control y dominación política. Otro eminente criminólogo que para muchos era el *padre de la criminología crítica*, don Alessandro Baratta en sus importantes trabajos sobre Derecho Penal y Criminología Crítica, pensaba en la necesidad de la criminalización de la delincuencia propia de los poderosos, y en una criminología de las clases subalternas.

La delincuencia de los grupos de poder ya había sido reconocida por un penalista como don Pedro Dorado Montero de la Universidad de Salamanca que se refería a la delincuencia de *guante dorado*, y para el año 1947 se publica la obra *El delito de Cuello Blanco* cuyo autor es un sociólogo norteamericano, Donald Shuterland. En ese libro que es un documento histórico de gran valor, Shuterland pone al descubierto la delincuencia perpetrada por sujetos que por ser de *cuello blanco* era impune, pues gozaban (y gozan) del respaldo político, social y económico de los grupos de poder, del que forman parte.

La tendencia sigue siendo a la protección e impunidad de los sujetos que están relacionados con el poder dominante. Como decía Alessandro Baratta, los procesos de criminalización siguen siendo *estratificados, selectivos y clasistas*. Por nuestra parte agregamos que basta mirar la cárcel, esa *institución total o de secuestro* (Massimo Pavarini, Roberto Bergalli) para comprobar de donde son reclutados los presos de las cárceles latinoamericanas, o como dice don Elías Carranza el director del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, con sede en San José de Costa Rica, la cárcel nos permite comprobar la *criminalización de la pobreza*.

Volviendo a la discusión científica del Derecho penal del enemigo de Jakobs en Latinoamérica, reconocemos la honestidad científica del profesor Jakobs que nos ha permitido recordar que el *derecho penal del enemigo* siempre ha estado presente en las diferentes sociedades.

Este discurso de máxima represividad permitiría que se presenten proyectos de aumento de penas con recorte de garantías y beneficios de excarcelación, pues el complemento de un *derecho penal del enemigo* es el denominado *derecho procesal penal del enemigo*.

Concluyo este breve recuento, expresando que creo en un *derecho*

penal mínimo, en un *derecho penal de última ratio* o de *extrema ratio* como dijera en su momento un gran jurista chileno don Juan Bustos Ramírez, y en la conveniencia de una *contracción al máximo* del derecho penal y del sistema penal. *Esto no significa abogar por la impunidad* sino que es el reconocimiento de la necesidad de que el derecho penal y el sistema penal queden reservados para los casos más graves, buscando salidas alternativas y mecanismos de compensación y de conciliación que permitan un resarcimiento material y efectivo a las víctimas de los delitos, cuando esto es posible.

ESTUDIO DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO PENAL (29/03/2010)

El **artículo 1 de las reformas**, dice:

“La reincidencia, en el caso de la contravención establecida en el numeral 1 del artículo 607, será considerada como delito, de conformidad con el Capítulo I del Título X del Libro II de este Código”.

Nos preocupa que se esté retrocediendo a propuestas de un *derecho penal simbólico*, como para creer que la iniciativa legislativa va a tener en realidad un efecto *anti criminógeno*.

Con respecto al tema nos permitimos recordar:

Sobre la crisis del derecho penal y de la pena

La crisis del derecho penal se ha realimentado modernamente por tratar de separarlo de la estrecha relación que tiene con la pena, que no viene a ser sino una consecuencia de su aplicación práctica. En cuanto al concepto de la prevención en el derecho penal desde la perspectiva de la filosofía del derecho, debemos conocer las reflexiones acerca del esplendor y miseria de la idea

de prevención en el contexto de la historia moderna del derecho penal que formula el Prof. Paúl WOLF, que expresa que tanto las campañas como las cruzadas históricas del derecho contra lo que es calificado como injusto por ser un crimen, se llevan a cabo invocando los altos ideales de la pena, por lo que se ha considerado como “científicamente legítimo presentar la cambiante historia del derecho penal como una historia de los ideales y de las teorías de la pena”⁶⁰. Es fundamental también discutir si el discurso tradicional de las teorías de la pena que tiene pasado y presente, brinda posibilidades de cara al futuro en esa lucha permanente por superar la crisis del derecho penal.

Cabe preguntar cómo lo hace el profesor de la Universidad de Frankfurt “¿cuál ha sido la contribución de las grandes ideas o teorías sobre la pena como ‘retribución’, ‘intimidación’, ‘expiación’, ‘prevención’, en esa lucha por un mejor derecho penal? O acaso la verdad es que no hayan sido nada más que simples epifenómenos académicos”⁶¹.

Si la historia moderna de las teorías de la pena debe interpretarse como la historia de la lucha por superar el derecho penal, como es innegable el fracaso de los fines atribuidos a la pena, debemos admitir también el fracaso de la lucha por un derecho penal mejor.

Las antiguas antinomias de los fines de la pena no se pueden aún superar, y el viejo dualismo entre **teorías absolutas y relativas**, es la característica de los frentes de la discusión; partiendo de ese presupuesto deberíamos reconocer que las distinciones modernas entre prevención general “negativa” y “positiva”, y entre prevención especial “negativa” y “positiva”, no representan ninguna innovación de fondo. Los teóricos de la pena no sólo que la han

⁶⁰ Paúl, WOLF, Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena, En Poder y Control N°. 0. 1986: 59.

⁶¹ Paúl, WOLF, op. cit., p. 61.

interpretado de una manera diferente sino que han llegado ya a iniciar cambios específicos. La nueva dimensión del “moderno” discurso de las penas, ha reemplazado la discusión sobre las teorías de la pena dejando de considerarla como un problema teórico-argumentativo, para dirigirse a la praxis del derecho penal, que es la prueba de la teoría.

Siendo la praxis la que debía legitimar la pena, los datos y hechos que de la misma se extrajeron, llevó a penalistas y filósofos como VON LISZT a proclamar la bancarrota del derecho penal y de la administración de justicia penal. Esto echó por tierra el paradigma dominado por las teorías de KANT, HEGEL y FEUER-BACH, que se presentaron empíricamente como postulados ilusorios y con una finalidad únicamente legitimadora del aparato represivo. Se produjo el desencanto de la pena retributiva a raíz de VON LISZT y se concibió a la pena racional con fines preventivos. El cambio del paradigma principal trajo el surgimiento de la moderna teoría teleológica de la pena, que en lugar de la teoría absoluta, acogió la función orientadora dominante, fundamentando la pena en la finalidad racional y en la consecución de ese fin.

Se afirma entonces que sólo la pena socialmente útil y eficaz puede ser lógica y justa, pero preguntamos ¿cómo saber y/o determinar que la pena es socialmente útil y eficaz? No nos queda otra alternativa que recurrir a la praxis para confirmar la validez y la verdad de los fines preventivos argumentados, esto es que no basta con que el mal que la pena represente se justifique especulativamente con un fin bueno, sino que debe demostrarse que el fin de resocialización y corrección que se auto atribuye, pueda ser empíricamente comprobado, que son en definitiva los que se encargarán de negar la legitimidad de la función preventiva de la pena revelando su miseria, ¡o la legitimarán evidenciando su esplendor!.

Se ha tenido que admitir el fracaso de la prevención-especial, a pesar de reconocérsele un puesto progresivo en la lucha por un derecho penal mejor y más efectivo. Si estas reflexiones se hacen en un país como Alemania y en un contexto sociopolítico como el Europeo, deben ser suficiente ejemplo para nuestros ilusos reformistas y para desenmascarar a todos aquellos que pretenden mejorar las cárceles repintando sus viejos muros, ufanándose de respetar los derechos humanos de los reclusos, siempre que no den motivos para aplicarles la pena de muerte extrajudicial, bajo la invocación del principio de autoridad.

Desde el punto de vista histórico, el derecho penal de hoy se encuentra en una situación discrepante entre su propio pasado y presente. “Esto es el derecho penal, padece, por una parte, de una irremediable y progresiva esclerosis en la vieja discusión sobre las teorías de la pena y al mismo tiempo de una vitalidad producida por la praxis, praxis que paradójicamente es la causante de esta esclerosis”⁶². Llegamos al punto de tener que opinar o compartir opiniones en torno al futuro del derecho penal y a la superación de su crisis, que debe ir paralela a una renovación de la teoría de la pena.

Paúl WOLF asume una posición radical que lo lleva a expresar que las cuestiones básicas por el sentido de la pena y la misión del derecho penal no pueden ser discutidas y solucionadas en el ámbito interno tradicional de la historia del pensamiento y la forma esotérica del discurso de principios y que no podemos aclarar las cuestiones de hoy acudiendo a las teorías clásicas. “La despedida de *Kant*, *Hegel*, *Feuerbach* y otros doctrinarios de una época ya pasada es una condición necesaria para una revolución del derecho penal”⁶³.

⁶² Paúl, WOLF, en op. cit., p. 66.

⁶³ Paúl, WOLF, op. cit., p. 67.

La otra condición indispensable consiste en que los conocimientos teóricos de la pena deben situarse en la realidad social de un determinado momento histórico, vale decir, en las condiciones de la praxis real del derecho penal donde se producen las complejas formas de iniciación y realización de la pretensión punitiva del Estado. Tal cambio epistemológico nos pone frente a un conocimiento concreto y realista que nos permite legitimar honestamente o deslegitimar en base a la evidencia empírica, la praxis de las finalidades que están cumpliendo el derecho y la pena. Cabría consignar aquí un salto paradigmático en cuanto al sentido real de la pena, que en la hermenéutica tradicional ha estado caracterizado por reflexiones idealizadas sin propuestas alternativas de fondo.

Un procedimiento de valoración crítico pondría al descubierto la contradicción inmanente entre los fines oficiales de la pena (los que ideológicamente se le atribuyen) y su uso práctico. La negación dialéctica de la praxis jurídico-penal crea las condiciones para una teoría realista de la pena, en la que se unen efectivamente las intenciones emancipadoras del hombre y la realización práctica de tal aspiración.

Los esfuerzos hasta aquí realizados a través de los grandes movimientos de reforma del derecho penal y de una política criminal alternativa, son desestimados en la mayoría de los países de capitalismo tardío o incipiente, entre otras razones, porque quienes se encuentran al frente de las instancias del control formal e informal están comprometidos con los grupos de poder y son tributarios de ese sector social hegemónico, de manera que las propuestas alternativas de fondo pasarán desapercibidas.

Debemos insistir y “poner sobre el tapete que la cuestión criminal no puede ser abordada sin tomar en cuenta que las normas sociales y penales son creadas de acuerdo a criterios y juegos polí-

ticos que legitiman determinadas estructuras de poder y dominación social”⁶⁴.

Mientras no haya independencia política, la ciencia criminal y los criminólogos y penalistas no sean tributarios del poder político que defiende intereses sociales de un sector minoritario, las expectativas siguen siendo ilusiones forjadas en la esperanza de una sociedad mejor, y de un mejor derecho penal, que debe ser el que menos recurra a la pena carcelaria como reacción formal a la conducta desviada. Hasta que se presente tal oportunidad, sigamos estudiando la realidad de los procesos de criminalización, la función tutelar del derecho penal y el fracaso de la pena como instrumento de rehabilitación, readaptación y resocialización.

La crisis del derecho penal y de la pena, permiten afirmar que “no es más que un derecho instrumental aniquilador de los enemigos sociales: que además la lejana ciencia y filosofía del derecho penal sirven exclusivamente para el uso legitimador, que además las cárceles son en realidad funcionales no como instituciones de resocialización, sino como lugares de destrucción psicofísica y de internamiento”⁶⁵. En nuestro país no se intenta aún la mediación de la teoría con la práctica y de la práctica con la teoría, cuando esto se cumpla vamos a comprobar la manipulación ideológica del derecho penal, el carácter clasista de los procesos de criminalización, la politización del sistema de administración de justicia penal, la atipicidad de la criminalidad de los poderosos, y de la utilización de la pena contra los marginados del sistema de producción o de los opositores políticos de los gobernantes de turno.

Cuando se socialice o discuta más el importante *anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales* que es impulsado desde el

⁶⁴ SANTOS ALVIS, Thamara, *Control y Punición de la Delincuencia*, Universidad del Zulia, 1987, p. 62.

⁶⁵ WOLF, Paúl, op. cit., p. 69.

Ministerio de Justicia, es probable que nos enfrentemos a una *gran ruptura con el statu quo*. Ese gran reto histórico ha sido inteligentemente asumido y ojalá que podamos encontrar allí mejores respuestas que las presentes.

En principio el antes referido *anteproyecto* aunque era presentado como *borrador*, contenía errores imperdonables que por nuestra parte los hicimos notar oportunamente, entre otros: desconocer la existencia de documentos como el *proyecto de código penal tipo para América Latina*, y el *anteproyecto de nuevo código penal para Ecuador* del año 1992 dirigido por los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y don Manuel de Rivacoba y Rivacoba (ambos con el rango de Dr. Dr. h.c. mult.).

Parte del documento que remitiéramos al despacho del señor Ministro de Justicia, documento nuestro, que no ha sido aún publicado, expresa lo siguiente:

“Empiezo por reconocer el notable esfuerzo académico y doctrinario que significa la propuesta de este *documento de trabajo* o *borrador de Código Orgánico de Garantías Penales*, que surge desde el Ministerio de Justicia y que se anuncia que se socializará (democratizará) su contenido con los sectores interesados y que puedan enriquecer la propuesta. Esta advertencia inicial es válida porque el Fiscal General del estado, Dr. Washington Pesantez, expresó en una conferencia de gran contenido doctrinario, más que su desacuerdo, el desconocimiento institucional de la propuesta⁶⁶, ante lo cual es de creer razonablemente que la Fiscalía General será un legítimo contradictor del *proyecto de COGP*. Una primera sugerencia de trabajo en lo que a mí respecta, es que se recepten las propuestas que de manera fundamentada se presenten como observaciones al documento, y una más amplia es que

⁶⁶ PESANTEZ MUÑOZ, Washington, en brillante conferencia sobre *Política Criminal en Ecuador*, en auditorio de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 20 de octubre del 2009.

se reciban la o las propuestas de textos alternativos, al elaborado por el Ministerio de Justicia.

En el año 1981 en que asistí al Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Bogotá, gracias a la invitación de un eminente amigo el Profesor Alfonso Reyes Echandía (+)⁶⁷, se discutía (se socializaba) el contenido del nuevo código penal de Colombia aprobado en 1980 durante el periodo de *vacatio legis* de un año. Este código muy moderno para la época había tenido una fuerte influencia del *Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina*⁶⁸ que se había discutido en la década de los años 60, bajo la dirección del eximio don Luis Jiménez de Asúa, probablemente el más aventajado de los juristas hispanoparlantes y en el que habían trabajado juristas como el mismo Reyes Echandía muy joven sin duda, Sebastián Soler, Eduardo Noboa Monreal, Ricardo Núñez, para mencionar unos cuantos.

El *Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina* se discutió durante siete años con reuniones itinerantes. El código penal de Colombia de 1980 fue discutido durante una década por los más conspicuos penalistas colombianos y se armaron alrededor de siete comisiones, que iban trabajando con los insumos que le proporcionaba la comisión precedente.

Por eso, conceptos como los del *error de tipo* y del *error de prohibición*, de *causas de justificación*, de *imputabilidad* como presupuesto del *juicio de reproche* o *juicio de culpabilidad*, y *causas de inexigibilidad de la conducta* que tenían un sólido precedente tanto en el *Código Penal Tipo para América Latina* o en el código penal

⁶⁷ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Temas de criminología*, Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1986. La dedicatoria del libro dice: “A ALFONSO REYES ECHANDIA, maestro y amigo, y a los demás mártires del palacio de justicia de Bogotá, inmolados inútilmente en falsa defensa de una democracia formal”.

⁶⁸ Se puede revisar el contenido del Código Penal Tipo para América Latina en nuestra pág. Web en www.alfonsozambrano.com

alemán, tenían carta de residencia en el código penal colombiano”.

Estos temas eran explicados en nuestras clases de derecho penal en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a partir del año 1979, y fueron expuestos y desarrollados con el debido soporte doctrinario en la primera edición de nuestro Manual de Derecho Penal. Parte General del año 1994, dedicado al estudio de la *tipicidad*, *antijuridicidad* y *culpabilidad*⁶⁹.

Nosotros hemos sido seguidores del pensamiento del jurista alemán y seguramente la figura más importante del pensamiento finalista, Prof. Dr. Hans WELZEL, aunque no hemos sido tan ortodoxos en la reproducción del pensamiento del gran jurista alemán, y en algunos momentos nos hemos perfilado más en la línea del profesor MAURACH. Para corroborar lo afirmado se pueden revisar algunas de nuestras obras, a más de la citada *up supra*⁷⁰.

En una versión del borrador del proyecto de Código Orgánico de Garantías Penales del mes de noviembre del 2009, se hacen ya referencias al documento que había sido elaborado en Ecuador en el año 1992, citando como ejemplo lo que consta en dicho documento:

“Se prohíbe el uso de la analogía y la interpretación extensiva para crear infracciones penales, ampliar los límites de las condiciones legales que permiten la aplicación de una sanción o medi-

⁶⁹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1984, 338 páginas.

⁷⁰ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*. ARA Editores, Lima-Perú, 2006. 3ra. Edición, 437 páginas. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. 2008, 491 páginas.

da cautelar, de la remisión a otras normas o disposiciones legales para completar la definición de la infracción penal⁷¹.

En caso de conflictos sobre la comprensión, la aplicación o los efectos de una ley penal, se aplicará en el sentido más favorable a la situación de la persona infractora o presuntamente infractora⁷². Este principio se aplicará incluso cuando la infracción se haya cometido en el extranjero y la ley que rige en dicho territorio fuere más favorable que la ecuatoriana⁷³.

La interpretación analógica, extensiva, sistemática, teleológica, contextual o de base constitucional, sólo serán admisibles para excluir o limitar la ilicitud, responsabilidad o aplicación de una pena⁷⁴.

No se podrá interpretar ni aplicar normas penales que contradigan la Constitución ni los tratados internacionales de derechos humanos⁷⁵.

Cuando se trate de adolescentes infractores, las normas penales y sus efectos se interpretarán de conformidad con el principio del interés superior del niño y niña y el de prioridad absoluta, atendiendo a su grado de madurez.

⁷¹ Código Penal 1971, Art. 4. Alberto Binder, Anteproyecto de Código Penal para República de Guatemala, Art. 3, en *Política criminal de la formulación a la praxis*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 271-345.

⁷² Constitución del 2008, Art. 76 (5).

⁷³ BINDER, Alberto, Anteproyecto de Código Penal para la República de Guatemala, Art. 7, último inciso.

⁷⁴ BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 231.

⁷⁵ ALBÁN, Ernesto, Torres Chávez, Efraín, Donoso, Arturo, Abarca, Milton Román y Zambrano Pasquel, Alfonso, *Anteproyecto de Código Penal*, 1992, Art. 3; Comisión de Reforma Integral del Código Penal de Bolivia (Luis Arroyo Zapatero, Matías Bailone, Elías Carranza, Adán Nieto Martín, Moisés Moreno Hernández, José Sáez Capel, Jan Simón, Eugenio Raúl Zaffaroni), Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Bolivia, Parte General, 2009, Art. 1(4).

La interpretación se establecerá tomando en cuenta la cosmovisión y los valores culturales de los partícipes en el conflicto penal”⁷⁶.

El **artículo 2 de las reformas** dice:

“Añádase en el Art. 450 el siguiente numeral: 11. Si ha sido cometido en contra de miembros de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, fiscales o jueces de garantías penales, en el desempeño de sus funciones”.

Esta propuesta sigue siendo eminentemente demagógica o política, pues para un delincuente bastaría que espere a que el ciudadano deje de desempeñar el cargo para hacerlo víctima de un atentado. Sabemos por lógica que el nivel de vulnerabilidad va a ser mayor cuando ya no se encuentre en funciones. Si la propuesta es la de cubrir el riesgo de victimización, la protección se debería irradiar para el momento en que ya no esté prestando servicios.

En el XVI Congreso Latinoamericano que se cumplió en el año 2004 en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, uno de los temas estaba dirigido al *Derecho Penal del Enemigo*. Para aquel entonces ya teníamos en nuestra biblioteca la publicación de Civitas de España que tenía ese título, y en el que había un trabajo del profesor Manuel CANCIO MELÍA actual Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, y del propio Dr. Dr. h.c. mult. Gunther JAKOBS. Este fue uno de los temas centrales del XVII Congreso Latinoamericano que se cumplió en Guayaquil-Ecuador en el año 2005.

Había y hay, una cantidad importante de juristas que siguen ter

⁷⁶ Comisión de Reforma Integral del Código Penal de Bolivia (Luis Arroyo Zapatero, Matías Bailone, Elías Carranza, Adán Nieto Martín, Moisés Moreno Hernández, José Sáez Capel, Jan Simón, Eugenio Raúl Zaffaroni), Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Bolivia, Parte General, 2009, Art. 3.

ciando sobre el tema, por ello es conveniente dedicarle tiempo a esta vertiente del derecho penal que se identifica como *derecho penal del enemigo*. Como dice el Prof. Eugenio Raúl ZAFFARONI el profesor JAKOBS ha tenido la honestidad académica de reconocer la vigencia de una expresión del derecho penal que ha estado siempre presente, y que en mi opinión ha servido como fuente de legitimación de reiteradas propuestas de derecho penal máximo.

Hay quienes sostienen que un Derecho penal legítimo solamente puede estar vinculado a la construcción democrática de cada Estado. En este orden de ideas, se plantea si pueden utilizarse medidas excepcionales (como las preconizadas por el Derecho penal del enemigo) solamente en “tiempos excepcionales” como el estado de sitio o por razones de una invocada defensa social, por ejemplo, frente a la inseguridad ciudadana.

Estas propuestas de derecho penal máximo toman carta de ciudadanía a raíz de los sucesos de las torres gemelas de Nueva York del 11 de septiembre del 2001. Ese fue el gran detonante, pues antes de aquel lamentable suceso se venía trabajando durante algunas décadas a favor de un *derecho penal mínimo* en la línea del garantismo penal del profesor don Luigi Ferrajoli de la Universidad de Camarino, autor de una obra monumental como es *Derecho y Razón*.

Criminólogas como la profesora venezolana doña Lolita Aniyar de Castro, ex Directora del Instituto de Criminología del Zulia en Maracaibo incluso reconocían la presencia creciente de un *derecho procesal penal mínimo*, del que se señalaba como el más conspicuo abanderado en América Latina al profesor don Julio Bernardo José Maier, autor del *anteproyecto de código procesal penal modelo para Iberoamérica* que es la simiente del gran movimiento de la reforma procesal penal en América Central y en América del Sur.

Hoy se comienza inclusive a mencionar la presencia de un derecho procesal penal del enemigo.

Nos permitimos recordar que un catedrático de renombre como es el profesor don Miguel Polaino Navarrete de la Universidad de Sevilla, admite la conveniencia de aceptar en determinados momentos y excepcionalmente la aplicación del *derecho penal del enemigo*. España aplica ya un *derecho penal y procesal del enemigo* en el trato que empieza a darle a los denominados o calificados como *terroristas* vinculados a la ETA, que han experimentado un recorte incluso de sus beneficios de excarcelación, desconociéndose que se trataba de derechos adquiridos de acuerdo con el régimen penal vigente al tiempo de la comisión de los delitos. Sobre esto manifestamos que las medidas excepcionales vulneran el Estado de Derecho y por ello no las compartimos.

No falta quienes sostienen que partiendo de que el Derecho penal no es un instrumento idóneo para la legitimación de las normas, sino orientado a la protección de bienes jurídicos, ¿por qué a una reacción del Estado por fuera del marco propio del Derecho penal, que abre la posibilidad de legitimar normas que permiten la exclusión de “sujetos peligrosos”, se le llama Derecho penal del enemigo?, y que, ¿cómo debe reaccionar el Estado frente a personas respecto de las cuáles el Derecho penal parece estar en incapacidad absoluta de cumplir sus fines?

Respecto de lo anterior, procede una primera reflexión, será verdad que el derecho penal no es un instrumento idóneo para la legitimación de las normas, sino que está orientado a la protección de los bienes jurídicos? Personalmente creo que uno de los aciertos del pensamiento del Prof. JAKOBS ha sido sostener que el derecho penal busca restablecer el respeto a la norma, pues una vez afectado un bien jurídico la pretendida protección del mismo resulta ineficiente. Trabajemos con un ejemplo: si se produce una muerte, la protección del bien jurídico -vida- quedó en el marco

teórico (una especie de derecho penal simbólico), pues la pérdida de tal bien jurídico es *irreversible*. En tales circunstancias me parece apropiado sostener que el derecho penal tiene como fin restablecer el respeto por la vigencia de la norma, vale decir que su aplicación tiende a legitimar la norma, que en un caso como el propuesto dice *no matar*.

Al producirse el resultado muerte, el bien jurídico, vida, es *irrecuperable* y la respuesta penal tiene como finalidad, restablecer el respeto por la vigencia de la norma.

Si el Estado se encuentra frente a sujetos peligrosos e irrecurables, parece ser que la respuesta justa sea la imposición de una *medida de seguridad*, que podría traducirse en un internamiento de por vida. Si la pena tiene como fin la readaptación, la rehabilitación, la resocialización, y cualquier otro *re* pertinente, y esto no es posible con un sujeto frente al cual el derecho penal se encuentra en incapacidad absoluta de cumplir sus fines, ese sujeto debe ser tratado como inimputable o como incapaz y ser pasible de una *medida de seguridad*.

El afincamiento de propuestas de *derecho penal del enemigo* y de *derecho procesal penal del enemigo*, como se podría apreciar en las reformas últimas al código penal y al de procedimiento penal, no es conveniente para la consolidación de un Estado constitucional de derechos y justicia como se define el Ecuador.

Esto puede traer incluso consecuencias peligrosas, porque un discurso de máxima represión y de aumento de penas, cuenta con una legión de seguidores, a lo que hay que sumar el efecto mediático que genera un *derecho penal del enemigo*. Durante algunas décadas dedicadas al derecho penal, hemos vivido la experiencia de las exigencias ciudadanas de aumentar las penas y al mismo tiempo de recortar los beneficios de excarcelación. Recuerdo

preguntas como ésta: “y usted profesor ¿cómo reaccionaría si una hija suya es violada y asesinada?”.

El **artículo 3 de las reformas**, dice:

Sustitúyase el artículo 569 del Código Penal, por el siguiente:

“Será reprimido con reclusión menor extraordinaria de tres a seis años y multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de América, quien oculte, custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia, en todo o en parte, los bienes, cosas o semovientes, producto del robo o hurto, o cuya procedencia legal no pueda probarse”.

Se ha venido sosteniendo por expertos y por no expertos, que un factor desencadenante de la criminalidad referida a los delitos contra la propiedad, es la presencia de personas que están dispuestas a comprar de primera mano para luego a su vez vender, las cosas hurtadas o robadas, pues se agrega que si no hubiera personas dispuestas a la *receptación* y posterior negociación, este factor exógeno de criminalidad resultaría inexistente, y los delincuentes no tendrían a quien vender los objetos sustraídos.

Se ha expresado igualmente que resulta un contrasentido, que se llegue a penalizar con una mayor sanción a quien oculta lo hurto o robado frente a quien se ha sustraído el objeto, pues la conducta posterior resultaría incluso de *menor peligrosidad*. Parece ser ésta una propuesta más de *derecho penal simbólico*.

En lo personal reconocemos que aunque venimos trabajando por las propuestas de un Estado constitucional de derechos y justicia, por la consolidación de un *derecho penal mínimo* y por la aplicación plena del *principio de oportunidad* que significa la renuncia del Estado al ejercicio de su poder punitivo, frente a los delitos de bagatela o en aquellos casos de poca significancia en cuanto a los

bienes jurídicos afectados, cuando se trata de la afectación grave de bienes jurídicos como la vida, la reserva sexual de la infanto-adolescencia, y en los casos de delincuencia organizada transnacional o transfronteriza, estamos convencidos que la respuesta adecuada en el ámbito de la punibilidad debe guardar la debida *proporción* con la gravedad del bien jurídico vulnerado.

Admitimos que hace aproximadamente tres décadas sosteníamos que el monto de las penas en el Ecuador era proporcionado a la gravedad de los bienes afectados. Creemos hoy que el aumento de las penas en Ecuador, que se vino dando para llegar desde un máximo de 16 años, hasta la pena de 25 años y en el caso de concurso ideal de delitos hasta 30 años, era una necesaria respuesta social por el incremento de la criminalidad de contenido violento, y la aparición de nuevas formas de criminalidad que demandan de una mejor respuesta social.

No sé en realidad si los fines de prevención, general o especial que se pretenden, tengan cumplida realización con la propuesta de esta parte de las reformas.

Pueden presentarse situaciones confusas, que vamos a tratar de dilucidar. Pues hay que diferenciar a este tipo penal de lo que constituye la figura del *encubrimiento*. Hay que clarificar que se trata de dos tipos de delitos, el antecedente o primario que podría estar constituido por un hurto o robo, y el delito posterior que es una forma de *receptación*.

Podemos considerar a este tipo de delito como un tipo penal autónomo e independiente, del delito de hurto o de robo, pues de lo contrario se puede producir la hipótesis de que un sujeto “A” es el responsable del delito de robo o de hurto, y ese mismo sujeto puede ser reputado como responsable del delito autónomo de receptación (con una pena inclusive más grave).

Sobre esto hay que dejar en claro que un sujeto o sujetos deben responder por el hurto o robo que son delitos contra la propiedad, y otro sujeto o sujetos deben responder cuando la conducta se adecúe típicamente en cualquiera de los verbos rectores que son los de *ocultar, custodiar, guardar, transportar, vender o transferir*. Se trata de un tipo penal con pluralidad de verbos rectores.

En cuanto al bien jurídico protegido, por una parte se puede considerar a la *propiedad* en que el sujeto activo no solo se beneficia a nivel personal, sino que se lesiona la seguridad ciudadana con lo cual se afecta en definitiva a la sociedad. Puede pensarse también en una lesión a la administración de justicia, pero no nos agrada la idea de un *bien jurídico difuso* al que podemos llegar cuando estamos pensando en la idea de un delito de peligro.

En otro orden de ideas, podemos concebir a este tipo penal como una forma modal de *blanqueo de activos provenientes de un acto delictivo*, que no requiere como presupuesto de procedencia para el ejercicio de la acción penal ni para su sanción, que se haya descubierto y sancionado el delito previo (el hurto o el robo), pues basta que hayan *indicios* que permitan presumir razonablemente que los objetos que se ocultan, custodian, guardan, transportan, vendan o transfieran la tenencia, tienen un origen ilícito. Pues el legislador ha señalado como una forma modal, que *la procedencia legal no pueda probarse*. Esto nos lleva a reconocer que se va a producir una *inversión del onus probandi*, vale decir, que ante la presencia de objetos, estará obligado el sujeto que los guarde, custodie, transporte, etc., a probar su procedencia legal.

El tema se vuelve discutible por la *inversión de la carga de la prueba*, tanto más si de acuerdo con las normas del Código Civil, la compraventa se perfecciona una vez que se produce la entrega de la cosa aunque el precio pactado o acordado no se haya pagado. Tampoco se requiere de un documento escrito para justificar la compra venta y por ende el origen lícito del bien, pues un contra-

to bilateral como éste, admite la modalidad de ser verbal o escrito.

En nuestro medio la presencia de las denominadas *cachinerías* que son sitios en donde se guardan, exhiben y venden objetos hurtados o robados, tienen un gran incentivo que son los compradores, generalmente los propietarios de cosas que le han sido hurtadas o robadas –como los accesorios de automotores- y que encuentran un mecanismo de reposición más barato, como es la compra a los denominados *cachineros*. Tal vez ello explique la imposición de penas más graves para quienes intervienen con posterioridad al hurto o al robo, pues se pretende que la amenaza de la pena funcione como un mecanismo de disuasión y de prevención general.

No es necesario que se pruebe el delito previamente cometido, pues es suficiente que se encuentren evidencias que permitan presumir razonablemente su origen ilícito, para que se sancione a quienes sean encontrados con esos efectos o bienes en su poder y no puedan justificar fehacientemente la licitud de su procedencia. Esta es en definitiva una ampliación de formas modales de adecuación típica, con el argumento de funcionar como instrumento de política criminal disuasoria.

El artículo 4 de las reformas, dice:

Sustitúyase en el Art. 51 del Código Penal, el numeral primero del párrafo de las “Penas peculiares de la contravención”, por el siguiente:

1.- Prisión de uno a treinta días.

“Sustitúyase el primer inciso del Art. 607, por el siguiente:

‘Art. 607.- Serán reprimidos con multa de catorce a veintiocho

dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y prisión de cinco a treinta días; y, reemplácese el numeral primero por el siguiente: ‘1. El hurto siempre que el valor de las cosas sustraídas no supere el cincuenta por ciento de una remuneración básica unificada del trabajador en general’”.

Se advierten dos propuestas, un aumento de las penas tanto de prisión como de multa, y la construcción del delito en función del monto de lo sustraído cuando se trata del delito de hurto, en que no hay fuerza en las cosas ni el ejercicio de violencias contra las personas, como medios para llegar a la sustracción fraudulenta de cosa ajena.

No hay una decisión de mejor contenido operativo como debiera ser la ampliación de la competencia de los jueces de contravenciones, que aun no han sido nombrados por el Consejo de la Judicatura. Los actuales intendentes y comisarios de policía no son en verdad jueces contravencionales, pues siguen siendo nombrados por el ejecutivo a través del Ministerio de Gobierno y pretenden actuar como jueces de garantías penales en materia de contravenciones. Hasta ahora no comprendemos porque no se emprende en la tarea de dar nacimiento a los jueces de contravenciones que deben ser nombrados por el Consejo de la Judicatura y someterse a lo que dispone el Código Orgánico de la Función Judicial. Debe igualmente reconocerse el *derecho al doble conforme* implementando el recurso de apelación para el juzgamiento de las contravenciones, de manera que un tribunal de alzada pueda auditar la actuación del juez *a-quo*, que debe juzgar acatando las garantías del derecho al debido proceso. Pues aunque se trate de contravenciones, debe respetarse en el procedimiento -para su juzgamiento- el debido proceso.

Comentario al aumento de penas previsto en ésta y otras reformas al Código Penal

Sin entrar en la propuesta de ser opuesto a las reformas *per se*, opinamos que se busca implementar un aumento del nivel punitivo en lesiones patrimoniales de poca cuantía, como una respuesta más de política pura que de política criminal. Esta respuesta ha sido impuesta por un *discurso de la emergencia* que ha sobredimensionado en más de una ocasión el incremento de la *criminalidad de bagatela* constituida por delitos contra la propiedad de poca monta que no son de contenido violento, como sustracciones aprovechando el descuido de la víctima. Puede discutirse de acuerdo con el *principio de proporcionalidad*, la constitucionalidad de un incremento de las penas, que ha sido retroalimentado por un discurso de seguridad ciudadana, un notable jurista argentino el Prof. Dr. D. Carlos PARMA en una de sus recientes publicaciones DERECHO PENAL CONVEXO⁷⁷, de su extraordinario acervo jurídico nos proporciona un importante material para recordarnos, que sin certeza y con ausencia de comprobación empírica la pena no ha podido demostrarnos que la función rehabilitadora se cumpla, y que antes por el contrario se cumpla esa percepción del vulgo de que la pena antes que rehabilitar “perfecciona” al delincuente.

Los fines de prevención general o especial no tienen una concreción real con el aumento de penas o de creación de nuevas formas de criminalidad en las reformas penales, pues ésta es una respuesta además de política, eminentemente *simbólica*, la verdadera prevención de los delitos tradicionales o comunes, demanda acometer honestamente los factores criminógenos que son de índole eminentemente estructural y que están asociados a factores como los de falta de fuentes de trabajo, extrema pobreza, ausencia de educación, inasistencia en materia de salud, déficit de

⁷⁷ PARMA, Carlos, *Derecho penal convexo (El espejo del derecho penal)*. Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales, Ediciones el Original, San José, La Paz-Bolivia, 2008, p. 13. El formidable maestro argentino nos dice que, “En esta inteligencia vemos como el espejo devuelve al revés la imagen, también el derecho penal hace lo propio”.

vivienda, etc., pero esta verdadera prevención tiene una factura que debe pagarla el Estado.

Mas ante la creación de un *discurso de la emergencia*, que el propio Estado ha propiciado con declaratorias de emergencia por el incremento de la criminalidad en diferentes territorios del Ecuador, se buscó la respuesta de primera mano y la *más barata* que es el aumento de las penas o creación de nuevos tipos penales que sin duda tiene un efecto mediático. Por otra parte, durante mucho tiempo venimos sosteniendo que la pena solamente tiene un fin de *retribución* que significa que ante la comisión de un mal (el delito), el Estado le impone otro mal (la pena), cuyo monto no puede vulnerar el *principio de proporcionalidad*. Nosotros somos partidarios de una política criminal respetuosa de los derechos humanos, pues el irrespeto a los derechos humanos contradice la vigencia de un Estado de derechos y justicia.

Como dice el profesor de la Universidad de Mendoza, Carlos PARMA, “la consigna represiva nunca fue buena compañera en la gran batalla que se libra contra el delito. Se sabe a ciencia cierta que la prevención es la única salida posible. Insisto en mi tesis de que sólo reduciendo la violencia, en todas sus formas y géneros, el derecho penal estará a resguardo”⁷⁸.

Coincidiendo con nuestra propuesta de que política criminal no es solamente seguridad ciudadana, afirma el profesor de nuestra última cita. “No hace falta ser un eximio criminólogo para comprender que la política criminal no solo debe orientar al Derecho Penal -en la legítima aspiración de Roxin- sino nutrirse de cuanta disciplina sirva para que el flagelo del delito no sea más que la consecuencia irreversible de la desnutrición infantil, la falta de vivienda, la desocupación laboral, la droga temprana, la violencia intrafamiliar, la escasez de escuelas, la pobreza extrema, la judicía-

⁷⁸ PARMA, Carlos, op. cit., p. 19.

lización e institucionalización prematura, la ausencia de asistencia sanitaria”⁷⁹. PARMA asegura lapidariamente que *hace tiempo que el Estado en Latinoamérica ha decidido suicidarse en materia de prevención*.

Agregamos que, más de un segmento de las reformas penales, contradice las propuestas de efectivizar principios constitucionales como los de *oportunidad* y de *mínima intervención penal* y es manifiestamente violatorio del *principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas*. Se pretende determinar penas que ignoran la medida del injusto y de la culpabilidad del acto y se llega incluso a entronizar la propuesta de un *derecho penal de autor* y no de acto como observaremos en algunas propuestas de la reforma en el ámbito procesal penal. Como nos recuerda Carlos PARMA, “la producción simbólica de normas penales a las que estamos acostumbrados en nuestro país (se refiere el caso argentino) por la cual se aumentan indiscriminadamente las escalas, están justificadas y son válidas mas allá de su eficacia práctica, porque en términos de costos sociales implican un esfuerzo mucho menor de lo que serían encarar las soluciones plausibles: atacar las causas sociales del fenómeno, mejorar la calidad del servicio de justicia, reforzar el equipamiento y la retribución de las agencias policiales”⁸⁰.

Los planteamientos que compartimos con el querido amigo y jurista PARMA no nacieron hoy ni ayer, pues basta revisar los programas de política criminal que se diseñan en los grandes encuentros de Naciones Unidas de cada cuatro años que siguen apuntando a problemas como los de pobreza, educación, salud, trabajo, vivienda, etc., a los que debemos sumarle factores nuevos como los relacionados con las drogas.

⁷⁹ PARMA, Carlos, op. cit., p. 20.

⁸⁰ PARMA, Carlos, op. cit. p. 23.

Un gran catedrático español el profesor Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, se refiere a la presencia de un *derecho penal de tres velocidades*, la primera caracterizada por aquel conjunto de normas que imponen sanciones privativas de la libertad. En este estadio tienen carta de residencia los principios, garantías procesales del debido proceso, y las reglas de imputación generalmente aceptadas (o clásicas). A la *segunda velocidad* derivan las regulaciones que imponen penas privativas de derechos o sanciones pecuniarias como las de multa, llegando a sanciones de menor intensidad por la menor gravedad de los delitos flexibilizando los principios y reglas de imputación tradicionales. En la *tercera velocidad* -en que podemos ubicar al *derecho penal del enemigo*- se aglutinan las normas que imponen penas privativas de la libertad con una tendencia sostenida al aumento de los montos, hasta llegar a la pena de muerte, y al mismo tiempo se va generando un discurso de *derecho procesal penal del enemigo* con un recorte de garantías procesales y beneficios de excarcelación. Sugerimos revisar la obra magistral de Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*⁸¹, para una mejor aproximación al tema.

El gran maestro español nos orienta diciendo: “1. El conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos reseñados en los apartados anteriores está teniendo en el Derecho penal un cúmulo de efectos, que configuran lo que hemos dado en llamar *expansión*. A algunas de las manifestaciones de la «expansión» ya se ha hecho alusión ejemplificativa más arriba: así, a la flexibilización de los principios político-criminales o de las reglas de imputación. En otras manifestaciones, en particular las relativas al *incremento y ampliación de las sanciones* no nos detendremos aquí especialmente.

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, Segunda edición, Civitas, Madrid, 2001, 167 páginas.

Pese a que es innegable que la evolución histórica del Derecho penal se define por una progresiva disminución del rigor de las sanciones que impone, en la sociedad de la inseguridad se observa, de modo quizá pasajero, pero en todo caso claramente perceptible, una orientación hacia el incremento de las sanciones y, asimismo, a su ejecución rigurosa. La misma inseguridad determina, aparentemente, el definitivo abandono de tesis resocializadoras y la primacía de los aspectos de prevención especial negativa, esto es, de intimidación individual e inocuización. Todo ello, en un contexto defensista, expresión del claro asentamiento de políticas de *ley y orden*⁸².

Es cierto que en el ámbito europeo especialmente, los procesos de despenalización fueron característica de los años sesenta y setenta, mas hoy enfrentamos procesos de criminalización cuya *impronta* es el aumento de penas, y el recorte de las garantías procesales y de los beneficios de excarcelación. Hechos recientes como el ocurrido en la última semana de marzo del 2010 en Moscú, con los atentados terroristas en el Metro que llegaban al 4 de abril a 40 muertos y decenas de heridos, en que habrían participado las denominadas *viudas negras*, que resultan ser jóvenes de religión musulmana que fungen como disidentes y cuyos maridos habrían muerto en enfrentamiento con el ejército ruso, marcan el futuro de un terreno fértil para el *derecho penal del enemigo*.

No pretendemos pecar de ciegos o sectarios, y por ello manifestamos que ante la aparición de nuevas formas de criminalidad y de su crecimiento que son una constante, se hace necesaria una mejor respuesta inclusive en el ámbito de la represión, que allí puede tener un efecto de prevención por la *intimidación*. El riesgo es que esta necesaria repuesta de política criminal pueda producir una *onda expansiva*, que termine convirtiendo a todo el sistema penal en un *sistema de tercera velocidad*.

⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit., p. 121.

Reconocemos que una *tercera velocidad* aparece como razonable y acorde al *principio de proporcionalidad* cuando se trata de la criminalidad de contenido violento y de especial gravedad que incluye al terrorismo, a la delincuencia organizada transnacional o transfronteriza, a la pedofilia y pederastia, al tráfico ilegal de migrantes, al tráfico de drogas ilegales y al lavado de activos, que a su vez alimenta a la criminalidad de mayor costo social, otro tanto cabe pensar en los actos de terrorismo de Estado en que hay que decirle *no a la impunidad o nunca más*. Podemos admitir que ante las formas de criminalidad de mayor costo social, el *derecho penal del enemigo* aparece como un mal menor, PERO, la realidad nos revela que esta admisión con reserva y estrictamente ceñida a lo absolutamente necesario, se desborda y es inmanejable.

La experiencia pone en evidencia que los Estados occidentales van incorporando una cultura de la emergencia que hace metástasis en todo el sistema penal, con la respuesta fácil y de primera mano que es el incremento de las penas y el recorte de las garantías procesales y de beneficios de excarcelación, que tienen un gran efecto mediático. El resultado es que el *derecho penal del enemigo* y el *derecho procesal penal del enemigo* adquieren carta de ciudadanía en un Estado que pretende ser *Estado constitucional de derechos y justicia*. Tenemos el ejemplo de lo que ha pasado en el primer mundo incluyendo a España, con la legislación antiterrorista consagrada en algunos tipos penales del Código de 1995, y la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2000.

Como dice Carlos PARMA, “En síntesis este ‘derecho penal del Enemigo’ sostiene: a) el adelantamiento de la punibilidad; b) la falta de una reducción de la pena proporcional; c) la supresión o el debilitamiento de las garantías procesales; d) el desapego de los tratados internacionales de Derechos Humanos y de Tribunales Internacionales”⁸³.

⁸³ PARMA, Carlos, op. cit. pp. 31-32.

Como estamos en la línea de retorno al *viejo y querido derecho penal liberal* y sus garantías que se concretan con la *minima intervención penal*, el catedrático español SILVA SÁNCHEZ nos dice que miremos la realidad y que es dudosa la existencia de ese derecho penal liberal que es reclamado hoy por muchos, en sus propias expresiones, leemos:

“Frente a los fenómenos que se han ido constatando y que redundan en una progresiva expansión del Derecho penal, hay quien aboga por una vuelta al Derecho penal liberal, un Derecho ceñido a la protección de los bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta vinculación por los principios de garantía. La intención que guía tal propuesta es, sin duda, la de recuperar su configuración como un Derecho estricto de garantía de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado. Sin embargo, como se ha dicho por otros, en esa pretensión se dan elementos no sólo anacrónicos, sino precisamente ucrónicos. En efecto, el Derecho penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal. Por un lado, porque en tal reconstrucción se olvida la presencia en aquél de una rígida protección del Estado así como de ciertos principios de organización social. Por otro lado, porque la rigidez de las garantías formales que era posible observar en él no representaba sino el contrapeso del extraordinario rigor de las sanciones imponibles. La verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días”⁸⁴.

Un gran jurista ecuatoriano de enorme prestigio, de una enorme cultura ecuménica en el campo penal y criminológico, y de reconocida erudición, es el profesor Edmundo René BODERO que en estos días enciende la luz con una obra de necesaria lectura y estudio, misma que tiene un título sugestivo, *Teoría económica de*

⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, op. cit. p. 149.

la delincuencia. El neoliberalismo como factor criminógeno, pues para el autor, “al delito se lo ha estudiado antropológica, biológica, psicológica y sociológicamente. Jamás económicamente, como si entre economía y delito no existiera vinculación alguna”⁸⁵.

El aporte de Edmundo René BODERO es fundamental e importante porque se trata de la explicación de la criminalidad desde un determinado modelo económico. De manera que la mayor o menor intensidad del delito, va a depender del modelo económico de sociedad. Como sabemos, actualmente, el término *economía política*, se utiliza comúnmente para referirse a estudios interdisciplinarios que se apoyan en la economía, la sociología, la comunicación, el derecho y la ciencia política para entender cómo las instituciones y los entornos políticos influyen la conducta de los mercados. Dentro de la ciencia política, el término se refiere principalmente a las teorías liberales, marxistas, o de otro tipo, que estudian las relaciones entre la economía y el poder político dentro de los Estados, esto nos lleva a calificar la obra de nuestro apreciado amigo E.R. BODERO, como un verdadero *Tratado de economía política del delito y de la pena*.

Como no podía ser de otra manera en el tema del *derecho penal del enemigo* (el Capítulo XIX de su obra tiene como epígrafe *Derecho penal contra el enemigo*) nos dice: “El poder punitivo siempre depuró a ciertos seres humanos un trato que no correspondía a su condición de *personas*. Los consideraba *entes peligrosos o dañinos* y los calificaba de *enemigos* de la sociedad, negándoles el derecho a ser juzgados y sancionados según los cánones del derecho penal liberal y por tanto impidiéndoles gozar de las garantías establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos. Las leyes, la doctrina, los saberes empíricos sobre conducta humana

⁸⁵ BODERO, Edmundo René, *Teoría económica de la delincuencia. El neoliberalismo como factor criminógeno*, Publicación del Ateneo Jurídico Cia. Ltda., Guayaquil, 2010, p. 25.

(criminología tradicional o etiológica) legitiman dicho tratamiento diferencial y hasta pretenden darle justificación científica”⁸⁶.

Al igual que en su momento lo había admitido Eugenio Raúl ZAFFARONI, el profesor BODERO reconoce que la propuesta del profesor JAKOBS es de la más absoluta buena fe, pues considera que: “Al derecho penal para el *ciudadano* y al del enemigo los sitúa en un estado de derecho. Además, pretende impedir la extensión del fenómeno a todo el derecho penal”⁸⁷. Ésta es la mejor evidencia de que BODERO y otros, entre los que me incluyo, no somos anti jakobianos, aunque no compartamos los postulados del *derecho penal del enemigo*, que no nace con el pensamiento del ilustre catedrático alemán, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gunther JAKOBS, uno de los íconos más importantes del derecho penal de la primera década del siglo XXI, y sin duda de lo que le tocó vivir del siglo XX. El *derecho penal del enemigo*, ya tenía carta de residencia desde que la sociedad se dividió en clases, de manera que los alejados del manejo del sistema de producción serán siempre los *excluidos* o *marginados*, no sólo del Estado de bienestar sino inclusive de la justicia.

Nos recuerda BODERO que Carl SCHMITT, un teórico del nazismo, con el propósito de facilitar la eliminación de judíos, gitanos, opositores políticos, prisiones, etc., también aceptaba que la sociedad estaba compuesta por enemigos y no enemigos, “visto lo anterior, no queda duda alguna que el *Derecho Penal del Enemigo*, es de antigua data, sólo que anteriormente se lo conocía como derecho penal de excepción o de emergencia y era acremente censurado, mientras en la actualidad constituye un enclave en el tambaleante derecho penal liberal y cuenta con defensores y cultores que lo consideran imprescindible en la sociedad de riesgo en que vivimos”⁸⁸.

⁸⁶ BODERO, Edmundo René, op. cit., p. 373.

⁸⁷ BODERO, Edmundo René, op. cit., p. 374.

⁸⁸ BODERO, Edmundo René, en op. cit., p. 377.

Siempre será de discusión sin término, tratar de responder a la pregunta *¿por qué castigar?*

Pretendemos buscar respuestas en la sabiduría de un enciclopédico como es el Dr. Dr. h.c. múlt. Luigi FERRAJOLI quien nos dice en un trabajo monográfico: “La pregunta *¿por qué castigar?*” puede ser entendida con dos sentidos distintos: a) el de *porqué existe* la pena, o bien por qué se castiga; b) el de *porqué debe existir* la pena, o bien por qué se debe castigar. En el primer sentido el problema del *porqué* de la pena es un problema *científico*, o bien empírico o de hecho, que admite respuestas de carácter historiográfico o sociológico formuladas en forma de proposiciones asertivas, verificables y falsificables pero de cualquier modo susceptibles de ser creídas como *verdaderas o falsas*. En el segundo sentido el problema es, en cambio, uno de naturaleza *filosófica* - más precisamente de filosofía moral o política- que admite respuestas de carácter ético-político expresadas bajo la forma de proposiciones *normativas* las que sin ser *verdaderas ni falsas*, son aceptables o inaceptables en cuanto axiológicamente válidas o inválidas.

“Para evitar confusiones será útil utilizar dos palabras distintas para designar estos significados del *porqué*: la palabra *función* para indicar los usos descriptivos y la palabra *fin* para indicar los usos normativos. Emplearé correlativamente dos palabras distintas para designar el diverso estatuto epistemológico de las respuestas admitidas por las clases de cuestiones: diré que son *teorías explicativas o explicaciones* las respuestas a las cuestiones históricas o sociológicas sobre la función (o las funciones) que de hecho cumplen el derecho penal y las penas, mientras son doctrinas *axiológicas o de justificación* las respuestas a las cuestiones ético-filosóficas sobre el fin (o los fines) que ellas deberían perseguir”⁸⁹.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi, en *El Derecho Penal Mínimo*, traducción de Roberto Bergalli, p. 2.

El destacado catedrático de la Universidad de Camerino, Luigi FERRAJOLI nos previene del vicio metodológico que puede observarse en muchas de las respuestas a la pregunta ¿por qué castigar?, que consiste en la confusión en la que caen entre *función* y *fin*, o bien entre el *ser* y el *deber ser* de la pena, y en la consecuente asunción de las explicaciones como justificaciones o viceversa. “Esta confusión es practicada antes que nada por quienes producen o sostienen las doctrinas filosóficas de la justificación, presentándolas como *teorías* de la pena. Es de tal modo que ellos hablan, a propósito de las tesis sobre los fines de la pena, de *teorías* absolutas o relativas, de *teorías* retributivas o utilitarias, de *teorías* de la prevención general o de la prevención especial o similares, sugiriendo la idea que la pena posee un efecto (antes que un fin) retributivo o reparador, o que ella previene (antes de que deba prevenir) los delitos, o que reeduca (antes que debe reeducar) a los condenados, o que disuade (antes que deba disuadir) a la generalidad de los ciudadanos de cometer delitos”⁹⁰.

El ilustre precursor del *derecho penal mínimo* que debe ser la antípoda del *derecho penal del enemigo*, nos recuerda que en una confusión análoga se encuentran también quienes producen o sostienen teorías sociológicas de la pena, presentándolas como doctrinas de justificación. Contrariamente a los primeros, estos últimos conciben como fines las funciones o los efectos de la pena o del derecho penal verificados empíricamente; es así que afirman que la pena debe ser aflictiva sobre la base de que lo es concretamente, o que debe estigmatizar o aislar o neutralizar a los condenados en cuanto de hecho cumple tales funciones (sic).

En la búsqueda de esta suerte de fin y justificación de la pena, resultaría una falta académica imperdonable no citar el pensamiento de la cumbre más importante del penalismo latinoamericano, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Eugenio Raúl ZAFFARONI

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 2.

cuyas primeras pinceladas sobre la denominada *Teoría agnóstica de la pena*, habían sido ya esbozadas en su libro, *En busca de las penas perdidas*⁹¹.

En este libro que es un clásico del derecho penal contemporáneo el eximio maestro argentino, luego de cuestionar “algunas manifestaciones discursivas de la llamada ‘doctrina de la seguridad nacional’, la apelación al positivismo legal, la invocación de valores por vía de un neoescolasticismo poco ortodoxo, la evasión a través de los obstáculos epistemológicos al saber jurídico, un burdo retribucionismo poco explicado, el uso reiterativo de ideas peligrosistas frecuentemente amalgamadas -de modo inexplicable- con el ‘bien común’ tomista, etc.”⁹², expresa que “por el otro lado, han comenzado las tentativas de reacción positiva a través de un derecho penal ‘crítico’, que aun no ha sido desarrollado *in extenso*, pero que es un claro signo de la situación crítica que caracteriza al penalismo de la región en este momento”⁹³.

La excesiva generosidad del penalista más importante de esta parte del mundo hispanoparlante lo lleva a incluirme en la nómina de los penalistas críticos, pues afirmaba hace veinte años: “Es evidente que la criminología crítica latinoamericana, que precipitó la situación crítica a la que nos referimos, halló un número considerable de penalistas que fueron más sensibles al impacto deslegitimante. En esta línea se puede mencionar, entre otros a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, el lamentado EMIRO SANDOVAL HUERTAS, ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL, LUIS DE LA BARREDA SOLORZANO, ESTEBAN RIGHI y, en España, FRANCISCO MUÑOZ CONDE”⁹⁴.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, 2da. edición, Temis- Bogotá, 1990, 255 páginas.

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 90.

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 91.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 91.

En su obra monumental *Derecho Penal. Parte General*⁹⁵, el Profesor ZAFFARONI, en la construcción de la *Teoría Agnóstica de la Pena* nos dice: “Ante el fracaso de las ideas de la resocialización y de todo el conjunto de teorías preventivas especiales positivas (o ideologías *re*), resulta que en la realidad la prisión se convierte en un mero local de depósito de seres humanos deteriorados, lo que se asume discursivamente con el argumento de la superioridad de su administración por empresas privadas de mayor eficiencia que la administración estatal. Se trata de una tendencia genocida que, en definitiva se afilia a la prevención especial negativa, es decir a la idea de prisión como pena de muerte eventual (por suicidio, homicidio o enfermedad, especialmente por la difusión de enfermedades virósicas) o como pena neutralizadora por morbilidad o deterioro psicofísico. Pareciera que la crisis de las ideologías *re* (que coincide con la crisis del estado providente) conduce a una prisión genocida sin ideología, pues incurre directamente en la eliminación, sin tentativa alguna de teorizarlo”⁹⁶.

Nos estremece la predicción del maestro ZAFFARONI, de que la cárcel del siglo XXI deje de ser una institución de secuestro - del secuestro institucional al que se refiere Roberto BERGALLI, o institución total o de secuestro, como la denominaba Michel FOCAULT⁹⁷- para convertirse en una institución de eliminación, transformándose a través de la generalización de las cárceles de seguridad, en un campo de exterminio físico o psíquico, con mayor o menor sofisticación. En sus orillas o extremos eliminatorios tendríamos que pensar en la tecnología de Estados Unidos y en el empirismo de América Latina. Tal vez por ello FOCAULT decía premonitoriamente, que el juez de la aplicación de las penas era un *hijo bastardo y sin embargo deforme* del sistema penal⁹⁸.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires- Argentina.

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 891.

⁹⁷ FOCAULT, Michel, *Vigilar y castigar, El nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores. 6ta, edición, México, 1981, 314 páginas.

⁹⁸ FOCAULT, Michel, op. cit., p. 252.

Todas las teorías de la pena que usualmente se estudian en Derecho penal, desde las más antiguas (retribución, prevención general negativa, prevención especial) hasta las más modernas (teorías mixtas, prevención general positiva, derecho penal mínimo), le asignan a la pena estatal un fin positivo, o si se quiere, una utilidad social. Todas ellas, tienen en común que parten del “deber ser” y pretenden dirigirse al “ser” de una realidad social y —más específicamente— de un sistema penal dado.

El profesor y amigo, Eugenio Raúl ZAFFARONI, luego de confrontar los principios teóricos de cada una de dichas teorías que pretenden legitimar la pena, y observar la operatividad real de todo el sistema penal, concluye que la evidencia empírica le niega toda eficacia a cada una de aquellas teorías. En este sentido, comienza su camino desde el “ser” de la realidad social y desde allí ejerce una suerte de falsación del “deber ser” de los postulados legitimantes. Además, basándose en datos empíricos, muestra cómo es el funcionamiento real de todo sistema penal que se caracteriza por ser selectivo, violento, en gran parte ilegal, discriminador, etc., y concluye negando la posibilidad de que pueda demostrarse científicamente que la pena estatal pueda tener algún fin positivo legitimador de ese sistema penal.

Es en este sentido que *el jurista debe ser agnóstico, en cuanto al fin de la pena*. Toda pena será, en definitiva, un acto de poder, más precisamente, un hecho político. Legitimar la pena es como quien procura encontrarle algún fin positivo a la guerra. Frente a ambos fenómenos el observador debe guardarse un juicio negativo en punto a su finalidad, y deslegitimar una pretendida bonanza de la pena.

De propia cosecha del profesor ZAFFARONI es su conocida teoría del *error de comprensión culturalmente condicionado*, que sin duda puede encontrar alguna resistencia en el foro europeo, pero que es atinado para resolver el juicio de reproche o de culpabili-

dad en el caso de ciudadanos que *pertenecen a una cultura o subcultura diferenciada, donde han internalizado valores diferentes o incompatibles*⁹⁹.

Cuanto bien haría a quienes pretenden trabajar en *anteproyectos* o *proyectos* de legislación penal y procesal penal, tener clara las ideas de los fines y funciones de la pena, y como lograr coherencia en las propuestas de una reforma penal y procesal penal que resulte respetuosa del Estado de derechos y justicia, pues el Ecuador de la hora presente, desde la óptica constitucional es más que un Estado de derecho.

ESTUDIO INTRODUCTORIO A LAS REFORMAS AL CPP

Procede revisar algunas actuaciones y casos, sobre la mala utilización de las garantías constitucionales y las del derecho al *debido proceso*, previstas *in extenso* en la Constitución de Montecristi del 2008, que revela una especie de *mala praxis* de los operadores del sistema penal al irrespetar el procedimiento y en muchos casos inclusive actuar en contra de ley expresa, frente a lo cual debemos recordar expresiones admonitorias que provienen del autor del *proyecto de Código Procesal Modelo para Iberoamérica*, nuestro amigo, el jurista Dr. Dr. h.c. mult. Julio Bernardo José MAIER, quien afirma *no hay que echarle la culpa al código o al modelo acusatorio*. Es verdad como dice también MAIER que el mejor código del mundo se vuelve ineficiente con malos operadores de la justicia.

Al tiempo de publicarse el contenido de las reformas al CP y al CPP el 29 de marzo del 2010, se hace conocer en medio de un formidable escándalo, alimentado por diferentes medios de comunicación, que involucra a radios, periódicos y canales de TV,

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, en op. cit. p. 704.

que se ha descubierto una *red*, otros incluso dicen que se trata de una *mafia* para obtener fraudulentamente visas de residentes en el Ecuador. Se presentan como presuntos responsables a ciudadanos cubanos, a un ex subsecretario del Ministerio de RR.EE., y a dos notarios de Guayaquil, y el cargo es de *delitos contra la fe pública*. Los cubanos no están detenidos aunque se afirma que se los va a procesar, pero sin que se trate de un caso de *delito flagrante* y sin que exista una orden previa emitida por escrito por un juez de garantías penales (Art. 77 n. 1 de la Constitución), se montó un espectáculo de gran efecto mediático para privar de la libertad al ex subsecretario y a los notarios. El argumento con el que se ha pretendido legitimar un manifiesto acto de *abuso de poder*, es el *combate a la corrupción* como política de Estado.

Yo he defendido la importancia del Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo del 2009, al que he calificado como un verdadero *Código de Justicia*, PERO, el mismo se olvidó del fuero de los notarios y de otros servidores de justicia como son los fiscales, en el Art. 169 último párrafo, leemos: “Se prohíbe a los jueces de juzgados dictar medidas cautelares en contra de personas que de manera pública y notoria ejercieren una función pública sujeta a fuero superior, aun cuando del proceso no constare dicha calidad”. Por su parte el Art. 208 *ibídem* que norma la competencia de las Cortes Provinciales determina: “(...) Se sujetan a fuero de Corte Provincial, por infracciones cometidas con ocasión del ejercicio de sus atribuciones, las gobernadoras y los gobernadores, la Gobernadora o el Gobernador Regional, las prefectas o los prefectos, las alcaldesas y los alcaldes, las y los intendentes de Policía, las juezas y jueces de los tribunales y juzgados, el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el Comandante General del Ejército, el Comandante General de la Marina, el Comandante General de la Fuerza Aérea, y el Comandante General de la Policía”.

Solamente en el caso del Fiscal General -y de otros altos funcionarios- está previsto el fuero de Corte Nacional en el Art. 192 del Código Orgánico de la Función Judicial, PERO, ¿qué ocurre con los Fiscales Provinciales y con los fiscales del primer nivel? Simple y llanamente que no tienen fuero de Corte. Éste es un olvido imperdonable y tiene mucha razón el cuestionamiento que en su momento hiciera el Fiscal General Washington Pesantez, al Código Orgánico de la Función Judicial, pues coloca en situación de enorme *vulnerabilidad* a los fiscales del primer y segundo nivel.

En el *caso de los notarios* no se trata de defender a determinada persona, sino de ubicar los hechos en el lugar que corresponde. El notario es un *fedatario*, vale decir, que da *fe pública* del documento que se otorga, no de la veracidad de su contenido. Esto es que certifica que documento se otorgó, no de la verdad de lo que el mismo contiene, pues el suscribiente de un documento puede estar mintiendo cuando le dice que vende cuando en verdad está donando, o si le dice que es de estado civil viudo y así consta en su cédula, sería *torpe* pedirle que exhiba la partida de defunción del o de la conyugue.

Apreciación doctrinaria de la falsedad

El delito objeto del escándalo que motiva estos comentarios, es de aquellos que lesionan la denominada “fe pública”, esto es la confianza depositada en el funcionario, servidor público, persona particular o la que se tiene en el propio documento. El Art. 339 del Código Penal dice: “Será reprimida con pena de seis a nueve años de reclusión menor, cualquiera otra persona que hubiere cometido una falsedad en instrumentos públicos, en escrituras de comercio o banco, contratos de prenda agrícola o industrial o de prenda especial de comercio, en escritos o en cualquier otra actuación judicial; ya por firmas falsas; ya por imitación o alteración de letras o firmas; ya por haber inventado convenciones, disposiciones, obligaciones o descargos, o por

haberlos insertado fuera de tiempo en los documentos; ya por adición o alteración de las cláusulas, declaraciones o hechos que esos documentos tenían por objeto recibir o comprobar”.

El Art. 341 *ibídem*, expresa: “En los casos expresados en los precedentes artículos el que, hubiere hecho uso, dolosamente, del documento falso, será reprimido como si fuere autor de la falsedad”.

El delito de falsedad documental puede ser cometido ya por un funcionario público ya por particulares, variando la pena por la calidad del sujeto activo, haciendo constar por nuestra parte que la falsedad puede ser clasificada en material e ideológica, siendo la primera la que recae sobre un documento genuino y la segunda la que consiste en la creación o forjamiento, como cuando se crea íntegramente el documento dándole la apariencia de genuino. Se hace reserva de la calificación o concepto de falsedad intelectual a la que incide sobre el contenido sustancial del documento genuino que sería una forma de falsedad material y se adopta el de falsedad ideal, cuando se produce la creación íntegra del documento.

La falsedad material puede incidir sobre la forma o sobre el contenido. Pueden alterarse por ejemplo, las declaraciones del funcionario público, o las fechas de otorgamiento, o los nombres de las personas que aparecen como testigos del acto del otorgamiento o como beneficiarios del documento; o puede alterarse la declaración de voluntad, la manifestación contenida en el documento, sin alterar las formas rituales. En otros casos puede también alterarse lo uno, la forma, como lo otro, el contenido.

La alteración de la forma produce la falsedad material formal, y la alteración del contenido la falsedad material ideológica o intelectual. La falsedad ideal consiste en forjar íntegramente el documento incidiendo tanto en la forma como en el contenido y es

íntegramente falso por haber sido creado sin la presencia de la persona ante quien debía otorgarse y sin que las personas que debían comparecer a su otorgamiento hubieran en efecto suscrito las declaraciones que constan en el documento forjado. El Art. 348 del Código Penal por su parte contempla precisamente la figura del forjamiento o falsedad material ideológica en el contenido declarativo, en una de las hipótesis que sería estableciendo “como verdaderos, hechos que no lo eran”¹⁰⁰.

El Prof. argentino Sebastián SOLER nos ilustra con respecto al tema manifestando “El delito consiste en introducir en un documento de forma abierta o atípica hechos falsos concernientes a lo que esa clase de documentos públicos están destinados a probar por si mismos (...) la falsedad ideológica no se refiere a cualquier falsedad o mentira introducida en el documento, sino solamente aquellas que recaen sobre el hecho que el instrumento mismo prueba”¹⁰¹.

El bien jurídico protegido

La fe pública debe ser apreciada como la confianza pública o colectiva que se tiene en las actuaciones judiciales, en la autenticidad de los instrumentos y en el contenido declarativo de los mismos, que se traduce en la fuerza probatoria de objetos, documentos y actuaciones judiciales. Constituye delito entonces la alteración fraudulenta y substancial que se comete vulnerando la fe o confianza pública. En este caso particular no solamente se vulneró la fe o confianza pública sino que además el o los comparecientes ante un notario habrían abusado de la confianza del notario para afirmar como ciertos, hechos en verdad falsos, como

¹⁰⁰ Cfr. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de práctica procesal penal*, Edilexsa, Lima-Perú, 2009. pp. 82-83.

¹⁰¹ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo V. Editorial Tipográfica, Buenos Aires, 1970, pp. 349 y siguientes.

el del tiempo de la permanencia en el país, de su actividad económica o de su relación afectiva o sentimental.

Otros casos de *mala praxis*

Se presentan situaciones en las que contradicen las propuestas de la *oralidad* que es fundamental para que se cumpla con la *celeridad procesal* y en definitiva con la *debida diligencia* (Artículos 168 n. 6, y 172 de la Constitución). En los casos de *flagrancia* de acuerdo con la reforma prevista como Art. 161.1 del CPP se debe dar paso a una audiencia oral pública y contradictoria, para calificar la *flagrancia* lo que permite legitimar la prisión ya producida, y se establece un plazo *máximo* de duración de la instrucción de hasta treinta días. En la práctica se presentan situaciones en que antes de los treinta días se *imputa* a otro ciudadano y se solicita una audiencia para la *formulación de cargos*, hasta que se produzca la audiencia de *formulación de cargos* pasan algunas semanas más, porque el primer señalamiento y a veces otros resultan fallidos. Con esta nueva *intimación* el proceso se puede alargar por treinta días más, con lo cual se dan casos en que el ciudadano detenido en *flagrancia* va a permanecer sin que se resuelva su situación procesal rebasando el tiempo de los noventa días como límite temporal para la duración de la instrucción fiscal en general.

Parecería que lo razonable es que a los treinta días se resuelva la situación de aquel detenido cuyo acto ha sido calificado como *flagrante*, sin perjuicio de que se sustancie una nueva instrucción contra el ciudadano que es imputado posteriormente.

Otro caso interesante es el que ocurre con la sustanciación y resolución *inmediata* que debe tomarse en el *recurso de apelación* que ahora se reforma como veremos posteriormente. La propuesta de que se ventile en *audiencia oral, pública y contradictoria* el recurso de apelación y que el mismo se resuelva de inmediato es precisamente para cumplir con el *principio de la celeridad procesal*, no

siendo valedero el argumento de los jueces de la alzada, de que la complejidad del caso impide que se resuelva de manera pronta, pues en el tiempo que transcurre entre la recepción del proceso y la convocatoria para la audiencia debe ser revisado el proceso por uno o por todos los jueces superiores a efectos de que tengan una visión sobre la verdad procesal.

La *audiencia oral, pública y contradictoria* es en realidad de debate oral, de argumentación y hasta de fundamentación, pero se va a resolver por el mérito de los autos, pues el plazo de la instrucción es fatal y cualquier incorporación de nuevos elementos de convicción, resultaría extemporánea, y por ende ineficiente e inconstitucional.

Hemos visto casos en que se cumplió con la sustanciación de la audiencia y se expresó que *la resolución se iba a tomar oportunamente*. Esto lo aprecio como sumamente grave pues se va a producir una hecatombe que sería la nulidad de la resolución, de oficio o a petición de parte. Esto podría conllevar inclusive la suspensión de los jueces del cargo y la posterior destitución de los mismos por el delito de *prevaricato* que es el actuar en contra de ley expresa. Resultaría ilógico que se diga que por la complejidad del caso se va a deliberar por tres días o por semanas como ha ocurrido, o que no se resuelva aún porque *se sigue estudiando el proceso*.

El Art. 345 del Código de Procedimiento Penal reformado el 24 de marzo del 2009, norma como se debe tramitar el *recurso de apelación* diciendo a la letra:

“Art. 345. Trámite.- *Una vez recibido el recurso la Sala respectiva de la Corte Provincial, convocará a los sujetos procesales a una audiencia oral, pública y contradictoria, dentro del plazo de diez días contados desde la fecha de recepción del recurso. La audiencia se llevará a cabo dentro de los diez días siguientes a la convocatoria, en la cual los intervinientes expondrán oralmente sus pretensiones, intervendrá en*

primer lugar el recurrente y luego la contraparte. Habrá lugar a réplica. Los jueces podrán preguntar a los sujetos procesales sobre los fundamentos de sus peticiones.

Finalizado el debate, la Sala procederá a la deliberación y en mérito de los fundamentos y alegaciones expuestas, pronunciará su resolución en la misma audiencia, considerándose que la decisión queda notificada legalmente a los sujetos procesales asistentes.

Luego de haber pronunciado su decisión y dentro de los tres días posteriores, la Sala elaborará la sentencia que debe incluir una motivación completa y suficiente y la resolución de mérito adoptada sobre el objeto del recurso, la que se pondrá en conocimiento de los sujetos procesales en los domicilios judiciales respectivos (...)."

En casos como el planteado, señalamos lo siguiente:

1.- Que hay causa de nulidad por violación del trámite previsto en el Art. 330 n. 3 del Código de Procedimiento Penal. La nulidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte como *recurso horizontal*.

2.- No hay manera legal de superar una *gravísima violación de procedimiento* como la comentada, pues la ley se presume conocida por todos y de mejor manera por los jueces. Si se apartan de lo que dice la ley es una forma modal de prevaricato prevista en el Art. 277 n. 3 del Código Penal que expresa: "Son prevaricadores (...) 3. Los jueces o árbitros que en la sustanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan".

3.- El Art. 345 del Código de Procedimiento Penal reformado, determina imperativamente que se dicte la resolución que resuelve el recurso de apelación finalizado el debate, debiendo pronunciarse la resolución en la misma audiencia, y esto no se cumple

siempre. *Una resolución que se tome posteriormente -como se ha acordado en una audiencia- está viciada de nulidad absoluta.*

4.- La reforma del 24 de marzo del 2009, busca que el proceso penal sea más dinámico y ágil. Es improcedente y contrario a la *celeridad procesal* e incumple la *debida diligencia* prevista en el Art. 172 de la Constitución, que el juez de la alzada que conoce de la apelación se tome dos, tres, cuatro o más días para “seguir deliberando”.

La deliberación es un acto inmediato, sin solución de continuidad. El juez o tribunal de la alzada debe estudiar el proceso o los autos procesales desde el momento en que recibe el proceso y cuenta con diez días para hacer el señalamiento, y diez días más a partir del señalamiento para que se celebre la audiencia. En estos veinte días que en la práctica se prolongan, porque más de una audiencia resulta *fallida*, el juez *ad-quen* o de la alzada, debe estudiar el caso para formar su criterio con el objeto de que una vez sustanciada la audiencia oral, pública y contradictoria, dicte *de inmediato* la resolución que estime procedente.

5.- el Art. 345 señala que *los jueces podrán preguntar a los sujetos procesales sobre los fundamentos de sus peticiones* (sic), precisamente para tener un mejor criterio de los autos procesales y apreciar mediante la argumentación oral, los *fundamentos de la pretensión*. Guardar el proceso durante algunas semanas, para luego convocar a una audiencia con el argumento de que se está *continuando con la audiencia suspendida* es desatender el contenido y finalidad de la reforma. Aunque se pueda incluso sostener que por respeto al *principio dispositivo* el juez no puede actuar de oficio, y que requerir a las partes para que expliquen las razones de su recurso puede vulnerar el *principio dispositivo*, de lo que se trata es de que juez se forme un mejor criterio para que resuelva *de inmediato*, que equivale a decir *en la misma audiencia*.

6.- En casos como el comentado, la fiscalía u otra parte procesal como puede ser un acusador particular, o la defensa del imputado, pueden comparecer bajo protesta para pedir la nulidad de la audiencia por violación de procedimiento, pues no se tomó la resolución una vez concluidos los debates. El Consejo de la Judicatura puede inclusive suspender a los jueces por incumplir el *principio de la debida diligencia* consagrado en el Art. 172 de la Constitución ya mencionado, y el *principio de celeridad* previsto en el Art. 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, pues hay violación de procedimiento y habrían actuado en contra de ley expresa (prevaricato). No quepa duda alguna de que se trata de un caso de *retardo injustificado*.

Aproximación a las audiencias orales

No hicimos un desarrollo mayor de la forma como debieran sustanciarse las audiencias orales en el trabajo que precede a éste¹⁰², pero algunas disposiciones de la reforma del 24 de marzo del 2009, dejaron abiertas las puertas para que se pretenda convocar a audiencias para discutir desde asunto importantes hasta temas intrascendentes pues el Art. 205.1 determina que “*Toda resolución que afecte a los derechos de las partes, será aceptada en audiencia con sujeción a los principios del debido proceso y al sistema acusatorio oral (...)*”.

El Art. 205.2 de las reformas del 2009, abre un mar de posibilidades pues dice: “*Las partes podrán proponer cualquier tema que crean procedente con excepción de los que entran en contradicción con el debido proceso, aquellos en los que exista una prohibición legal o afecten de manera ilegítima a uno de los derechos de las partes.*”

¹⁰² ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Estudio introductorio a las Reformas al Código de Procedimiento Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, 136 páginas.

Se pueden plantear temas tales como: legalidad de la detención; solicitudes referidas a adoptar medidas para que la Fiscalía y la Policía no violen los derechos del procesado; resoluciones para autorizar ciertos actos investigativos; auto de apertura de la instrucción fiscal; medidas cautelares, revisión de las medidas cautelares o apelación de las medidas cautelares; cierre del tiempo de investigación cuando se haya dictado prisión preventiva; procedimientos alternativos al juicio como acuerdos reparatorios, conversiones, suspensión condicional del procedimiento, procedimientos abreviados o simplificados.

Son actores indispensables para la válida realización de una audiencia; el Juez o Tribunal de Garantías Penales, el Fiscal, el abogado defensor y el procesado”.

El Juez deberá ser un conocedor profundo de lo que es el *debido proceso* y de las *garantías constitucionales* como para racionalizar que temas podrían vulnerar los derechos de las partes. Cuando se utilizan expresiones como: *cualquier tema que crean procedente (...)* *o se pueden plantear temas tales como (...)* podemos llegar hasta el infinito vía especulación.

La experiencia pone en evidencia que la denominada *audiencia de formulación de cargos* está generando un alargamiento de la duración del proceso penal en Ecuador, porque más de un señalamiento resulta fallido. Hemos tenido la experiencia como abogado litigante de casos en que transcurren algunos meses, hasta que la audiencia se produce. Con el procedimiento anterior a la reforma del 24 de marzo del 2009 el proceso hubiese sido mucho más rápido, pues una vez que se hacía la imputación en el documento escrito que suscribía el fiscal y era notificado, empezaban a correr los noventa días de plazo que tiene una duración solamente prorrogable en caso de nuevos imputados y hasta por treinta días más. El resultado es que el proceso está durando más tiempo que antes de la reforma.

La primera interrogante a dilucidar es *¿para qué sirve realmente la audiencia de formulación de cargos?* A nosotros nos queda claro que debiera ser la manera como al ciudadano se le hace la llamada *intimidación de cargos*, que es decirle porque razones se está iniciando un proceso en su contra porque él es el *imputado*. El imputado tiene derecho a contradecir la *intimación* y hasta proponer excepciones procesales que pueden ser *perentorias* o *dilatorias*, como las de cosa juzgada, de prescripción, de fuero, de territorio, de inexistencia de delito -que es el objeto jurídico del proceso-, de incapacidad de imputabilidad, de *prueba ilícita*, etc., excepciones sobre las cuales debe el juez pronunciarse previo el derecho al contradictorio o *discusión* entre las partes. La idea no es la de que el imputado o su defensa sea una suerte de convidado de piedra que debe limitarse a escuchar los cargos en su contra y guardar silencio.

Un aspecto importante que hemos destacado en otro momento es que el imputado tiene el derecho como garantía constitucional de ser prevenido de que el fiscal va solicitar medidas cautelares personales como es la *prisión preventiva*. Si el fiscal no tiene el cuidado o previsión de decirle al juez cuando solicita que se señale día y hora para la *formulación de cargos*, que va a pedir igualmente la *prisión preventiva* cuya procedencia tiene que ser discutida en audiencia, la petición sin previo aviso deja al imputado en indefensión violando el Art. 76, letras a) y b) de la Constitución que le garantiza el *principio de la inviolabilidad de la defensa* que debe hacerse efectivo permitiéndole que cuente con el tiempo y con los medios adecuados para preparar su defensa, que es acorde con lo que señala el Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos.

El Art. 217 del Código de Procedimiento Penal *reformado* el 24 de marzo del 2009, permite que el fiscal en la misma *audiencia de formulación de cargos*, solicite de estimar pertinente *medidas cautelares personales y reales (sic)*, pero esto no quiere decir que no está

obligado a decirle al juez previamente –que es el momento en que pide día y hora para formular cargos- que va a solicitar por ejemplo la prisión preventiva. Ocultar esta pretensión constituye sin duda un acto de *mala fe procesal* que está vetado de manera expresa en el Art. 174 de la Constitución vigente. Por su parte el Art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial al cual está sometido la fiscalía, consagra el **Principio de Buena Fe y Lealtad Procesal**. Hemos visto más de un proceso penal en el que se ha hecho tabla rasa de la inviolabilidad del derecho de defensa, pues se ha convocado a un ciudadano para hacerle la *formulación de cargos*, y sin aviso previo se ha pedido la prisión preventiva. Más de un juez ha sido obsecuente o temeroso, procediendo a dictar la prisión preventiva del ciudadano que fue a escuchar los cargos en su contra.

A veces el Fiscal no cumple el requisito de la fundamentación de una medida como es la prisión preventiva, y el juez se olvida de que de conformidad con el Art. 167.1 del CPP también *reformado* el 24 de marzo del 2009, *la solicitud de prisión preventiva debe ser motivada y el fiscal está obligado a demostrar la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar*. Si el fiscal no cumple con este requisito su pretensión es inválida, y el juez está obligado a rechazar el requerimiento sin más trámite porque así lo señala el mencionado Art. 167.1.

Recordemos lo que hemos expresado en otra de nuestras publicaciones: “(...) todos los contenidos de las normas constitucionales que consagran *principios* son directa e inmediatamente vinculantes a los poderes públicos, con tutela judicial efectiva (Art. 75 CR), e incluso con protección con acciones de ejercicio constitucional, mediante acción ordinaria o extraordinaria (Arts. 88 a 94 de la Constitución).

b.- La Constitución es un conjunto de normas jurídicas que se concretan en *principios* y en *reglas*.

c.- La aplicación de la Constitución a diferencia de lo que ocurre con la Ley, no se realiza por el método de la subsunción sino por la aplicación directa e inmediata de los *principios*. Vale decir que los *principios* tienen la característica de su operatividad inmediata que los hace más eficaces incluso que las *reglas*, porque estas requieren de un *supuesto* y como consecuencia de ello de un *precepto de conducta*. Por ejemplo cuando se trata de interrogar a un ciudadano con fines de investigación, en que hay este *supuesto*, del que surge el *precepto de conducta*, que es proveerlo de un abogado defensor, porque ésta es una garantía inviolable, y en ningún caso puede quedar en indefensión.

Los *principios* son en verdad las normas que reconocen los *derechos* de rango constitucional. Así es un *principio* de inmediata y directa aplicación el de la *legalidad del debido proceso* (Art. 76 n. 3), el de *presunción de inocencia* (Art. 76 n. 2), el de *garantía del cumplimiento de los derechos de las partes*, a que está obligado cualquier autoridad administrativa o judicial (Art. 76 n. 1). El *principio de la tutela judicial efectiva* que hemos invocado para que se reconozca la inaplicabilidad de la *prueba ilícita*, (sea por la *fuerza*, por su *modo de producción* o por una *pretendida aplicación*) es de aplicación directa e inmediata por expreso mandato del Art. 75 de la Constitución vigente, así como por lo dispuesto en el Art. 76 n. 4 de la misma Constitución, y por la normativa procesal consignada en los artículos 80 y 83 del Código de Procedimiento Penal¹⁰³.

El momento procesal para solicitar la exclusión de la prueba ilícita

Sostenemos que en cualquier momento se puede solicitar la *exclusión de la prueba ilícita* invocando inclusive el *principio de la exclusión absoluta*, y la misma puede y debe ser atendida por los

¹⁰³ Cfr. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *La Prueba Ilícita*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, pp. 226-227.

jueces de los diferentes niveles e incluso en su momento por la Corte Constitucional. Podemos solicitar que se califique la *ilicitud* y por ende la *exclusión* en la *audiencia de calificación de flagrancia*, también en la llamada *audiencia de formulación de cargos*, cuando se discute la procedencia de la prisión preventiva que puede estar fundamentada por ejemplo en escuchas telefónicas o en grabaciones de audio y video no autorizadas previamente por un juez como señala el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal.

Con las reformas del Código de Procedimiento Penal del 24 de marzo del 2009¹⁰⁴, nos quedan algunas opciones más, podemos proponer la *excepción procesal penal de improcedencia y de exclusión de la prueba ilícita*, solicitando al juez de garantías penales que convoque a una audiencia oral para sostener y debatir sobre la exclusión (Art. 205.1, 205.2 y ss.), podemos plantear la *excepción procesal* en el decurso de la audiencia de preparación del juicio a propósito de las *exclusiones probatorias* de conformidad con el Art. 226.1, n. 4, que dice: “Resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas anunciadas, cuyo fundamento o evidencia que fueren a servir de sustento en el juicio, hubieren sido obtenidas violando las normas y garantías determinadas en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, la Constitución y este Código”.

Podemos proponer la *excepción de exclusión de prueba ilícita* en la audiencia del juicio ante el Tribunal de Garantías Penales, esto sin perjuicio de que en la interposición del *recurso de apelación* ante una Corte Provincial podamos sostener la ilicitud de la prueba, o que pudiésemos ser atendidos mediante el *recurso de casación* e incluso mediante el *recurso extraordinario de revisión*.

Si somos desatendidos nos queda la *acción extraordinaria de protección* de manera directa e inmediata ante la Corte Constitucional de

¹⁰⁴ Publicadas en RO-S 555: 24-mar-2009.

acuerdo con el Art. 94 de la Constitución del 2008¹⁰⁵. En fallos de la Corte Suprema de Ecuador, vamos a encontrar resoluciones en las que se reconoce la invalidez de la *prueba ilícita* no sólo en el caso de las escuchas telefónicas que no cuentan con el presupuesto de procedencia para la legitimación de la *fuentes* (autorización previa por escrito de un juez penal –Art. 155 del CPP-); si no en los de *ingreso ilícito* a una vivienda sin una orden previa de allanamiento y hallazgo de droga en que se aplica correctamente los *frutos del árbol envenenado*, y se casan sentencias condenatorias; o, la falta de valor de declaraciones rendidas en sede policial sin la presencia de un abogado defensor, en que prevalece por encima del interés en buscar la verdad procesal, la *inviolabilidad del derecho de defensa*.

Como bien dice el Prof. Luigi FERRAJOLI, “*La tercera garantía procesal de segundo grado, apta para garantizar la satisfacción y el control de todas las demás, es el desarrollo de las actividades judiciales, y sobre todo de las probatorias, según formas y procedimientos predefinidos por la ley. Es claro que no quedaría asegurada la actuación de ninguna de las garantías procesales si no estuvieran prescritas y sancionadas sus modalidades.*”

El conjunto de estas modalidades y formalidades que conforman el rito fue instituido, como dice Carrara, para frenar al juez (...) Un Código de Procedimiento que prescribiera ciertas formas, sin decretar la anulación de los hechos con que a ellas se contraviniera, sería una mixtificación maliciosa por medio de la cual se pretendería hacerle creer al pueblo que se provee a la protección de las personas honradas, en tanto que a nadie se protege. Por ello, la observancia del rito no es sólo una

¹⁰⁵ **Art. 94:** “La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuere atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

garantía de justicia, sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia'¹⁰⁶.

Insistimos en el sólido precedente que viene proporcionando la Corte Constitucional de Ecuador, que ha ponderado correctamente haciendo efectivo el respeto al *principio de proporcionalidad*, para pronunciarse por la búsqueda de la verdad procesal NO a cualquier precio, sino respetando la prevalente *dignidad del ser humano*, que implica el derecho a ser juzgado con respeto a los *principios del debido proceso*.

La Corte Constitucional tiene facultad para declarar la nulidad de un acto procesal que constituye *prueba ilícita*, y declarar su exclusión, pues la misma se encuentra proscrita constitucionalmente conforme lo dispone el Art. 76 n. 4 de la Constitución Política del 2008¹⁰⁷.

Las excepciones en el proceso penal

La excepción es un derecho subjetivo que tiene toda persona para exponer ante un Juez Penal -cuando se trata de las *excepciones procesales penales*- que las circunstancias objetivas sobre las cuales se desarrolla el proceso o las formalidades del mismo proceso no existen, o no se han cumplido conforme a los mandatos legales¹⁰⁸.

Los efectos de la excepción miran tanto al objeto del proceso como a las formalidades del mismo. Cuando miran al objeto del proceso son sustantivas y cuando miran a la forma del proceso son procesales. Dentro del campo penal la excepción es *indispo-*

¹⁰⁶ LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, 1995, Ed. Trota, España, p. 121.

¹⁰⁷ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *La Prueba Ilícita*, op. cit., pp. 228-230.

¹⁰⁸ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El Proceso Penal Ecuatoriano*. Tomo III, Edino 1990, p. 43.

nible, esto es que no depende de la voluntad de las partes, es irrenunciable, es decir, que planteada y ejercida no depende de la voluntad de las partes para cumplir sus efectos jurídicos. Y es *relevante de oficio*, vale decir, que una vez que aparezca como evidente en el proceso, no se necesita que las partes exhiban la excepción para que el Juez la considere, sino que de oficio puede hacer uso de ella para que surta los efectos jurídicos.

Las excepciones procesales pueden ser *dilatorias*, que son las que tienen como fin evitar que se establezca la relación jurídico-procesal, o que continúe provisionalmente dicha relación. Y son *perentorias*, cuando se trata de que concluya de manera definitiva la relación procesal ya establecida.

La *competencia* es un presupuesto procesal *sine qua non* y como tal, solemnidad sustancial cuya omisión acarrea la nulidad del proceso -recordando que *la competencia en materia penal nace de la ley* y no de las pretensiones de un denunciante-, es de imperativo cumplimiento que el fiscal previamente y luego el juez, examinen si el hecho que es puesto en su conocimiento se adecúa o no en la hipótesis típica de un delito. Puede plantearse en cualquier momento la *excepción procesal penal perentoria* de incompetencia cuando el objeto jurídico no es precisamente un delito, pudiendo darse el caso de inhibición del juez por falta de competencia en razón de la materia.

No existe término en el campo penal para la presentación de cualquier excepción, pues basta que se cumplan los requisitos que la hacen procedente para que sea atendida favorablemente, cualquiera que fuese el estado del proceso.

Refiriéndose a nuestro sistema procesal el Prof. ZAVALA BAQUERIZO dice: “no existe como en legislaciones extranjeras un procedimiento especial para el caso que se propongan las excepciones procesales dilatorias o perentorias. En nuestro medio,

planteada la excepción dentro del proceso, el Juez sin trámite especial, debe estimarla o desestimarla según la crea o no procedente. En el primer caso dictará el auto inhibiéndose del conocimiento del proceso; en el segundo, desechará la excepción y esta providencia en que la rechaza no es susceptible de recurso alguno”¹⁰⁹.

La enorme cantidad de audiencias orales

El Art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, dice que: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.

Sin duda alguna que aquello se recoge en las reformas al Código de Procedimiento Penal publicadas en el suplemento del Registro Oficial 555 de fecha 24 de marzo del 2009.

La oralidad en forma por demás clara y determinante se introduce en el Art. 5.3 del Código de Procedimiento Penal, al prever de que “(...) *En todas las etapas, las actuaciones y resoluciones judiciales que afecten los derechos de los intervinientes se adoptarán en audiencias donde la información se produzca por las partes de manera oral (...)*”.

De acuerdo con las reformas del 24 de marzo del 2009 y a falta de limitación expresa, se afirma que el Juez de Garantías Penales, durante la etapa pre-procesal, procesal e intermedia puede conocer y resolver más de veinte audiencias orales, diferentes una de otras, veamos el listado que se nos ha proporcionado:

- 1.- Audiencia de adopción de medidas cautelares;
- 2.- Audiencia de exención de medidas cautelares;

¹⁰⁹ ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El Proceso Penal Ecuatoriano*. Editorial Edino, op. cit., p. 50.

- 3.- Audiencia de revisión de la necesidad de mantener la medida cautelar;
- 4.- Audiencia de fijación de plazo de la necesidad de mantener de la medida cautelar;
- 5.- Audiencia de control de la necesidad de mantención de la medida cautelar;
- 6.- Audiencia de solicitud de archivo procesal;
- 7.- Audiencia de desestimación;
- 8.- Audiencia de acuerdos preparatorios;
- 9.- Audiencia de suspensión condicional al procedimiento;
- 10.- Audiencia de conversión de la acción;
- 11.- Audiencia para conocer las solicitudes que se presente en audiencia preparatoria;
- 12.- Audiencia oral para dictar correctivos para subsanar posibles violaciones o limitaciones del procesado en razón de actuaciones ilegítimas;
- 13.- Audiencia para conocer y resolver solicitudes temporales de mantención de reserva de elementos de convicción y otros documentos, hasta que se practiquen ciertos actos investigativos;
- 14.- Audiencia de calificación de flagrancia;
- 15.- Audiencia oral de fijación y aceptación de caución;
- 16.- Audiencia oral de sustitución de la prisión preventiva;
- 17.- Audiencia oral de procedimiento abreviado;
- 18.- Audiencia oral de vinculación de la instrucción fiscal;
- 19.- Audiencia oral para formular dictamen fiscal;
- 20.- Audiencia oral preparatoria del juicio;
- 21.- Audiencia oral para fundamentar recursos;
- 22.- Audiencia oral de procedimiento simplificado;
- 23.- Audiencia oral de revocatoria del dictamen fiscal abstentivo o de abstención;
- 24.- En delitos de acción privada audiencia oral final.
- 25 Audiencia oral previa a resolver los recursos de Casación y el de revisión.

Sumemos las audiencias orales para exclusión de la prueba ilícita,

ya referidas *up supra*.

Hay juzgados en donde el juez debe conocer y resolver asuntos en materia penal, tránsito, menores infractores, y, aduanas, ¿será posible aquello? Es difícil que ese juez pueda cumplir los principios constitucionales que se refieren a la celeridad procesal, a procurar una justicia sin dilaciones y a la simplificación de los procesos.

ESTUDIO DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (29/03/2010)

El artículo 5 de las reformas, dice:

“Elimínese el último inciso del artículo 25”.

En verdad con las reformas del 24 de marzo del 2009 se volvió al sistema anterior que preveía la iniciación y sustanciación de un solo proceso cuando se trata de *delitos conexos*. En Ecuador su sistema penal tradicionalmente ha mantenido el criterio de la *absorción del delito más grave al menos grave* y de que la pena mayor absorbe a la menor, estableciendo criterios para la determinación de la pena en el caso de concurso *real e ideal* de delitos. Estos casos están solucionados en el Art. 82 del CP.

Con las reformas del 13 de enero del 2003, se trató de encontrar respuesta a un fenómeno real que era el crecimiento de la criminalidad de contenido violento en Ecuador. Desde la bancada social cristiana se prepararon reformas al Código de Procedimiento Penal que impulsaron la idea en el caso de *delitos conexos* y de *concurso de delitos*, de que se inicie un proceso por cada uno de los delitos –aunque la pena en el Ecuador sigue siendo única y no sujeta a acumulación sin límites–, se pensaba que de esa manera el proceso de liberación de los presuntos delincuentes era más difícil, porque si eran puestos en libertad la misma funcionaba en un

solo proceso penal y podían seguir privados de la libertad en los otros procesos.

Con las reformas del 24 de marzo del 2009 se volvió al sistema anterior de que en caso de *delitos conexos*, sea que la *conexión* fuese *plena*, o solamente *objetiva* o únicamente *subjetiva*, un juez de garantías penales será el competente para conocer todos los procesos. El Art. 21 reformado dice: “... (3.1.) *Cuando se hubieren cometido infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, en un mismo lugar o en diversos lugares, habrá un solo proceso penal ante la jurisdicción donde se consumó el delito más grave*”.

La equivocación en la reforma es que se dejó vigente en el Art. 25 la disposición que señala: “*Cuando una persona hubiera cometido infracciones conexas de la misma o distinta gravedad en un mismo lugar o en diferentes lugares, deberán iniciar instrucción fiscal por separado por cada una de las infracciones*”. Esto nos permitiría llegar al contrasentido de que podía haber más de una instrucción fiscal conocida por un solo juez de garantías penales, tratándose de *delitos conexos*.

La reforma que comentamos del 29 de marzo del 2010, tiende a consolidar la propuesta de que en caso de delitos conexos haya un solo proceso penal.

Notas breves sobre el delito conexo

Cuando se trata de la *conexidad* ésta puede ser vista desde el campo *objetivo* y desde el campo *subjetivo*. Podemos intentar una aproximación doctrinaria cuando decimos que hay *conexidad subjetiva* en casos en que se trata de los mismos sujetos cometiendo diferentes tipos de delitos y puede ser en diferentes momentos históricos.

Planteamos la hipótesis de *conexidad objetiva* cuando se trata del

mismo tipo de delito (por ej. robos, estafas, extorsiones, tráficos de drogas, etc.), cometidos por los mismos sujetos siempre o por diferentes sujetos activos.

Hay plena identidad *objetiva* y *subjetiva* cuando se trata de los mismos sujetos cometiendo los mismos tipos de delitos, como por ejemplo en los asaltantes de bancos, secuestradores de personas, traficantes de drogas ilegales, traficantes de armas para mencionar unos cuantos, en que nos encontramos fácilmente con verdaderos casos de delincuencia organizada transnacional o transfronteriza. En verdad pueden cometerse los delitos en distintos lugares, pero existe un *concierto previo*. Hay el caso de delitos *conexos* cuando se trata de la comisión de uno para perpetrar otro, para facilitar su ejecución, o para procurar su impunidad. Puede ser la fractura de seguridades para que otro ingrese. La desactivación de un sistema de control o de alarma, la eliminación de un guardia o el asesinato de un testigo, etc. En que están relacionados y por ende podemos hablar de *delitos conexos*.

Sobre los diferentes tipos de delitos y su clasificación tomando en consideración aspectos relacionados con: 1. Su estructuración. 2. El sujeto activo. 3. El bien jurídico tutelado y 4. Su contenido, se puede revisar alguna de nuestras publicaciones¹¹⁰.

Delitos simples, complejos y conexos

Delitos simples son aquellos que ofenden un solo bien jurídico, o en otras palabras: son los delitos cuya acción viola un solo derecho o bien jurídico, como, por ejemplo, el delito de homicidio, el cual destruye el bien jurídico de la vida.

Los delitos complejos son los que atacan varios bienes jurídicos,

¹¹⁰ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Derecho Penal*, ARA Editores, Perú, 2006, pp. 135-157.

vale decir: los delitos en los que la acción respectiva ofende varios derechos o bienes jurídicos, como el de violación de una mujer honesta, en el que se ataca, en primer lugar, el bien jurídico de la libertad sexual, que es la facultad que tiene la mujer de entregarse a quien ella elija; y en segundo lugar, se ataca el bien jurídico del pudor, de la honestidad. En cambio, la violación de una prostituta es sólo un delito simple, porque únicamente ofende la libertad sexual, ya que conserva el derecho de decidir con quién tener relaciones sexuales; si bien ha renunciado, por su condición de prostituta, al bien jurídico de la honestidad.

Los delitos conexos son los que están tan íntimamente vinculados que los unos son consecuencia de los otros. Por ejemplo, el caso de una persona que roba y luego, al enterarse de que un individuo ha presenciado el hecho, da muerte a ese testigo accidental, para impedir que éste la descubra. Sin duda que el robo inicial y el homicidio perpetrado para encubrir el robo son delitos conexos.

La legislación mexicana

Insertamos lo que nos dice el **Código de Procedimientos Penales para el Estado de México**

“ARTÍCULO 9.- Tratándose de delitos conexos, es juez competente el que haya prevenido.

Igualmente lo será para los diversos delitos que se imputen a una misma persona, aunque sean inconexos.

ARTÍCULO 10.- Se consideran delitos conexos para los efectos del artículo anterior:

I. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas;

II. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos, a virtud de concierto entre ellas; y

III. Los cometidos como medio para ejecutar otros; facilitar su ejecución o procurar su impunidad.

ARTÍCULO 11.- La prevención a que se ha hecho referencia se fincará siempre que la competencia de ese juzgador lo permita.

Para fijar la competencia por razón de la penalidad, se atenderá a:

I. La máxima de la correspondiente al delito, tomando en consideración sus modalidades;

II. La privativa de libertad, cuando la ley prevea varias de distinta naturaleza;

III. La preferencia en el orden de enumeración en el artículo respectivo del código penal, cuando éste establezca varias penas que no sean privativas de libertad; y

IV. La privativa de libertad que establezca mayor penalidad, en los casos de concurso de delitos”.

El Profesor Eugenio Raúl ZAFFARONI nos auxilia en el tema del concurso de delitos, en la que para muchos es su obra más importante, y al desarrollar algunas ideas sobre la *Unidad y Pluralidad de delitos*, y la *diversa consideración legal y unidad de acción*, expresa:

“1. Conforme a los principios de un derecho penal de acto estricto, cuando un sujeto comete un delito sólo puede aplicársele una pena, en tanto que si ha cometido varios delitos habrá lugar para la imposición de varias penas. Para el derecho penal de autor o sintomático, cualquiera sea el número de delitos que el autor haya

cometido, corresponderá una única sanción adecuada a la personalidad que con sus acciones haya evidenciado. Cuando se parte del principio del derecho penal de acto, se impone un tratamiento diferencial para el caso en que con una sola conducta se incurra en dos o más tipicidades (*concurso ideal*) y para el supuesto en que en el mismo acto jurisdiccional deban juzgarse varias conductas típicas del mismo o de distintos tipos (*concurso real*).

2. Dado que *el concurso ideal es una hipótesis de delito único*, en tanto que *el concurso real es de dos o más delitos*, se derivan consecuencias en cuanto a las penas. En el derecho comparado se denomina *principio de la acumulación* al que establece que las penas de las distintas conductas típicas se suman, en tanto que, se llama *principio de la absorción* al que tiene por efecto la aplicación de la pena que conmina la tipicidad más grave.

Según el criterio de un derecho penal de acto extremo, en el concurso real se deben sumar todas las penas y en el ideal la penalidad más grave debe ser la única a imponer. El código argentino adopta el principio de la absorción para el concurso ideal (*cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor*, Art. 54), pero en el concurso real se aparta del principio de la acumulación o suma. En este aspecto registra, sin duda, las duras críticas que siempre se le formularon a este principio, la más divulgada de las cuales afirma que si bien desde un punto de vista matemático las penas se pueden sumar aritméticamente, desde el punto de vista humano la suma de las penas obra sobre un sujeto como una progresión geométrica, porque es menos aflictiva una pena de un año de prisión que esa misma pena agregada a otra de dos años y cumplida sin solución de continuidad con la anterior. Quizá esta antigua crítica no se halle muy justificada, dado que extrae sus argumentos de las viejas penas corporales, pero lo cierto es que la aplicación ilimitada del principio acumulativo se traduce en penas desmesuradas, lo que hace que la jurisprudencia y la doctrina en los países donde se lo con-

sagra realicen esfuerzos increíbles para reducirlo, a costa de aumentar de modo poco convincente el concepto de delito continuado.

Por otra parte, el discurso que legitimase un poder punitivo ejercido conforme a esa regla sería de insoportable irracionalidad cuando llevase a imponer penas que excediesen en mucho el máximo de la vida humana más prolongada: sería un discurso penal tan omnipotente y autista que llegaría al límite de ignorar las leyes biológicas. A este respecto, la ley es prudente al regir las consecuencias punitivas del concurso real por el *principio de la aspersión*, que se regula por la agravación de la pena: partiendo de la pena de mínimo mayor, se la asperja con las restantes, resultando así agravada hasta poder llegar excepcionalmente a alcanzar la suma de todas las penas, pero incluso en ese supuesto, nunca podrá exceder el máximo de la especie de pena de que se trate ni pasar del máximo mayor más un tercio.

3. Los autores suelen mencionar en la legislación comparada otros principios. Así, Samson llama *principio de combinación* al que combina las penas que corresponden a los distintos tipos que el autor ha cumplimentado con su conducta. Tal sería el caso previsto en el Art. 56 del Código Penal, en cuanto a que la inhabilitación y la multa se aplican invariablemente, además de la aspersión que tenga lugar respecto de las otras penas. En realidad, la citada combinación no sería más que una forma de acumulación. Blei, por su parte, habla del *principio de exclusión*, que aplica al caso del llamado concurso aparente de leyes, es decir, al caso en que se descarta uno o más tipos penales, por lo que no pueden incluirse en la pena las que corresponden a las leyes que se excluyen. No se trata de un verdadero principio para resolver el caso de la pluralidad, sino que, es una consecuencia directa de la naturaleza excluyente para unos y aparente para otros, de esta forma de concurrencia.

El mismo autor llama *principio de la unidad de pena* al que unifica la pena desde el punto de vista del autor, es decir, conforme a las consideraciones de un derecho penal de autor, aunque este principio no tiene aplicación en el derecho argentino desde esa perspectiva.

4. Sin perjuicio de retomar las consecuencias para la punibilidad en su momento, ésta presupone la preliminar solución de problemas en el ámbito de la teoría del delito, que son los que dan base para la individualización. El problema fundamental en la teoría del delito consiste en determinar cuándo media un delito y cuándo una pluralidad de delitos. El código se ocupa en el Art. 54 del supuesto en que un hecho cayere bajo más de una sanción penal, en tanto que los Arts. 55 y 56 atienden al caso en que concurrieren varios hechos independientes. El supuesto del Art. 54 es el concurso ideal y el de los Arts. 55 y 56 el del concurso real. De ello se deriva que hay dos órdenes de supuestos que el código no menciona y que tienen lugar cuando (a) no hay concurso real, sino sólo una pluralidad de reiteraciones cuyo resultado es aumentar el contenido injusto del hecho; y (b) cuando la concurrencia de tipos en una misma conducta, en razón de reglas de interpretación conjunta de éstos, debe excluirse. En realidad ambos supuestos son precisiones que contribuyen a delinear mejor los anteriores, pues el primer supuesto es una hipótesis en que no se considera la existencia de concurso real (no se aplican las reglas de los Arts. 55 y 56) porque sigue tratándose de hipótesis de una única conducta, y en el segundo no se resuelve conforme al concurso ideal (no se aplica la regla del Art. 54), porque en la acción única no se hace coincidir la pluralidad de tipos.

Hace muchos años que se observó que se trataba de dos reglas y de dos excepciones o correcciones: por ello se contrapuso a una concurrencia ideal *propia*, otra *impropia* (que se llamó *aparente*) y a la concurrencia real *propia*, también otra *impropia* (el delito continuado). *Lo decisivo, en cualquier caso, es determinar cuándo debe*

*valorarse todo lo actuado como una conducta y cuándo como una pluralidad de conductas*¹¹¹.

Para ayudar en estos comentarios, y para poder diferenciar algunos tipos de delito, tomamos de nuestro *Manual de Derecho Penal*¹¹², la clasificación de los delitos por su contenido:

Podemos hacer una consideración de los tipos penales por la forma de estructuración y los denominamos así: de resultado material (o materiales), formales o de pura actividad; abiertos y cerrados; instantáneos, permanentes y de efectos permanentes; y, de acción, omisión y de comisión por omisión u omisión impropia.

De resultado material y formales

Denominamos de resultado material a aquellos que doctrinariamente se consideran **materiales**, a efectos de evitar la disidencia de que en todo delito hay resultado, aún en los formales. Los materiales requieren la producción de un resultado externo¹¹³ apreciable sensorialmente (objetivamente decimos nosotros), resultado que es posterior a la actividad del agente del delito pero que es la violación real del bien jurídico protegido. En el homicidio éste se consuma con el evento material de la muerte, el hurto con la sustracción de la cosa ajena con ánimo de apropiación.

Son **formales**, llamados también, **de pura actividad** o de mera conducta, aquellos que no requieren para su consumación de ningún evento diferente a la sola manifestación de conducta del agente, citando como ejemplo la injuria, que se reputa consumada

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal*. Parte General. op. cit., pp. 815-817.

¹¹² ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Manual de Derecho Penal*. Parte General, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2008, pp. 158-165.

¹¹³ SOLER, Sebastian, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, p. 156.

por la sola publicidad de las frases injuriantes, siendo indiferente que efectivamente hayan menoscabado el honor de la persona contra quien se dirigen, sea porque se sienta lesionada en su honor subjetivo o porque objetivamente el crédito que en el medio social tiene, hubiere sufrido menoscabo o merma, por ello, *Soler* considera a estos tipos como de mero peligro abstracto y *Carrara* los concibió como de daño potencial.

Tipos abiertos y cerrados

Abiertos, son los que describen la conducta o se refieren al resultado en forma llana sin exigir circunstancias especiales que acompañen a la conducta y sin mencionar la modalidad del comportamiento que ha de producir el resultado. Podemos mencionar: el homicidio, la bigamia (Art. 533), la injuria calumniosa (Art. 489) entendida como la falsa imputación de un delito, etc.

Cerrados, son los tipos en que se hace expresa referencia a circunstancias de la conducta o expresan la forma como ha de producirse el resultado, por ejemplo, la apropiación indebida (Art. 560), tipo en el que se alude a que la distracción en perjuicio de otro debe ser fraudulenta. En el delito estupro, el acceso carnal con mujer honesta debe ser obtenido mediante el empleo de seducción o engaño, lo que invalida o vicia el consentimiento. En el delito de rapto impropio se hace referencia al consentimiento de la raptada y al seguimiento voluntario al raptor, en tanto que en el rapto propio se requiere que el arrebatamiento haya sido conseguido por medio de violencias, artificios o amenazas.

La descripción típica es cerrada, ya que se destacan circunstancias modales, bien de la conducta o referidas al medio empleado por el agente, de suerte que si falta el medio (seducción o engaño en

el estupro) la conducta será atípica¹¹⁴.

De acción, omisión y de comisión por omisión

Son tipos de **acción** los que hacen suponer que se llega al resultado mediante una manifestación activa o positiva de la conducta, esto es mediante un **hacer** que tiene relevancia penal como ocurre en el hurto que requiere de una conducta activa, **sustraer**, en el homicidio **matar**. En el estupro mediante el acceso carnal.

Son tipos de **omisión** aquellos en los que se llega al resultado mediante la simple inactividad, como cuando se abstiene el funcionario o agente de policía que ha tenido conocimiento de la comisión de un delito, de ponerlo inmediatamente en conocimiento de un juez de instrucción (Art. 292). Basta el **no hacer** en circunstancias especiales como el empleo o cargo que se tiene, para que ese omitir sea penado, llamándose a este tipo de delitos de **omisión simple** u **omisión propia**, para diferenciarlos de la categoría intermedia que son los de comisión por omisión u omisión impropia.

En los de **comisión por omisión**, no basta la mera inactividad, sino que el agente omite hacer algo para conseguir un cierto resultado, siendo por ende la omisión el medio comisivo como ocurre al no dar alimentación a un hijo pequeño para que muera, o en no alimentar a la persona plagiada para que fallezca. Se llaman a estos tipos también de **omisión impropia**, habiendo en ambos supuestos la posición de custodio del bien jurídico vida, por la relación familiar y la conducta precedente, siendo aplicable el Art. 12 de nuestro estatuto penal que dice “no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”.

¹¹⁴ MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pp. 153-154.

Por vía de eliminación es inadmisibile la posibilidad de cometer un delito formal o de pura actividad como la injuria, omitiendo; resultando los delitos de comisión por omisión ser de aquellos de resultado material.

El objeto de la prohibición en los delitos de comisión (o de acción) es un evento positivo, como en el homicidio en que se sanciona la conducta del “que matare” siendo la norma jurídica prohibitiva (no matar). En los de omisión el objeto prohibido es la abstención (como reseñamos en el ejemplo del agente de la autoridad, que no avisa inmediatamente el conocimiento de un delito) siendo la norma jurídica imperativa -denunciar el delito- y el precepto negativo, no denunciar teniendo la obligación jurídica de hacerlo. Al abstenerse surge el delito indiferente de que como consecuencia de la abstención quede o no en la impunidad el hecho, siendo además un tipo de peligro que se presume *iuris et de iuris*.

Tipos instantáneos, permanentes y de efectos permanentes

Instantáneo es el tipo en que la acción consumativa se perfecciona en un momento único, pero entendido bien que no nos referimos al carácter instantáneo de la actividad, sino al momento consumativo de ésta, como acontece en el homicidio que será siempre un delito instantáneo independiente del lapso que mediar entre el acto de producir las lesiones o heridas y el momento en que se produce el resultado típico que es la muerte. “El carácter de instantáneo no se lo dan a un delito los efectos que él causa, sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria”¹¹⁵.

Son tipos **instantáneos** la injuria, que se perfecciona en el momento de la publicidad de las frases ofensivas, el estupro que

¹¹⁵ SOLER, Sebastián, op. cit., p. 154.

se perfecciona en el momento del acceso carnal fraudulento siendo indiferente el número posterior de accesos y el eventual asentimiento de la víctima.

Podemos aún diferenciar por la prorrogación de la actividad o inactividad del agente, los tipos penales en **permanentes y de efectos permanentes**, que son distintos estructuralmente, pues en el primero, cualquiera de los momentos en la actividad del agente es constitutiva siempre del tipo delictivo que aunque consumado no se agota, de manera que durante todo el tiempo que perdure el estado consumativo el delito sigue siendo uno solo. Vincenzo MANZINI¹¹⁶ sienta un criterio orientador para calificar de **permanente** al delito, es el hecho de que la acción o la omisión debe ser voluntaria. En el segundo no es permanente la actividad criminosa sino los efectos de esa actividad que se agotó en un cierto lapso, de suerte que son las consecuencias las que continúan, pero no el estado delictivo, de allí la denominación de **tipos de efectos permanentes**. Cuando todos y cada uno de los momentos consumativos del delito pueden ser estimados como constitutivos de éste será permanente, en caso contrario pueden considerarse como tales únicamente los efectos.

Esto lleva a Sebastián SOLER¹¹⁷ a afirmar que puede hablarse de delito permanente cuando la conducta delictiva, permite por sus características que se la pueda prolongar en el tiempo voluntariamente, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos.

Como ejemplo clásico de delito permanente podemos citar el plagio, en el que cualquiera de sus momentos (mientras dure la persona plagiada en poder del plagiador), es violatorio del bien jurídico protegido por la norma -la seguridad personal-.

¹¹⁶ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Editores Ediar, S.A., Buenos Aires, 1950, p. 105.

¹¹⁷ SOLER, Sebastián, op. cit., p. 155.

Como ejemplo de delito de efectos permanentes pueden considerarse a la bigamia, a la falsedad documental, que se perfeccionan en el momento de contraer el segundo matrimonio no disuelto el anterior y en el momento de la impresión falsa, pero los efectos permanecen mientras no se declare la nulidad del segundo matrimonio o la falsedad documental; pues existirá -aunque nulo- el segundo matrimonio que da lugar a la bigamia, y el instrumento falso.

Muchos delitos **instantáneos** o que se consuman en un solo momento dejan una secuela permanente mientras no se repare mediante una sentencia condenatoria el agravio inferido, en otros los efectos son perceptibles por su durabilidad como acontece en el delito de usurpación, en que los efectos pueden ser permanentes mientras el usurpador no reintegra el bien usurpado o deja de perturbar el libre uso y goce de la cosa. En materia de lesiones la secuela de éstas puede ser permanente en sus efectos, como cuando queda una huella desfiguradora del rostro aún cuando siga siendo un delito instantáneo, de consumación en un solo momento.

Necesario es, aunque brevemente, hacer un llamado a evitar la confusión del delito **permanente** con el **continuado**, en el que hay una serie de acciones idénticamente violatorias de un derecho pero ejecutadas con unidad de resolución, por ejemplo, la apropiación de fondos de una misma empresa en los diferentes lugares en que tiene sucursales o agencias, por un mismo sujeto en diferentes momentos, habiendo una misma resolución criminosa (apropiación de fondos), plena identidad objetiva y subjetiva, un mismo ofensor y ofendido y un mismo tipo de delito en todos esos actos consumativos, cada uno de ellos de un delito. En el delito permanente la actividad es en sí indivisible que va prorrogado en el tiempo la violación a un derecho, en el **delito continuado** hay realmente diversas violaciones de la misma ley uni-

ficándose la actividad por “una ficción jurídica, por el elemento psicológico del mismo proyecto criminoso”¹¹⁸.

La importancia de poder diferenciar en su estructura un delito permanente de aquellos en que son tales únicamente los efectos, es de gran relieve pues en virtud de esa diferencia podemos apreciar si la participación de un sujeto puede ser de encubridor o de coautor o cómplice; si se trata de un delito permanente como el plagio, la ayuda prestada al plagiador mientras dure el plagio ubicará la conducta de un sujeto en la categoría de copartícipe o cómplice, en tanto que, el auxilio prestado al responsable de un delito instantáneo de efectos permanentes mientras duren los efectos -no mientras se lo consumaba-, permitirá ubicar al tercero como encubridor.

Por otra parte permite la diferenciación, que se pueda admitir la posibilidad de obrar o no en legítima defensa en el caso del delito permanente, ya que todos los momentos son antijurídicos, en tanto que, tratándose del delito de efectos permanentes no cabe la repulsa legítima una vez que el delito se agotó y permanecen únicamente sus efectos.

Tiene que ver también con el lapso para la presentación de la denuncia o desde cuando se promueve el ejercicio de la acción penal, pues a partir del último acto, por ejemplo la liberación del plagiado, se empieza a contar el período para la prescripción de la acción penal y no desde cuando el plagio se consumó, bajo el reflejo que esta distinción produce, debemos mencionar también la delimitación de la competencia en la esfera del derecho procesal penal en los delitos permanentes, en los que para nuestro criterio será competente el juez de cualquiera de los lugares en los que se encuentre el imputado de un delito permanente como el del plagio, previniendo cualquiera de estos jueces únicamente en

¹¹⁸ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, p. 101.

razón de la anticipación en el conocimiento del proceso, siendo todos por igual capaces.

El delito continuado: Se presenta según el profesor SOLER, “cuando una serie de acciones, idénticamente violatorias del derecho son ejecutadas con unidad de resolución”¹¹⁹. En este tipo de delito de estructura compleja cada uno de los actos es ya violatorio de un determinado bien jurídico que bien pueden ser considerados como delitos autónomos, pero la unidad de resolución determina la unidad delictiva.

Son elementos del **delito continuado**: la unidad de resolución que unifica el hecho, aunque el cumplimiento de tal finalidad haya tenido lugar en momentos distintos. Normalmente el titular del agravio es un solo sujeto. Hay pluralidad de acciones homogéneas cada una de las cuales es un delito perfecto. La continuidad se constituye no por la pluralidad de acciones sino por la homogeneidad que presentan las diversas acciones en serie.

Y debe haber unidad de lesión jurídica, esto es, que se demanda para el delito continuado a más de la homogeneidad externa de las acciones, que todas recaigan bajo un mismo tipo penal. Así por ejemplo, el empleo de mecanismos defraudatorios para perjudicar al fisco en diferentes momentos por un mismo sujeto no pagando los tributos, en que nos encontramos con identidad objetiva y subjetiva, diferentes acciones pero con identidad delictiva y la adecuación de la conducta en un mismo tipo penal.

Una importante discusión en España

En España los penalistas discrepan sobre la constitucionalidad de la cadena perpetua revisable para etarras como se ha estado proponiendo. En el diario ABC de Madrid del 2 de febrero del 2006

¹¹⁹ SOLER, Sebastián, op. cit., p. 156.

se incorporan comentarios de reconocidos penalistas y catedráticos en torno a la propuesta de aumento de penas y de sanciones en caso de DELITOS CONEXOS, mismo que vamos a reproducir.

“MADRID. La alarma social creada por la excarcelación de Domingo Troitiño, De Juana Chaos o Henri Parot (los dos últimos procesados por nuevos delitos) ha suscitado un debate sobre las posibles fórmulas de impedir que etarras condenados a penas milenarias, pero beneficiados por el Código Penal de 1973, salgan a la calle habiendo cumplido sólo 20 años de cárcel. Cinco catedráticos de Derecho Penal han opinado para ABC”.

José Manuel Gómez Benítez

«Si la revisión es forzosa no sería inconstitucional»

1.- No sólo la considero correcta, sino también obligada conforme a la ley y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La polémica reforma del artículo 76 del Código Penal realizada bajo la mayoría parlamentaria anterior a la surgida de las últimas elecciones permitió que determinados condenados pudieran cumplir penas máximas de 40 años de prisión, pero no cambió el mandato legal contenido en su último párrafo de que las diferentes condenas recaídas contra una misma persona en distintos procesos tienen que refundirse en una sola, a efectos del tiempo máximo de su cumplimiento, siempre que los hechos delictivos que motivan las diferentes sentencias tengan conexión entre sí o pudieran haberse enjuiciado en un solo proceso. De acuerdo con ese mandato legal, desde antes de la Constitución, el Supremo ha concluido que la refundición de condenas es obligada cuando entre ambos delitos no existe una sentencia condenatoria firme. La conexión es, por tanto, fundamentalmente temporal y se mide con criterios procesales.

2.- El único obstáculo legal para el posible reconocimiento en nuestro país de la prisión a perpetuidad podría ser el mandato constitucional de que las penas privativas de libertad tienen que estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social. El Tribunal Constitucional ha matizado que esta declaración constitucional no quiere decir que el único fin de estas penas sea la reinserción social, pero que ésta tiene que estar, en todo caso, entre ellos. En consecuencia, lo coherente con la jurisprudencia constitucional es considerar que el cumplimiento forzoso de una pena de 40 años en prisión -incluso si se ha comprobado la reinserción previa del condenado tras un largo período de cumplimiento- es inconstitucional, pese a no implicar en teoría una prisión perpetua.

Sin embargo, considero que la evidente incompatibilidad conceptual entre resocialización y prisión a perpetuidad quedaría compensada en una legislación que asegure la revisión periódica y forzosa de las condenas de prisión perpetua en caso de resocialización comprobada, a partir de los 15 ó 20 años de cumplimiento. Sólo si la revisión no fuera forzosa, la prisión a perpetuidad sería inconstitucional porque estaría prescindiendo de la necesaria atención al fin de la reinserción social. En el debate público se suele ignorar que ésta es la opción preferida hoy en el derecho penal internacional y en muchas legislaciones europeas.

Enrique Gimbernat

«El reo ha de reincorporarse a la sociedad»

1.- El Código Penal de 1973, aplicable a Henri Parot por ser el vigente al tiempo de la comisión de los hechos, dispone que el máximo de la pena que puede imponerse, cuando el autor ha cometido diversos delitos, es de 30 años de prisión. Actualmente, y de acuerdo con el Código Penal de 1995, ese máximo se ha elevado hasta 40 años de cumplimiento efectivo para los delitos

de carácter terrorista. Normalmente, los asesinatos cometidos por miembros de ETA son juzgados en un único procedimiento penal, donde rige ese límite de 30 años, según el Código anterior, y de 40, según el vigente. Pero puede suceder, como en el caso Parot, que por diversas circunstancias (como cuando un juicio se celebra mientras el otro procedimiento está todavía en fase de instrucción) no haya sido posible juzgar todos los asesinatos en una única causa. En este caso, el último párrafo del Art. 70 del Código Penal de 1973 -que se corresponde literalmente con el Art. 76 del de 1995- dispone que «la limitación (a 30 años) se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo» (refundición de condenas). El Art. 17.5º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal da una definición auténtica de que deben «considerarse delitos conexos (...) los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma una causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados».

De lo expuesto se deduce que el criterio de la Fiscalía del Tribunal Supremo es el único correcto, ya que entre los delitos por los que ha sido condenado Parot en procedimientos distintos existe una conexión por encima de cualquier discusión posible, puesto que, no es que sean análogos, sino que son idénticos, dado que en todos los casos se trata de asesinatos terroristas. Por ello, la refundición de las condenas no puede exceder de 30 años. Cualquier otra interpretación vulneraría el principio de legalidad penal, consagrado en la Constitución Española y en todos los tratados multilaterales de derechos humanos ratificados por España, principio que constituye uno de los axiomas fundamentales e irrenunciables de cualquier Estado democrático de Derecho.

2.- El Art. 25.2 de la Constitución Española establece que «las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeduca-

ción y reinserción social». La cadena perpetua, al establecer que el condenado permanecerá toda su vida en prisión, niega, por definición, que aquél pueda reincorporarse a la sociedad; por ello, es una pena inconstitucional.

Joan Queralt

«Al no estar motivado, crece su capacidad criminal»

1.- La solución alumbrada en su día por la Audiencia Nacional no se ajusta a la Ley. En efecto, el Código Penal dice cuándo y cómo ha de producirse la refunción de penas. Además es criminógena, pues invita a los delincuentes a no parar en su historial de fechorías: si paran, la penalidad resultante será mayor. La solución que propone la Fiscalía del TS es la correcta, leído el Código y la jurisprudencia de la Sala Segunda. El sistema español preexistente, que proviene del franquismo, introdujo, para suavizar su cruel arbitrariedad punitiva, la redención de penas por el trabajo, institución que con el tiempo se convirtió en un aliviadero del sistema penitenciario. Ésta desapareció en 1995, pero sus beneficios no se pueden hacer desaparecer de un plumazo, pues ello supondría una modificación peyorativa posterior a hechos cometidos con anterioridad: la irretroactividad constitucional de las penas alcanza también a su efectivo contenido. De todos modos, una adecuada aplicación del Derecho penitenciario, desechados automatismos administrativos, ha permitido acercar el cumplimiento nominal al efectivo. Lo que es irremediable es que delincuentes terroristas, con gravísimos crímenes a sus espaldas y sin muestra alguna de resocialización, esto es, de proyecto de vida al margen del delito, vayan a salir de la cárcel cuando cumplan sus penas. Esta paradoja, en un régimen democrático, no tiene solución jurídico-penal; quizás un férreo control sobre el sujeto cuando recupere su libertad.

2.- No cabe bajo ningún concepto la cadena perpetua, se llame

como se llame y se disfrace bajo los aditamentos que se quieran. En puridad, la pregunta plantea la cuestión, gravísima, de la condena indeterminada, esto es, hasta la corrección del culpable. Ello choca, como mínimo, con dos preceptos constitucionales. Por un lado, con la interdicción de los tratos crueles o inhumanos que están proscritos en el Art. 15 de la Carta Magna; el constituyente, en 1978, sabía perfectamente qué panorama tenía ante sí y el del terrorismo era un azote mucho mayor que en la actualidad. Choca igualmente esa condena con la tendencia resocializadora que debe presidir la ejecución de la pena privativa de libertad: ninguna tendencia en ese sentido cabe apreciar en un sistema que impone a los convictos cambiar su personalidad. Y de nuevo, estamos ante una pena criminógena: desaparecido el horizonte de una razonable salida en libertad -ahora la pena máxima es de 40 años-, el delincuente no se motiva en absoluto por la pena: sin esperanza, aumenta la capacidad criminal de sujetos que cuesta considerar y tratar como congéneres. De todos modos, un legislador que actuara así se enfrentaría a una pregunta: ¿cuándo tiene previsto el fin del terrorismo? y/o ¿endurece las penas como elemento de diálogo con los criminales, que por otro lado niega?

Miguel Bajo Fernández

«Es hora de plantear el debate»

1.- Se trata de dos interpretaciones de la Ley igualmente sostenibles porque ambas tienen fundamento. No es cierto, por tanto, que haya que cambiar la Ley para sostener una u otra versión. Lo que hay que cambiar es la interpretación misma. El problema es el siguiente: cuando una misma sentencia condena a varias penas de prisión, se acumulan, es decir, se suman hasta un límite máximo, que era de 30 años antes de 2003 y de 40 en la actualidad. Se aplica la misma regla, aunque las penas se impusieran en sentencias distintas, si fueran delitos conexos que pudieran haber sido enjuiciados en una sola. Es el juez de

la última sentencia condenatoria el que tiene que fijar el límite y determinar si fueran delitos conexos. Y aquí está el centro del debate. Para la Audiencia no son delitos conexos, porque transcurrieron varios años entre uno y otro (luego hay dos penas de 30 años de cumplimiento sucesivo) y para la Fiscalía es delito conexo y entiende vigente el límite máximo de 30 años. Para pronunciarme a favor de una u otra postura en el presente caso tendría que conocer todos los pormenores con detalle. Pero no es necesario cambiar la ley, basta con interpretarla de otro modo. Téngase en cuenta que, aunque las leyes aspiran a tener siempre un sentido unívoco, no pueden hacer una previsión de todas las complejidades de la vida real y es imprescindible adecuarlas y ajustarlas a los hechos. Pienso que un sujeto de las características de Parot no puede quedar amparado por una exégesis benevolente de la Ley. Es evidente que el legislador no quiso ni quiere que un condenado a cerca de 5000 años de cárcel tenga una aplicación benévola de la Ley.

2.- España es el único país de nuestro entorno cultural que no tiene ni pena de muerte ni cadena perpetua. Esta situación no tiene sentido en una democracia que sufre la plaga de un terrorismo absurdo y cruel. Que el Estado imponga la pena de muerte es ponerse a la altura del terrorista, por lo tanto queda descartada. Sin embargo, es hora de plantear el debate sobre la cadena perpetua. Se dice que la Constitución lo impide porque concibe la pena de prisión orientada a la reinserción social del condenado, objetivo que es imposible lograr si la condena de prisión es para toda la vida. Pero, este es un entendimiento equivocado. Lo que hace la Constitución no es obligar a la Administración penitenciaria a conseguir unos objetivos que estadísticamente son ilusorios, sino a ejecutar la pena de prisión facilitando al condenado todos los medios que permitan su recuperación social, como por ejemplo, permitiendo estudios de formación, trabajos y cuantos derechos, ajenos a la privación de libertad, sirvan para el desarrollo de su

personalidad. La Constitución quiere una ejecución de la pena con trato humano y no degradante. Si a la pena de cadena perpetua se le acompaña la posibilidad de ser reducida o modificada con ciertas condiciones, no se violenta precepto constitucional alguno. De este modo, cuando se contempla en la ley una pena de estas características se consigue el efecto preventivo de respeto a la ley y de confianza en la vigencia del Derecho; cuando se impone en sentencia a terroristas con delitos múltiples, se realiza una exigencia de Justicia y cuando se ejecuta, con posibilidad de transformarla en cumplimiento temporal, se posibilita el desarrollo del sujeto a fórmulas resocializantes.

Luis Rodríguez Ramos

«El legislador de 1978 pudo haberla implantado»

1.- Considero ineludible la tesis de la Fiscalía y del Tribunal Supremo, pues la contraria atenta la literalidad de la Ley Penal, que en virtud del principio de legalidad no puede interpretarse más allá de su tenor literal en contra del reo. La interpretación extensiva o analógica de una Ley penal sólo puede hacerse «in bonam partem» (cuando beneficie al reo), y en ningún caso «in malam partem» (cuando le perjudique).

2.- Es evidente que cuando en 1978 la Constitución derogó la pena de muerte y resultó como pena máxima la de 30 años de prisión, además reducible en un tercio (a 20 años) por aplicación de la redención de penas por el trabajo entonces vigente, el legislador podía haber implantado la prisión perpetua, revisable a los 10 ó 15 años por si el condenado se hubiera arrepentido. Esto sería compatible con el actual Art. 25 de la Constitución, como lo ha sido y sigue siéndolo en Alemania, Inglaterra, Francia o Italia. Si así lo hubiera hecho el legislador aquél entonces, no existiría el presente problema. Debe hacerse constar que tras la reforma del Código Penal de 2003, el tope máximo en este tipo de delitos se

ha elevado hasta 40 años, y a partir de la entrada en vigor de dicha reforma la situación de los condenados a esa pena en España es mucho peor que la de un condenado a cadena perpetua en Alemania, pues los 40 años no son revisables”.

El artículo 6 de las reformas, dice:

En el artículo 26, añádase como inciso final el siguiente:

“La fiscal o el fiscal presentará, obligatoriamente, dentro de la fundamentación de su instrucción fiscal, el registro de detenciones detallando los motivos de las detenciones anteriores”.

Ésta, es una propuesta del más puro *derecho penal del enemigo*, con una expresión modal de lo que llamamos *derecho procesal penal del enemigo*, porque esta reforma es incompatible con un *Estado constitucional de derecho y de justicia*, en el que se trabaja mucho por la consolidación de las garantías ciudadanas y la vigencia plena de un *derecho penal de acto* frente a un proscrito *derecho penal de autor*. No hay otras razones que no sean las demagógicas y eminentemente políticas, para entender porque se aprobó en la reforma el tema de consignar el *registro de detenciones*, pues, con esto se pretende crear procesalmente un concepto de *alarma social y de inseguridad ciudadana* para lograr la desestimación de la aplicación del *principio de oportunidad y de mínima intervención penal* que sin duda hace efectivo el *principio de menor lesividad* y el de *proporcionalidad*.

Se busca, así mismo entronizar la idea de sanciones punitivas más severas en función de los antecedentes, y de menores posibilidades de excarcelación mediante un uso racional de la prisión preventiva, y de un uso igualmente racional de sus substitutos, con lo cual se desconoce la importancia y vigencia del Art. 77 n. 1 de la Constitución que prevé a la prisión preventiva como de última o extrema ratio, es decir como una medida de excepción.

Eugenio Raúl ZAFFARONI en la obra que dedica a tratar el tema del *Derecho penal del enemigo*, nos dice:

“(a) El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les depaó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece - universal y regionalmente- el derecho internacional de los Derechos Humanos.

(b) Lo anterior no es únicamente una verificación de datos de hecho revelados por la historia y la sociología, sino también de datos de derecho, puesto que tanto las leyes como la doctrina jurídica legitiman este tratamiento diferenciado. También los saberes pretendidamente empíricos sobre la conducta humana (convergentes en la criminología tradicional o etiológica) pretendieron darle justificación científica.

(c) En la teoría política el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (enemigos de la sociedad) es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la teoría política del estado de derecho. Con esto se introduce una contradicción permanente entre la doctrina jurídico penal que admite y legitima el concepto de enemigo y los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, o sea, con la teoría política de este último.

(d) Dado que en la realidad el poder punitivo opera tratando a algunos seres humanos como si no fuesen personas y que la legislación lo autoriza, la doctrina consecuente con el principio del estado de derecho debe tratar de limitar y reducir o, al menos,

acotar el fenómeno, para que no desaparezca el estado de derecho¹²⁰.

Al mirar las últimas tendencias mundiales del poder punitivo vamos a observar que las propuestas que se hicieron y hasta consiguieron durante décadas buscando la consolidación de un *derecho penal mínimo* coherente con la vigencia de un Estado de Derecho comienza a ser demolida, y las trompetas anuncian la llegada de un *derecho penal máximo* que busca entronizar la vigencia de un *derecho penal de autor* y no de un *derecho penal de acto*. Los *delitos de peligro* fundamentados incluso por los antecedentes delictivos de los presuntos delincuentes, empiezan a ganar terreno como ocurre con esta propuesta de las reformas que es abiertamente inconstitucional, pues el Art. 76 n. 3 consagra el *derecho penal de acto* al establecer *que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal*.

Vale decir, que un ciudadano puede y debe ser juzgado por lo que hace o deja de hacer pero no por sus antecedentes y supuesta o inventada *peligrosidad*. El Art. 2 del Código de Procedimiento Penal se refiere a la vigencia sin duda de un *derecho penal de acto* pero al parecer ante la presión de un buen sector de la opinión pública, al incremento de la sensación de inseguridad ciudadana, se ha terminado por construir un *hostis* o *enemigo* que es el ciudadano que registra antecedentes penales o que ha sido detenido en otras ocasiones.

El Prof. Eugenio Raúl ZAFFARONI nos auxilia en el comentario, manifestando: “En las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la llamada política criminal o, más precisamente, política penal, pues

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, 2006, pp. 11-12.

del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo, con lo cual el tema del enemigo de la sociedad pasó a primer plano de discusión.

Quizá hasta cierto punto los teóricos cayeron en la negación del fenómeno de represivización de las legislaciones penales sancionadas con motivo o pretexto de emergencias, hasta que la realidad legislativa alcanzó un punto que impedía todo mecanismo de huida, pero lo cierto es que la invocación de emergencias justificantes de estados de excepción, no son para nada recientes, pues, si nos limitamos a la etapa posterior a la segunda guerra mundial, hace más de tres décadas que se vienen sancionando en Europa estas leyes, que se ordinarizan -convirtiéndose en la excepción perpetua- y que fueron superadas largamente por la legislación de seguridad latinoamericana.

Se ha señalado que las características de este avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías consistirían en la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor.

En la doctrina jurídico penal puede señalarse el debilitamiento del derecho penal de garantías a través de la imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad; la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga, sino el deber que haya violado; la construcción del dolo sobre la base de simple conocimiento (teoría del conocimiento), que le permite abarcar campos antes considerados propios de la negligencia; la pérdida de contenido material del bien jurídico, con los consiguientes procesos de

clonación que permiten una nebulosa multiplicación de ellos; la cancelación de la exigencia de lesividad conforme a la multiplicación de tipos *de peligro sin peligro* (peligro *abstracto* o *presunto*); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos y la delegación de función legislativa penal con el pretexto de las llamadas *leyes penales en blanco*; etcétera”¹²¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha mostrado contraria a que se pretendan utilizar conceptos como los de *peligrosidad* para buscar la imposición de condenas altas o para recortar garantías constitucionales del ciudadano, expresando: “constituye claramente una expresión del ejercicio del *jus puniendi* estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye al Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía”, agregando que “la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la previsión por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo —con pena de muerte inclusive— no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos” (CIDH, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005, p. 94 y 95)¹²².

El artículo 7 de las reformas dice:

¹²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op.cit., pp. 13-15.

¹²² Cfr. PARMA, Carlos, op. cit., p. 39.

Sustitúyase el numeral 3 del artículo 27, por el siguiente:

“3. Tramitar y resolver en audiencia las solicitudes de acuerdos reparatorios, suspensiones condicionales al procedimiento y conversiones. La tramitación y resolución de solicitudes de archivo y desestimaciones se realizarán sin audiencia, sin perjuicio del derecho del denunciante a ser escuchado”.

Pretendemos con estos comentarios cubrir un espacio importante como es el relacionado con las audiencias orales en la etapa de instrucción, porque se trata de un tema inédito. Una idea central es de que no se trate de convertir una audiencia de discusión de un tema en una verdadera *audiencia de juicio*, o que se adelanten temas como discutir aspectos de una *prueba que aún no se produce* y que al momento de la discusión es una hipótesis de trabajo, o alegar en estas audiencias de la instrucción aspectos centrales que tiene que ver con la *culpabilidad del acusado*, cuando esto debe ser materia de la prueba y de la posterior discusión en la audiencia del juicio.

Debemos empezar por reconocer que las posibilidades reales de una mejor aplicación del *principio de oportunidad* y de llegar a formas de negociación más amplias en el Ecuador de abril del 2010, están muy distantes de la realidad. Los acuerdos incluso reparatorios están limitados por el monto de la pena en delitos cuya pena máxima sea superior a cinco años de prisión, cuando se comprometa el interés público (que no se sabe ¿qué mismo es?), en delitos contra la administración pública, o que afecten los intereses del Estado, en casos de violencia sexual, violencia intrafamiliar, delitos de odio, y en crímenes de lesa humanidad.

Es que aun no desarrollamos la idea de que el acuerdo, que es parte del *principio de negociación* y una vertiente correcta del *principio de oportunidad*, va más allá del acuerdo entre víctima y victimario, y debe ser apreciado como la oportunidad de la fiscalía de

negociar acuerdos de penas y de suspensiones condicionales del procedimiento, y en casos límite de renuncia al ejercicio del poder punitivo, en casos excepcionales que tiene que ver por ejemplo, con el combate el *crimen organizado*.

Es acertado que en la reforma se haya dispuesto que la tramitación y resolución de solicitudes de archivo no requieran de una audiencia, pues se trata del ejercicio del *principio de oportunidad* cuyo titular es el Ministerio Público. Creemos que en casos menores procede incluso la renuncia al ejercicio del poder punitivo para quedarse con los casos más graves, aunque subsiste el derecho de la víctima de ser escuchado, aunque es poco probable de que el Fiscal de marcha atrás en la aplicación del *principio de oportunidad*.

Recuerdo como una grata experiencia nuestro paso como profesor de post grado en la Universidad Central de Caracas en Venezuela en el Instituto de Criminología, en el año 1997. Nuestra materia en ese momento era *Legislación antidrogas en el área andina*, y encontrábamos que una legislación como la de Venezuela contemplaba como causa de exclusión de la pena, la colaboración eficiente en los casos de droga. Aunque se ha discutido ya bastante en los foros internacionales, hay la tendencia incluso alimentada desde una *política criminal racional*, de *premiar* al delincuente arrepentido y colaborador eficiente, con la renuncia incluso de la pena, como una buena herramienta en la lucha contra la delincuencia organizada trasnacional o transfronteriza.

El ejemplo colombiano con respecto a los acuerdos y preacuerdos

Veamos algunos aspectos importantes de cómo se ha discutido y se delinearon aspectos importantes para una correcta aplicación de los acuerdos y preacuerdos, en aplicación del Código de Procedimiento Penal colombiano del 2004.

En opinión de expertos colombianos todo el esquema de los acuerdos y preacuerdos, confluye en uno de los temas más complejos del nuevo estatuto procesal penal y respecto del cual hay una mayor expectativa. De su manejo coherente depende, en buena medida, la visión que hacia fuera del sistema tenga la comunidad social y jurídica: ¿qué se negocia? ¿Alcances de la negociación? ¿Es cierto que se espera un porcentaje alto del 70 de los casos que se resuelvan por esa vía? ¿Qué impacto tendría ello sobre las cifras de impunidad? Se trata de preguntas que han surgido en la práctica y que se han debatido en las diversas reuniones que dentro del Conversatorio, se dedicaron al tema. Una preocupación concreta se suma a las ya expuestas: ¿qué grado de consistencia es de esperar, en relación con la teoría del delito, en la práctica cotidiana relacionada con las nuevas figuras anotadas?

Esto es fundamental: la consistencia del derecho penal sustancial, debe mantenerse en este caso y en todos, como es por ejemplo y se discutió ampliamente en su momento, en el caso de la imputación. Si el derecho procesal penal es derecho constitucional aplicado, ello pasa desde luego por la consideración de que se trata de la concreción del derecho penal material basado en la Carta Política. El principio de legalidad y de concreción dogmática en la tipicidad como categoría central de la Teoría del delito, no se pueden flexibilizar en función de pragmatismos extraños a la filosofía del nuevo estatuto procesal. La reflexión del grupo, dentro del Conversatorio, giró de manera muy especial alrededor de este punto.

1. ¿Desde qué momento se puede pre acordar?

Conforme al artículo 350 de la Ley 906 de 2004, se puede pre acordar desde la audiencia de formulación de la imputación; no obstante, nada impide que el Fiscal y el imputado puedan iniciar las conversaciones tendientes a pre acordar antes de formularse la

imputación, evento en que el juez no puede negarse a la aprobación del acuerdo.

2. ¿Es improcedente el preacuerdo cuando la Fiscalía cuenta con evidencia física, elementos materiales de prueba o información legalmente obtenidos suficientes para acusar?

El único referente legal vinculado con la “cantidad probatoria” exigida en materia de preacuerdos y negociaciones, lo contempla el inciso 3° del artículo 327 del nuevo CPP, y se refiere a la improcedencia para la aplicación de este mecanismo cuando no exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, exigencia que impide que una persona inocente pueda llegar a aceptar un preacuerdo o que el juez profiera un fallo de condena en su contra.

Debe tenerse en cuenta que la negociación pre acordada de culpabilidad, se enmarca en la renuncia del imputado o acusado a los derechos de no-auto incriminación, de tener un juicio público, contradictorio, concentrado, imparcial y con inmediación de las pruebas contemplados en los literales b y k del principio rector del procedimiento contenido en el artículo 8° de la Ley 906/04; renuncia que no está supeditada a criterio alguno de “*quantum probatorio*” distinto del señalado en el inciso 3° del artículo 327 del CPP acusatorio, debiéndose señalar que en este último caso ello se justifica en tanto que la presunción de inocencia no puede desvirtuarse de cualquier manera o de modo arbitrario.

Además, una aparente fortaleza de la labor investigativa desarrollada por la Fiscalía General de la Nación, no puede ser obstáculo para la celebración de una negociación pre acordada de culpabilidad, tanto que el artículo 352 de la Ley 906/04 permite la celebración del preacuerdo aún después de iniciada la etapa del juicio.

De tal manera, entonces, que no es improcedente pre acordar en presencia de una muy avanzada y fuerte investigación; por el contrario, una excelente actividad investigativa es un camino eficaz para llevar al imputado o acusado a aceptar, como fruto de una negociación, los cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación o escrito de acusación, o proponer una de las posibilidades contempladas en el artículo 350 del CPP, toda vez que de sus resultados depende que el sujeto pasivo de la acción penal se allane y participe en la definición rápida de su caso, obteniendo a cambio los beneficios de ley en materia punitiva.

3. ¿Cabe la declaración pre acordada de culpabilidad incluyendo como condición la colaboración o suministro de información para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada o la judicialización de otros partícipes o intervinientes del delito o delitos investigados?

La condición para la obtención del beneficio punitivo derivado de un preacuerdo, es la aceptación del cargo o cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación o en el escrito de acusación, a través de alguna de las modalidades para el caso previstas, sin que ello implique imposibilidad para involucrar circunstancias adicionales para los efectos de la declaración pre acordada de culpabilidad, como por ejemplo la colaboración o suministro de información respecto de otro u otros autores o partícipes.

Puede considerarse la aplicación de este mecanismo aún en los casos en que la colaboración o suministro de información no dan lugar a la aplicación del principio de oportunidad, por expresa prohibición de los parágrafos primero y tercero del artículo 324 del nuevo CPP, hipótesis en las cuales la negociación pre acordada de culpabilidad puede constituir una herramienta eficaz para lograr una de las finalidades previstas para los preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado en el artículo 348 del citado

cuerpo normativo, vale decir, la integral solución de los conflictos sociales que genera el delito.

Además, el principio rector contenido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004, que según el artículo 26 *ibídem* debe ser tenido como fundamento de interpretación, prescribe que uno de los fines de la actuación procesal es la eficacia del ejercicio de la justicia, que en eventos como el comentado anteriormente, no puede resultar frustrado por la imposibilidad de ejercer una de las formas de discrecionalidad acogidas en el sistema penal acusatorio colombiano: el principio de oportunidad.

En estos casos, la colaboración o suministro de información debe tenerse en cuenta como uno de los criterios para negociar un mayor monto de descuento punitivo (hasta la mitad).

4. ¿Está obligado el juez de conocimiento a aprobar el preacuerdo para aceptar la imputación, preacuerdo en el que la FGN ha incurrido en error en la calificación jurídica del hecho investigado?

A partir del análisis del inciso tercero del artículo 351 del nuevo CPP, en el evento que la Fiscalía, *por causa de nuevos elementos cognoscitivos*, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación, caso en el cual el juez no puede improbarlo, salvo que se violen garantías fundamentales.

No obstante, puede ocurrir que la FGN, por error de valoración y sin existir prueba sobreviniente, ofrezca en el preacuerdo la imputación de un delito menos grave, *vr.g.*, lesiones personales dolosas, cuando en realidad la conducta se subsume como tentativa de homicidio, o viceversa.

La respuesta a lo anterior depende del alcance asignado a la violación de las garantías fundamentales a las que se refiere el inciso cuarto del artículo 351 del nuevo CPP, porque si ellas sólo se refieren al imputado o acusado, el juez estaría obligado a la aprobación del preacuerdo cuando el error es en favor de la defensa. Si es en contra, lo jurídicamente correcto es la improbación del preacuerdo.

Pero si el desconocimiento o quebrantamiento de las garantías fundamentales están referidos no solamente al imputado o acusado, sino también a la sociedad -y como parte de ella la víctima-, es deber del juez improbar el preacuerdo, por violación al principio de legalidad, con sustento en el artículo 351, inciso 4º de la ley 906/04. En este sentido, resulta oportuno el siguiente criterio de la Corte Constitucional expresado en la sentencia C-805 de 2002: *“(...) Adicionalmente, tampoco puede desconocerse que la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia son derechos íntimamente vinculados con el principio de legalidad, la observancia del debido proceso, la prevalencia del derecho sustancial y el derecho a la tutela judicial efectiva, en cabeza no sólo del sindicado o del Ministerio Público, sino también de la parte civil como sujeto procesal (...)”*.

De lo contrario, se estaría posibilitando la acumulación de beneficios punitivos expresamente prohibida en el inciso 2º del mismo 351, porque además del descuento de pena acordado, que puede ir hasta la mitad, el imputado o acusado, de hecho, se estaría beneficiando de manera adicional con el descuento que pudiera derivarse de la incorrecta adecuación típica, cuando el error ha sido a favor suyo; en el caso propuesto, la doble rebaja devendría acumulada al considerar una tentativa de homicidio como lesiones personales y la disminución hasta el 50% de la sanción imponible.

Nada de lo anterior es óbice para que la defensa y Fiscalía, antes de que el juez se pronuncie sobre la aprobación o improbación

del preacuerdo, modifiquen o adicionen los términos de la negociación para ajustarlo a la ley (tipicidad), con base en la evidencia física, elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida.

En caso de que la defensa no esté de acuerdo, le queda a cualquiera de las partes la posibilidad de retractarse de la negociación, antes de la aprobación o improbación del juez de conocimiento, con sustento en la prerrogativa prevista en el inciso 2° del artículo 293 del nuevo CPP.

En un documento del *Consejo Superior de la Judicatura* de Colombia, se aprecia una discusión profunda de aspectos constitucionales, doctrinarios y de política criminal en que tercian, magistrados, jueces de conocimiento y de garantías penales, fiscales, defensores públicos y hasta un capacitador de la Embajada de EE.UU., para establecer en lo posible límites a los acuerdos y preacuerdos, de suerte que no lesionen principios constitucionales como los de inocencia, de no incriminación, y de evitar que el ciudadano se encuentre impelido a acordar por el temor de una pena de mayor intensidad, que la que se acuerde.

En el referido documento se expresa:

Aportes diversos a la discusión:

Los siguientes aportes están recogidos a partir de las diversas reuniones que sobre el tema se han adelantado. La relatoría ha sido elaborada por el juez Carlos Moreno y cotejada por otros funcionarios que han colaborado en la relatoría. Se hace una síntesis que pretende recoger lo más valioso y, con ello, se repite una de las condiciones para el correcto funcionamiento del Conversatorio: no se trata de llegar a consensos ni de imponer posiciones, se trata de reflexionar abiertamente y a partir de la práctica cotidiana, desde luego afectada por los diversos roles que

en el nuevo sistema se asumen, todo ello con el propósito de lograr una cada vez mejor aproximación interpretativa de las nuevas figuras dogmático-procesales.

En primer término se controversió la tesis del doctor José Urbano según la cual en el sistema Angloamericano los acuerdos y preacuerdos, pueden colocarse en diversas ocasiones más allá de los fines de la justicia y la verdad. Según Arthur, formador de la embajada americana, los preacuerdos no vulneran el debido proceso y no es cierto que en el sistema angloamericano los mismos no estén orientados a la justicia y la verdad. Los Jueces de Garantías intervienen en la discusión para acoger la tesis de Ferrajoli, según la cual el Juez que aprueba o imprueba los acuerdos o preacuerdos, debe observar que los mismos están limitados por los fines constitucionales de la administración de justicia, pues de no hacerlo así, ello podría llevar a un crudo eficientismo jurídico, que se contrapone abiertamente contra el garantismo que recorre nuestra Constitución Nacional y que se refleja en el nuevo Código de Procedimiento Penal. En esta dirección, se concibieron los aportes de José Urbano, en su trabajo publicado en el libro “Reflexiones sobre el nuevo sistema penal acusatorio” y no en una descalificación *per se* de las figuras.

El doctor Ricardo Castellanos, Juez Penal Municipal de Conocimiento, acota que el incremento punitivo ordenado por la Ley 890 de 2004, ha propiciado los numerosos preacuerdos que se han presentado a la fecha dentro del sistema acusatorio, pero considera que lo más delicado en la implementación de esta figura, es la falta de política criminal y pautas coherentes por parte del Estado. Anota, finalmente, que los mismos son meramente utilitaristas y por ende pueden desdibujar los principios de justicia y verdad que rigen en nuestra Constitución Nacional. Su preocupación central es la posible existencia de una presión tácita para las personas imputadas, para que acepten, de acuerdo a los incrementos punitivos generalizados, los preacuerdos.

En apoyo de esta tesis, la Defensoría sostiene que la fortaleza de la Fiscalía en el aporte de probanzas necesariamente incide en los acuerdos y preacuerdos a que se ven abocadas las personas imputadas.

La Fiscalía considera que el principio de legalidad no se vulnera con los preacuerdos y que, por el contrario, los mismos siempre deben partir en cada caso concreto de la tipicidad de los hechos punibles y por ello defiende y sostiene que la misma puede ser modificada en función de la eliminación de cargos.

Para el Ministerio Público, la pregunta que se debe resolver sobre la figura de los preacuerdos y acuerdos es la siguiente: ¿quién los controla en relación con el control de la imputación? La pregunta, se adelanta de esta forma, pues es inaceptable imputar hechos más graves para así poder llegar a un acuerdo más favorable, lo que necesariamente va en contravía del principio de legalidad. Pero aún más, ¿Qué sucede si hay una causal de justificación o excluyente de responsabilidad y aún así se pretende llegar a un preacuerdo? La respuesta necesariamente es que el Juez debe intervenir de manera activa y por eso no solamente es válida la actividad del Juez de conocimiento, sino la del Juez de Garantías desde la imputación misma.

La Fiscalía sostiene que como quiera que puede surgir una diferencia en la rebaja punitiva entre el allanamiento que se hace en la diligencia de imputación y la que es producto de los preacuerdos, para esos efectos debe haber una pauta clara para los Fiscales a efecto de que no se rompa la igualdad en estos eventos.

Las preguntas que se hizo el Ministerio Público, y a las cuales se ha hecho referencia, remiten al tema de la imputación en el sentido de que el imputado debe tener el conocimiento en palabras sencillas sobre lo que se va allanar o va a preacordar, y por ello el Juez de Garantías está en la obligación de indagar si ese allana-

miento es libre, espontáneo y sobre todo informado, y en el caso del Juez de Conocimiento, verificar que la defensa sea realmente técnica y que no se presente una posibilidad real de absolución o, por ejemplo, una figura como la falta de antijuridicidad material. Estas posiciones las sostienen los doctores Fernando Ramírez y José Reyes Rodríguez, Jueces de Conocimiento del Circuito y Especializado respectivamente, inclusive algunos Jueces sostienen que cuando hay una causal de justificación o una excluyente de responsabilidad, el Juez de Garantías no debe admitir la imputación.

La doctora Rosa Irene Veloza expresa que lo más importante dentro de la figura de los preacuerdos, es preservar la presunción de inocencia, de tal forma que ella se desvirtúa tan sólo con la acreditación de la autoría, antijuridicidad y culpabilidad, por eso el Juez que controla los preacuerdos está en la obligación de verificar el principio de legalidad, la ausencia de causales de exoneración de responsabilidad, la no violación al derecho de igualdad, y la existencia de una verdadera defensa técnica y, cuando quiera que los acuerdos son improbadados, dicha decisión debe ser objeto de los recursos de reposición y apelación.

La Defensoría Pública establece que para efecto de resolver el problema de la desigualdad entre el allanamiento de la imputación y los preacuerdos en lo referente a la rebaja punitiva, no debe tenerse en cuenta el “hasta”, sino la mitad para que no haya rompimiento que provoque una desigualdad entre estas figuras.

El doctor Carlos Humberto Rodríguez, Juez de Garantías agrega, en relación con los acuerdos, que los mismos no pueden ser una especie de juego oculto, vale decir que la Fiscalía, producto del incremento desmesurado de las penas de la Ley 890 de 2004, le proponga a un imputado negociar, sin que exista exhibición de elementos materiales probatorios, evidencia física o informes legalmente obtenidos sobre la responsabilidad, pues esta última

sólo puede ser el resultado de la actividad investigativa de la Fiscalía y no de un simple pulso de fuerzas desiguales como son la del Estado a través de la Fiscalía y la de la Defensa. Hay que recordar que esta última parte interviniente, es la más débil en nuestro sistema jurídico procesal y la única actividad que tendría en los acuerdos y preacuerdos, sería la de adherirse a lo que le propone la Fiscalía. El juez advierte sobre la necesidad de que el imputado no sea convertido en parte demasiado frágil, en función de la aceptación de un preacuerdo, cuando no se sabe realmente qué es lo que tiene el ente acusador de cara al juicio público y oral.

En ese sentido y en concordancia con lo anteriormente expresado, se dice que el Juez de conocimiento que va a controlar el acuerdo, debe tener la posibilidad real y material de examinar la totalidad de los actos de investigación de la Fiscalía para saber si el equilibrio entre los intervinientes se mantuvo o no con el acuerdo, pues de no hacerlo así, se estaría rompiendo la igualdad de armas del sistema acusatorio; esto implica, de manera especial, que ella debe exhibir no solamente los elementos materiales probatorios, evidencia física, informes legalmente obtenidos que lo inculpen, sino también, los que lo exoneren. Al hacerse esta aprobación de esta manera, como lo plantea el Juez Rodríguez, se estaría preservando la lealtad entre las partes intervinientes y la igualdad de armas, valga el énfasis, que se pregonaba en el nuevo sistema acusatorio.

La temática de los preacuerdos y acuerdos reenvió a la discusión de la imputación y la actividad del Juez en dicha diligencia y al respecto el doctor Ramiro Marín, Fiscal delegado ante la Corte, aclaró que el Juez de Garantías es un Juez de control de actos y no un Juez de Conocimiento, que esa actividad es un mandato constitucional y que por lo tanto esto le veda la posibilidad de inmiscuirse en la diligencia de imputación. Sin embargo, en desacuerdo con esta posición, el doctor Julio Gilberto Lancheros,

magistrado del Tribunal de Cundinamarca, expresa que los roles en el sistema acusatorio están claramente definidos así: El Fiscal tiene la facultad de la imputación, pero basada en pruebas y en los fines de la Constitución Nacional y cuando quiera que hay ausencia de antijuridicidad y culpabilidad, ambas figuras son garantías y si no hay pruebas de las mismas, el Juez de Garantías o el de Conocimiento debe decretar lo que le compete a cada uno.

Lo anterior en criterio del relator de esta acta, Carlos Moreno, significa que el Juez de Garantías puede no admitir la imputación y al hacerlo, no se podrá decretar medida de aseguramiento, inclusive no se podrá pedir la misma por el Fiscal.

De la discusión sobre los acuerdos y preacuerdos se desprende que el problema capital de mayor importancia que comporta su aplicación, es la eventual ruptura que puede haber del principio de legalidad, pues el Juez de Conocimiento que controla los mismos, no puede conformarse con que la Fiscalía le presente meros informes ejecutivos o entrevistas, pues esto podría traer el problema de que ellos no pueden servir como sustento probatorio de una decisión condenatoria; así haya allanamiento a los cargos o preacuerdos en la sentencia, siempre deberá haber valoración probatoria, pues de no ser así se está violando de manera flagrante el debido proceso de las personas que eventualmente vayan a ser condenadas. Ésta es una posición mayoritaria entre los jueces

Aporte del juez Ricardo Castellanos

Llama la atención el interrogante que plantean los relatores del tema en cuestión en cuanto al hecho de si es improcedente el preacuerdo cuando la Fiscalía cuenta con evidencia física, elementos materiales de prueba, o información legalmente obtenidos suficientes para acusar, habida cuenta que precisamente uno de los presupuestos para que a *posteriori* el Juez de conocimiento

pueda aprobarlo, es que aquellos se den en forma tal, que quede desvirtuada cualquier posibilidad de atentar contra la presunción de inocencia. De acuerdo con ello, el interrogante iría en sentido contrario ¿será procedente y válido que acuerden sin contar con tales elementos?

Indiscutiblemente corresponderá al Juez de conocimiento, velar porque por lo menos se cuente con la demostración clara de la existencia del hecho, su tipicidad, autoría o participación por parte del imputado o acusado, según sea el caso, así como un primer estadio de presupuesto de responsabilidad, esto es que no se vislumbre una causal de ausencia de responsabilidad.

Se trata de un deber del Juez ligado al móvil que conllevó a que aquel imputado o acusado hubiera aceptado o negociado unos cargos.

En efecto, no se puede desconocer el incremento punitivo establecido en la Ley 890 de 2004, cuando en su artículo 14, dispone aumentar las sanciones en los tipos penales contemplados en el Código penal de una tercera parte a la mitad, sin que a primera vista se pueda señalar un objetivo distinto que el de ejercer presión sobre los imputados o acusados para que preacuerden y acepten unos cargos por temor a la magnitud de la sanción.

Si miramos la fecha desde la cual entrarían a regir dichos aumentos nos encontramos con que coincide la misma con la del inicio de vigencia del sistema penal acusatorio –para Bogotá y el eje cafetero- esto es el Primero (1º) de enero de 2005, lo que hace imprescindible e íntimamente ligadas las Leyes 890 y 906 de 2004, una para aumentar las penas y la otra para establecer descuentos por preacuerdos con la única finalidad de evitar que la implementación de esta figura genere, de una parte unas penas bajas, al mismo tiempo que se presiona en forma tácita a quien está siendo investigado para que por temor ante una posible san-

ción extremadamente alta, negocie y acepte unos cargos renunciando inclusive a derechos fundamentales.

En general, se parte de un supuesto falso: los ideales de verdad y justicia no se alcanzan porque en un gran número de eventos penales las partes acuerden sin más, aceptaciones de cargos, en todas sus variantes; los mismos se logran cuando evidentemente hay un recaudo probatorio necesario y suficiente para acreditar en contra de los involucrados autoría y responsabilidad penal que hace que aquellos no vean más remedio que acordar o negociar con miras a obtener una rebaja proporcional al desgaste judicial que eviten.

Extraña parece una postura de derecho penal máximo, en cuanto a que día a día son más los asuntos y conductas cobijados por el derecho penal, a la par que sin razones de política criminal valideras se aumentan las penas para los delitos existentes, cuando está demostrado que ello no disminuye la criminalidad y dista mucho de cumplir funciones de prevención general y especial.

Se trata de una política criminal que, por demás, no aparece clara en nuestro medio y ha conllevado a que en forma indiscriminada se empleen principios de oportunidad y preacuerdos, violando principios y derechos fundamentales, hasta el punto que por unos mismos hechos resulte sancionada con pena mayor una persona que acepta los cargos desde el mismo acto de la formulación de imputación respecto a la que acuerde con la Fiscalía incluso después de haberse formulado acusación. Se trata de verdaderos contrasentidos que tienen que ser evaluados en sus consecuencias”¹²³,

El artículo 8 de las reformas dice:

¹²³ Se pueden revisar éste y otros documentos en nuestra página web, en www.alfonsozambrano.com

En el primer inciso del artículo 33, a continuación de la palabra “fiscal”, agréguese la frase “, sin necesidad de denuncia previa”.

Había aspectos más importantes que la frase que se agrega, pues cuando el Art. 33 dice que el ejercicio de la acción penal corresponde exclusivamente a la fiscal o al fiscal, significa que no es necesario ningún otro impulso, y que no se requiere de ninguna denuncia del particular ofendido o de un tercero. La *noticia críminis* le puede llegar de cualquier manera a la fiscalía incluyendo el contenido de una denuncia, de un parte policial, de una noticia periodística, etc.

El artículo 9 de las reformas, dice:

“Elimínese los literales g), h), i), j) y k) del artículo 36”.

El artículo 36 contenía el catálogo de los llamados delitos de acción penal privada, para cuyo ejercicio se requería de la presentación del reclamo y del ejercicio de la acción mediante el documento denominado *querella*, que es el que permite material el derecho al reclamo.

Dejan de ser de acción penal privada, *la estafa y otras defraudaciones, la violación de domicilio, la revelación de secreto de fábrica, el hurto, y las lesiones que no superen los treinta días de enfermedad o incapacidad para el trabajo.*

Hemos expuesto en otros momentos que en los delitos contra la propiedad que no fuesen de contenido violento, como en los casos de robo con secuela de lesiones o muerte, si la víctima es resarcida se debe pensar en la opción de la renuncia a la acción penal y a la pena. De esa manera se atendería a la víctima y se estimularía al o ofensor para buscar un *acuerdo reparatorio*.

El artículo 10 de las reformas, dice:

En el primer inciso del artículo 39, luego de la palabra “denuncia” elimínese la frase “parte informativo o cualquier otra forma por la que llegue la noticia del ilícito”.

Como segundo inciso agréguese el siguiente:

“El juez, previo a resolver, debe oír al denunciante.”

En el primer inciso del primer artículo innumerado agregado a continuación del artículo 39, luego de la palabra “delitos”, agréguese la siguiente frase “que lleguen a conocimiento de la fiscalía sea por partes informativos, informes o por cualquier otra noticia del ilícito”.

Nos parece que el Fiscal como titular de la acción penal debe estar facultado para disponer el archivo de la *noticia criminis* sin que fuese necesario recurrir al control del *Juez de Garantías Penales* pues técnicamente no hay un proceso, sino el conocimiento de un hecho que según el denunciante constituye delito, y bien puede ocurrir que en criterio de la fiscalía no se narre objetivamente un hecho que se pueda adecuar en la hipótesis típica de un delito sino por ejemplo en un contrato civil incumplido.

No obstante lo anterior el legislador ha querido preservar el derecho de la potencial víctima y por eso determina que el juez previo a resolver lo escuche al denunciante, como no existe audiencia oral para este caso, entendemos que debe oírlo por escrito — aunque suene un contrasentido—, en verdad le va a correr traslado. Pero el Art. 39 del CPP señala que si el Juez de Garantías Penales no comparte la opinión o criterio del fiscal, debe enviar los recaudos al fiscal superior quien puede designar a otro fiscal para que continúe con la investigación o inicie el proceso con la instrucción fiscal. No creemos que el fiscal superior esté obligado a disponer que intervenga otro fiscal siempre, pues si comparte el criterio del fiscal de origen debe hacerle conocer al juez de ga-

rantías esta situación, para que se cumpla indefectiblemente con el archivo.

El artículo 11 de las reformas, dice:

En el artículo 160, en el párrafo de las medidas cautelares de orden real agréguese el siguiente numeral:

“4) La prohibición de enajenar”.

Como sabemos las medidas cautelares pueden ser personales y pueden ser reales. La reforma ha considerado oportuno que se inserte esta medida referida a la prohibición de enajenar.

La principal observación es que se evite caer en un ejercicio abusivo de poder pues se le puede ocurrir a alguien, creer que será un *buen juez* si dispone la prohibición de la enajenación de la totalidad de los bienes de un imputado o de un acusado. Si se tratare de un traficante de drogas ilegales o de armas parece razonable una medida extrema, pero fuera de estos casos y de otros que deben ser de excepción, hay que evitar el abuso con una medida que debe responder a los *principios de necesidad*, de *racionalidad* y de *proporcionalidad*.

El *quantum* del eventual perjuicio nos debe orientar para aplicar correctamente la proporcionalidad para asegurar o el resarcimiento o la pena de decomiso. La Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional de NN.UU., prevé situaciones en que se confundan bienes que tengan un origen lícito con bienes que provienen de una actividad delictiva, proponiendo que el decomiso se cumpla sobre lo que es ilícito y se preserven o respeten los bienes que tienen una fuente lícita. Eso es lo justo y es lo correcto.

El artículo 12 de las reformas, dice:

En el segundo inciso del artículo 161, luego de la frase “juez de garantías”, agréguese la frase “penales, e informará de este hecho inmediatamente al fiscal”.

La reforma es válida porque los jueces adquirieron el rango de jueces de garantías penales, y el fiscal es el titular de la acción penal. No sé si mas propio era utilizar la expresión *pondrá este hecho en conocimiento del fiscal*, ante que dejar constancia de que *informará de este hecho inmediatamente al fiscal*.

El artículo 13 de las reformas, dice:

Sustitúyase el segundo inciso del artículo 171, por el siguiente:

“Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de delitos sexuales, de odio, de los sancionados con pena de reclusión o cuando no exista reincidencia, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en la que la persona procesada tenga una discapacidad mayor al cincuenta por ciento certificada por el CONADIS, padezca de enfermedad catastrófica, sea mayor de sesenta años de edad, o sea una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen”.

Este artículo de las reformas es la expresión más clara de lo que puede producir un manifiesto *derecho penal del enemigo* y de un *derecho procesal penal del enemigo*, pues hay un recorte de garantías y beneficios de excarcelación, para impedir que personas que merecen un trato humanitario y que se trata de grupos altamente vulnerables, porque así lo prevé la Constitución de Montecristi del 2008 y lo prevé el *derecho internacional humanitario*, y un *derecho*

internacional de los derechos humanos, no puedan ser acreedoras del *arresto domiciliario*.

Tal vez en estos casos y para hacer un uso racional del derecho, los jueces y fiscales deben seguir el buen ejemplo del doctor Alfredo ALVEAR ENRÍQUEZ, Fiscal General Subrogante o encargado, que se abstuvo de pedir medidas cautelares personales en un caso por peculado (que es un delito contra la administración pública) como hemos comentado *up supra* por cuanto las garantías constitucionales del Art. 77 constituyen una gran limitante. Si no se hace *un uso racional de las medidas cautelares* se va a volver a entronizar el abuso con la prisión preventiva, por la que el Ecuador viene siendo sancionado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hay que ser enfáticos en sostener que el fiscal no está obligado a solicitarla siempre, ni el juez debe concederla *per se*. La utilización como un recurso de política criminal de excepción tiene que ser celosamente respetado.

La *reincidencia* demuestra sin duda el fracaso de la pena. Los casos de muerte no están sancionados siempre con pena de reclusión, pues el homicidio culposo está enlazado con una pena de prisión correccional. Y en estos casos el juez no podría disponer el arresto domiciliario aunque se trate de personas que pertenecen a grupos vulnerables. En el caso de las personas mayores de sesenta años de edad y de la mujer embarazada hay un trato inconstitucional porque se trata de sectores de la población a los que se considera como de mayor vulnerabilidad y por ende de mayor protección.

El artículo 14 de las reformas, dice:

Añadir en el numeral 7 del artículo 209, luego de palabra “procesados” la siguiente frase: “y enviar a la fiscal o el fiscal, el registro de detenciones”.

Con esta parte de la reforma hemos retornado a conceptos como los de *peligrosidad real* o *presunta*, y a un *derecho penal de autor* que es una aberración, pues nuestra Constitución del 2008 y la anterior de 1998 han consagrado la vigencia de un *derecho penal de acto*. El registro de detenciones se va a convertir en un estigma y pre acondicionante de carreras criminales, pues se va a volver a épocas pasadas en que aun ciudadano se lo juzgaba no por el delito cometido sino *por sus antecedentes*.

La *etiqueta* de criminal o delincuente va a tener un alto costo social y es igualmente inconstitucional porque se trata de crear una sensación de *inseguridad* por el registro de detenciones que tenga el ciudadano. Con facilidad esto conllevará la imposición de condenas altas y el recorte de otros beneficios de excarcelación. Este es el inicio lamentable de propuestas de *derecho penal máximo*, que echa por la borda la construcción necesaria de principios como los de *oportunidad* y de *minima intervención penal*.

El artículo 15 de las reformas, dice:

En el tercer inciso del tercer artículo innumerado agregado a continuación del artículo 226, sustitúyase la frase: “auto de llamamiento a juicio cuando el dictamen fiscal sea de acusación”, por la frase “el auto resolutorio correspondiente”.

La confusión se produce con la reforma del 24 de marzo del 2009. Era una aspiración de la fiscalía general que el dictamen fiscal fuese vinculante para el juez de garantías penales, de manera que bastaría la acusación del fiscal, para que juez estuviese obligado a dictar el llamamiento a juicio.

La reforma no aceptó esta propuesta y el juez no está vinculado al dictamen fiscal de manera que puede dictar sobreseimiento si no comparte el pronunciamiento del fiscal. Nos remitimos a los comentarios que hiciéramos oportunamente en el sentido de que

si no había técnicamente sino una investigación, el juez debería llamar a juicio y en el mismo la fiscalía debía preparar la prueba. Eliminaríamos de esa manera un cuello de botella que se produce en esta etapa de preparación del juicio en que incluso se desnaturaliza el *principio de la oralidad* y de la *celeridad*. Bastante responsabilidad tiene el juez de garantías penales de controlar desde el ámbito constitucional el respeto a las garantías constitucionales y procesales, PERO hoy por hoy el juez de garantías puede dictar el sobreseimiento, sin que el dictamen del fiscal fuese vinculante.

El artículo 16 de las reformas, dice:

A continuación del quinto inciso del artículo 278, agréguese el siguiente:

“Las o los secretarios de las judicaturas, o quienes les subroguen legalmente, enviarán mensualmente al Consejo de la Judicatura un listado de las audiencias realizadas y fallidas, con la debida indicación de las o los servidores judiciales que no asistieron a las mismas y las causas de la inasistencia”.

Se trata de establecer un control para tratar de residenciar en donde están los problemas por las audiencias fallidas. De acuerdo con la Constitución del 2008 y el Código Orgánico de la Función Judicial la Fiscalía General es órgano de la función judicial con una autonomía no definida, y estará sin duda sometido al control administrativo y disciplinario del nuevo Consejo Nacional de la Judicatura que deberá ser nombrado. La propia Corte Nacional estará sometida en su designación, control administrativo y disciplinario por parte del Consejo de la Judicatura, que en realidad va a ser un *mega poder*.

El artículo 17 de las reformas, dice:

Sustitúyase el numeral 1 del artículo 343, por el siguiente:

“1. De los autos de nulidad, de prescripción de la acción, de sobreseimiento y de inhibición por causa de incompetencia”.

Desaparece con las reformas la *apelación del auto de llamamiento a juicio*. Proceden dos reflexiones: a.- Que se podría estar desconociendo el *derecho al doble conforme*. b.- Que la Constitución de Ecuador prevé el derecho a un recurso rápido para que revise la posible afectación de un derecho.

A la primera observación o reflexión hay que responder que no nos encontramos ante un juicio sino ante un proceso de investigación (que es la instrucción fiscal) y que estaríamos apelando no de un juicio sino de una investigación. A la segunda que el *derecho al doble conforme* se hace efectivo con el *recurso de casación*. El derecho al doble conforme está igualmente previsto en el Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos. La Constitución nuestra se refiere al principio de *celeridad procesal* que se afecta con la lenta tramitación del recurso de apelación, que en la práctica y en inúmeros casos no es resuelto de manera pronta y oportuna. De manera que ni no se estaba cumpliendo con los principios de *prontitud* y *oportunidad* se hizo bien con la supresión del recurso de apelación.

Parece lógico y coherente que si tienen unidad de criterio, el fiscal con el dictamen acusatorio, y el juez con el llamamiento a juicio se suprima el recurso de apelación. Como hemos expresado en otro momento no se estaba apelando de un juicio sino de una investigación que afectaba a la *celeridad procesal*. Durante la instrucción fiscal (que es investigación) no existe aún prueba, misma que tiene que ser recibida por el juez o tribunal del juicio cumpliendo con los principios de *oralidad* y *publicidad*, del *derecho al contradictorio*, de la *continuidad* y *concentración*, y de la *inmediación* del juez de la sentencia con la prueba. El Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires de última data suprimió el recurso de apelación.

Parece pertinente mantener la apelación del sobreseimiento para el caso que el fiscal quiera insistir en el llamamiento a juicio, pues es el titular de la acción penal y es quien ha dirigido la investigación durante la instrucción fiscal.

DISPOSICIÓN GENERAL

“La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones respetarán la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas determinadas en el Art. 171 de la Constitución y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y tendrán en cuenta los derechos constitucionales, los principios de justicia intercultural y la declinación de competencias conforme lo establecido en los artículos 344 y 345 del Código Orgánico de la Función Judicial”.

El tema de las autoridades indígenas y de los llamados principios de justicia intercultural, requieren de reglas de juego claras para evitar actos de abuso de poder y hasta de penas desproporcionadas cuando se trata de delitos cometidos dentro de las comunidades indígenas, y en casos en que víctima y agresor pertenecen a la comunidad. Muchas veces los acuerdos satisfacen a las partes, y en otros queda la sensación de haber sometido a actos de barbarie, de escarnio público, de penas infamantes y de actos de tortura a lomo de la primera década del siglo XXI, a quienes se reputan como infractores. Las penas crueles, inhumanas y degradantes está proscritas en la Constitución, y el Ecuador es signatario de la Convención Interamericana contra la Tortura y de la Convención NN.UU contra la Tortura.

“DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Los procesos, actuaciones y procedimientos de investigación que actualmente se encuentren en trámite, conti-

nuarán sustanciándose conforme a las reglas de procedimiento vigentes al tiempo de su inicio y hasta su conclusión.

Los procesos, actuaciones y procedimientos de investigación en los delitos de estafa y otras defraudaciones, violación de domicilio, revelación de secretos de fábrica, hurto y lesiones que no superen los treinta días de enfermedad o discapacidad para el trabajo, que fueron desestimados o archivados de conformidad con la interpretación del artículo 10 de las reformas al Código de Procedimiento Penal, publicadas en el Registro Oficial Suplemento 555 del 24 de marzo de 2009, podrán sustanciarse como delitos de acción pública. Las acciones en estos casos prescribirán de conformidad con las reglas establecidas en el Código Penal para los delitos de acción pública, y no se contará el tiempo transcurrido desde el 24 de marzo del 2009 hasta antes de la entrada en vigencia de la presente reforma”.

Nos remitimos a las observaciones realizadas al comentar algún episodio de la aplicación de las reformas del CPP del 24 de marzo del 2009. Cuando se expidió la reforma del 24 de marzo del 2009 la transitoria segunda determinaba que se debían seguir tramitando los procesos de acuerdo con el procedimiento vigente al tiempo de la reforma de manera que no se debía declarar extinguida la acción penal pública ni disponer el archivo de los procesos, sino que debía aplicarse la reforma —que implicaba la extinción de la acción penal pública— para los procesos que se iban a iniciar a partir del 24 de marzo del 2009.

De todas maneras muchos jueces declararon extinguida la acción y otros dictaron autos de inhibición, disponiéndose el archivo de los procesos. Yo he comentado que muchas personas quedaron en la indefensión porque había procesos cuya acción penal estaba prescrita o que prescribían en poco tiempo, y los que podían reclamar mediante el ejercicio de la acción privada tenían que contratar un abogado, de manera que había un proceso de victi-

mización múltiple, porque habían sido víctimas o potenciales víctimas de un delito que había disminuido su propiedad, y tenían que contratar y pagar a un defensor privado para que los represente.

Debemos extraer las siguientes conclusiones de la reciente reforma:

- 1.- Que los procesos que hubiesen sido desestimados o archivados aplicando las reformas del 24 de marzo del 2009, renacen o se reavivan como delitos de acción penal pública a partir del 29 de marzo del 2010.
- 2.- Que los autos de desestimación y la disposición de archivo NUNCA se ejecutoriaron, ni adquieren la calidad de COSA JUZGADA porque se ha reactivado la acción penal pública para esos delitos.
- 3.- Hoy no cabría solicitar que se declare la desestimación de los casos de Estafa que estuvieron en el *limbo jurídico* entre el 24 de marzo del 2009 y el 29 de marzo del 2010, porque desapareció la acción privada para ese y para otro tipo de delitos y hay norma expresa al respecto.
- 4.- Ni siquiera para efectos de la prescripción se podrá tomar en cuenta ese lapso entre el 24 de marzo del 2009 y el 29 de marzo del 2010, si es que se hubiese declarado la desestimación y el archivo. Opino que en los casos en que no se produjo la inhibición por extinción de la acción penal pública el tiempo para la prescripción siguió corriendo.

LOS ACUERDOS PROBATORIOS

Parte de la cultura de los acuerdos y preacuerdos es nueva, porque hemos sido alimentados en una cultura del litigio y de la con-

frontación. Es difícil aceptar que puede haber una mejor respuesta y de mejor satisfacción para la víctima, y para el mismo ofensor que puede llegar a negociar incluso condenas de menor intensidad, reparando cuando puede hacerlo, compensado a la víctima cuando fuese posible o colaborando de manera eficiente con la justicia, cuando se trata de espacios que tienen que ver por ejemplo con la delincuencia organizada transnacional o transfronteriza.

En la práctica, es una realidad que las víctimas estuvieron desde siempre – aunque no todas- negociando con sus victimarios u ofensores, porque es verdad que muchas víctimas quieren un resarcimiento moral, social o hasta económico. Esto lo hemos podido apreciar en nuestro ejercicio como *abogado litigante* de más de treinta y cinco años.

En dos publicaciones nuestras de 1986 y de 1988, planteábamos la conveniencia del diálogo y de la negociación para solucionar determinados conflictos penales, ante la falta de una mejor respuesta en el ámbito estrictamente penal. Incluso mencionábamos que en nuestra cultura ancestral me refiero a las comunidades indígenas, se habían encontrado tradicionalmente mejores respuestas y de mejor satisfacción que la que le brindábamos desde nuestra cultura por así llamarla *dominante*. Que el Estado *le expropia a la víctima el conflicto* y luego de olvida de sus derechos. Mirando a la otra orilla apreciábamos que en el *primer mundo* encontrábamos mayores satisfacciones para las víctimas, y que el sistema penal debiera quedarse en el campo de la *contracción al máximo* que no significa impunidad, sino quedarse reservado precisamente para los casos más graves.

No es fácil la consolidación de un Estado de derechos y justicia como no es sencilla tampoco la renuncia a una *cultura del litigio* en la que hemos sido entrenados. La Universidad nos entrenó para el litigio pero hay algo más que *buenas técnicas para litigar*

aunque son importantes. Hoy se comienza a plantear la conveniencia procesal de los *acuerdos* no solo de *reparación* sino inclusive los llamados *acuerdos probatorios*. Cuando hace casi dos décadas observé la propuesta de *acuerdos probatorios* en un proyecto de legislación, la primera preocupación y dado que para aquellos momentos estaba empezando a estudiar el *modelo acusatorio oral* era que debía ser *tema no negociable*. Como pensé también en algún momento en el asunto de los *acuerdos reparatorios*.

Es que me preocupaban las propuestas de lo que en el fondo era un proceso de negociación de la justicia, pero el hecho cierto que apreciábamos es que la reparación a las víctimas era casi inexistente. Sumemos a esto casos una enorme carga de impunidad solamente compensada o atemperada con el abuso prolongado con la prisión preventiva, que en verdad funcionaba como una verdadera pena o condena anticipada.

Estamos en una etapa de *acuerdos* que está *limitado por la gravedad de los delitos* y puede ser así conveniente en la hora actual. Es probable que a futuro debamos sentarnos a conversar y a dialogar sobre la conveniente de aumentar los espacios de *negociación penal*.

El tema de los ACUERDOS PROBATORIOS es inédito para Ecuador, pero deben servir para tener una justicia penal más expedita, pronta y eficiente. Hoy en lo personal no miramos con recelo acuerdos probatorios referidos por ejemplo a las *experticias* o *pericias* si como sabemos se trata de un examen y valoración eminentemente técnico, que va a constituir el soporte para la prueba material o de peritos en la audiencia del juicio. Esto puede ocurrir con una pericia de balística, o con el resultado de un examen toxicológico, o con el análisis químico de una sustancia que se reputa como droga, o con el levantamiento de las huellas que deja un delito de resultado material, o el reconocimiento de documentos que pueden ser públicos o privados, o con el resul-

tado que arroje una autopsia practicada con los postulados de la medicina forense, o con una valoración médico psiquiátrica, o en caso de lesiones seguidas de muerte los exámenes que realice un experto patólogo forense.

Esto permite igualmente que se enerve un proceso de *victimización múltiple* en muchos casos de abuso sexual, en que se va a exponer a la víctima a un escarnio público y muchas veces doloroso.

Este es un estadio aun por desarrollar porque como se trata de nuevas experiencias puede haber resistencia. Si hubiese motivo para dudar de la seriedad o de la falta de imparcialidad o conocimientos de un perito o del contenido de un peritaje o experticia. Si no es negociable el caso o no resulte ético o moral un acuerdo probatorio, no vamos a negociar el dictamen o acordarle valor de prueba, sino que pediremos la presentación de la prueba de manera oral, pública y contradictoria, en la audiencia del juicio que es audiencia de prueba.

LAS CONVENCIONES PROBATORIAS

I.- Generalidades acerca de las convenciones probatorias

1.- Importancia de las Convenciones Probatorias

Las convenciones probatorias son acuerdos tomados entre las partes en un proceso penal. Estos acuerdos pueden versar sobre hechos, circunstancias o medios de prueba. De esta manera, si se conviene sobre cualquiera de los dos primeros, éstos serán tenidos por ciertos en el juicio oral y se dispensará de la carga de probarlos. En cambio, si se dispone que sólo determinada prueba sea idónea para acreditar algún hecho, su efecto será que no habrá otro medio que lo pueda probar.

En el primer caso los hechos acordados están relevados de la carga probatoria en la audiencia del juicio. En el segundo caso solamente *la prueba acordada* podrá ser eficiente en el juicio.

Su utilidad se muestra, por citar uno de los casos, si sucede que existen puntos de encuentro respecto del tema central de debate o los accesorios a este, e incluso en los medios de prueba existentes. Por ejemplo, en el primer caso, que exista acuerdo respecto de la autoría material, pero la discusión resida en el tipo de responsabilidad o, en contrario, que se discuta la autoría material, pero no exista controversia en torno de la presencia en el lugar de los hechos. Lo que jurídicamente cabe no es solicitar la prueba por cada parte o practicarse esta en dos ocasiones, sino acceder al mecanismo de las convenciones probatorias, cuyo sentido y finalidad apunta, en concreto, a evitar discusiones REPETITIVAS con claro desmedro de principios como los de economía, celeridad y eficiencia procesal.

De este modo, pues, la convención probatoria surge en el marco de la simplificación del proceso, en aras de la celeridad y economía procesal. Estos acuerdos están sujetos a la aprobación del juez de la investigación preparatoria en un sistema procesal como el peruano, y en el caso de Ecuador deberá ser el juez penal de garantías procesales para que, previa negociación y debate entre las partes durante la audiencia preliminar, se determine su vinculación al juez penal (unipersonal o colegiado).

Nosotros pensamos que si se hubiese llegado a un acuerdo probatorio, mediando error insuperable o invencible, o mediando otra causa que limite la idoneidad del acuerdo, debiera haber un filtro de último control, están sujetos a una eventual y excepcional revisión por parte del juez del juicio. Así está previsto en el Código de Procedimiento Penal de Perú, dando paso al reexamen judicial (CPP. 2 Art. 155°. 4).

Hay mucho material en el ámbito del derecho comparado y en otras áreas del derecho que no son precisamente las penales. En nuestro campo son una novedad y requieren de un buen desarrollo doctrinario, y de destrezas para poder utilizar adecuadamente las convenciones probatorias.

2.- Las convenciones probatorias como expresión de la justicia penal negociada en el sistema adversarial

Admitimos una tesis central importante, *la institución de las convenciones probatorias es una expresión de la justicia penal negociada propia de un sistema adversarial*. Para ello debe analizarse el problema en tres niveles:

2.1. En principio hay que establecer las características del sistema adversarial, su relación con el sistema acusatorio e insertar el rasgo adversarial en el sistema acusatorio del nuevo Código Procesal Penal.

2.2. En un segundo nivel hay que analizar la justicia penal negociada como característica del sistema adversarial, donde las partes recuperan el control sobre muchos aspectos de la controversia.

2.3. Finalmente, en un tercer nivel de análisis vamos a apreciar que, en el marco de la justicia penal negociada, las partes pueden acordar aspectos sustanciales de la controversia y aspectos formales del procedimiento. Justamente es en este último aspecto en el que se enmarcan las convenciones probatorias.

3.- La justicia penal negociada como característica del sistema adversarial

3.1. La justicia penal negociada se ha manifestado tradicionalmente como mecanismo de acuerdo entre las partes para culminar el fondo de la controversia penal. El Código procesal penal se

muestra orientado hacia la instauración de la justicia negociada, como la expresión más extendida de la *justicia restaurativa* y como la posibilidad de producir la reintegración social de los infractores, y de responder a las necesidades de las víctimas cuando esto es posible.

3.2. Esta justicia penal negociada se estructura como un instrumento de resolución de conflictos que se generan en el seno de la sociedad, adoptando así una concepción de resolución definitiva de los conflictos sociales, restableciendo más que la paz social, el respeto por la vigencia de la norma quebrantada por la conducta contraria a la misma. El proceso de negociación en qué consiste debe ser analizado como una forma de que ambos actores intervinientes en ese conflicto, tanto el ofensor como la víctima, lleguen, a través de un entendimiento, a una superación de ese conflicto, haciendo posible una reparación concreta del daño, y facilitando el rol del mediador como garante del acuerdo que lleguen ambas partes.

3.3. No obstante, también tienen cabida dentro de este concepto los acuerdos de las partes en un proceso penal que no ponen fin a la controversia, sino que, ayudan a la mejor tramitación del mismo, con mayor celeridad y economía procesal. Vale decir, que aunque no se lleguen a procesos de plena negociación mejora la operatividad de la administración de justicia a través del proceso penal.

4. El “negocio procesal” como acuerdo sobre aspectos procedimentales en el proceso penal

Las figuras de la terminación anticipada del proceso o la conclusión anticipada del juicio oral por conformidad del acusado (puede ser por el procedimiento abreviado aunque en esto nos remitimos a lo comentado con respecto a la inconstitucionalidad del mismo, o por el procedimiento simplificado) tienen por

objeto poner fin al proceso y son las figuras más difundidas de la justicia penal negociada. Para el caso ecuatoriano el margen de negociación es limitado en función de la gravedad de la pena y del bien jurídico lesionado.

Sin embargo, a esto que llega a nuestro ordenamiento jurídico como una novedad, desde antiguo los procesalistas ya le conocían categorías similares, como el *negocio jurídico procesal*, expresión con la que se caracterizaban aquellos acuerdos a los que arriban las partes dentro del proceso y que, en actos posteriores, tratan de hacer valer ante el juzgador. Estos acuerdos, así como determinar el fin del proceso, también pueden incidir sobre las reglas del procedimiento.

Según Giuseppe CHIOVENDA, el efecto que producen los negocios jurídicos procesales lo refiere inmediatamente la ley a la voluntad de las partes. Tales son, en general, las declaraciones de voluntades unilaterales o bilaterales que la ley admite en el proceso como destinado a constituir, modificar, o extinguir derechos procesales¹²⁴.

Por su parte, Hugo ALSINA hace una interesante distinción entre “acto” y “negocio procesal”, el primero es la manifestación individual de la voluntad, mientras que el segundo, de la coincidencia de voluntades (por eso lo cataloga de “acto complejo”); surgiendo un tipo derivado: el acuerdo de voluntades, que no es más que la coincidencia de las mismas, como manifestaciones individuales, no suponiendo negociación. Deja claramente diferenciado el acuerdo por convenido (negocio), del acuerdo por coincidencia (sin negocio)¹²⁵.

¹²⁴ CHIOVENDA Giuseppe, *Instituciones de Derecho procesal civil*, Vol. III, Cardenas Editor y Distribuidor, 1989, p. 137.

¹²⁵ ALSINA Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, 2da edición, Tomo I, parte general, EDIAR, Buenos Aires, p. 608 y 609.

No falta quienes sostienen, que las partes pueden convenir, aun modificando las formas procesales, el trámite de un proceso determinado en todo aquello que no afecte el orden público. Estos convenios pueden realizarse antes del juicio o durante el mismo (suspensiones de audiencias y de plazos o la suspensión del procedimiento).

Sin perjuicio de lo antes dicho, debemos aclarar que los negocios jurídicos procesales, aun cuando tengan eficacia dispositiva, no dejan de ser actos procesales. Por consiguiente, están regulados por la Ley procesal en cuanto a su forma y capacidad. James GOLDSCHMIDT, entiende el “negocio jurídico procesal” como el negocio cuyo efecto jurídico que se produce aparezca como realización de la voluntad de las partes, manifestada en el acto. Sin embargo prefiere inclinarse por los actos de parte denominados “actos de causación”, los mismos que están en la periferia del proceso y a los que “se aplican los mismos principios del negocio jurídico procesal”¹²⁶. Dicha inclinación se sustenta en que dentro de estos actos de causación se encuentran los convenios procesales, es decir, acuerdos de las partes para arreglar una situación procesal. Estos actos de causación no tienen el fin de impetrar una resolución de un contenido determinado mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez. No produce relaciones, sino situaciones jurídicas, y este efecto jurídico mismo no se produce sino a través de la relación final, en la cual los actos de acusación se encuentran con actos de obtención ya realizados o que habrían de realizarse.

Podemos reconocer que los negocios procesales penales son actos dispositivos: precisan su “adecuación”. En muchos casos de realizaciones de “actos dispositivos” la última palabra sobre ellos la tiene el juez, convirtiéndose así en “actos de postulación”

¹²⁶ GOLDSCHMIDT James. *Teoría general del proceso*, Editorial Labor, Barcelona, 1936, p. 102 y 149.

que requieren una resolución judicial que los declare “adecuados”. De ese modo, tanto el allanamiento, el desistimiento, la transacción, o la conciliación muestran actitudes de partes tendientes a componer unilateral o bilateralmente el proceso; sin embargo, para que tengan implicancia jurídica requieren del reconocimiento o de la sentencia judicial. El mejor ejemplo de una justicia penal negociada la encontramos en los procesos por delitos de acción penal privada, cuya acción y hasta la pena puede quedar incluso extinguida por el perdón de la parte ofendida. Otro tanto ocurre con las estipulaciones probatorias.

Por su parte, CARNELUTTI reflexiona: “si el hecho del que depende la fijación formal es un acto realizado por el sujeto con el fin práctico de producir dicho efecto (jurídico), no cabe sin incoherencia desconocer su carácter de negocio jurídico; por supuesto: procesal, (...) porque el efecto jurídico que de él deriva no se despliega sin el proceso ni fuera del proceso”¹²⁷. Podemos decir, por lo tanto, que el acto jurídico que repercute sobre el desarrollo del mismo proceso: la convención procesal sobre hechos y pruebas es un negocio jurídico procesal.

Enrique VESCOVI cita como los clásicos contratos procesales al acuerdo de las partes para la designación de peritos¹²⁸. Observamos que los doctrinarios de la Teoría general del proceso ya tenían en claro que las convenciones probatorias eran acuerdos entre las partes para decidir aspectos centrales del procedimiento. En tal sentido, se inscriben en el concepto de negocio procesal, formando parte de la justicia penal negociada, para facilitar la mejor tramitación de la causa.

II. Convenciones probatorias y modelo procesal

¹²⁷ CARNELUTTI Francisco, *La prueba civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 32.

¹²⁸ VESCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, Editorial Temis, 1984, p. 249.

1.- Convenciones probatorias y principios del proceso penal

En esta parte se analizarán los principios procesales que refuerzan la posibilidad de desarrollar acuerdos sobre pruebas, los que la permitan y los que, eventualmente, se encontrarían en conflicto con esta opción.

Se releva profundizar sobre los principios a los cuales las estipulaciones probatorias le son en sí sencillamente inocuas, por estar pensado en otras situaciones, como el de preclusión o eventualidad, el de concentración, de la función preventiva del proceso penal, de la presunción de inocencia, entre otros.

2. Convenciones probatorias y el principio dispositivo

El nuevo modelo procesal penal se inclina preferentemente hacia el principio dispositivo, ya no al inquisitivo. Entre los aspectos que diferencian un principio del otro tenemos que el dispositivo otorga a las partes la iniciativa del proceso, tanto para iniciarla, como para disponer de determinados actos procesales. En cambio, el inquisitivo le atribuye todas esas facultades al juzgador, encargado de encontrar la verdad.

Una de las implicancias de seguir el principio dispositivo en materia procesal, está referida a la prueba. El juez no puede incorporar más hechos de los que las partes aleguen, ni puede disponer o solicitar prueba de oficio. El tratadista Hugo ALSINA encuentra como una de las reglas fundamentales del “sistema dispositivo”, el que el juez debe tener por ciertos los hechos en que aquéllas - las partes- estuviesen de acuerdo (*ubi partis sunt concordēs nihil ab iudiciē*)¹²⁹. Es preciso recordar que el proceso penal no es “propiedad” de las partes, como tampoco lo es ningún tipo de proce-

¹²⁹ ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, I Parte general, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 101.

so judicial, su naturaleza es de Derecho público. Lo que nos interesa destacar es que el *principio dispositivo*, propio del *modelo acusatorio*, no puede significar que las partes tengan absoluta y plena libertad para convenir en lo que quieran y que por el solo hecho de hacerlo esto será aprobado. El principio se encuentra reglado, pero, en esencia, permite el acuerdo.

3. Convenciones probatorias y cumplimiento del principio de economía procesal

El principio de economía procesal se entiende como aquel que busca obtener el pronunciamiento judicial utilizando el menor esfuerzo de las partes e inclusive del Estado, con un menor gasto pecuniario. Este principio se suele resumir en el aforisma: mayor eficacia con ahorro de gastos, esfuerzos y dinero.

La eximición de ser probados ciertos nos permite obtener un juicio oral más breve, con menos pruebas que tendrán que actuarse; y por tanto con un pronunciamiento del juzgador que no tenga que perderse en evaluar lo evidente, impertinente, o simplemente no cuestionado, resultando en una sentencia breve y concisa sobre sólo lo trascendente que fue actuado en el juicio oral.

4. Convenciones probatorias y el principio de celeridad procesal

La celeridad de un proceso en donde hubo convenciones probatorias es evidente por la menor carga probatoria que se hace presente en el juicio oral. Por eso, quienes participan en este procedimiento ajustan su actuación de tal modo que se dota al trámite procesal de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo

razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

El derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas - reconocido en el artículo 14° numeral 2° literal “c” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- implica un equilibrio razonable entre el principio de celeridad y el derecho de defensa; es aquí donde se hallan los límites a la aplicación de las convenciones. El principio de celeridad, que tiende a que el proceso se adelante en el menor lapso posible, debe armonizarse con el derecho de defensa, que implica que la ley debe prever un tiempo mínimo para que el imputado pueda comparecer al juicio y pueda preparar adecuadamente su defensa.

La inviolabilidad del Derecho a la Defensa está igualmente previsto en la Constitución del 2008 de Ecuador, que reconoce expresamente el derecho a contar con tiempo suficiente para preparar la defensa.

El Tribunal Constitucional (TC) de Perú señala que “... si bien ha de procurarse la rapidez y la prontitud para llegar a una resolución en todo proceso judicial, inclusive penal, y más aún en uno sumario, ello no puede desvirtuar la protección de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución). Todo acto de celeridad debe tener como propósito esencial el respeto del derecho a la tutela procesal efectiva. Tal sentido fluye de lo dispuesto por el artículo 125° del Código de Procedimientos Penales, el mismo que determina que si el inculcado invoca hechos o pruebas en su defensa, estos deben ser verificados por el juzgador en el plazo más breve”¹³⁰.

De lo dicho es incuestionable que debe observarse siempre el debido respeto al derecho de defensa, las convenciones probato-

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 6712-2005-HC/TC.

rias no hacen más que encaminar el proceso al logro de una respuesta pronta de parte del juez. El principio de celeridad orienta también este tipo de actos.

5. Convenciones probatorias y los principios de buena fe y lealtad procesal

Nuevamente recordemos la naturaleza pública del proceso judicial, no se tratan de actos particulares libres del respeto a normas imperativas, en los que los sujetos puedan traicionarse sin consecuencia alguna. La buena fe es exigencia dentro del proceso, ya que están involucrados intereses superiores a la disputa material.

Como dice el maestro colombiano don Hernando DEVIS ECHANDÍA, como consecuencia de este principio se le exige a las partes la lealtad procesal en sus actos¹³¹. También se deriva la veracidad de las alegaciones efectuadas. Aparentemente este principio no fundamenta la celebración de acuerdos sobre pruebas o circunstancias de hechos; sin embargo, se nota la exigencia de su respeto cuando hay consecuencias para su incumplimiento.

Si bien no hay una nulidad directa del acuerdo por mala fe, más aún cuando las resoluciones al respecto no son recurribles (artículo 352°. 6), hay medios indirectos para lograr la ineficacia de tal convención. De este modo, en la audiencia de control de acusación, las partes (fiscal, defensa de actor civil, del acusado y del tercero civilmente responsable, en ese orden de prelación, según el artículo 351°. 3) podrán, entre otras cosas, exponer sus puntos de vista sobre la validez del acuerdo, es éste el momento donde se debe denunciar la felonía en la negociación, entendiéndose que, por lo escuchado en la audiencia, es cuando por fin puede

¹³¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso: Aplicable a toda clase de procesos*, t. I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 46.

observársela. A su criterio, pero motivando debidamente, el juez podrá sancionar deslealtad con la desaprobación del acuerdo.

Además, incluso el juez penal de la causa puede desvincularse del acuerdo, mediando un reexamen del auto que admitió la convencción probatoria (artículo 155° 4). Y no hay inconveniente para que la parte afectada por la mala fe de la otra pueda solicitarle al juez que de oficio reexamine el acuerdo aprobado. Hay que ver que no se esté sancionando la mala fe de uno con la mala fe del otro, no lo dice la norma, pero su desvinculación debe prever que quien le solicite tal actuación, no debió conocer el defecto que denuncia.

6. Convenciones probatorias y el principio de igualdad procesal

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de igualdad procesal o de igualdad de armas se deriva de la interpretación sistemática del artículo 2, inciso 2, (igualdad) y del artículo 138, inciso 2 (debido proceso), de la Constitución.

En tal sentido, todo proceso, judicial, administrativo o en sede privada, debe garantizar que las partes del proceso detenten las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto a la otra. Tal exigencia constituye un componente del debido proceso ya que ningún proceso que inobserve dicho imperativo puede reputarse como “debido”¹³².

Por su parte, según la Corte Constitucional de Colombia, la expresión “igualdad de armas” utilizada por la doctrina internacional se traduce en el orden interno en igualdad de oportunidades frente al juez, entre la Fiscalía y la defensa, “razón por la cual

¹³² STC EXP. N.º 06135-2006-PA/TC ICA HATUCHAY E.I.R.L.

en el nuevo sistema las competencias que antes ejercía ante sí el ente investigador y acusador, pasaron a control previo o posterior de los jueces de control de garantías, en beneficio del garantismo penal¹³³.

La exposición de motivos del Anteproyecto del nuevo Código procesal Penal de Perú¹³⁴ señala que el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad, como uno de los principios rectores que forman parte de la estructura del nuevo proceso penal así como de las instituciones contenidas en éste.

Así, en los acuerdos de convenciones probatorias, las partes se presentan en igualdad de términos, es decir con la información que figura en el expediente, y que el Fiscal ha descubierto en él como resultado de sus investigaciones; ésta es la manera en que pueden sentarse a establecer lo que no debe ser probado en el juicio, sin poseer, el acusado, desventajas de información, y el fiscal habiendo terminado su investigación, ambos acudiendo voluntariamente a las conversaciones.

La igualdad de las partes se satisface con la potencial igualdad de armas en la negociación, no quiere decir que finalmente el producto sea inocuo para ambos, van a obtener beneficios cada uno, pero, obviamente, alguno debe sacar mayor provecho que el otro.

7. Convenciones probatorias y principio de razonabilidad

El nuevo sistema, que se manifiesta en instituciones como las convenciones probatorias, no se fundamenta en una mera orientación utilitaria, tributaria de la eficiencia procesal a través de una renuncia al plazo razonable para un juzgamiento acorde con el

¹³³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1194/05.

¹³⁴ Comisión de Alto Nivel - Código Procesal Penal (Decreto Supremo N° 005-2003-JUS), “Anteproyecto de Código Procesal Penal”, Lima, abril de 2004.

debido proceso; sino que no olvida los otros principios que rigen el debido proceso como el principio de razonabilidad - derivado del principio lógico de la razón suficiente- que expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos y que se refleja en las convenciones probatorias en la medida que las partes se dan cuenta que sería perjudicial para ellas el no realizar estas convenciones.

Asimismo, orienta a la judicatura y le permite no aprobar un acuerdo o ejercer la prerrogativa del reexamen cuando haya una manifiesta e importante desprotección a los fines supremos apuntados por el proceso penal.

8. Primer inconveniente: Convenciones probatorias y los principios de valoración probatoria

La concepción clásica de la “valoración de la prueba con criterio de conciencia” ha sido ampliamente superada. Se entiende hoy que el juez debe ser respetuoso del sistema que contiene las reglas de la sana crítica, de la valoración razonada de la prueba y la libre valoración de la prueba, lo que significa un avance en nuestra forma de valorar prueba. Debe notarse que el cambio es de lo más trascendente, aunque no haya descrito el legislador de manera expresa el sistema actual adoptado. En El caso de Ecuador se reconoce por principio que el sistema adoptado es el de la sana crítica, sin que el legislador nos haya dicho en qué consiste, aunque en doctrina sabemos que la conforman la lógica, la experiencia, el razonamiento.

El Juez deberá valorar las pruebas aplicando los principios lógicos de la sana crítica, como por ejemplo el “principio de contradicción” y el “principio de la razón suficiente”. El juez, en la formación de su convicción, valorando la prueba, no puede estar maniatado por la ley, en eso consiste la libre apreciación. El problema está, como se puede colegir, en que si ni la misma ley pue-

de imponerle al juez determinada forma como ha de apreciar la prueba, por qué las partes sí tienen ese poder, por qué el juez deberá considerar como “hecho notorio” cierta circunstancia, sin necesidad de ser probada, ¿porque así lo dicen las partes, nada más?

Hay que considerar dos supuestos: cuando el juez deberá dar por acreditados los hechos sin necesidad de probanza alguna y cuando ciertos hechos serán probados única y exclusivamente con determinada prueba. En el primer caso, ciertamente, al juez no se le está obligando a valorar de determinada manera la prueba, ya que no se la actúa. Entonces, no se vulnera en esa medida la “libre valoración de la prueba”. Este principio orienta al juez en la resolución de hechos litigiosos, pero cuando el hecho no es cuestionado no hay que probar. Sobre la prueba de los hechos es donde hay que efectuar la valoración. Por eso, decimos que no se afecta la libre apreciación de la prueba.

Si las partes acuerdan que el hecho será probado solamente con determinado medio probatorio, en apariencia sí se vulnera el principio de libre apreciación de la prueba. ¿Qué ocurriría si, por ejemplo, con lo actuado hasta el momento, el juez casi ha terminado de formar convicción respecto de la realidad de determinados hechos, pero por medios de prueba distintos a los acordados por las partes como el único que los acreditará? Hay dos posibles alternativas, o, amparado en este principio, el juez decide desvincularse del acuerdo aprobado, o hace omisión a su convicción y se está a la espera de la constatación por el medio de prueba requerido para considerar probado el hecho. En casos como este se recomienda realizar el reexamen del acuerdo, en los términos y del modo antes dicho.

En cualquiera de los casos, el fundamento suficiente, conteniendo su motivación será, el acuerdo aprobado.

III. Necesidad de practicar convenciones probatorias en el proceso penal peruano: Un diagnóstico en los distritos judiciales donde ya se ha implementado el nuevo Código

1.- Acuerdos de descubrimiento y convenciones probatorias en los distritos judiciales donde ya entró en vigencia el NCPP

El diagnóstico que seguirá estas líneas se referirá a la práctica de las convenciones probatorias; pero, también exploraremos lo que se refiere a acuerdos sobre descubrimiento de informaciones entre las partes, por entenderse que deben practicarse previamente a los acuerdos probatorios, y, principalmente, porque en éstos se pondrían en juego también las técnicas de negociación.

Por la información que hemos podido recopilar, a casi dos años de la implementación del nuevo Código procesal penal en Huara (vigente allí desde el 1º de julio del 2006), no se han realizado acuerdos para el descubrimiento de pruebas ni se han practicado convenciones probatorias. Es de entenderse que en el primero de los casos no haya existido práctica alguna de acuerdos de descubrimiento, ya que el Código no contempla la figura como tal. Sin embargo, se entiende que se da cumplimiento a las obligaciones del Fiscal respecto al descubrimiento de los resultados

Asimismo, en el Distrito Judicial de La Libertad (donde el Código está vigente desde abril del 2007) no se tiene noticia de la práctica de convenciones probatorias. Durante el primer año, sus preocupaciones se centraron en terminar con los procesos que se iniciaron con el antiguo cuerpo normativo procesal penal, por medio de los juzgados liquidadores.

2. Motivos por los que no se realiza el descubrimiento de informaciones por las partes en un proceso

Principalmente, se deja de realizar el descubrimiento de informaciones relevantes para las partes, cuyo fin sería unas óptimas convenciones probatorias, porque:

- No existe conocimiento de los significativos deberes de las partes que están contenidos en el Código procesal penal del 2004 (que permiten la existencia del *descubrimiento* de pruebas).
- No se interpreta el Código de manera orgánica.
- No existe bibliografía nacional al respecto.
- Nadie ha organizado de manera sistemática la figura.

3. Obstáculos para la realización de las convenciones probatorias en donde está vigente el NCPP

3.1. Obstáculos en la infraestructura

Aún hay muchas limitaciones respecto a la capacidad material de las sedes donde se ha implementado el Código procesal penal. Esto influye en el fracaso momentáneo de la institución. Pero, no es su principal motivo.

Sin embargo, se mencionan algunas cuestiones que van quedando sueltas sobre el tema. En cuanto a la práctica de acuerdos probatorios o de descubrimiento, cabría preguntarse cuál sería la sede física ideal para realizar las conversaciones. Por un lado, se puede considerar que la práctica de los acuerdos de descubrimiento o de las convenciones probatorias implica el contar con un despacho adecuado en el que las partes puedan ponerse de acuerdo e informarse -con materiales a la mano y con el debido tiempo- para negociaciones exitosas, a fin de poner lo convenido a disposición del juez en la audiencia preliminar. Y, por otro lado, tal vez sería mejor liberar a las partes de un despacho especial en el que se sientan libres de mostrar y luego acordar las pruebas que no llevarán al juzgador.

3.2. Prejuicios por parte de los operadores respecto a las convenciones probatorias

- Se piensa que no es útil
- Se piensa que debilita a la parte que intenta negociar
- Se piensa que debilita a la parte que acepta negociar
- El acusado teme que el Fiscal oculte información en la negociación
- El Fiscal teme que el acusado oculte información en la negociación
- No se considera éticamente concebible este tipo de acuerdos para la justicia penal

3.3. Falta de capacitación de los operadores

En los distritos judiciales de Huaura y La Libertad las labores de capacitación no se iniciaron con previsión ante la entrada en vigencia del NCPP, motivo por el cual aún se sigue capacitando a los operadores y auxiliares judiciales.

En el primer balance respecto a este tema, en el primero de los dos distritos Judiciales, se tenía que la capacitación de los magistrados fue insuficiente y discontinua. El abandono gubernamental apareció justo cuando se requería el refuerzo de los operadores en temas como la aplicación de salidas alternativas, resolución de recursos impugnatorios, manejo de la prueba y otros que promuevan el cambio de cultura judicial, así como desterrar las malas prácticas del sistema mixto inquisitivo. Respecto al Ministerio Público, la capacitación de fiscales ha sido discontinua. Los defensores de oficio también han sufrido una preparación insuficiente y aislada. Si bien los defensores han interiorizado el nuevo modelo, requieren mayor y más específica capacitación relacionada con su misión en el nuevo proceso penal. Las conclusiones son que la capacitación no fue óptima; sobre las convenciones

probatorias, podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que fue nula.

Queda claro que aún no se perfecciona la capacitación de los operadores en instituciones específicas como las *convenciones probatorias*, ni se hace notar -a éstos ni al público en general- los deberes del proceso que constituyen el *descubrimiento de informaciones sobre las que las partes podrían acordar*. La formación que se proporcione a las partes intervinientes en el proceso penal -específicamente respecto al descubrimiento y a las convenciones probatorias- debe incluir los conocimientos de la parte normativa, y principalmente las herramientas que ayuden a estos actores a enfrentar el desafío de adquirir habilidades para comunicar sus ideas en las negociaciones de los acuerdos y en las diferentes audiencias orales que trae el nuevo sistema. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las funciones profesionales del abogado requieren de exponer argumentos, dialogar y refutar, contradecir las razones de la parte contraria, actividades orales o escritas que son admitidas en procesos judiciales democráticos que permiten la participación activa de las partes.

Para salvar esta deficiencia formativa en el nuevo modelo procesal, la capacitación de operadores, en cuanto a los deberes del descubrimiento y de las convenciones probatorias, debe cumplir con los objetivos generales de:

- Reconocer el cambio cultural que ofrece la reforma desde lo jurídico, político, ético y comunicativo, mostrando la importancia que tiene el debate, la argumentación y la refutación para el sistema procesal acusatorio en un modelo de Estado social de Derecho democrático y participativo.
- Determinar el conjunto de derechos, garantías, valores y principios de contenido ético-político, adoptados por el nuevo sistema, esto permitirá ejercer la defensa de una manera idónea y práctica.

- Intervenir en la investigación y en los acuerdos posteriores con habilidades comunicativas, narrativas, probatorias, argumentativas y refutativas. El manejo de estas habilidades les permitirán poner en práctica recursos estratégicos para hacer lectura de los elementos de interacción presentes en la comunicación y elaborar sus argumentos de una manera persuasiva, organizada y eficaz, planteando adecuadamente los temas que se van a confrontar dialécticamente en el debate o en la negociación.

Para el logro de esos objetivos, y en cuanto a los deberes inherentes al descubrimiento y a las convenciones probatorias, la capacitación que se realice debe contener, como mínimo:

- Los deberes del Fiscal respecto al descubrimiento de pruebas.
- Los derechos del imputado respecto de su acceso a la carpeta fiscal y al expediente.
- Los límites del descubrimiento de informaciones.
- El marco normativo de las convenciones probatorias (modo, plazo, duración, etc.).
- El marco doctrinario del descubrimiento.
- El marco doctrinario de las convenciones probatorias.
- El Derecho comparado respecto a ambas instituciones.

IV. Aspectos especiales de las convenciones probatorias

1. Estructura de las convenciones probatorias

El apartado 1 del artículo 350° del CPP del 2004 señala un listado de observaciones que pueden hacer las partes a la acusación fiscal; por su parte, en su punto 2, el artículo en mención habla de las propuestas para las convenciones probatorias; teniendo en cuenta el principio de preclusión procesal, se entiende que estas propuestas se consideran como una de las opciones que tienen las partes de expresar lo que será discutido durante la audiencia preliminar.

Siendo así, siguen la suerte de las demás observaciones posibles contenidas en el mismo lugar, es decir, el límite temporal para presentar su solicitud de acuerdo probatorio es de 10 días posteriores a la notificación de la acusación, a menos que nos refiriéramos a los hechos nuevos.

2. Momento de las convenciones probatorias en el nuevo proceso penal peruano

De la información que hemos podido obtener, y referidas a la experiencia en la aplicación del nuevo código procesal en el Perú, consignamos lo que sigue:

3. Convenciones probatorias y su realización antes de la acusación

No hay nada que impida el acuerdo probatorio antes de formalizarse la acusación, a pesar de que el CPP del 2004 contemple una etapa con su determinado plazo (10 días) para plantearlo y presentarlo al juzgador. Ya que el plazo es mínimo, habría que identificar dos escenarios:

- a) Si no existiera acuerdo de descubrimiento, sería inapropiado convenir sobre pruebas, porque no se conocería el arsenal probatorio completo con el que cuenta el Fiscal.
- b) Si existiera un acuerdo de descubrimiento de pruebas, podría entablarse mejor la convención probatoria, aunque éste sea antes de formalizarse la acusación, entendiendo que el fiscal ha cumplido cabalmente con un acuerdo de descubrimiento y ha revelado todas las pruebas con las que cuenta.

No cabe acordar sobre hechos o medios de prueba durante el juicio, puesto que el juicio es el momento en el que estas pruebas se evalúan y forman convicción en el juzgador. Se entiende que la

no recurribilidad de las convenciones probatorias (Art. 352°. 6 CPP) se estipula sobre la base de que las mismas han quedado establecidas en el auto de enjuiciamiento, luego de haber sido pasadas por los dos filtros del juzgador y de las otras partes, diferentes al fiscal y acusado con su abogado. Pese a ello, es posible el reexamen, como se dijo antes.

4. Las convenciones probatorias se realizan antes del juicio

Las convenciones probatorias deben realizarse antes del juicio, ya que, según el NCPP, el auto de enjuiciamiento debe contener los medios de prueba admitidos y el ámbito de las convenciones probatorias (Art. 353°. 2.c NCPP). Es necesario distinguir entre la negociación de las convenciones probatorias y el acuerdo de las convenciones probatorias. Se entiende que lo que debe ser formulado en la audiencia preliminar es el acta que ya fue examinada por el filtro del juzgador y que se hace pública a las otras partes que no participaron en su elaboración. Se le entrega el acuerdo, previamente negociado.

El acuerdo probatorio se cierra con el término de la negociación entre las partes, constando en documento. Pero, como se dijo antes, esto no implica una vigencia automática.

5. Convenciones probatorias y su formulación en la audiencia Preliminar

5.1. Convenciones probatorias y su realización después de la acusación

Al término de la investigación preparatoria la fiscalía ha debido terminar de recolectar su material probatorio, por eso ha emitido la acusación o ha requerido el sobreseimiento, dando inicio a la etapa intermedia. Es precisamente este estadio el previsto para

que las partes puedan acordar y presentar al juzgador las convenciones probatorias. Éste es su momento procesal.

5.2. Convenciones probatorias y su negociación fuera de las audiencias

No existen limitaciones legales a la reunión de las partes en sede diferente al juzgado o la fiscalía para sencillamente sentarse a realizar las negociaciones pertinentes para arribar a un satisfactorio acuerdo. Debe tenerse en cuenta que el grado de libertad en que se realicen las reuniones para esta negociación puede dirigir el resultado hacia uno beneficioso para las partes o hacia una negociación infructuosa o perjudicial.

De la información peruana y en lo que nos puede ser útil para nuestra realidad procesal, consignamos las siguientes conclusiones que tienen al momento valor informativo y abren el camino para discusiones futuras:

1. La inserción de la institución de las convenciones probatorias en nuestro sistema judicial se enmarca dentro de la “Justicia Penal negociada”, como una necesidad de simplificación procesal. Se tiene como antecedente dogmático al negocio jurídico procesal (acto complejo consistente en la coincidencia de voluntades, suponiendo negociación). Las convenciones probatorias, son la confluencia conversada de las voluntades de las partes para disponer la utilización de la prueba en el juicio.

2. En este contexto la importancia del descubrimiento radica en que es presupuesto indispensable para iniciar adecuadamente una convención probatoria. El antecedente inmediato del descubrimiento lo encontramos en el discovery norteamericano. Empero a diferencia de nosotros, que tenemos el descubrimiento obligatorio para la parte acusadora (Ministerio Público) en todos los casos y facultativo para el acusado (limitado a los en los que desee

participar en una convención probatoria); en Estados Unidos, el discovery es obligatorio para todas las partes, esta exigencia, incluso, es amparable judicialmente.

3. Desde nuestro margen, se habla de un acuerdo de descubrimiento al acuerdo previo con el fin de revelar la información de ambas partes. Sin embargo, existen ciertas informaciones que no pueden ser reveladas por las partes.

Unas por inhibición normativa expresa, como la impuesta al Ministerio Público sobre revelar la identidad del agente encubierto, o la de la defensa de develar declaraciones auto incriminatorias de su patrocinado sin su consentimiento; otras, sin ser prohibidas, su presentación ante la contraparte devendrán inexorablemente en inefectivas, como las pruebas ajenos a la acusación (que no cumplen con los requisitos de utilidad, conducencia y necesidad).

4. Las exigencias de lealtad en el acuerdo de descubrimiento no tienen una sanción de nulidad ipso facto, sin embargo, luego de convenir la prueba a utilizar en el juicio, la parte que se siente traicionada en su buena fe, puede solicitar al juez de la investigación preparatoria, durante la audiencia preliminar, que se aparte del acuerdo; o, si se ha llegado a juicio, puede instalarle al juez de la causa que reexamine la prueba. Como se vio, la lealtad no es requisito normativo expreso, pero si es amparable.

5. Ya en la convención probatoria, esta se desarrolla sobre hechos o circunstancias, para considerarlos acreditados, el mismo que tiene como consecuencia la imposibilidad de cuestionarlos en el debate y su valoración por el Juez como un “hecho notorio”. Lo cual es criticable, ya que lo más adecuado hubiera sido, simplemente, tenerlo como hecho no controvertido.

6. También la convención probatoria se desarrolla sobre medios

de prueba, para estipular que un hecho o una circunstancia solo se considerarán acreditados con determinados medios de prueba y no con otros cualesquiera.

7. La convención probatoria se ve reforzado por los principios que inspiran el proceso penal, como los del “dispositivo”, “celeridad”, “economía”, “buena fe” y “lealtad procesal”. Incluso no va en contra del principio de libre valoración de la prueba del Juez. En el primer tipo de convenciones, resumido en estas conclusiones, no hay inconveniente alguno, ya que no se actúa la prueba. Sin embargo, cuando el Juez, en situaciones insalvables, observare que hay pruebas contundentes respecto de determinados hechos distintas a las que las partes estipularon como la única capaz de acreditarlos, podrá válidamente apartarse del acuerdo, invocando este principio de libre apreciación de la prueba y efectuando el reexamen judicial, al que le faculta el Código.

8. Por el reexamen, el Juez de la causa se desvincula del acuerdo al que lo vinculó el Juez de la Investigación Preparatoria en la audiencia preliminar de control de acusación. Procede únicamente por causas graves, no previstas en Código Procesal Penal, pero inferidas desde que se le exige una motivación especial para apartarse del acuerdo. Son causas por las que procedería el reexamen: la aparición de prueba nueva, el descubrimiento de mala fe de las partes durante las negociaciones. Por el reexamen no solo se desvincula del acuerdo, sino que, aún puede aceptar aquellos que fueron indebidamente rechazados por el Juez de la investigación preparatoria.

9. Finalmente, hay que advertir que las consecuencias de una investigación probatoria perjudicial para algunas de las partes no son reexaminables por el solo hechos de serlo, no puede alegarse desventaja en el acuerdo e intentar su eficacia si no se prueba que existió mala fe o deslealtad de la otra parte. Por lo tanto, solo existirá un acuerdo probatorio sólido si las partes han procedido

con lealtad y buena fe, negociando buscando intereses comunes y con criterios objetivos.

10. Es exigencia de buena praxis forense la preparación del litigante en adecuadas técnicas de negociación procesal penal, ya que en este caso no se negocia pena, sino hechos y pruebas.

LA TEORÍA DEL CASO

INTRODUCCIÓN

Revisábamos algunos apuntes relacionados con la llamada *teoría del caso*, encontrando algunos muy interesantes del profesor peruano, Arsenio ORE GUARDIA¹³⁵, y de la profesora Giulliana LOZA AVALOS¹³⁶, referidos al nuevo Código Procesal Penal, promulgado el 28 de julio de 2004, que introduce cambios sustanciales en el modelo procesal penal peruano, porque significa establecer una *ruptura* o cambio desde el modelo inquisito, al modelo acusatorio oral que algunos profesores prefieren llamar adversarial o contradictorio, porque las partes se convierten en adversarios que van a debatir o cuestionar las pretensiones del contrario.

Remitimos a lo dicho y expresado en publicaciones en que expusimos la confrontación del modelo inquisitivo vs. el modelo acusatorio¹³⁷. Refiriéndonos a la bonanza de éste último frente a un viejo y superado modelo cuyo retorno significaría un evidente retroceso.

Este modelo tiene un fuerte componente de oralidad, de debate y contradicción, que exige un desempeño distinto por parte de los diferentes operadores del sistema penal, sean, fiscales, jueces y abogados litigantes.

Recordemos que el modelo se denomina *acusatorio* porque sin acusación no puede haber juicio. Con el modelo *inquisitivo* el juez

¹³⁵ Presidente del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP), profesor de Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

¹³⁶ Asociada y Secretaria del INCIPP. Adjunta de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹³⁷ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Proceso penal y garantías constitucionales*, Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia. Universidad Católica de Guayaquil, editado por la Corporación de Estudios y Publicaciones de Quito. 2005,

del primer nivel dirigía –casi sin control– la primera etapa del proceso penal que se llamaba en Ecuador *sumario*, de oficio iniciaba el proceso penal, de muto propio disponía medidas de aseguramiento personales y reales, recibía la prueba en muchas ocasiones delegando a sus colaboradores la recepción de las mismas, muchas de las pruebas eran recibidas en sede policial. Sumemos a esto que no existía una defensa técnica en el proceso penal, el Fiscal era un *convidado de piedra* pues era escuchado cuando el Juez Penal lo creía conveniente u oportuno, y el juez penal podía resolver el llamamiento a juicio o el sobreseimiento, con o sin dictamen del Fiscal.

La prueba en la etapa del juicio se incorporaba por simple lectura, y no había un verdadero debate ni contradicción. En el modelo *inquisitivo* el fiscal está demás y si mentalmente lo suprimimos en nada se afecta a la validez del proceso.

En el modelo *acusatorio* el Fiscal es el titular de la acción penal, pudiendo incluso renunciar al *ius puniendi* mediante una correcta aplicación del *principio de oportunidad* y de *mínima intervención penal*. Se puede revisar el material que consta en nuestra publicación previa, sobre las *Reformas al Código de Procedimiento Penal*¹³⁸. El Juez Penal debe actuar como juez de garantías, de manera que no pueden limitarse las garantías constitucionales como derecho a la libertad, a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad, etc., mientras un juez de garantías penales no lo autorice por escrito, previa petición fundamentada de la Fiscalía. En este modelo el Fiscal debe dirigir la investigación con el auxilio de la policía, presentar la acusación si encuentra motivos para ello, y le corresponde la carga de la prueba o el *onus probando*.

Para que exista *igualdad de armas* debe de institucionalizarse la

¹³⁸ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Estudio introductorio a las reformas al Código de Procedimiento Penal*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, 136 páginas.

defensa pública de manera que represente al imputado y al acusado en forma gratuita a nombre del Estado. Al juez de garantías penales le corresponde decidir en mérito de la *verdad procesal*.

Hay la posibilidad de llegar a acuerdos incluyendo los probatorios, pero este es un tema que como hemos mencionado *up supra*, no termina de hacerse efectivo en el Ecuador de la hora que nos toca vivir.

Es adversarial porque la investigación y juzgamiento se realizan bajo el principio de contradicción o réplica entre el Fiscal y el abogado de la defensa. La adversariedad se manifiesta en diversos actos procesales. El Fiscal y el abogado son partes, tienen sus propios objetivos e intereses. Si el Fiscal ha formalizado la investigación o ha acusado busca la condena, y el abogado la absolución; a no ser que se haya convenido la terminación anticipada o a la negociación.

En el juicio oral rige el principio de contradicción. El Fiscal y el defensor exponen sus versiones en los alegatos de apertura, en los interrogatorios y en los alegatos de cierre. Todo esto implica que las partes deben diseñar su teoría del caso, desarrollar un conjunto de habilidades y destrezas, aportar pruebas, así como realizar interrogatorios adecuados.

No participamos de la idea de que el juez tiene un rol relativamente pasivo, porque controla los límites dentro de los cuales el Fiscal cumple con su rol de investigador. Tal vez un *Fiscal ortodoxo* era el Fiscal colombiano antes del Código de Procedimiento Penal vigente pues tenía un poder ilimitado al punto que no solamente dirigía las investigaciones, sino que podía disponer medidas cautelares personales y reales. Era en verdad un Fiscal inquisidor que tenía facultad incluso para negociar las penas, y el Juez Penal se limitaba a imponer la condena que había sido ya negociada. En algún momento y hacia los años 2001, algunos

fiscales ecuatorianos pretendían que se les reconociera un poder similar a la Fiscalía colombiana, pero aquello no pasó de la intención.

Con las reformas del 24 de marzo del 2009, el Juez Penal ecuatoriano -aunque carece de iniciativa para disponer actos procesales, medidas cautelares y pruebas de oficio- tiene facultad procesal para impedir que los alegatos o pretensiones de las partes se desvíen hacia aspectos impertinentes e inadmisibles sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa. Este nuevo modelo le atribuye al Fiscal mayor responsabilidad. Si el Fiscal no cumple su papel responsablemente, los culpables pueden ser absueltos o los inocentes pueden ser condenados. Estos errores que antaño se le atribuían a los jueces, hoy tiene que ser atribuidos a los fiscales.

La única forma de afrontar esa mayor responsabilidad es diseñar técnicamente la estrategia de litigación y desarrollarla.

I. La litigación oral implica un ejercicio estratégico

Con el procedimiento escrito las partes procesales pueden armar memoriales de gran enjundia jurídica, en tanto que si una de las partes es un buen expositor, que domina con grandilocuencia el lenguaje y la frase adornada puede llegar a obtener buenos resultados, por la lógica y la contundencia de su exposición.

En el proceso penal existen dos posturas, quien acusa y quien se defiende, lo cual implica un complejo aspecto de versiones, donde cada parte trata de explicar cómo ocurrieron los hechos y la participación en ellos del imputado. La litigación oral es un ejercicio profundamente estratégico en la que cada parte, Fiscal y Defensor, diseñan su estrategia y desarrollan su actividad para hacer prevalecer su versión ante el Juez.

En este esquema surge la teoría del caso, la cual debe estar diseñada para convencer a los jueces de que la versión que se entrega es la más fidedigna de los hechos y la interpretación más adecuada y justa.

Cada parte debe disponer de un diseño o mapa de debilidades y fortalezas que le permitan asumir con responsabilidad el caso, pues jamás se debe dejar al azar la libertad de una persona o la condena de los culpables. Por tanto nuestros argumentos y pretensiones deben estar dirigidos a que él asimile y haga suya nuestra posición.

En el sistema acusatorio adversativo se emplea el concepto de parte procesal en lugar de sujeto procesal; ello atendiendo a su naturaleza adversarial. Enfrentar un proceso penal exige el diseño de una estrategia o planeamiento que tenga por objetivo lograr una decisión favorable por parte del Juez. En el caso de la defensa la absolución del imputado; en el caso del Fiscal la condena.

El proceso se gana con una teoría del caso consistente, suficientemente probada y adecuadamente expuesta.

II. ¿Qué es la teoría del caso?

Debemos concebir a la teoría del caso como la planificación estratégica del litigante de cómo va resolver el caso concreto, lo que significa que ésta debe permitir al Fiscal o el abogado adoptar las decisiones adecuadas en el momento oportuno. En esta planificación estratégica se debe armar la pretensión punitiva —si se trata del Fiscal— o desestimatoria —si se trata de la defensa— de cómo se va a afrontar el caso con miras a llegar al juicio oral o conseguir el sobreseimiento dependiendo de a cuál de las partes procesales nos estamos refiriendo. Esta planificación debe girar en torno a los hechos.

No obstante, según exponen Mauricio Duce y Andrés Baytelman¹³⁹ ésta es una idea incómoda para nuestra cultura jurídica tradicional, pues, siempre hemos concebido al juicio penal como un ejercicio de averiguación de la verdad; y siendo así, ¿cómo podría el juicio ser una cuestión estratégica? No hay nada estratégico acerca de la verdad, diría un clásico: o el imputado mató a la víctima, o no la mató; o robó el banco, o no lo robó; ¿qué lugar tiene aquí la estrategia como no sea más bien un intento por, precisamente, ocultar o distorsionar la verdad? Ésta es, más o menos, la postura que subyace a nuestra cultura tradicional.

En el ejercicio de mis actividades como docente o de expositor en procesos de capacitación, les digo a los cursantes, que *la teoría del caso* debe ser planificada o preparada, desde que el caso llega a nuestro conocimiento. A veces voy más allá y les sugiero armar su *teoría del caso* desde el momento en que somos consultados como abogados defensores o abogados acusadores para presentar una *querella* con una pretensión del ofendido o de sus parientes. Esto significa por ejemplo una asesoría que puede conllevar a sugerir que se debe plantear el caso como *un actuar en legítima defensa*. El acusador y la Fiscalía pueden considerar como su *teoría del caso*, que deben presentar los hechos como adecuados a la hipótesis típica de un homicidio calificado o agravado (asesinato)

La teoría del caso se va a convertir en *la brújula del litigante*, pero una vez que tenemos *un caso* debemos estudiar y examinar con que elementos vamos a contar en la investigación para demostrar nuestra hipótesis. Esto nos lleva a estudiar las debilidades y fortalezas nuestras y las de la contraparte, porque de lo que trata es de convertir la *verdad histórica* en *verdad procesal*. Si no contamos con los elementos necesarios constituidos por documentos o instrumentos públicos y/o privados, versiones o declaraciones testi-

¹³⁹ DUCE, Mauricio y BATELMAN Andrés, *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Editorial Alternativas. Lima, 2005, p. 91.

moniales, y la posibilidad de informes de peritos o experticias técnicas y científicas, *la mejor teoría del caso* JAMÁS se convertirá en verdad procesal, y el mejor caso no llegará a la audiencia del juicio.

El Fiscal debe responderse a la gran interrogante, ¿cómo dirijo de la mejor manera mi investigación? En tanto que el defensor deberá plantearse la mejor estrategia y planificación para presentar una buena o si se prefiere la mejor defensa. Debemos estar advertidos de que una buena defensa puede conducirnos a plantear una duda razonable como eslabón importante de un sobreesimimiento o de una absolución.

Las partes deberán transmitir al Juez su versión, la cual se sustentará en la teoría del caso diseñada oportunamente. Pero, hay que tener en consideración que el proceso penal está sujeto a diversos avatares, es difícil, salvo casos excepcionales, saber con anticipación en qué sentido se producirá la prueba, cómo declarará un testigo, qué arrojará la pericia, etc. Para enfrentar de mejor manera las pretensiones de la contra parte, debemos ser conocedores de lo que significan *las técnicas de litigación oral*.

Puede haber manuales para orientarnos en *como litigar* pero, la experiencia y el estudio no son un accidente, ni vamos a encontrar la luz simplemente a base de la meditación. *Un litigante seguro es difícil de vencer*, la seguridad puede ir de la mano con el estudio sesudo y diligente del *caso* y para esto nos sirve lo que conocemos como la *teoría del caso* que demanda del examen de los hechos. Los hechos tienen un valor histórico porque son hechos que pasaron y que pertenecen al imaginario, surgiendo de allí la importancia de reconstruirlos.

Un buen expositor presentará de mejor manera *su teoría del caso*, sea el Fiscal o el abogado de la defensa. Puede que esto lo impresione al juez de primera mano, pero resulta importante recordar

que es tema de fondo poder acreditar los hechos que constituyen el fundamento de *nuestro caso*.

III. Algunas características

1.- La teoría del caso se diseña desde el momento en que se asume el caso:

A partir de allí se construye de manera secuencial y ordenada, porque si no armamos una estrategia desde que asumimos el caso, la pretensión punitiva o la de la defensa pueden terminar en *un desastre procesal*.

Hemos sido testigos de exposiciones pobres en el diseño de una estrategia de defensa tanto por parte de fiscales como de abogados defensores, probablemente porque no tuvieron tiempo incluso para *preparar su teoría del caso*. El contar con tiempo suficiente es fundamental, porque este proceso para preparar un caso en un proceso que requiere de diligencia y no sólo inteligencia. Cuando decimos que no podemos tener la certidumbre de cómo va a terminar el caso, esto es cierto porque hay sucesos imprevistos y pueden surgir imponderables, PERO, lo que no debemos ignorar es lo importante que resulta la organización de nuestra estrategia.

2.- La teoría del caso se orienta al juicio oral:

Porque el juicio oral es la columna vertebral de un modelo acusatorio. Si nos corresponde actuar como fiscales aspiramos a que se dicte un llamamiento a juicio para exponer nuestras mejores armas en un proceso penal oral y público, ejerciendo el derecho al contradictorio, respetando principios como el de concentración y continuidad y llevando la prueba al juez de la sentencia para que se haga efectivo el principio de la inmediación procesal.

Si nos corresponde actuar en el rol de defensores, nuestra lucha estará dirigida a que *concluya el proceso de manera anormal* mediante un auto resolutorio de sobreseimiento. Si debemos llegar a la etapa del juicio aspiraremos a que nuestra defensa sea de tal magnitud y contundencia que nuestro patrocinado resulte absuelto. Puede haber zonas intermedias como condenas negociadas o salidas alternativas al proceso común u ordinario. Pero para conseguir cualquiera de estos logros posibles, es necesario preparar nuestra defensa con una adecuada *teoría del caso*.

En el rol de jueces debemos conocer no sólo de garantías procesales, sino de la correcta valoración de las pruebas para resolver con justicia.

3.- La teoría del caso es mutable durante la investigación:

Se afirma que desde que se asume el caso y durante toda la investigación la teoría del caso es mutable. Se afirma también que la teoría del caso puede cambiar e ir evolucionando hasta la acusación fiscal, a partir de la cual es inamovible, porque en el juicio oral ya no se puede generar nueva evidencia. Esto último puede ser indiscutible en ciertos modelos de legislación, PORQUE en legislaciones como la ecuatoriana el Código de Procedimiento Penal permite presentar prueba en la audiencia del juicio aunque la misma no haya sido anunciada en la etapa preparatoria.

Este es un tema discutible porque se puede sostener que se está dejando en indefensión a la otra parte procesal, o que se trata de una suerte de *prueba sorpresa* o de última hora. Pero tiene que estar preparado el litigante para contradecir, cuestionar e inclusive invalidar esta pretensión probatoria, y para conseguir este objetivo debe poner en evidencia su habilidad y sus conocimientos.

4.- La teoría del caso tiene que ser única a partir del juicio:

Esta afirmación surge porque una actitud zigzagueante o sinuosa puede ser mal interpretada y hasta creerse que es producto de la desesperación de la defensa o más grave aún, de una *mala preparación del caso*. No es lo mismo decir que nuestro patrocinado no estuvo en el lugar de los hechos, que expresar si estuvo en el lugar de los hechos pero es inocente porque actuó amparado en una causa y justificación.

Puestos en la posición de la defensa, ésta es parte de nuestra estrategia, porque luego viene lo otro que sería probar que nuestro patrocinado actuó en acto de legítima defensa, porque había sido ilícitamente agredido, porque la repulsa se produjo en el momento de la injusta agresión, y porque la repulsa fue absolutamente razonable y proporcionada a la gravedad de la agresión.

5.- La teoría del caso debe ser autosuficiente:

Cuando se diseña el relato de los hechos lo hacemos dentro del marco de la adversariedad. El relato debe hacerse en forma de que enfrente con éxito las objeciones e interrogantes que pueda plantear la contraparte. Ejemplo: El Fiscal dice que Pedro estaba en Guayaquil al momento de los hechos, y el abogado defensor dice que a la hora de los acontecimientos su patrocinado se encontraba en la ciudad de Quito. Deberá contar la defensa con elementos para probar o acreditar la coartada esgrimida.

6.- La teoría del caso debe ser sencilla:

Los argumentos deben ser claros y sencillos. No hay que redundar en versiones obscuras o alambicadas que nadie entiende. Debe girar en torno a las pruebas existentes. No hay que entrar en sofisticados razonamientos dogmáticos o doctrinarios. Esto es cierto para cuando se trata de la presentación del caso o de *exponer la teoría del caso* porque cuando se trate de alegar sobre el caso

los profundos conocimientos jurisprudenciales y doctrinarios son sin duda de la mayor relevancia.

7.- La teoría del caso debe ser coherente:

Debe ser armónica, sin contraposiciones. Su exposición debe guardar una coherencia tal, que permita inferir las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan. Para esto, se requiere de una buena lógica expositiva, de una gran capacidad de síntesis, y de claridad en los razonamientos o argumentos.

8.- La teoría del caso debe ser veraz:

Debe basarse en elementos creíbles y reales que persuadan al juzgador. Por ejemplo, será complicado presentar como *teoría del caso* el argumento de la legítima defensa frente a un niño o frente a un anciano. El nivel de vulnerabilidad del niño y del anciano resultará un gran valladar al momento de acreditar o probar nuestra teoría del caso.

9.- La teoría del caso debe ser suficientemente jurídica:

Debe tener una base jurídica que logre demostrar la concurrencia o no de los elementos del tipo penal o el cumplimiento de los requisitos de la obtención de la prueba. Por ejemplo es posible presentar un caso sustentado en lo que es *error de tipo* o el *error de prohibición*, pero hay que estar prevenidos del *onus probandi* que significa atender a la carga de la prueba.

Pensemos en un caso de *lavado de activos* en que la base de la prueba para la Fiscalía puede ser el volumen de las transacciones, y que las mismas se han producido con pago de dineros en efectivo. La prueba para la defensa estará dirigida a demostrar que los dineros invertidos o encontrados tienen una fuente lícita o legítima. Tal vez en este caso la Fiscalía puede tener un hándicap y la

defensa una mayor carga probatoria. Pero esas son las reglas del juego.

IV. Importancia

Se afirma que la teoría del caso es la herramienta más importante para planear y preparar el caso, y que eso nos debe permitir: realizar un examen estratégico del caso, ordenar y sistematizar la información del caso, subsumir o adecuar los hechos a un tipo penal, aunque en esto sabemos que dentro de un delito tipo hay diferentes tipos de delito, determinar qué es lo que esperamos de la investigación (que se prueba o que se descarte), seleccionamos la evidencia importante, asumimos cuáles son nuestras propias debilidades y nuestras fortalezas, identificamos las debilidades y fortalezas de la otra parte procesal que es nuestro adversario natural.

Todo lo anterior nos permite tomar decisiones como las de procedimiento abreviado o simplificado, acuerdos de reparación, acuerdos probatorios, etc.

La *teoría del caso* es por lo demás una herramienta útil para no caer en inconsistencias o incongruencias. Nos debe permitir la preparación del alegato de inicio o apertura y del alegato final o del cierre, sabiendo cómo nos debemos conducir al inicio y cómo conducirnos al final de la jornada. Nos permite organizar nuestras pruebas, prepararlas y presentarlas de manera creíble, ordenada y oportuna.

Debemos aprender a manejar correctamente el interrogatorio y el contrainterrogatorio o contra examen, no sólo a testigos sino inclusive a los peritos. Esto último demanda estudio porque recordemos que *el perito es el testigo técnico o calificado* a quien hay que interrogar con propiedad y con el lenguaje técnico, pues de lo

contrario fácilmente se pasa un mal rato con la respuesta del perito que manda a estudiar al abogado de una de las partes.

Otro aspecto importante y que nos enseña la experiencia y el conocimiento es a objetar las preguntas y en qué momento hacerlo.

V. Componentes de la teoría del caso

Del material que proporcionamos a los estudiantes, extraemos que la *teoría del caso* tiene tres componentes:

a.- Fáctico. Que es la identificación de los hechos relevantes que nos ayude a comprobar la responsabilidad o no responsabilidad del procesado. Estos hechos deben ser reconstruidos durante el debate oral, a través de las pruebas.

b.- Jurídico. Consiste en el ensamble jurídico de los hechos dentro de las disposiciones legales tanto sustantivas como procesales. Es la subsunción de los hechos a la norma penal aplicable, y cuando fuese del caso a la correcta adecuación típica.

c.- Probatorio. Da sustento a lo fáctico. Permite establecer cuáles son las pruebas pertinentes para establecer: o La certeza de la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado como supuestos de una sentencia condenatoria para la Fiscalía. O La ausencia o deficiencia de estos requisitos en el caso de la defensa, o fallas procedimentales esenciales, o la ruptura de la cadena de custodia que hace perder la autenticidad de la prueba.

La *teoría probatoria* es el modo de comprobar ante el Juez los planteamientos formulados. Ésta también requiere de estudio para valorar adecuadamente la prueba testimonial, documental y material.

La *teoría del caso* empieza siendo una hipótesis, a la que denominamos *verdad histórica* pues al principio vamos a sostener que los hechos ocurrieron de una determinada manera, y esta hipótesis se convierte en *una verdad procesal* cuando contamos con suficientes medios de prueba para comprobarla o verificarla.

Un tema que debemos recordar es el de la *licitud de la prueba* y de la aplicación correcta del principio constitucional de la *exclusión absoluta de la prueba ilícita*. Esto es de importancia capital y debe ser nuestra permanente guía para evitar la entronización de prueba ilícita y de los *frutos del árbol envenenado*. Mucha prueba es contaminada en casos en que por ejemplo no se respeta la cadena de custodia. Cuando de la prueba de testigos se trata, hay que tener muy en cuenta no la calidad del testigo sino la calidad de su testimonio en cuanto al contenido del mismo. Un testigo honesto, serio, puede ser un *testigo a prueba de balas*, pero hay que saber interrogar y contrainterrogar.

Conclusión

No hay fórmulas mágicas y como se repite en el argot popular *nadie es dueño de la verdad absoluta*, pero el aprendizaje es una práctica diaria y hay que prepararse bien y de la mejor manera si pretendemos litigar con éxito. Ésta es una exhortación para todos los operadores del sistema penal sin importar su calidad de parte ni su edad, pues siempre va a mejorar nuestra *técnica para litigar* en función de nuestra dedicación al desarrollo de la *teoría del caso* y a la *preparación de nuestra prueba*. La planificación y la buena utilización de nuestras habilidades y destrezas seguramente nos convertirán en buenos litigantes.

El artículo 371 del Código de Procedimientos Penales Colombiano (2004) precisa que: “Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio”.

Por ello se afirma en Colombia, que esta disposición legal ha consagrado una de las herramientas metodológicas más importantes que tienen las partes en el marco de un proceso penal acusatorio con tendencia adversarial, como es la denominada *teoría del caso*. Esta permite tanto a la parte acusadora como la acusada, previa construcción, recolección y depuración de los elementos fácticos, jurídicos y probatorios (esto es, como aparato conceptual que denota un sentido mayor a la narrativa o expositiva), presentar su propia versión de los hechos materia de proceso.

ESTRATEGIAS PARA LA LITIGACIÓN ORAL EN AUDIENCIAS DE INSTRUCCIÓN FISCAL, O PREPARATORIAS DEL JUICIO

Antes de las reformas del 24 de marzo del 2009 y del 29 de marzo del 2010, solamente se llegaron a institucionalizar las audiencias orales para la discusión de una medida cautelar importante como es la personal de privación de la libertad a través del mecanismo de la prisión preventiva, aunque la Constitución de 1998 preveía el *principio de la oralidad* la falta de disposición expresa en el Código de Procedimiento Penal de enero del 2000, limitó la discusión en audiencia oral de la procedencia o no de la *prisión preventiva*. La *ruptura* con el *estatuto quo*, se produce en el distrito judicial de Cuenca en que algunos jueces penales calificados como progresistas aplicaban la oralidad en audiencia para discutir si se disponía o no la prisión preventiva.

Las audiencias de medidas cautelares en la etapa preparatoria debe permitir un *uso racional del derecho* de manera que la prisión preventiva no sea mal utilizada. Pero este no es el único tema relevante a la hora de mirar el desarrollo del procedimiento penal y el encarcelamiento de las personas.

Un excelente documento es el elaborado por Leticia LORENZO y Enrique MACLEAN SORUCO¹⁴⁰ que nos permite comprobar que la realización de audiencias en la etapa preparatoria es una cuestión que debe abordarse no sólo desde la especificidad de las medidas cautelares, sino también, extendiéndose a otras posibilidades, como lo son la aplicación de las salidas alternativas al juicio o las solicitudes de nulidades por parte de los litigantes. Esto en función a que comprobamos que una de las cuestiones problemáticas de la actualidad procesal de nuestro país -al igual que en otros de la región- se da porque, ante la falta de experiencia en materia de litigación oral, se pretende llevar a todas las audiencias a la misma dinámica, independientemente de la finalidad que cada una persiga.

Así, lo que decíamos originalmente con relación a la audiencia de prisión preventiva como una forma de mini juicio, se hace extensivo a otras audiencias, donde en lugar de discutirse cuestiones específicas comienza a debatirse la responsabilidad penal del presunto autor como si se tratara de una audiencia de juicio. Hay que tener clara la finalidad de cada audiencia en la etapa de la instrucción fiscal, que en otros códigos es vista como etapa preparatoria del juicio, para evitar que cada una de las audiencias se convierta en un simulacro de un verdadero juicio cuando sabemos que es en la audiencia del juicio en donde deben presentarse las pruebas, y que las investigaciones adquieren tal calidad si son presentadas de manera oral, pública y contradictoria, respetando los principios de concentración, continuidad e inmediación.

En el caso de las salidas alternativas, enunciamos como hipótesis de trabajo que dada su particularidad, requieren otro tipo de actividad de parte de los sujetos procesales, que permitan llegar a la audiencia de discusión y resolución de una salida alternativa con

¹⁴⁰ LORENZO, Leticia y MACLEAN SORUCO, *Manual de Litigación Penal en Audiencias de la etapa preparatoria*. 2009, 113 páginas.

un cierto núcleo de acuerdos a ser evaluado por el juzgador. Esto, en la actualidad, es difícilmente comprobable en las prácticas de los tribunales.

Por su parte, los pedidos de exclusiones probatorias —por prueba ilícita— tienen poca aplicación en la práctica de nuestros tribunales aunque debe ser examinada desde la óptica de la concepción e interpretación judicial del sistema de nulidades. Recordemos que la causa de nulidad por exclusión probatoria de un acto procesal debe conllevar la expulsión de ese acto de acervo probatorio, y no necesariamente la nulidad de todo el proceso penal.

Con las reformas del 24 de marzo del 2009 las audiencias orales en la etapa de instrucción fiscal se orientaron a los tres segmentos sin ser únicos referidos a las audiencias para discutir las medidas cautelares. Como el desarrollo constitucional viene predicando que debe hacerse un *uso racional y de extrema ratio de la cárcel*, surge la necesidad de las audiencias para discutir las salidas alternativas a la cárcel y a la prisión preventiva. Otro aspecto fundamental es el de las exclusiones probatorias en caso de pruebas ilícitas. Se puede revisar otra de nuestras publicaciones referidas exclusivamente a este tema¹⁴¹.

La reforma procesal penal implementada en Ecuador a partir de julio del 2001 y mejorada con las reformas del 24 de marzo del 2009, trajo cambios sustanciales al sistema de enjuiciamiento criminal. Resulta indiscutible la conveniencia del modelo acusatorio y del juicio oral, público y contradictorio, pese a las dificultades que aun encontramos. El nuevo modelo tiende a contrarrestar aspectos clave como la situación del *preso sin condena* y la duración excesiva del proceso penal, a lo que sumamos la inexistencia de un proceso verdaderamente adversarial.

¹⁴¹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *La Prueba Ilícita*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, 336 páginas.

Se trata de llegar a procesos rápidos y efectivos, y en *igualdad de armas*. Se pretende que la víctima tuviera una verdadera y rápida respuesta de parte del Estado y el imputado de la comisión de un delito recibiera su sentencia en la forma más clara y transparente posible. Esta promesa, estuvo íntimamente vinculada con la modificación al sistema de medidas cautelares, dado que las cifras arrojadas por los primeros estudios referidos a la necesidad de la reforma, mostraban un sistema penitenciario colapsado, donde más del 80% de los detenidos se encontraba preso sin condena. Las medidas cautelares fueron el tema más visible en cuanto a la transformación que requería el sistema penal, pero no fue el único: se comprobaba, al verificar el estado del sistema en los años anteriores a la reforma, que el cambio estructural exigía un diseño que posibilitara salidas distintas al juicio tradicional, a fin de satisfacer a las partes en conflicto y brindar soluciones prontas y oportunas y en función a eso el NCPP se ocupó de establecer una variedad de alternativas al juicio como formas posibles de finalizar la persecución penal. Adicionalmente, en términos de diseño el NCPP realizó una opción muy fuerte por la oralidad: no sólo el juicio debe desarrollarse en forma oral, sino que, en la etapa preparatoria todas las decisiones que modifiquen derechos o extingan la acción deben tomarse utilizando la metodología de la audiencia.

En este importante cambio estructural y cultural, es imprescindible el juicio oral, pero insistimos en que debemos evitar que TODAS las audiencias se desarrollen con un patrón idéntico o repetido, como si todas fuesen verdaderas audiencias de juicio.

Es importante consignar que una grave falencia sigue siendo la inexistencia de una *defensa pública debidamente institucionalizada* que constitucionalmente debe encontrarse en *igualdad de armas* con el Ministerio Público, esto supone recursos económicos que cubran aspectos como los de un personal que cuantitativa y cualitativamente respondan al reto de una buena defensa pública.

Reconocemos el esfuerzo que ha significado la contratación de una defensa pública que ha superado con creces la inversión efectuada, y sus resultados o logros deben ser calificados como inmejorables. La tasa de presos sin condena en el Ecuador es después de la de Chile la más baja en la región con un 14%, y existe la propuesta de que para agosto del 2010 se pueda afirmar que en el Ecuador no existen presos sin sentencia. El número de internos en las cárceles de Ecuador era superior a los 18 mil en marzo del 2007 y para marzo del 2009 se había reducido drásticamente a cerca de 10 mil, con lo cual el proceso de desinstitucionalización también merece un público reconocimiento.

Pero la eficiencia operativa del modelo acusatorio oral y contradictorio debe mejorar con una defensa pública que cuente con recursos y personal no sólo suficiente, sino además, idóneo. Hay que establecer con la vigente defensa pública y con la que venga a posteriori, la diferenciación entre una audiencia de juicio y una audiencia de etapa de instrucción fiscal o preparatoria del juicio, asumiendo a la vez que por las características propias de la etapa de instrucción fiscal o preparatoria pueden darse una cantidad de audiencias de dinámica muy distintas, de acuerdo a las finalidades que se persigan. Este debe ser uno de los principales desafíos para optimizar el sistema de justicia penal. Hay que evitar que recursos humanos y económicos se desgasten en organizar audiencias que se suspenden, duran tiempos excesivos, no producen información relevante para la decisión judicial o, simplemente generan decisiones que no corresponden a los pedidos inicialmente realizados.

En el tema de las medidas cautelares personales como es la *prisión preventiva* hay que reiterar el carácter excepcional de su aplicación, y la debida proporcionalidad entre la gravedad del bien jurídico afectado y la aplicación de una medida de extrema o última ratio, como es la privación del bien jurídico más importante, después del derecho a la vida. En el Ecuador de la hora pre-

sente vivimos un proceso de constitucionalización del proceso penal que debe ser mantenido e impulsado. Sin temor a equivocarme puedo asegurar que en materia del respeto a garantías ciudadanas hemos transitado del marco de un *discurso teórico de garantías* a uno de gran desarrollo práctico. Revisemos los fallos de alguna Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, por ejemplo, en la exclusión de la prueba ilícita en la sustanciación del recurso de casación, y en las resoluciones del recurso extraordinario de protección en sede de la Corte Constitucional de Ecuador que ha declarado la nulidad de sentencias en procesos de casación, por violación del garantías del derecho al *debido proceso*.

Hay que evitar:

Que la discusión oral, pública y contradictoria de aplicación de medidas cautelares, se convierta en una verdadera audiencia del juicio, en que se llega a discutir aspectos relacionados con la responsabilidad penal del imputado. Si así procedemos, perdemos la finalidad de la audiencia de discusión de medidas cautelares, lo cual puede incluso conllevar que el juez de garantías penales en su resolución excluya de su argumentación, que la aplicación de una medida cautelar sólo puede ser razonable en la medida que la misma asegure el normal desarrollo del juicio con el menor perjuicio posible para el imputado. Nos remitimos al documento relacionado con *el uso racional de la prisión preventiva* presentado en esta misma obra.

No debemos llegar a audiencias de discusión de medidas cautelares, extremadamente largas e intrascendentes, porque esto determina que se suspendan otras audiencias, y esto se traduzca en una justicia lenta y paquidérmica por el retardo.

Una consecuencia negativa es el costo para la justicia que significa invertir un enorme espacio de tiempo para prepararse para una audiencia de discusión de medidas cautelares, cuyo proceso nos

va a agotar y produce un natural desgaste físico. De manera que al preparar la audiencia del juicio para discutir la responsabilidad penal del implicado, ya no tengamos la fortaleza física y mental para presentar una buena defensa

El rol de la Fiscalía para aplicar el principio de oportunidad

Puede llevarse a cabo una audiencia oral, pública y contradictoria, en casos en que por ejemplo considera la Fiscalía, que es pertinente la aplicación del *principio de oportunidad* que se traduciría en la renuncia del ejercicio del poder punitivo o del *ius puniendi*. Esta es una decisión que forma parte del ámbito de discrecionalidad de la Fiscalía (o del Ministerio Público), pero, es conveniente que exista un control jurisdiccional de este ejercicio.

Puede plantearse la situación de que un litigante considere lesivo a sus derechos la pretendida renuncia por parte del ministerio público al ejercicio de la acción penal, y esto debiera ser llevado a una audiencia oral, pública y contradictoria, en que se pueda escuchar a la víctima, y el juez actúe como Juez de Garantías Penales y de control de la renuncia, y decida que es inaplicable el principio de oportunidad. Reconocemos el escaso desarrollo doctrinario que podemos encontrar en el Ecuador sobre esta materia, y probablemente la imposibilidad del control jurisdiccional en *casos límite*.

Hay que pensar también en el interés de víctima que ha sido la gran olvidada del sistema penal tradicional, por cuyo olvido, puede fácilmente asumir el rol de *víctima del sistema penal*.

Como dicen Leticia LORENZO y Enrique MACLEAN, “El desuso o subutilización de las salidas alternativas se reflejan en el perfil de gravedad de las causas que se persiguen penalmente, en la sensación de la impunidad de los sectores victimizados de la

sociedad y, consecuentemente, en la administración de los recursos estatales en la investigación y persecución de los delitos.

“Las salidas alternativas al juicio además de descongestionar el sistema penal y proveer un mecanismo de control de la eficiencia de los órganos de persecución, tienen una finalidad de generar confianza en la comunidad respecto a la resolución de los casos. En el caso puntual de la suspensión condicional, permite generar confianza en el sistema judicial, ya que, sin tomar una decisión punitiva, crea un mecanismo de prevención de mutuo beneficio para la víctima y para el imputado restringido al cumplimiento de condiciones impuestas por el juez. En el caso del procedimiento abreviado, la frecuencia de su uso indicará la solidez y contundencia en la imputación, y los elementos probatorios reunidos durante la etapa preparatoria (dejando siempre abierta la duda razonable sobre extorsiones al imputado o trabajo negligente de la defensa en la valoración de posibilidades de rebatir la acusación o la credibilidad de las pruebas)”.

Las salidas alternativas significan una necesidad a desarrollar, pues, como estamos entrenados en la cultura del litigio se hace necesario cambiar de mentalidad y prepararnos para desarrollar estrategias que permitan encontrar una salida menos gravosa y más satisfactoria que la que brinda el proceso penal tradicionalmente concebido. Una salida alternativa significa capacidad de negociación y habilidad de las partes procesales para llegar a acuerdos que resulten bilateralmente satisfactorios. En una audiencia tradicional las partes exhiben sus pretensiones y las mantienen de manera inquebrantable e irreductible, en tanto que cuando se trata de salidas alternativas, pueden y debe haber conversaciones y acuerdos previos, mismos que serán llevados a conocimiento del juez, a efectos de que, una vez que verifica que son procedentes y absolutamente legales, los autorice.

Entrenados en la *cultura del litigio* se hace difícil aceptar una *cultura de la conciliación* que al final puede resultar de mayores satisfacciones para el ofensor y ofendido; y, que examinado como costo de la justicia, es de menor inversión económica que lo que significa un proceso litigioso.

La audiencia de calificación de flagrancia

Representa un avance significativo en nuestro país, porque permite que en un tiempo relativamente corto se resuelva la situación de un imputado. La dificultad que hemos encontrado en la práctica diaria es que cuando se vincule a otro ciudadano, la audiencia de vinculación puede tomar un tiempo que deje de ser *prudencial y razonable*. Es importante si el juez determina que *no es un caso de flagrancia* porque en esas circunstancias el imputado contará con 90 días para su defensa y no los 30 días que lleva aparejada la calificación de flagrancia.

No se trata de que todos los casos se resuelvan de manera lineal, como decir, vamos a calificar todos los casos como de *delito flagrante* para resolver en 30 días el caso.

La audiencia para exclusiones probatorias

Hay que evitar que se convierta en un mecanismo de dilación procesal, como sería la posibilidad de la interposición de un recurso como el de *apelación* para que un tribunal de alzada resuelva, si la negativa del juez inferior fue o no correcta. Aquí se requiere también de una adecuada preparación del juez de garantías penales que no debe llegar a permisiones excesivas en los planteamientos de las partes procesales.

Esta excesiva permisión puede producirse cuando de la discusión inicial sobre la *ilicitud del acto* para que sea excluido se pase a discutir aspectos de la culpabilidad de un imputado, allí el juez

debe actuar con energía suficiente para evitar que se dilate la audiencia exageradamente, y sin motivos procesales reales.

Hay que estar atentos porque si un juez de garantías penales declara la exclusión probatoria de un acto procesal, y lo hace mediante un auto de nulidad, el mismo sería susceptible del recurso de apelación previsto como artículo 17 de la reforma del 29 de marzo del 2010. En lo demás, nos remitimos a lo que hemos comentado en cuanto a la gran cantidad de audiencias orales posibles con la reforma del 24 de marzo del 2009, prevista como Art. 205.1 del vigente Código de Procedimiento Penal, y lo que significa la locución que se emplea en el Art. 205.2 del CPP, al decir que se deben discutir en audiencia oral, pública y contradictoria, *temas tales como* y menciona unos cuantos como: resolución de ciertos actos investigativos, medidas cautelares, revisión o apelación de las mismas, cierre del tiempo de la instrucción, procedimientos alternativos como acuerdos reparatorios, conversiones, suspensión condicional del procedimiento, procedimientos abreviados o simplificados.

BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, 2da edición, Tomo I, parte general, EDIAR, Buenos Aires.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *El juez y la prisión provisional*, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003.

BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Siglo XII, 1986.

BODERO, Edmundo René, *Teoría económica de la delincuencia. El neoliberalismo como factor criminógeno*, Publicación del Ateneo Jurídico Cía. Ltda., Guayaquil, 2010.

BUCHELI MERA, Rodrigo, *Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio*, JUSTICIA CRÍTICA, Editorial Universitaria, Quito, 2008.

CARNELUTTI, Francisco, *La prueba civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1957, vol. II.

CORIGLIANO, Mario E., *Plazo razonable y prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Se puede revisar este documento en nuestra página web. En www.alfonsozambrano.com

CHIOVENDA Giuseppe, *Instituciones de Derecho procesal civil*, Vol. III, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989.

DE LA GASCA, L. José, Profesor a dedicación exclusiva- Área Penal, Universidad Católica de Guayaquil, en Boletín Informativo No. 72 de la Facultad. En artículo CONTRARREFORMAS, Enero, 2010.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso, Aplicable a toda clase de procesos*, t. I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.

DUCE, Mauricio y BATELMAN, Andrés, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Editorial Alternativas, Lima, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantanero Brandes, Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, en *El Derecho Penal Mínimo*, traducción de Roberto Bergalli.

FOCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores. 6ta edición, México, 1981.

GIMENO, SENDRA, J.V., *Los procedimientos penales simplificados* (principios de oportunidad y proceso penal monitorio), Justicia, Madrid, 1987.

GIMENO SENDRA J.V., *La prisión provisional y derecho a la libertad*. Publicado en PRISIÓN PROVISIONAL, DETENCIÓN PREVENTIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. Ediciones de Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1997.

GOLDSCHMIDT, James, *Teoría general del proceso*, Editorial Labor, Barcelona, 1936.

LORENZO, Leticia y MACLEAN SORUCO, *Manual de Litigación Penal en Audiencias de la etapa preparatoria*, 2009.

MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Editorial Del Puerto, Srl. 2da. Edición, 3ra. Reimpresión, 2000.

MANZINI Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II. Editores Ediar, S.A., Buenos Aires, 1950.

MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

PARMA, Carlos, *Derecho penal convexo* (El espejo del derecho penal), Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales, Ediciones el Original, San José, La Paz-Bolivia, 2008.

PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ad-Hoc. Buenos Aires, 1ra. Edición, 2002.

PESANTEZ MUÑOZ, Washington, en documento, *Fundamentos Político-Jurídicos de nuevo Código de Procedimiento Penal*, publicado en la REVISTA JUDICIAL, Quito [www.derecho ecuador.com](http://www.derecho.ecuador.com)

ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Traducción de la 25 a edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires, 2003.

ROXIN, Claus, *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, “El desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo”, Temis, 1982.

SANTOS ALVIS, Thamara, *Control y Punición de la Delincuencia*, Universidad del Zulia, 1987.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, Segunda edición, Civitas, Madrid, 2001.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo V, Editorial Tipográfica, Buenos Aires, 1970.

VÉSCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, Editorial Temis, 1984.

WOLF, Paul, *Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena*, En Poder y Control N°. 0. España, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, 2da. Edición, Temis- Bogotá, 1990.

ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*. 1ra. Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZAFFARONI Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, 2006.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Editorial Offset Graba, Guayaquil, 1984.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Temas de Criminología*, Offset Graba, 1986.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Temas de Derecho Penal y Criminología*, Offset Graba, 1988.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Cárcel y drogas, De la represión a la legalización*. Editorial Edino, Guayaquil, 1994.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Práctica Penal*, Tomo V, Edino, Guayaquil, 1995.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, Offset Graba, 1996.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*, Biblioteca de autores de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2005.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*. ARA Editores, Lima- Perú, 2006. 3ra. Edición.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Derecho Penal*, 3ra. Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Práctica Procesal Penal*, Edilex S.A. Lima- Perú, 2009.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Estudio introductorio a las Reformas al Código de Procedimiento Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *La Prueba Ilícita*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El Proceso Penal Ecuatoriano*, Tomo III, Edino 1990.

ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, Edino, 2004. Tomo VI.

