

ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL

MANUAL DE PRÁCTICA PROCESAL PENAL

ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL

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

## MANUAL DE PRÁCTICA PROCESAL PENAL



ARA EDITORES

© ALFONSO ZAMBRANO PASQUEL

© ARA Editores E.I.R.L.  
Géminis 701 Dpto. 301-B Lima 39 - Perú  
Telefax: (511) 522-8060  
E-mail: araeditores@yahoo.com  
Web site: <http://www.araeditores.com>

ISBN: 978-9972-238-  
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional  
del Perú N° 2009-12478

Diseño de Carátula: Rolando Bartolo Mesías  
Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú                      2009                      Printed in Peru

## ÍNDICE

Nota del autor .....	11
Denuncia por falsedad documental .....	17
Denuncia por violación de derecho a la intimidad .....	25
Denuncia contra fiscal por privación ilegal de la libertad .....	29
Denuncia por muerte .....	37
Consulta en delito de prevaricato en casación .....	53
Informe jurídico por consulta .....	61
Acusación particular por muerte .....	71
Acusación particular por falsedad de cheque .....	81
Contestación de queja contra juez penal .....	85
Escrito pidiendo desestimación de denuncia .....	89
Escrito Fiscalía General. Tentativa .....	93
Petición de inicio de instrucción fiscal .....	111
Escrito analizando capacidad de culpabilidad .....	115
Petición por trastorno de personalidad antisocial .....	121
Fundamentos para la negativa a dictar la prisión preventiva .....	127
Escrito oponiéndose a prisión preventiva .....	135
Petición de negativa para dictar la prisión preventiva .....	141
Apelación de prisión preventiva .....	147
Petición de sustitución de prisión preventiva .....	157
Petición de habeas corpus .....	167
Amparo de libertad .....	171
Memorial de defensa para sobreseimiento .....	181
Auto de sobreseimiento .....	193
Auto de sobreseimiento provisional .....	201
Apelación de llamamiento a juicio. Caso de drogas .....	209
Memorial ante la 2da. Sala Penal .....	219
Petición de confirmación de sobreseimiento .....	231

Memorial ante 3ra. Sala Penal para sobreseimiento .....	237
Sobreseimiento con doctrina de participación .....	249
Auto resolutorio de sobreseimiento definitivo por delito sexual..	269
Apelación de auto de nulidad .....	277
Petición de revocatoria de auto de nulidad .....	283
Recurso de apelación de llamamiento a juicio .....	293
Escrito pidiendo revocatoria de llamamiento a juicio .....	311
Resolución aplicando principio de legalidad y de congruencia .....	331
Sentencia como encubridor .....	355
Apuntes sobre casación penal .....	363
Escrito en recurso de casación .....	371
Recurso de casación .....	379
El recurso de revisión en el Procedimiento Penal ecuatoriano ....	391
Recurso de revisión .....	409
Reflexiones sobre la teoría de la participación.....	415
Alegato en caso bancario .....	431
Alegato para sobreseimiento .....	451
Alegato sobre prueba ilícita 1 .....	459
Alegato sobre prueba ilícita 2 .....	497

*Este libro está dedicado a un jurista de cultura ecuménica, y de infinita sabiduría en las disciplinas penales y criminológicas, al Prof. Dr. Dr. h.c. D. Jorge E. Zavala Baquerizo, el enciclopédico de las ciencias penales. Con mi admiración y profundo respeto por sus conocimientos y tenacidad espartanas. Gracias al querido amigo.*

*Igualmente está dedicado este Manual a un querido y permanente amigo, el extraordinario jurista, doctrinario y penalista a tiempo completo, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D. Eugenio Raúl Zaffaroni, por su invariable afecto, y su personal y permanente estímulo en este mundo sin fin de las ciencias penales y criminológicas.*

*Gracias querido y respetado amigo Raúl.*

## NOTA DEL AUTOR

### La justificación de este Manual

Cuando recibí la invitación para que se publique este *Manual*, traté de encontrar una justificación al mismo. Se pretende convertir en un documento de auxilio para el abogado que litiga, para el juez que debe resolver el caso y para el fiscal que debe promover la investigación y luego decidir si debe o no acusar. A mis alumnos les recuerdo siempre que desde el inicio del proceso penal debemos estudiar el caso (lo que se denomina hoy *La teoría del caso*) para conocer nuestras propias debilidades y fortalezas. Que hoy se busca o propende a la oralidad es cierto, pero ¿cómo se prepara el operador de justicia incluyendo a los abogados, si no ha estudiado previamente el caso?

¿Para qué sirve el estudio del caso? Para conocer las fortalezas y las debilidades propias y de la contraparte. Si acaso se trata de un caso de legítima defensa o de eximente de responsabilidad penal por la presencia de una justificante, o de actuar amparado en el ejercicio de un derecho, profesión u oficio, o en *contrario sensu* cuando nos encontramos ante una causa que debe ser construida desde la doctrina penal.

Hay tres cuerpos legales de aplicación en este *Manual* que nos llevó a revisar su contenido para darle actualidad. La Constitución de Montecristi de octubre del 2008, el Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo del 2009 que es un verdadero Código de Justicia, y las reformas al Código de Procedimiento Penal del 24 de marzo del 2009 publicadas en el RO 555. El Ecuador se proclama como Estado constitucional de derechos y justicia en la vigente Constitución (Art. 1), pero el hecho cierto es que el único Estado de Derecho posible es aquel en el que se respetan las garantías constitucionales previs-

tas en la norma suprema. Reconocemos que la distancia entre el predicado constitucional y la aplicación práctica del derecho a ratos se vuelve inconciliable.

Para nosotros el Estado de Derecho está en permanente superación, pues aplicar las categorías de transformación y de evolución es válido. Nos resulta grato leer los fallos de la *novísima* Corte Constitucional del Ecuador que en sus resoluciones utiliza conceptos como los de *proporcionalidad* y de *ponderación*, recurriendo incluso al pensamiento y trabajos de ese extraordinario jurista y constitucionalista alemán como es el Prof. de la Universidad de Kiel, D. Robert Alexy. Este es un mensaje importante para los operadores del sistema de justicia penal, pues un *uso racional y alternativo del derecho* es parte de la nueva vertiente en materia de garantías ciudadanas.

El *Manual* está orientado al estudiante, al abogado que litiga y a importantes operadores como son los jueces y los fiscales pues en un momento dado aun con la plena vigencia de la *oralidad* para discutir temas trascendentales, ¿cómo armamos nuestra defensa del caso? El estudio y la invocación a la doctrina han tomado *carta de ciudadanía* con el Código Orgánico de la Función Judicial que en su Art. 28 le dice al juez que acuda a la doctrina al momento de resolver. Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con una reciente propuesta de la *acción de protección* apuntan a la consolidación del Estado de Derecho, que en el buen decir del Prof. y amigo D. Eugenio Raúl Zaffaroni es factible cuando se respetan las garantías constitucionales. Dicho de otra manera, y en nuestra opinión, un Estado en el que no se respeten las garantías constitucionales será cualquier cosa, **pero jamás** será un Estado de Derecho.

Sin duda hay temas pendientes y por desarrollar pues a los operadores de justicia se les hace difícil reconocer que de acuerdo con la Constitución (Art. 77 n. 11) los sustitutivos a la prisión preventiva deben ser aplicados prioritariamente, esto es que la propuesta de un Derecho penal de *ultima ratio* en el caso de la utilización de la prisión preventiva es de aplicación *extrema*. Esto lo desarrollamos en el *Manual* dedicándole el tiempo y espacio que tal propuesta demanda. No obstante conversamos con jueces y a más de uno se le ocurre invocar el concepto subjetivo de la alarma social ante lo cual les recuerdo principios como el *uso racional y alternativo del derecho*, el de la *ponderación de bienes jurídicos*, o el de la *proporcionalidad* y de la *subsidiariedad*. A

mí no me queda duda alguna de que el arresto domiciliario aunque en principio beneficia a las personas que han cumplido 60 años de edad, establece un régimen de excepción (Art. 171 reformado del CPP) pues impide este beneficio cuando se trata de delitos contra la administración públicas, de aquellos en los que resulte la muerte de una persona, de violencia o de odio (sic).

Tal disposición es inconstitucional sin ninguna duda pues establece un régimen procesal penal de excepción, una suerte de *derecho procesal penal del enemigo*, estableciendo límites por el tipo de delito. En este grueso equívoco se desconoce que cuando se trata de las personas de la tercera edad, hay una propuesta de *Derecho penal humanitario* sin importar el tipo de delito. Por último siendo el juez penal, un juez de garantías, le basta aplicar una cualquiera de las otras formas modales de las medidas cautelares personales previstas en el Art. 160 del CPP reformado, sin recurrir al arresto domiciliario. Tan equívoca es la disposición del Art. 171 que si se tratase de un caso de tráfico de drogas procedería el arresto domiciliario, en tanto que si se tratara de un caso de coima de por ej. 20 0 30 dólares por tratarse de un delito contra la administración pública, no habría derecho a tal beneficio de excarcelación.

El *Manual* busca ser una herramienta de trabajo, para el juez cuando tiene que resolver haciendo uso de la doctrina y de la jurisprudencia, para el fiscal cuando debe preparar el *caso*, o cuando tiene que pedir una medida de aseguramiento personal como es la prisión preventiva, o cuando debe abstenerse de acusar o de emitir un dictamen acusatorio en la etapa intermedia que hoy es de preparación del juicio. El tema de la *prueba ilícita* y de la aplicación del *principio de la exclusión absoluta* cuenta en el *Manual*, con un sólido basamento doctrinario y jurisprudencia, en cuanto a lo primero se encontrarán fundamentos en la obra erudita de catedráticos extranjeros como Julio B.J. Maier, de José Saéz Capel, de José Ignacio Cafferata Nores, de Jaime Bernal Cuellar, de César San Martín Castro, de Francisco Muñoz Conde, de Manuel Miranda Estrampes, de Claus Roxin, para mencionar algunos. Entre los nacionales nos referimos a juristas como el Prof. Jorge E. Zavala Baquerizo, Jorge Zavala Egas, Monseñor Juan Larrea Holguín(+), Edmundo Durán Diaz (+), Walter Guerrero Vivanco, José García Falconí, Luis Humberto Abarca, para mencionar algunos de los citados. Encontrarán fallos de la Corte Suprema de

Colombia, del Tribunal Supremo Español, del Tribunal Constitucional de España, del Tribunal Constitucional alemán, de la Corte Europea de Derechos Humanos de La Corte Nacional de Argentina, de la Suprema Corte de EE.UU., e inclusive algunos fallos de nuestro más alto tribunal de justicia.

El mayor provecho que se puede sacar a este *Manual* surgirá de su primera lectura y de su posterior estudio y discusión, sugiriéndole al interesado que recuerde siempre que los principios y garantías constitucionales deben ser aplicados *pro homine* es decir siempre a favor del ciudadano, aun en el caso de duda. El Estado de Derecho es una obra humana perfectible y su consolidación se va consiguiendo con las nuevas corrientes como el denominado *neo constitucionalismo*, que es la aplicación inmediata de las garantías constitucionales aún de oficio, sin necesidad de un desarrollo *programático* de las mismas, pues su aplicación es de primera mano y ante el caso de duda o de obscuridad se debe resolver siempre en favor del ciudadano o ciudadana. El carácter progresivo de las garantías constitucionales es una vertiente novísima.

La lectura y el estudio del garantismo como expresión de esta vertiente del constitucionalismo es fundamental y para ello son importantes obras como las de Luigi Ferrajoli (*Derecho y Razón*), o de Robert Alexy (*Teoría de la Argumentación Jurídica*), o la obra ecuménica del Prof. Alessandro Baratta, o del mismo Eugenio Raúl Zaffaroni, para mencionar solo algunos. Siempre queda mucho por decir, pero el *Manual* no pretende otra cosa que ser una guía práctica para el operador de justicia en el campo penal, no falta material para preparar no sólo una buena defensa sino incluso una conferencia o un alegato sobre un tema central del Derecho penal o del derecho procesal penal. Sin pecar de ampuloso pretendemos compartir nuestra experiencia como abogado litigante a tiempo completo, como docente de treinta años en el campo penal, procesal penal y criminológico, y como estudioso de las disciplinas que conforman ese espacio múltiple de las ciencias penales. Mucho material de lo aquí expuesto puede ser encontrado en nuestra página en [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com) que tiene más de 19 mil visitas académicas a junio del 2009, y con un link para consultas penales que son regularmente atendidas de manera personal, y a la que acuden regularmente estudiantes ecuatorianos y del extranjero a quienes ayudo en sus tesinas con la bibliografía de soporte.

En la especificidad del presente *Manual* se van a encontrar memoriales de defensa, de peticiones de prueba, de excepciones procesales penales perentorias, de denuncias, de acusaciones particulares como modos de ejercer la acción penal, de alegatos para oponernos al ejercicio del poder punitivo a través de una prisión preventiva, de lo que debe contener un auto resolutorio como la prisión preventiva, o un auto de llamamiento a juicio, de la fundamentación que tienen que tener recursos como los de apelación, de casación y de revisión. Se han agregado formatos de resolución de autos en la alzada e incluso de sentencias. El soporte de la doctrina actualizada no falta en algunos documentos, como cuando se invoca la *prohibición de regreso* del eminente jurista alemán, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. D. Günther Jakobs. Como mecanismos de contención para tratar de evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo como menciona el Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni, insertamos el recurso de hábeas corpus y el de amparo de libertad.

La única pretensión que tiene este *Manual* es la compartir las experiencias que nos proporcionan la docencia, el estudio y el arte de litigar, que incluyen las *técnicas de litigación oral*.

Prof. Dr. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL

## DENUNCIA POR FALSEDAD DOCUMENTAL

### Señor Ministro Fiscal General

Yo... ciudadano ecuatoriano, en goce de mis derechos de ciudadanía, y sin encontrarme impedido para hacerlo, comparezco ante usted, y amparado en el Art. 42 del vigente Código de Procedimiento Penal, presento la presente denuncia contentiva de un delito de acción penal pública de acuerdo con la clasificación que prevé el Art. 32 párrafo a) del mismo cuerpo legal:

En cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 50 *ibidem*, relato el contenido de la *noticia críminis*, debiendo referirme inicialmente a la *Teoría de la Participación*.

El profesor Eugenio Raúl ZAFFARONI, dice, al referirse a la configuración jurídica de la concurrencia de personas: «como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación (concurrencia o concurso) de personas en el delito*, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad. Cabe precisar que la expresión *participación*, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, *participación* es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas *toma parte en el delito*, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por *participación* el fenómeno por el que una o más personas *toman parte en el delito ajeno*, siendo *partícipes* sólo los *cómplices* y los *instigadores*, con exclusión de los autores»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735.



Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad. Se consideran autores a quienes cometen el delito de propia mano, como bien dice el profesor Günther JAKOBS, «autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir quién ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito»<sup>2</sup>. El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por sí mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración. Como expresa el propio JAKOBS, «El Derecho penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo»<sup>3</sup>.

En la dogmática penal se llega a considerar a un partícipe con el mismo nivel de culpabilidad y de responsabilidad que el autor, pues en ocasiones la participación es de tal gravedad que sin su concurso el hecho no se habría producido. En el ordenamiento penal ecuatoriano de acuerdo con el Art. 44 del Código Penal, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido, esto es lo que denominamos *cómplices primarios* o *necesarios*, vale decir que sin ser técnicamente autores se los reputa como tales para efectos de la determinación de la pena; como dice E.R. ZAFFARONI, «quienes hacen el aporte necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los cooperadores

<sup>2</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 745.

necesarios, a quienes se les depara el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesarios»<sup>4</sup>; y, se reserva la calidad de *cómplices secundarios* o *acesorios* a aquellos cuya participación es intrascendente, es decir que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso; la *complicidad secundaria* es aquella a la cual se refiere el Art. 43 del Código Penal ecuatoriano. En el concepto del Prof. JAKOBS, uno de los iconos más importantes del Derecho penal en el siglo 21, «cuantas más personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta *una aportación de la medida de las demás aportaciones*; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe»<sup>5</sup>. Esto es, que el cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de ejecución, se convierte en coautor.

1.- El delito que denuncio es el de falsedad material e ideológica en el **ACTA DE SESION ORDINARIA DE DIRECTORIO DE LA AGENCIA ... (Nº 150)** que tiene como fecha 04 de julio de 2008, que tiene como lugar la sala de sesiones del Ministerio de Finanzas en la ciudad de Quito, ubicada en la Av. 10 de agosto y Jorge Washington 4º piso, efectuada a las 12:40 horas. Se afirma la presidencia del Ec. F.O.D, Ministro de Economía y Finanzas, la asistencia del Ec. R.A.T., Delegado del Directorio del Banco Central del Ecuador, Ab. M.R., Gerente General (e) de la AGD, se afirma la presencia de los señores P.Z.R., señora P.S.M., doctor C.B., doctor R.L., Asesor Jurídico del B Cl del E y Licenciado E.P., Subdirector de Presupuestos de la ... . Actúa en calidad de Secretario, el Lcdo. E.V.R.

2.- Las personas denunciadas son las que menciono en el párrafo 1 que antecede, y el delito que se cometió es el que paso a relatar. El Art. 22 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario-Financiera, publicada en el RO-S 78: 1-dic-1998, reformada, expresa que la Agencia: «está gobernada por un Directorio compuesto por el *Ministro* ... quien lo presidirá...». De acuerdo con lo

<sup>4</sup> ZAFFARONI, E.U., *op. cit.*, pp. 736-737.

<sup>5</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 751.

dicho y por expreso mandato legal debe el Ministro ... presidir la sesión del Directorio y como se aprecia del texto del Acta de Sesión del Directorio, **EL MINISTRO ... NO ESTUVO PRESENTE EN LA SESIÓN, pero en forma premeditada y dolosa, y con unidad de resolución delictiva se forja su presencia, para tratar de convalidar una sesión carente de valor alguno por su ausencia.**

El mismo Art. 22 señala: «El Directorio de la Agencia ... por decisión unánime, designará de fuera de su seno al Gerente General de dicha Agencia para un periodo de tres años...». En otro segmento (párrafo) del citado artículo se consigna: «Las decisiones de la Agencia ... se tomarán por mayoría absoluta de votos, debiéndose contar con el voto favorable del *Ministerio de Finanzas*, para que exista resolución válida. El Gerente General ejecutará las decisiones del Directorio de la Agencia ...» (El resaltado es nuestro).

*Ergo*: Si el Ministro ... no está presente en la sesión del Directorio de la AGD, **no existe resolución válida.**

En la mencionada Acta de Sesión de la Agencia... N° 150, se afirma faltando dolosamente y a sabiendas a la verdad, «... el señor Presidente del Directorio, entrega al secretario una copia simple contentiva del Decreto Ejecutivo N° 1183 del 02 de julio del 2008...» Este es un hecho falso pues el Ministro ... que preside el Directorio no estaba en la sesión del 04 de julio de 2008, y consecuentemente **jamás** pudo entregar el documento al que se refiere la citada sesión.

En la página 2 del documento forjado (Acta 150 de la sesión de la Agencia), que «el señor Presidente del Directorio de la ... solicitó al Secretario de la Sesión tome votación al Economista R.A. ...». Este hecho es absolutamente falso porque el señor Ministro... estaba ausente de la reunión a que se refiere el acta forjada. En el considerando **3. Puntos varios**, se vierten otras falsedades pues se manifiesta, «el señor Presidente del Directorio (El Ministro que no había asistido), solicita se indique si los demás miembros del Directorio están de acuerdo con la propuesta realizada por el Economista A... el señor Presidente solicita mocione candidatos para llenar dicha vacante, a lo cual el economista A solicita la palabra y pone en consideración el nombre del doctor ..., quien por unanimidad es designado Gerente General de la Agencia. Acto seguido el señor Presidente del Directorio agradece al abogado M.R. por la gestión realizada durante el encargo de funciones. En tal sentido, el Directorio resuelve:

RESOLUCION AGD-UIO-D-2008-150-001 1.- Nombrar Gerente General de la Agencia al doctor..., en concordancia a lo que establece la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario y Financiera para estos casos; y, 2.- Agradecer al abogado MR por el encargo a él efectuado al frente de la Gerencia General de la ...».

No queda duda alguna de que se forjó un documento para una designación espuria y carente de valor alguno, como es el supuesto nombramiento del Gerente General de la ... que no podía convalidarse sino con la presencia del Ministro ..., **que no estuvo en tal reunión.**

El señor secretario Lic. E.V.R, coludido como se encontraba, y en unidad de resolución delictiva, estampa una certificación sin fecha, que dice:

«CERTIFICO.- Que las firmas (aunque la casilla para la firma del Ministro de... no está suscrita) que anteceden son las que de manera personal y directa se obtuvieron por parte de los señores Miembros del Directorio de la Agencia ... En Quito, D.M. a», y sin constar la fecha de la supuesta suscripción, firman algunos de los confabulados: Msc. M.P., **MIEMBRO DEL DIRECTORIO**; Econ. P.J.M., **MIEMBRO DEL DIRECTORIO**; Econ. R.A., **MIEMBRO DEL DIRECTORIO**, y firma el **SECRETARIO DEL DIRECTORIO**, Lic. E.V.

Este mismo ciudadano Lic. E.V. es inducido a cometer una nueva falsedad el 7 de julio del 2008, al suscribir:

«RAZON: Siento como tal que el texto del Acta que antecede es fiel reflejo de lo tratado y resuelto por unanimidad en la reunión del Directorio de la ..., efectuada el 4 de julio del 2008 y que luego puesta para la firma de los miembros asistentes, el Ec. ..., Ministro de ... y Presidente del Directorio se negó a firmarla. Doy fe en mi calidad de Secretario del Directorio.- Quito, siete de julio del 2008. E.V.R., Secretario del Directorio».

3.- En relación con el delito de falsedad denunciado, debo expresar a usted:

**Apreciación doctrinaria de la falsedad.**- El delito materia de la presente denuncia es de aquellos que lesionan la denominada «fe pública», esto es la confianza depositada en el funcionario o servidor público 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 re-

clusión 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 *ibidem*, 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 ideológica** o **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 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». El Prof. argentino Sebastián SOLER en su obra 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»<sup>6</sup>.

**El bien jurídico protegido.-** Se trata de un **Delito contra la Fe Pública**, estando representada la **fe pública** por la confianza en el documento, al que se supone veraz y no forjado. Es obvio que se castigue el fraude que se comete con el **falso testimonio**, pues mediante este mecanismo defraudatorio que es el **faltamiento de la verdad a sabiendas** efectuado dolosamente se pretende modificar o alterar la verdad legal o formal, a fin de causar daño o perjuicio a otro o a la propia causa pública. La fe pública, es 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 o no judiciales. Constituye delito entonces la alteración fraudulenta y substancial que se comete vulnerando la fe o confianza pública.

**El dolo en general.-** Consiste en actuar con consciencia y voluntad, vale decir que hay un elemento **representativo** y un elemento **volitivo**, por ello se dice que se actúa dolosamente porque el agente sabe que miente y lo hace de manera consciente y deliberada, esto es que falta a la verdad a sabiendas. En el caso presente el **elemento material** del delito de falsedad instrumental y conexos, se ha puesto en evidencia porque los coludidos y confabulados, han faltado a la verdad a sabiendas, al afirmar hechos falsos en diferentes momentos y circunstancias.

<sup>6</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo V, Editorial Tipográfica, Buenos Aires, 1970, pp. 349 y ss.

El dolo se pone de manifiesto por el **conocimiento** que el agente tiene en desacuerdo con lo que expresa o dice, y por la **voluntad** de hacer esa manifestación contraria a la verdad a pesar de su conocimiento. Hay la plena consciencia de la inexactitud de lo que se está afirmando y por ello es un delito de **falsedad**.

La **intención de causar un perjuicio** existe desde el momento que la afirmación o declaración falsa hecha a sabiendas, es potencialmente capaz de llevar a error o a engaño a un tercero, a un juez o a una autoridad, aunque tal hecho en realidad no ocurra, porque se trata de delitos de resultado formal o de mera actividad. En definitiva se sanciona la vulneración de la confianza o credibilidad en los funcionarios y/o personas que son llamadas a declarar, o que suscriben documentos con la intención fraudulenta de faltar a la verdad. La acción denunciada consiste en afirmar una falsedad, vale decir en mentir aseverando algo que no es cierto o en callar en todo o en parte la verdad que se conoce, por ello hemos venido diciendo que con la falsa declaración se comete un engaño en contra de la fe pública y de allí surge el reproche de culpabilidad.

4.- Reconoceré la presente manifestación de conocimiento en el momento en que así se ordene.

Ejerceré el derecho de petición como legítimo interesado, correspondiéndole a usted disponer el inicio de la correspondiente instrucción fiscal, en contra de los denunciados responsables del forjamiento doloso del Acta de la Sesión del Directorio de la AGENCIA... debiendo pedir al juez penal que disponga las medidas de aseguramiento personal como es la prisión preventiva de los imputados.

Recibiré notificaciones en la casilla judicial No... de la H. Corte Superior de Justicia de Quito.

## DENUNCIA POR VIOLACIÓN DE DERECHO A LA INTIMIDAD

### Señor Fiscal General de la República del Ecuador

... en mi calidad de... ante usted comparezco y amparado en los Arts. 42 y 50 del Código de Procedimiento Penal, presento la denuncia del siguiente tenor por un delito de acción penal pública, cometido en las circunstancias que paso a relatar:

El ciudadano ... en manifiesto y doloso ejercicio abusivo del cargo de Director Nacional de Operaciones de la Policía Nacional, irrespetando la vigencia de un Estado que se proclama como constitucional de derechos y justicia (Art. 1 de la Const. del 2008), en abierto desprecio al derecho a la intimidad personal así como a la inviolabilidad y secreto de la correspondencia física y virtual (Art. 66 n. 20 y n. 21) dispuso mediante memorando N° 2009-0943 de fecha 8 de mayo del 2009 suscrito en la ciudad de Quito, se «realice contrainteligencia de las actividades de los Fiscales y Jueces para evitar actos de corrupción e in forme al respecto para comunicar en la próxima reunión». Este comportamiento inconstitucional y delictivo habría surgido de la reunión mantenida el viernes 8 de mayo del 2009, en la sala de Prensa del Ministerio de Gobierno, convocada mediante oficio N° 2009-005-DMG-SSC, del 5 de mayo del 2009.

La torpe maniobra delictiva del denunciado, que lesiona derechos y garantías fundamentales consustanciales a la plena vigencia de un Estado de Derecho, ha quedado al descubierto con el desmentido efectuado por el propio Ministro de Gobierno, Dr... quien suscribe con el Dr... Ministro Coordinador de Seguridad Interna y Externa el antes citado oficio, en el que se convoca «con el carácter de urgente a una reunión de trabajo, a fin de establecer mecanismos de coordinación operativa entre la Policía Nacional y el Sistema Judicial, que per-

mitan mejorar los niveles de seguridad en el país, especialmente en la Zona de Frontera Norte...».

La orden de realizar la abusiva contrainteligencia de las actividades de fiscales y jueces (sic), llegando a la comisión de los actos delictivos ordenados por el Gral. ... se podía perpetrar utilizando diferentes procedimientos constitutivos de intromisiones ilegítimas a través del emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de fiscales y jueces. Esto podría conllevar la revelación de datos íntimos de nuestra vida privada o de nuestras familias que afecten nuestra buena reputación y nuestro buen nombre, aun valiéndose de mecanismos delictivos como la revelación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo. Incluso se podría llegar a la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de fiscales y jueces, lesionando la privacidad o intimidad de sus hogares o de su morada. Todos estos procedimientos lesionan la intimidad y la propiedad dignidad y autoestima de cualquier ciudadano, incluyendo a fiscales y jueces.

Poco importó a un ciudadano que ostentaba el grado de General de la Policía Nacional, ignorar que el Art. 76 de la Constitución Política, dispone en su numeral 4 que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. Menos aun le importó al Gral. ... recordar que «el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución». El procedimiento delictivo del Gral...., es de aquellos malos ejemplos que jamás se deben imitar.

El irrespeto a una garantía fundamental que es consustancial con el respeto a la dignidad humana debe ser investigada y sancionada, pues el Gral. ..., para consumir este acto de barbarie, forjó un documento mediante un procedimiento doloso de falsedad material e ideológica pues afirma que la decisión de violentar el derecho a la intimidad, e irrespetar la inviolabilidad de la correspondencia física y virtual de fiscales y jueces surgió de la reunión en el Ministerio de Gobierno del 5 de mayo y esto es absolutamente falso. 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 ideológica** o **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 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». El Prof. argentino Sebastián SOLER, en su obra 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»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo V, Editorial Tipográfica, Buenos Aires, 1970, pp. 349 y ss.

### Protección por instrumentos internacionales

Este derecho vulnerado por el Gral. ..., se encuentra protegido por las siguientes disposiciones de instrumentos internacionales vigentes y aplicables en el Ecuador por el mandato previsto en el Art. 424 y Art. 425 de la Constitución Política del 2008:

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12 establece: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 establece en su artículo 17: 1. «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques».

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en el artículo 11 señala: «Protección de la Honra y de la dignidad: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas de su vida privada, en su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

### Petición de investigación de hechos enunciados

Corresponde a usted señor Fiscal General de la República del Ecuador como la máxima autoridad de la Fiscalía General, prevista en el Art. 194 y siguientes de la Constitución vigente, investigar los hechos denunciados y acusar a los responsables por los actos delictivos perpetrados, mismos que ponen en riesgo serio el derecho a la seguridad jurídica que consagra el Art. 82 *Ibidem*. Reconoceré la presente manifestación de conocimiento cuando así se disponga. Adjunto el suplemento **blanco&negro** del diario Hoy del lunes 1 de junio del 2009 que contiene una amplia reseña.

Atentamente,

## DENUNCIA CONTRA FISCAL POR PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD

### Señor Ministro Fiscal General

Yo I.M.L.P., ciudadana ecuatoriana, en goce de mis derechos de ciudadanía, y sin encontrarme impedida para hacerlo, comparezco ante usted, y amparada en el Art. 42 del vigente Código de Procedimiento Penal, presento la presente denuncia contentiva de un delito de acción penal pública de acuerdo con la clasificación que prevé el Art. 32 párrafo a) del mismo cuerpo legal:

En cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 50 *ibidem*, relato el contenido de la *noticia criminis*, debiendo referirme inicialmente a la *Teoría de la Participación*.

El profesor Eugenio Raúl ZAFFARONI, dice, al referirse a la configuración jurídica de la concurrencia de personas: «como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación (concurrencia o concurso) de personas en el delito*, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad. Cabe precisar que la expresión *participación*, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, *participación* es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas *toma parte en el delito*, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por *participación* el fenómeno por el que una o más personas *toman parte en el delito ajeno*, siendo *participes* sólo los *cómplices* y los *instigadores*, con exclusión de los autores»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735.

Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad. Se consideran autores a quienes cometen el delito de propia mano, como bien dice el profesor Günther JAKOBS, «autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito. El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por sí mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración»<sup>2</sup>. Como expresa el propio JAKOBS, «El Derecho penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo»<sup>3</sup>.

En la dogmática penal se llega a considerar a un partícipe con el mismo nivel de culpabilidad y de responsabilidad que el autor, pues en ocasiones la participación es de tal gravedad que sin su concurso el hecho no se habría producido. En el ordenamiento penal ecuatoriano de acuerdo con el Art. 44 del Código Penal, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido, esto es lo que denominamos *cómplices primarios* o *necesarios*, vale decir que sin ser técnicamente autores se los reputa como tales para efectos de la determinación de la pena; como dice E.R. ZAFFARONI, «quienes hacen el aporte necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los cooperadores necesarios, a quienes se les depara

<sup>2</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 745.

el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesarios»<sup>4</sup>; y, se reserva la calidad de *cómplices secundarios* o *acesorios* a aquellos cuya participación es intrascendente, es decir que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso; la *complicidad secundaria* es aquella a la cual se refiere el Art. 43 del Código Penal ecuatoriano. En el concepto del Prof. JAKOBS, uno de los iconos más importantes del Derecho penal en el siglo 21, «cuantas más personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta *una aportación de la medida de las demás aportaciones*; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe»<sup>5</sup>. Esto es, que el cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de ejecución, se convierte en coautor.

### 1. El delito que denuncio tiene los siguientes antecedentes

En mi condición de ofendida, tengo presentada una denuncia en la Comisaria Cuarta de la Mujer del cantón..., la cual me extendió una boleta de auxilio de fecha... Debido a que mi cónyuge J.U.R. violó las medidas cautelares entrando al domicilio, la Comisaría mediante resolución, envió el expediente a la Fiscalía, en donde el Dr. F.Y.U., ha iniciado una Indagación Previa # 08-06-16109 por desacato y allanamiento, de parte del cónyuge de mi J.U.R. El señor Fiscal, el Fiscal ordenó protección policial para mí y para mis hijos, pues mi conyugue tiene antecedentes de extrema peligrosidad por las agresiones de que he sido víctima, misma de las que existe evidencia.

Como parte de los bienes de la sociedad conyugal se encuentran en el cantón ... de la vecina provincia de ... fui al que es un bien igualmente de mi propiedad en el balneario de .... Sin mi conocimiento, en forma sin duda dolosa, con el premeditado e inequívoco fin de causarme perjuicio, mi conyugue ha presentado el ... una denuncia maliciosa en la Comisaria Primera de Policía de ..., y asumiendo el rol, de víctima ha obtenido una boleta de auxilio en mi contra, con esta boleta se acercó la Comisaría de Policía del Cantón ... y pide

<sup>4</sup> ZAFFARONI, *op. cit.*, pp. 736-737.

<sup>5</sup> JAKOBS, *op. cit.*, p. 751.

medidas cautelares en mi contra indicando en su denuncia que se encuentra viviendo en el departamento de la sociedad conyugal que poseemos en el Balneario de ... Con fecha ... el comisario de policía de Santa Elena, le extiende a J.U.R. una boleta de auxilio, que en mi situación ha servido como un instrumento perverso para privarme de la libertad, en abierto contubernio con un mal servidor del Ministerio Público que funge como Agente Fiscal en la Provincia de Santa Elena, el mismo que responde a los nombres M.S. La presencia de este fiscal constituye un peligro para la seguridad de cualquier ciudadano pues incumpliendo su rol y protagonismo como representante del Ministerio Público, y en abierto desprecio por el derecho a la libertad que es una de las garantías del debido proceso, incluso llegó a la barbaridad jurídica de ordenar a la policía que se me prive de la libertad, como efectivamente aconteció.

El día Sábado ... en horas de la tarde, viajé en compañía de mi hijo S.D.U.P., de trece años de edad a nuestra casa de Ballenita, el guardián nos abrió la puerta de acceso y al llegar a la puerta principal me indica que el señor J.U.R. le había cambiado las cerraduras a las puertas, como esta casa es igualmente de mi propiedad, llamé a un cerrajero para abrir las puertas. Ante esto el guardián llamó por teléfono a mi cónyuge, ante lo cual yo dispuse que se busque el auxilio de la Policía por los antecedentes de continua agresión de que he sido víctima, y temiendo un nuevo menoscabo de mi integridad física y la de mi hijo, creyéndome respaldada por una boleta de auxilio.

Al poco momento llegó al lugar mi conyugue, y procedió a llamar al fiscal M.S., quien por teléfono ordenó a los policías que sea trasladada a la fiscalía. Así privada de la libertad fui llevada en el carro de la policía, y ante el fiscal exhibí la boleta de auxilio a mi favor así como le expresé los antecedentes de lo que estaba ocurriendo, y alegué mi condición de conyugue, y el derecho para estar en dicha propiedad, no obstante lo cual el Agente Fiscal, M.S. expresó que esa boleta no sirve para nada, se «encierra a dialogar» con J.U.R., no me deja hablar y al salir mi cónyuge, me dice: «HE DECIDIDO QUE EL CHOFER NI EL CERRAJERO SE VAYAN PRESOS, PERO TU SI TE VAS PRESA», a lo que el fiscal M.S., dijo así es señora usted queda detenida, ordenando a los policías que me quiten mis pertenencia, incluso el teléfono para que no se pueda comunicar. Se consumó así un atropello producto de la perversidad de mi conyugue, y del proce-

dimiento torpe de una mal Agente Fiscal como es M.S., que ignoró que existe incluso la excusa legal absolutoria prevista en el Art. 588 del Código Penal en el caso de delitos contra la propiedad perpetrados por uno de los cónyuges porque se trata de bienes proindiviso.

Como consta en el parte de la policía, fui trasladada al Centro de Salud para el reconocimiento médico y luego ser trasladada a los calabozos, pero gracias a que presenté crisis de hipertensión no se me trasladó al calabozo. El domingo ..., en conocimiento de la realidad histórica de los hechos, fui puesta en libertad por el Comisario de Santa Elena, aproximadamente a las 12 h OO.

2.- Las personas denunciadas son las que menciono en el párrafo que antecede, y el delito de privación ilegal de la libertad que se cometió en mi perjuicio es el que ha sido relatado. Señor Ministro Fiscal General, no sé con certidumbre si el Agente Fiscal, M.S., que es un peligro para la seguridad de cualquier ciudadano, actuó ilegal y abusivamente, disponiendo mi privación de la libertad, por supina ignorancia, o por incuestionable mala fe, pues no solo opera a mi favor la excusa legal absolutoria del Art. 588 del Código Penal, sino que actuaba en ejercicio legítimo de mis derechos como cónyuge y copropietaria, operando en mi favor igualmente el ejercicio legítimo de un derecho que es una causa de justificación de aceptación universal, y que se encuentra prevista en el Art. 18 del Código Penal. Yo le exhibí toda la documentación de soporte, pero al parecer «había sido convencido», para tratar de legitimar mi privación de la libertad.

El procedimiento del que fui víctima, y que denuncio a usted, es violatorio del derecho a la seguridad jurídica y a las garantías del debido proceso previstas en los artículos 76 Y 77 de la Constitución de la República vigente, que se irradian al Código Penal que en el Art. 2 dice: «Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto...».

Al Código de Procedimiento Penal que en el Art. 2, expresa:

«Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.



La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto...».

De la misma Constitución mencionamos: «**Art. 76.-** Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

2.- Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite y con observancia del trámite propio de cada procedimiento...».

Esto nos lleva a sostener que la constitucionalización de las garantías del debido proceso, y entre ellas la entronización de un *Derecho penal de acto*, se irradian al sistema penal pues tanto la normativa sustantiva como la adjetiva o de procedimiento, expresamente la reconocen.

3.- Tanto la Constitución Política de la República (norma suprema) así como las normas subalternas, código penal y de procedimiento penal, establecen el denominado *Derecho penal de acto* frente a un aberrante *Derecho penal al de autor*, hoy proscrito de cualquier legislación que se precie de ser mediante racional con la vigencia de un Estado de Derecho. El *Derecho penal de acto* previsto en el 76 numeral 3, que dice que «nadie puede ser juzgado por un acto» significa que son relevantes los elementos que surgen del acto, y que nadie puede ser juzgado por sus antecedentes o por un hecho pasado sino por un acto que fuese constitutivo de delito.

Es aberrante el propósito de adecuar una conducta a una hipótesis típica acudiendo a conceptos de *peligrosidad* proscritos en un Estado de Derecho, y más grave, que se prive de la libertad por un acto que *per se* no constituye delito.

**El dolo en general.-** Consiste en actuar con consciencia y voluntad, vale decir que hay un elemento **representativo** y un elemento

**volitivo**, por ello se dice que se actúa dolosamente porque el agente sabe que causa perjuicio y lo hace de manera consciente y deliberada, esto es que irroga el daño a sabiendas. El dolo se pone de manifiesto por el **conocimiento** que el agente tiene en desacuerdo con lo que expresa o dice, y por la **voluntad** de hacer esa manifestación contraria a la verdad a pesar de su conocimiento. Hay la plena consciencia de la inexactitud de lo que se está afirmando y por ello es un delito de privación ilegal de la libertad.

La **intención de causar un perjuicio** existe desde el momento que la afirmación o declaración hecha a sabiendas por el Agente Fiscal es potencialmente capaz de llevar a error o a engaño a un tercero, a un juez o a una autoridad, en este caso el Agente Fiscal Mauricio Suárez, ordenó a la policía que me prive de la libertad, como dice el mismo policía en el parte de la detención.

En este caso, en definitiva se debe sancionar la vulneración de la confianza o credibilidad en los funcionarios y/o personas que son llamadas a prestar auxilio y que desatienden el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de su cargo, no obstante que son requeridos por legítimo interesado. La acción denunciada es sin duda alguna constitutiva de delito, y de allí surge el reproche de culpabilidad.

4.- Reconoceré la presente manifestación de conocimiento en el momento en que así se ordene.

Ejerceré el derecho de petición como legítimo interesado, correspondiéndole a usted disponer el inicio de la correspondiente instrucción fiscal, en contra de los denunciados responsables, Agente Fiscal M.S. y de J.U.R. Esto sin perjuicio de la sanción administrativa de destitución, que debe recaer en contra de un mal representante del Ministerio Público, que aparece como depredador de las garantías ciudadanas que son propias de un Estado de Derecho.

Recibiré notificaciones en la casilla judicial N° ... de la H. Corte Superior de Justicia de Quito.

Del señor Ministro Fiscal General

## DENUNCIA POR MUERTE

**Señor doctor don...**

**Ministro Fiscal Provincial del Guayas y Galápagos**

**E.S.M.**

C.C.A., ciudadano manabita, ingeniero agrónomo de profesión, de tránsito por esta ciudad, en mi calidad de padre del niño C.M.C.V., cuya vida fue truncada por un acto de barbarie y violencia predecible y no impedida, con ocasión del encuentro de de fútbol entre ... y ..., el domingo 16 de septiembre del 2007, comparezco para exponer y solicitar:

1.- En este trance de indescriptible e insuperable dolor por una pérdida irreparable como es la de mi hijo Carlitos, para coadyuvar con una real investigación, he decidido designar como mi asesor y consultor al doctor Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, quien podrá a mi nombre ejercer el derecho de petición previsto en la Constitución Política; y, a representarme como ofendido de acuerdo con el Art. 69 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual tengo derecho a ser informado por el Ministerio Público del estado de la indagación preprocesal y de la instrucción cuando se la dicte.

2.- Su presencia honra y prestigia el Ministerio Público, y concurre ante S.S., ante su decisión pública de que se sancione a los autores materiales e intelectuales al igual que a los dirigentes deportivos, que han actuado con inequívoco *dolo eventual* pues no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo, conforme al Art. 12 del Código Penal vigente. El resultado producido e irreversible era inequívocamente previsible de parte de los organizadores del evento, pues se trataba de una concentra-

ción de más de 50 mil ciudadanos que se encontraban ante un riesgo inminente, ya que en forma premeditada y previa se había autorizado el ingreso de material explosivo y de verdaderas armas como la que fue disparada, y con cuyo disparo se truncaron los sueños de adolescente de mi hijo ...

3.- El Ecuador se proclama como Estado constitucional de derechos y justicia (Constitución Política), siendo el más alto deber del Estado respetar los derechos humanos garantizados en la Constitución (Art. 11 n. 9), debe respetarse la preeminencia de las garantías constitucionales, y es preciso recordar que el Estado ecuatoriano y sus instituciones deben responder por los perjuicios que se irroguen a los ciudadanos, por actos como los que usted conoce (Art. 11 n. 9).

No obstante lo dicho, el domingo 16 de septiembre del ... en que mi hijo fue víctima de la violencia en un escenario deportivo, se hicieron tabla rasa de obligaciones y garantías constitucionales como las que consigna *in extenso* el Art. 76 de la Constitución Política en que se prevé la inviolabilidad de la vida (Art. 66 n. 1), la obligación del Estado de adoptar medidas para prevenir, eliminar y sancionar, en especial la violencia contra los niños y adolescentes (Art. 46 n. 4), la obligación del Estado de aplicar el principio del interés superior de los niños (Art. 44), así como la garantía para niños y adolescentes, de adoptar por parte del Estado las medidas que aseguren la prevención y atención contra la violencia.

4.- Diario Expreso había denunciado el día domingo 16 de septiembre del ..., en que se producen los hechos, el ingreso de un verdadero arsenal explosivo al Estadio de ... en acto de presumible connivencia entre dirigentes del Barcelona y/o administradores del Estadio. El riesgo de una catástrofe que pudo terminar en un verdadero holocausto era ciertamente previsible y sus resultados fueron asumidos con *dolo eventual* por los responsables del ingreso previo de material explosivo (eso si constitutivo de terrorismo).

Diario *El Universo*, dice en un titular del 18 de septiembre del ... **Nadie asume culpas tras homicidio en el estadio**, para expresar luego «La Policía Nacional, la Federación Ecuatoriana de Fútbol y la Asociación de Fútbol del Guayas deslindaron ayer responsabilidades en la falta de control durante el Clásico ... que ocasionó la muerte de un menor de edad, al estallarle una bengala en el pecho.

El jefe del Comando Guayas N° 2, ... enfatizó que el operativo de control no falló y responsabilizó a la ... y a ... de no haber cumplido con las recomendaciones de instalar cámaras de vigilancia, que les hubiera ayudado a identificar al causante de la muerte de ...

El vicepresidente de la FEF, ..., señaló que ellos no tienen «nada que ver con la organización de los partidos de fútbol, ya que eso es competencia de los clubes».

El jefe de la comisión de seguridad de Asoguyas, ... sostuvo que todo artefacto explosivo es ingresado días antes de los partidos, por lo que exhortó más control en los próximos encuentros por parte de la Policía Nacional.

El ministro de Gobierno, ... indicó que ya estaba identificado el causante de lanzar la bengala y que en las próximas horas se iba a detenerlo».

Quien lanzó la bengala ya está identificado, anunció ayer el Ministro de Gobierno, ...» Esperamos su detención en las próximas horas», dijo.

Sin duda me preocupa que en esta suerte de «lavamanos» se pretenda luego decir que nadie es responsable de la muerte de ... y que la misma se produjo por un hecho enteramente fortuito o accidental. La fuerza pública es obediente y no deliberante señor Ministro Fiscal, y cumple las órdenes o consignas que recibe en el ámbito de su labor de prevención y disuasión, correspondiéndole actuar en el día y horas previas a un evento; pero no antes, que es cuando se hace el ingreso clandestino del material explosivo autorizado por los dirigentes.

Hoy se pretende legitimar un proceso de violencia institucionalizada en los escenarios deportivos, alimentada por las denominadas «barras bravas» que reciben la autorización para el ingreso de explosivos y las correspondientes entradas o boletos. Cito sobre lo dicho dos antecedentes graves: **a.-** La agresión que sufrieron futbolistas por parte de una turba de delincuentes que decían ser simpatizantes de la ... de Quito. **b.-** La destrucción parcial de las instalaciones del Estadio de Emelec por una pandilla de impunes depredadores de la propiedad privada, en un acto previsto como forma modal de sabotaje y terrorismo en el Art. 160 numeral 2 del Código Penal.

**Comentario.-** En el presente caso el mismo Jefe de seguridad de Asoguayas, ... según la versión *El Universo*, reconoce el ingreso de *artefactos explosivos* días antes de los partidos (sic). Esto nos permite afirmar que la muerte de mi hijo es consecuencia necesaria de una verdadera confabulación a propósito de un encuentro deportivo, en que se produjo un hecho gravísimo porque los organizadores del evento y responsables del Estadio asumieron consciente y voluntariamente, todos los riesgos que eran fácilmente previsibles. La asunción de tales *roles* los hace caer en el campo de la responsabilidad penal, de acuerdo con los postulados de la moderna *Teoría de la Imputación Penal Objetiva*, de autoría del preclaro jurista alemán, profesor don Günther JAKOBS<sup>1</sup>.

Para tratar de legitimar lo ilegítimo, la Asociación Ecuatoriana de Fútbol ha impuesto una sentencia pírrica de inhabilitación temporal del Estadio de ... seguramente para sostener posteriormente que «nadie puede ser juzgado más de una vez por las mismas causas».

5.- En referencia a la responsabilidad por la muerte de ... expreso a usted lo que sigue:

En los delitos de resultado material apreciable en el mundo exterior, el dolo abarca la **previsión del resultado**, pero como es una previsión hacia el futuro basta que se la tenga como probable o únicamente como posible. Para que se tenga como probable o al menos como posible, un resultado debe representarse en la esfera cognoscitiva del autor esa posibilidad, si es que no se presenta la seguridad del resultado. Debe haber la previsión de las circunstancias de hecho futuras y muy especialmente del resultado que pertenece al tipo legal. Como dice Edmundo MEZGER, «Se entienden por tales las circunstancias que dependen de la voluntad del autor y que, por lo tanto son causadas por él. El que actúa dolosamente debe prever la producción de las mismas. Así, debe prever que su disparo matará al rival, que la acción de adueñarse de una cosa ajena privará a la víctima de la custodia de la misma, que causará escándalo»<sup>2</sup>.

Para el dolo se requiere intelectualmente la previsión del curso causal, o el conocimiento de la cadena causal o del nexo de causalidad,

<sup>1</sup> Günther JAKOBS, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid 1997, p. 1113.

<sup>2</sup> MEZGER, Edmundo, *Derecho penal. Parte General*, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires, 1958.

esto es, se debe saber que puesta una condición debe seguir a ésta un efecto. Hay una previsión de la serie causal que conduce al resultado (Cf. MEZGER). Nosotros aceptamos como elemento integrante del dolo (elemento intelectual) el conocimiento o la previsión de la cadena causal, porque entre la acción y el resultado hay un ligamen o vinculación que se constituye por la relación de causalidad, ésta forma parte del tipo penal en su faz objetiva que es abarcada en su conocimiento por el dolo.

Convenimos en las palabras acertadas de MEZGER<sup>3</sup> de que no es preciso que haya una coincidencia matemática entre el curso causal representado y el curso causal real, porque se dan pequeñas desviaciones que son irrelevantes. Si el acontecer externo es producto de una voluntad finalista el hecho debe estar sometido al dominio de la voluntad, de manera que si el resultado es consecuencia causal de situaciones imprevistas, ya no hay un actuar doloso. Una dirección del curso causal exhaustiva y detallada no es posible para el hombre, lo que interesa es que el curso del acontecer haya sido previsto y querido, por lo menos en sus rasgos esenciales por el autor y haya estado sometido a su dirección.

Existe una división tripartita del dolo, de suerte que el dolo es **directo**, de **consecuencias necesarias y eventual**. Se lo nomina al dolo directo, también como directo de primer grado, dolo inmediato, o dolo intención; al dolo de consecuencias necesarias, se lo llama también dolo directo de segundo grado, dolo mediato; y al dolo eventual se lo designa como dolo condicionado o de probabilidades.

En el *dolo eventual* llamado por WELZEL condicionado, el sujeto conoce los elementos objetivos del tipo y acepta -como forma de querer- la realización del tipo que se le presenta al autor como probable o como posible. En criterio de otro profesor alemán, JESCHECK<sup>4</sup>, el actuar con *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.

<sup>3</sup> WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.

<sup>4</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*, Vol. 1, Bosh, 1981.

Hay la conciencia de un peligro concreto de realización del tipo y el sujeto aprecia 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. Para el profesor últimamente citado, 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. Si falta la representación 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, no del dolo eventual.

6.- En Ecuador es indiferente la clase de dolo con que hubiese actuado el sujeto que mató a Carlitos pues se trata de un homicidio intencional o voluntario, del que debe presumirse que actuó en forma consciente y voluntaria al tenor de lo que dispone el Art. 33 del Código Penal que consagra la *presunción del dolo*. Para producir la muerte de utilizó un artefacto que responde al concepto de arma según nuestro código penal, en que se considera como tal a cualquier instrumento contundente que se utilice para matar, herir o golpear (Art. 602 del Código Penal); y, con tal artefacto se disparó un proyectil en contra de un sector de las suites, que impactó a mi hijo.

Debe reputarse como **autor material**, al autor del disparo; y, como **coautores de comisión por omisión** a quienes en calidad de dirigentes y de custodios del Estadio de ... teniendo la obligación jurídica de impedirlo e incumpliendo su *rol de garantes*, se confabularon para el ingreso de material explosivo al Estado de Barcelona, el día o días anteriores al domingo ...

Reitero lo expresado de que, **no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasio-**

**narlo.** En consecuencia deben ser sancionados todos los responsables como corresponde, para que **NUNCA MÁS HAYA OTRO C.C. ASESINADO EN LOS ESTADIOS ECUATORIANOS.**

Hago reserva del derecho que me asiste a reclamar por el *daño moral* irrogado en mi contra y en contra de la familia de C.M.C.V., víctima inocente de una *crónica de muerte anticipada* por los sucesos de violencia institucionalizada en diferentes escenarios deportivos, en los que viene primando de parte de los responsables de la organización de determinados eventos, el afán primario de lucro económico a cualquier costo.

#### **Señalamiento de casilla judicial y de defensor**

Para notificaciones, señalo la casilla judicial N° 1010 de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, facultando al doctor ... para que a mi nombre y ruego, actúe en mi patrocinio.

Atentamente,

Dr...

Mat...

## CONSULTA PROFESIONAL

**Guayaquil, 16 de abril de 2009**

**Sr. Gerente de ...**

**De mis consideraciones**

**E.S.M.**

Le agradezco la confianza traducida en el requerimiento profesional que a nombre de su representada ha tenido a bien formularme, con respecto del que les expreso:

1.- Les atendí la consulta profesional interactiva que cumplimos, recibiendo oral y luego documentadamente la información objetiva sobre el tema consultado.

2.- He estudiado las diversas incidencias presentadas, que tienen que ver con la falta o morosidad en el pago de la contratante, la arrogación de atribuciones de algunos funcionarios; y, actos de ejercicio abusivo del cargo, mediante la emisión de un informe que aparece como fraudulento y alejado de la verdad.

Debo expresar desde ya la responsabilidad del Estado ecuatoriano frente a ustedes de acuerdo con el Art. 11 N. 9, de la Constitución Política del 2008, que consagra que las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos.

Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados, que por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan cau-

sados los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes (sic).

3.- Completo con el presente informe o dictamen forense, el análisis de la situación presentada y el planteamiento de una adecuada defensa en torno a la misma.

### Antecedentes

Tomo como tales:

Contrato: Diseño y Construcción de la Nueva Línea Submarina de 20 "de Refinería La Libertad» PETROINDUSTRIAL, Contrato N° 2003080

Fecha Firma: 30 de diciembre del 2003.

Monto: US \$21'962.488,72 incluido el IVA

Plazo: 420 días calendario contados a partir del 12 de enero de 2004, fecha de entrega del anticipo.  
US\$ 3,800.000,00 = 19% monto contractual.

Anticipo: Estado del Contrato: Vigente, se han dictaminado prorrogas por atrasos en permisos y suspensiones de operaciones marítimas decretadas por la DIGMER y por la aplicación de un acta transaccional aprobada por la Procuraduría General del Estado, para el pago de obras y servicios adicionales al contrato donde se reconocen los plazos requeridos para la ejecución de las mismas. Esta pendiente la aplicación de una segunda acta transaccional para permitir el pago de reajuste de precios por aumento de precios del acero dentro del contrato que ya cuenta con el visto bueno de la Procuraduría General del Estado.

Avance a

la Fecha: 97%

### 1. Situación actual respecto a Informe de Oleoducto

El Presidente de..., Sr..., a fin de informarse sobre las cuales son las actividades pendientes de ejecución en el contrato N° 2003080 emite el Memorando N° 062-PEP-2007 y solicita a OLEODUCTO el envío de una comisión que le informe lo que esté pendiente de ejecución en esta obra.

El Gerente de Oleoducto emite Memorando 107-OTB-OTE-2007 y dispone la inspección dispuesta por el Presidente de Petroecuador.

El Superintendente del Terminal de Balao por su parte nombra una comisión conformada por los siguientes funcionarios: ... buzo profesional ... y Tec. ..., para que se movilicen a La Libertad y realicen la inspección ordenada.

El día martes 27 de febrero de arriba a la refinería de La Libertad, de Petroindustrial, la comisión compuesta como se detalla en el informe que la misma emite.

Como expresamente lo indica su mismo informe, la comisión dispone de poco tiempo, y por lo tanto realiza una inspección visual y revisa algunos documentos que considera pertinentes y recoge «referencias verbales».

En base a sus apreciaciones, emite un informe de inspección que señala una serie de imprecisiones, juicios de valor negativos, y descalifica a la empresa ... y a sus proveedores, señalando que «para la Comisión, el sistema off-shore instalado no es el apropiado ni conveniente para los intereses de Petroecuador».

Habría que tomar en cuenta si los miembros de la comisión tienen experiencia en diseño y construcción de terminales marítimos, o únicamente en la operación de los mismos.

Sobre la base del informe de esta comisión el Subgerente de Operaciones, ... de Petroindustrial, emite el Memorando N° 266-PIN-SOP-2007 donde se indica que de acuerdo a sumilla del Presidente de Petroecuador en el Memorando N° 029-G-OTE-2007 del 14 de marzo del ... se debe analizar el informe de la comisión para «definir con OXXO el ajuste a la obra en la parte técnica», solicitando al Subgerente de Proyectos que «emita el criterio y recomiende los ajustes que deben hacerse a la obra en la parte técnica». **Objetivamente aparece que este funcionario** se ha arrogado atribuciones que no tiene, actuando incluso por fuera del contrato, al disponer que se realicen ajustes técnicos dentro de la obra sin sustento jurídico real, y tomando como referencia un informe que contractualmente no tiene ningún valor vinculante.

Por la información recabada, se conoce que de acuerdo a los reglamentos de Petroecuador, el fiscalizador es el funcionario llamado a emitir criterios técnicos respecto del contrato, así como el vicepresi-

dente de Petroindustrial es contractualmente el administrador de este contrato. Corresponde en consecuencia a estos dos funcionarios el determinar acciones e informes técnicos.

Objetivamente aparece que ha existido arrogación de funciones por parte de la comisión y del subgerente de operaciones al extralimitarse en sus funciones y alcances, contraviniendo lo que dispone la Constitución, que señala que los funcionarios solo pueden hacer lo dispuesto en la ley.

Hay que tomar en consideración que la comisión al emitir una información falsa y evidentemente dolosa incurre en la comisión concurrente de los delitos de falso testimonio, de falsedad documental en instrumento privado, y de prevaricato, sin olvidarnos del daño moral a la contratista.

**En mi opinión y criterio hay como proceder penalmente de acuerdo con lo expuesto como *antecedentes*, expresando:**

**Apreciación doctrinaria de la falsedad.**- Los delitos materia del presente dictamen forense, son de aquellos que lesionan la denominada «fe pública», esto es la confianza depositada en el funcionario o servidor público o la que se tiene en el propio documento. En los casos más graves 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».

Los casos menos graves son los de falsedad en un documento privado como es el de un informe como el elaborado por la comisión. El Art. 340 *ibidem*. Dice: «**Falsificación de instrumentos privados.**- El que por cualquiera de los medios indicados en el artículo precedente, cometiere falsedad en instrumentos privados, a excepción de los cheques, será reprimido con dos a cinco años de prisión».

El Art. 341 *ibidem*, 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 ideológica o 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 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. 339 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». El Prof. argentino Sebastián SOLER en su obra 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»<sup>1</sup>.

**El bien jurídico protegido.-** De los relatados, el más grave es el **delito contra la fe pública**, estando representada la **fe pública** por la confianza y credibilidad que es el bien jurídico protegido. Igualmente se pretende sancionar el fraude público o privado.

El manejo correcto de la cosa pública se lesiona y quebranta cuando de manera perversa en casos como el presente, se trata de llevar a error o a engaño al contratante. El testimonio falso se encamina mediante el atajo del error, a desviar el correcto accionar de las instituciones del Estado y en otros momento de la propia justicia.

Es obvio que se castigue el fraude que se comete con el acto de la falsedad documental, pues mediante este mecanismo defraudatorio que es el **faltamiento de la verdad a sabiendas** efectuado dolosamente, se pretende modificar o alterar la verdad legal o formal en un proceso de contratación pública, a fin de causar daño o perjuicio a otro o a la propia causa pública.

**La fe pública.-** Es apreciada como la confianza pública o colectiva que se tiene en las actuaciones tanto de particulares como de funcionarios públicos, pues se menoscaba incluso la autenticidad de los instrumentos, y el contenido declarativo de los mismos, que se traduce en la fuerza probatoria de objetos, documentos y actuaciones públicas y privadas. Constituye delito entonces la alteración fraudulenta y substancial que se comete, vulnerando la fe o confianza pública.

**El dolo en general.-** Consiste en actuar con conciencia y voluntad, vale decir que hay un elemento **representativo** y un elemento **volitivo**, por ello se dice que se actúa dolosamente porque el agente sabe que miente y lo hace de manera consciente y deliberada, esto es que falta a la verdad a sabiendas.

En el caso presente el **elemento material** del delito de falsedad instrumental y conexo, se ha puesto de manifiesto porque los miembros de la comisión han faltado a la verdad a sabiendas, al afirmar hechos

<sup>1</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo V, Editorial Tipográfica, Buenos Aires, 1970, pp. 349 y ss.

falsos en el contenido del informe. El dolo se pone de manifiesto por el **conocimiento** que el agente tiene en desacuerdo con lo que expresa o dice, y por la **voluntad** de hacer esa manifestación contraria a la verdad a pesar de su conocimiento. Hay la plena conciencia de la inexactitud de lo que se está afirmando y por ello es un delito de **falsedad**.

La **intención de causar un perjuicio** existe desde el momento que la afirmación o declaración falsa a sabiendas puede influir de alguna manera en la decisión de la causa, esto es cuando es potencialmente capaz de llevar a error o a engaño al contratante o a la autoridad aunque tal hecho en realidad no ocurra, porque se trata de delitos de resultado formal o de mera actividad. En definitiva se sanciona la vulneración de la confianza o credibilidad en los funcionarios y/o personas que son llamadas a declarar, o que suscriben documentos con la intención fraudulenta de faltar a la verdad.

La acción cuestionada consiste en afirmar una falsedad, vale decir en mentir aseverando algo que no es cierto o en callar en todo o en parte la verdad que se conoce, por ello hemos venido diciendo que con la falsa declaración se comete un engaño en contra de la fe pública y de allí surge el reproche de culpabilidad.

No debe escapar al buen criterio y saber, que existe un concurso ideal de infracciones penales como está reseñado, pues los miembros de la comisión de manera fraudulenta y dolosa, han adecuado su conducta al **delito de falsedad en instrumento privado y de falso testimonio**.

#### **La eventual comisión del delito de Prevaricato**

Existe la opinión errada y propia de legos, de que solamente los jueces pueden incurrir en el delito de Prevaricato, que es el actuar o resolver en contra de ley expresa. Es verdad que esa es una de las formas modales pero no la única, pues pueden incurrir en prevaricato los funcionarios públicos y cualquier servidor público, que por ejemplo, requerido por legítimo interesado, actúe en contra de la ley y en perjuicio de la causa pública, por afecto, desafecto o por cualquier otro interés doloso.

Me refiero en concreto a una de las hipótesis típicas previstas en el Código Penal vigente, a la misma que se adecua la conducta examinada:

## Capítulo VI

### Del Prevaricato

**Art. 277.-** Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión:

... **4º- Los empleados públicos de cualquier clase que, ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto o 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 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;**

**Sugerencia.-** Opino que es importante requerir a la contratante, para que cumpla con el contrato en la forma prevista en el mismo, pues está obligada legalmente a prestar la cooperación que dependa de sus facultades a petición expresa del legítimo interesado que son ustedes. El derecho de petición es uno de los derechos civiles previsto en la Constitución vigente (Art. 66 n. 23).

Esto abre la posibilidad de que se pueda sostener legítimamente la comisión concurrente de algunos delitos de ejercicio público de la acción penal, los que ameritarían procesos penales por separado. De conformidad con el Art. 21 del Código de Procedimiento Penal, reformado el 13 de enero del 2003, al tratarse de delitos conexos (o relacionados) aunque fuesen cometidos por la misma persona, debe iniciarse un proceso penal por cada una de las infracciones.

### Conclusión

Queda cumplida la consulta formulada con el presente informe o dictamen forense, mismo que puede ser utilizado por ustedes de la forma que mejor convenga a los intereses legítimos de su representada.

Atentamente,

Dr.

Mat.

## CONSULTA EN DELITO DE PREVARICATO EN CASACIÓN

### Apreciación doctrinaria y jurisprudencial del delito de prevaricato

El delito de prevaricato que se le imputa a la acusada, 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 o 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 o 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 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 PREVARICACION 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 coautor el acto constitutivo de los mismos. Por Juez o Magistrado debe entenderse aquella persona que ejercita la actividad jurisdiccional»<sup>1</sup>.

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*»<sup>2</sup>. 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

<sup>1</sup> Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco, en *Derecho penal. Parte Especial*, 15ª ed., Tiran lo Blanch, Valencia, 2004, p. 921.

<sup>2</sup> *Op. cit.*, p. 923.

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 (cf. 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 el Código Penal ecuatoriano se requiere otro elemento *subjetivo* del tipo penal, que es **el obrar por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación**. En el presente caso no aparecen configurados ni los elementos objetivos ni los elementos subjetivos del tipo penal que constituyen el delito de prevaricato, objeto jurídico de este proceso penal. Debemos insistir en que la exigencia de que la resolución se dicte «a sabiendas de su injusticia», limita la posible exigencia de responsabilidades penales por este delito a los comportamientos más graves y patentes, quedando por fuera del prevaricato las resoluciones que aunque aparezcan objetivamente injustas, han sido adoptadas por negligencia, imprudencia, error o ignorancia, que por ser tales pueden dar lugar a sanciones de tipo disciplinario e incluso civiles<sup>3</sup>. No se puede llegar a aceptar como legítima la hipótesis de que por cada providencia, auto inicial, auto de inhibición, auto resolutorio de sobreseimiento o de llamamiento a juicio, de nulidad, sentencia absolutoria o condenatoria, etc., la parte que se sienta afectada con la decisión judicial, busque el atajo de un juicio penal en contra del juzgador, bajo la forma modal del prevaricato.

Agregamos por nuestra parte, que cuando un Juez resuelve actúa en ejercicio de sus facultades discrecionales como Juez y en cumplimiento de las obligaciones propias o inherentes al ejercicio del cargo. Tan cierto es lo expresado que ante la posibilidad de un error judicial los Tribunales de Alzada o los órganos jurisdiccionales superiores, pueden rectificar tales errores. Como ocurre en más de una oca-

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 978.

sión, los superiores no están obligados a compartir el criterio judicial del juzgador del primer nivel y pueden emitir un pronunciamiento en contrario. Esta es la forma como se construye la *Jurisprudencia* sin que a nadie se le ocurra demandar un juicio penal por *prevaricato*, porque la decisión judicial no le satisface.

Don Francesco CARNELUTTI decía con acierto, «en el fondo, el oficio del Juez no es más que pensar. Desde hace algún tiempo me es entrañable la idea de la unidad fundamental del Derecho y del pensamiento. Esta es la razón en virtud de la cual, a fuerza de pensar acerca del Derecho, se acaba por pensar acerca del pensamiento»<sup>4</sup>. Esta cita tiene *sindéresis* con la facultad que tiene el Juez para resolver de acuerdo con la apreciación de los elementos de convicción, o de prueba cuando fuese del caso. Cuando el Juez decide se objetiva la competencia como capacidad jurídica para resolver sobre un asunto que es puesto en su conocimiento. Irrelevante de si tal decisión afecta o no a terceros, esa es una consecuencia lógica del principio de la *oficialidad* del proceso penal por delito pesquisable de oficio, que impone su *obligatoriedad*. Mal podría estar supeditado el Juez a la conveniencia u oportunidad para resolver un proceso penal.

Cuando un Juez resuelve, se materializa el poder jurídico del Juez para formular un juicio de valor, que es una presunción judicial sobre la pertinencia del ejercicio de la acción penal o de la continuación de una causa. Ese es un proceso de interpretación judicial y de formación lógico-jurídica, que tiene lugar mediante un acto legítimo, como es el autoresolutorio por el cual se declara con lugar el inicio de la etapa del juicio en un proceso penal, de acuerdo con el criterio del Juez penal, que no está vinculado al dictamen del Ministerio Público. Tan cierto es lo aseverado que el Juez penal podría incluso dictar auto resolutorio de sobreseimiento, aunque hubiese un dictamen acusatorio del Ministerio Público, sin que por tal pronunciamiento pudiese afirmarse *per se*, que se ha cometido el delito de prevaricato.

En definitiva es el Juez quien resuelve, no el Fiscal. La tarea del Juez Penal por su competencia es compleja y generalmente no permite soluciones salomónicas que contenten a ofensores y ofendidos. Cuando se inicia un proceso penal se está cumpliendo con la garantía

<sup>4</sup> Cfr. CARNELUTTI, Francesco, en *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, p. 301.

constitucional que se refiere a la legalidad del juicio o a la garantía del debido proceso. Aquí surge en su gran dimensión la necesidad de que se cumpla con los presupuestos que tornan legítimo el proceso penal mediante la adecuación objetiva del acto imputado al tipo penal. Esa apreciación queda librada al buen criterio del Juez que trata de encontrar un ensamblamiento armónico entre lo que llega a su conocimiento y lo que está tipificado en la ley.

El Prof. Rafael FONTECILLA RIQUELME nos ilustra al respecto, destacando la importancia de la tipicidad en el proceso penal, entre otras razones, «porque es condición de inexistencia del proceso penal. Porque a los jueces les está vedado iniciar un proceso si no están en presencia de un posible tipo»<sup>5</sup>. Si se analiza con ponderación y serenidad la facultad discrecional del Juez para garantizar la validez del debido proceso y la prevención de tener que responder civil y/o penalmente cuando dicta en forma indebida una resolución, hay que entender que lo que se pretende es evitar el abuso del Juez mediante enjuiciamientos penales indebidos o improcedentes, resueltos en forma dolosa o malintencionada.

Es importante que se destaque que en la actuación del Juez, cuando dicta una providencia o un auto resolutorio hay una **presunción de corrección**, esto es que se debe presumir lógica y razonablemente que el Juez está actuando correctamente, de lo contrario se daría paso al caos y a la arbitrariedad en la administración de Justicia, con permanentes y continuos reclamos por parte de quienes se consideren afectados con la resolución del Juez. Nos permitimos recordar y transcribir la parte pertinente de fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia, que al resolver acusaciones o imputaciones por prevaricato, las ha desestimado: GJ Serie 9, N° 10 (p. 1061): «Dos son los elementos que deben encontrarse en el hecho imputado para que exista según este inciso el prevaricato; fallo contra ley expresa; y que se dicte por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación. No basta pues que el Juez dicte una providencia errónea, aunque lo haga por uno de los motivos a que se refiere la primera parte del inciso. Es menester ante todo que el fallo infrinja ley expresa, o sea que no admita dudas ni interpretaciones. Si las permite la ley, si no es

<sup>5</sup> Cfr. FONTECILLA RIQUELME, Rafael, en *Derecho Procesal Penal*, tomo I, pp. 140 y ss.

terminante en sus requisitos, es absurdo jurídicamente hablar de prevaricato». GJ Serie 11, N° 12 (p. 1828): «La necesidad del enjuiciamiento y de la correspondiente resolución que permita la imputación de un delito y las consecuencias que de ella provienen, se advierten también en el caso que se examina, porque no bastaba que el Juez hubiera fallado contra ley expresa, a lo cual se concreta la acusación, para que el delito de prevaricato quedase confirmado, sino que era necesario también que se probase que al realizar este acto procedió por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación o en perjuicio de la causa pública o de un particular, como prescribe el Art. 277 numeral 1° del Código Penal».

Uno de los elementos estructurales del delito es la **antijuridicidad**, esto es el juicio de disvalor objetivo que se formula en contra de una conducta adecuadamente típica, en el caso en estudio, la juez penal ha actuado como tal en ejercicio de las facultades discrecionales y de interpretación judicial que le permite la ley, y ha obrado en ejercicio legítimo de un derecho, todo lo cual impide un reproche de ilicitud en sus actuaciones; pues, el ejercicio legítimo del cargo y el cumplimiento de sus obligaciones jamás pueden ser fuente de desaprobación.

### Apreciación doctrinaria de la casación

La casación doctrinariamente es considerada como aquella «función jurisdiccional, confiada al más alto tribunal judicial, para anular, o anular y revisar, mediante el recurso, las sentencias definitivas de los tribunales de mérito que contengan una errónea interpretación de la ley»<sup>6</sup>. Su alcance, fundamento y fines, se contraen en el sistema procesal penal ecuatoriano, a examinar si en la sentencia se ha o no producido violación de la ley, ya por contravenir a su texto, en el evento de una falsa aplicación de la misma, o en el caso de una interpretación errónea.

El Art. 349 del Código de Procedimiento Penal vigente dice, «El recurso de casación será procedente para ante la Corte Suprema cuando en la sentencia se hubiera violado la Ley, ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya en fin, por haberla interpretado erróneamente». Se reconocen como fines esenciales a la casación, *la defensa del derecho* objeti-

<sup>6</sup> SARTORIO, José, en *La casación argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 22.

vo, buscándose con ello el imperio de la seguridad jurídica, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la *unificación de la jurisprudencia*, que busca además la confluencia del interés privado con el interés social o público<sup>7</sup>.

Siguiendo los planteamientos del profesor Fernando DE LA RUA, «El recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación»<sup>8</sup>, consignamos que la Casación es una institución establecida con el fin de garantizar la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución Política en el Art. 23 numeral 27; para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también para hacer efectivo el mantenimiento del orden jurídico penal, con una más uniforme aplicación de la ley sustantiva. Es sin duda un medio de impugnación por medio del cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, la parte afectada reclama la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva y adjetiva.

Para el profesor Jorge CLARIÁ OLMEDO, «se trata de una apelación devolutiva, limitada en su fundamentación a motivos de derecho. Estos motivos pueden ser tanto de juicio como de actividad: *in iudicando* como *in procedendo*. De aquí que quedan excluidas todas las cuestiones de hecho sobre el mérito –el *in iudicando in Factum*–, en cuanto a su fijación y a la apreciación de la prueba»<sup>9</sup>. Vale decir que los motivos pueden ser clasificados como vicios de actividad o vicios de juicio, o *errores in procedendo* y *errores in iudicando*.

En la sentencia la actividad valorativa, volitiva y crítica que realiza el juez se cumple con un juicio lógico, pero el error en que incurra puede traducirse en un *vicio in procedendo* en la motivación de la sentencia, o en un *vicio in iudicando* cuando no obstante la corrección formal del fallo existe error en la decisión de fondo del asunto. En

<sup>7</sup> VESCOVI, Enrique, en *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 237-238.

<sup>8</sup> DE LA RUA, Fernando, en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, tomo I, Córdova, 1994, p. 261.

<sup>9</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge, en «Casación penal», en *Enciclopedia jurídica Omeba*, tomo II, pp. 806 y ss.

ambas situaciones la ley se interpreta para aplicarla: la *ley sustantiva* para aplicarla *in iudicando*, al juzgar; la *ley procesal* para aplicarla *in procedendo*, sobre el proceder. Para Pedro J. BERTOLINO, el *vicio in iudicando* es el que recae sobre el fondo (contenido) y consiste normalmente en una violación a la ley desaplicándola o aplicándola erróneamente<sup>10</sup>, en cambio el *vicio in procedendo* es la desviación de los medios que señala el derecho procesal para la dilucidación del proceso; son las irregularidades que afectan a los diversos actos procesales<sup>11</sup>.

En el caso en consulta de un análisis exhaustivo de la sentencia, surge de manera incuestionable que el Tribunal Penal de origen ha violado la ley en sentencia, por haber realizado una falsa aplicación de la ley adjetiva, al adecuar incorrectamente por ausencia de pruebas, la conducta de la acusada en la hipótesis típica del delito de Prevaricato prevista en los Arts. 277 y 278 del Código Penal. La sala debe considerar que no existe prueba válida y debidamente practicada tanto de la materialidad del delito, como de la responsabilidad y culpabilidad de la acusada, pues la misma no ha sido producida cumpliendo los principios propios del modelo acusatorio, esto es de manera oral y pública, ejerciendo las partes el derecho al contradictorio, y respetando los principios de la continuidad o concentración, así como cumpliendo con el principio de la inmediación de la prueba con el juez de la sentencia.

Concluyo expresando, que como la materialidad del delito así como la culpabilidad de la acusada, no se encuentran debidamente probadas, y como en este caso, se aprecia violación de la ley en la sentencia condenatoria expedida –por cuanto el Tribunal Penal ha hecho una equivocada e incorrecta adecuación típica de la conducta sancionable– se debe corregir el *error in iudicando*, y de conformidad con el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal vigente, debe aceptarse el recurso de casación interpuesto, declararlo procedente y revocar la sentencia condenatoria.

<sup>10</sup> BERTOLINO, Pedro J., en *Compendio de la Casación penal nacional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 12-13.

<sup>11</sup> Cf. VESCOVI, *Los recursos...*, p. 37.

## INFORME JURÍDICO POR CONSULTA

**Estimado**

**Sr. M.E.S.C. y**

**Sra. A.R.F. Ch de C.**

**De mis consideraciones**

**E.S.M.**

Les agradezco la confianza traducida en el requerimiento profesional que ustedes han tenido a bien formularme, con respecto del que les expreso:

1.- Les atendí la consulta profesional interactiva que cumplimos en dos días de trabajo, recibiendo oralmente la responsable y objetiva opinión sobre el tema propuesto.

2.- He estudiado las diversas incidencias presentadas, que tienen que ver con la aceptación de una inconstitucional *prueba ilícita*; de un improcedente e inmotivado proceso penal en que se ha dictado incluso la prisión preventiva de ustedes; y, de la posibilidad de que se acepte al trámite una acusación particular que no reúne los requisitos previstos en la normativa procesal penal.

3.- Completo con el presente informe forense, el análisis de la situación presentada y el planteamiento de una adecuada defensa en torno a la misma.

3.1. La indagación previa y el proceso, se iniciaron por grabaciones de audio que de *mutuo proprio* hizo el ciudadano H.B.C. sin contar con la autorización escrita de un juez penal dirigida a un fiscal para que las realice. En Ecuador, la inadmisibilidad o ineficacia, es la única respuesta constitucional y procesal posible, pues el Art. 76 numeral 4 de la Constitución se infiere que, *las pruebas*

obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna. El Art. 80 del CPP, expresa, «**Ineficacia probatoria.**- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías».

Este criterio de ineficacia se extiende, por ejemplo, a los peritajes que se hubiesen efectuado sobre las grabaciones de audio y de video obtenidas ilícitamente, esto es sin cumplir el mandato del Art. 155, que dice, «**Intercepción y grabaciones.**- El juez puede autorizar por escrito al fiscal para que intercepte y registre conversaciones telefónicas o de otro tipo, cuando lo considere indispensable para la comisión de un delito, o para comprobar la existencia de uno ya cometido, o la responsabilidad de los partícipes.

La cinta grabada deberá ser conserva por el fiscal, con la transcripción suscrita por la persona que la escribió.

Las personas encargadas de interceptar grabar y transcribir la comunicación tienen la obligación de guardar secreto sobre su contenido, salvo cuando se las llame a declarar en juicio».

Mientras que el Art. 83 del nuevo Código de Procedimiento Penal indica: '**Legalidad de la prueba.** La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de éste Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito'.

Se ha actuado a base de la llamada **prueba ilícita** como la que ha servido de objeto de este proceso penal, porque se ha vulnerado el **principio de exclusión absoluta** previsto en el Art. 76 n. 4 de la Constitución Política del Ecuador, con inobservancia de lo señalado en el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal que dispone que solamente un juez penal puede conceder por escrito, autorización previa a un fiscal para que haga grabaciones de audio y/o de video, y esto no se cumplió preprocesalmente, pues las grabaciones las hizo un ciudadano particular. LAS MISMAS CARE-

CEN DE EFICACIA PROBATORIA ALGUNA POR EXPRESO MANDATO CONSTITUCIONAL.

**Se DEBE PEDIR al señor Agente Fiscal actuante, al agotarse la instrucción fiscal, y procede, que en aplicación del Art. 226 del Código de Procedimiento Penal emita su dictamen absteniéndose de acusar, pues no hay méritos o elementos de convicción constitucional y legalmente practicados, para promover un llamamiento a juicio.**

3.2. Con respecto a la *prisión preventiva* pedida con un requerimiento diminuto y dictada en forma infundada por la jueza actuante, les manifiesto:

Viviendo en un sistema democrático y de legalidad, hoy ha tomado carta de naturalización un movimiento jurídico mayoritario y profundo que propende a repensar las consecuencias reales de la operatividad de los sistemas penales, y a hacer efectivos los valores superiores relativos a la dignidad de la persona humana.

Las investigaciones criminológicas modernas desde la sociología norteamericana del siglo que agoniza y su recepción y amplificación reciente tanto en Europa como en el contexto latinoamericano, ponen en evidencia y de cuerpo entero la irracionalidad en el funcionamiento y la aplicación concreta de los sistemas penales, que por su elevado grado de selectividad, desigualdad, represividad excedente, violaciones sistemáticas a la legalidad, no solucionan conflictos sino que los realimentan, incrementando incluso los niveles de violencia social por el poder demoledor que tiene una trituradora como la maquinaria judicial, que ha dado origen a lo que se denomina ya con propiedad **victimización judicial**.

No sólo la pena de prisión sino incluso la prisión preventiva (que debe admitirse como una forma de pena anticipada) que en casos como el presente es manifiestamente violatoria de cualquier presupuesto de política criminal y de racionalidad, son formas preponderantes de coerción penal que producen como principales efectos los desintegradores de la personalidad (despersonalización, prisonización, etiquetamiento) que funcionan como operadores de futuras conductas desviadas en el caso de la pena de prisión, y como reforzadores de estigmatización cuando se trata de la prisión preventiva. Sobre esto

hay suficiente material de información en los trabajos de sociología criminal y de criminología de Merton, Beckert o Lemmerk<sup>1</sup>.

Frente a una razonable propuesta reduccionista y garantista que marca las pautas de un sistema penal respetuoso del derecho a la libertad y de las garantías constitucionales que caracterizan al Estado de Derecho, se producen situaciones como las que motivan este informe en el que se demuestra la selectividad operativa de la fiscalía y de la judicatura. En el caso de la prisión preventiva es innegable la contradicción entre las propuestas del discurso jurídico del debido proceso y su real operatividad; las investigaciones de Naciones Unidas en Latinoamérica revelan que un 68,47% de los presos, sin condena, vale decir sometidas a proceso como expresión de una burla cruel al estado de inocencia que en teoría es garantizado por el Pacto de San José de Costa Rica ratificado por nuestro país, y por la Constitución Política de la República a la que nos hemos ya referido<sup>2</sup>.

La criminología, la psiquiatría, la psicología o la filosofía han demostrado todos los efectos deteriorantes que se causa con consecuencias irreversibles a las personas en las «instituciones totales o de secuestro», los mismos que se potencian cuando vulnerando el principio de inocencia y contra toda prueba de descargo, se pretende que la prisión preventiva cumpla papeles retributivos o de prevención general, fundado en supuestos criterios de defensa social, peligrosidad, alarma social, protección a las víctimas, razones de estado, etc., lo que ha devenido en la formación de una corriente de opinión autorizada y en la limitación hasta legal en algunos estatutos procedimentales, buscando respuestas menos gravosas y deteriorantes<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cf. MERTON, Robert K., en *Teoría y Estructura Social*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964; BECKER, Howard, en *Los extraños. Sociología de la desviación*, Tiempo Contemporáneo, 1971; LEMMERK, Sigfried, en *Teorías de la Criminalidad*, Siglo XXI, México, 1980.

<sup>2</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, en *Informe sobre sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina y sus recomendaciones sobre legislación procesal*, Depalma, Buenos Aires, 1968, pp. 122 y ss., esp. 149 y ss.; y en el mismo sentido, MAIER, Julio J.B., en *Derecho penal argentino*, tomo II, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, esp. 274 y ss.

<sup>3</sup> Es importante revisar el trabajo de CARRANZA, Elías, HOUED, Mario, RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis y MORA, Paulino, *Sistemas penales y alternativas a la prisión*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

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 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.

### **Debe pedirse y fundamentarse la revocatoria de auto de prisión preventiva en los aspectos siguientes:**

a.- La medida cautelar o de aseguramiento se encuentra vigente desde que se inició el proceso penal, sin que hubiesen indicios que legitimen tal medida de aseguramiento personal.

b.- Como lo he 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.

c.- Jamás han existido en autos suficientemente probados indicios, esto es hechos ciertos e indubitables, que permitían presumir razonablemente que los comparecientes hubiesen adecuado su conducta a algún tipo penal que merezca la privación de la libertad, por ello no son mencionados ni en la diminuta petición del fiscal ni en la infundada disposición de la jueza, que no ha actuado como corresponde a un juez de garantías.



### Breves notas sobre el auto de prisión preventiva

Como es de conocimiento –para los entendidos en la materia– una medida de carácter cautelar personal, como el auto de prisión preventiva debe ser dictada en casos de excepción y cuando poderosas razones de política criminal así lo ameriten.

El amparo legal que permite y legitima la medida privativa del derecho a la libertad prevista en el art. 167 y siguientes del Código de Procedimiento Penal –que no cumple ninguna finalidad de retribución o de prevención general– se aplica por excepción a personas que gozan del amparo constitucional del derecho a la inocencia, mientras no exista sentencia condenatoria a firme. En la prisión preventiva no hay reproche moral de ninguna índole, no se pretende con la misma restaurar el orden jurídico, no se busca intimidar ni ejemplificar, y se basa tan sólo en una presunta peligrosidad por la sospecha de que el imputado cometió un delito.

La prisión preventiva encuentra su ideología legítimamente en las razones de política criminal que menciono a continuación:

Impedir la fuga

Asegurar la presencia a juicio

Asegurar las pruebas

Proteger a los testigos

Evitar el ocultamiento o uso del producto del delito Garantizar la ejecución de la pena

Proteger al acusado de sus cómplices

Proteger al criminal de las víctimas

Evitar que se consuma el delito

Es indudable que si no nos encontramos frente a las posibilidades antes citadas, el auto de prisión preventiva es improcedente e innecesario.

#### Inexistencia de indicios incriminatorios en contra de ustedes

Objetivamente no existen indicios que permitan presumir un actuar culpable de parte de ustedes en un delito forjado por el denunciante y por sus asesores. En el momento en que se dispuso la prisión preventiva por suponer reunidos los requisitos del CPP con un auto diminuto y sin motivación alguna se ha hecho una afirmación falsa que ha partido de premisas falsas.

Me permito recordar que el numeral 3 del Art. 168 *ibídem*, dice que el auto de prisión preventiva, debe contener:

«... **La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo anterior**

Se garantiza el derecho a la defensa cuando se le hace saber al imputado cuales son los cargos incriminatorios que se le formulan, a fin de que se pueda defender. En el Artículo invocado se consigna en forma imperativa, que el Juez cumpla con indicar los indicios que lo llevan a presumir la existencia de un delito y los indicios que le permitan presumir un actuar culpable, lo cual lamentablemente no se ha cumplido.

No existen los indicios a que se refiere el Art. 88 del CPP que permiten formar o presumir una vinculación causal entre vuestra actuación y los delitos que se investigan, por ello no se los ha mencionado en el auto de prisión. La presunción es un juicio de valoración lógica que se extrae de hechos probados plenamente en un proceso (indicios), que están estrechamente vinculados con el hecho principal que se prueba (el delito) que es motivo del proceso. Los indicios son el resultado de una prueba directa introducida en el juicio.

Las presunciones sobre la responsabilidad deben ser graves, precisas y concordantes, y fundamentarse en las pruebas constantes en el proceso. Esto es deben haber hechos suficientemente probados que reafirmen la sospecha. Los indicios que sirven de antecedente y presupuesto de la presunción deben ser: **varios**, reuniendo a los menos las condiciones de ser anteriores o concomitantes al hecho, relacionados tanto con el asunto materia del proceso como con otros indicios, de manera que sean **concordantes** entre sí. Deben ser **unívocos** de manera que todos lleguen a una misma conclusión, y **directos** esto es que establezcan la presunción de manera lógica y natural.

3.3. En cuanto a la pretendida *acusación particular*, les expliqué oralmente las razones de su improcedencia, no obstante les reitero por escrito los argumentos:

El Art. 55 del CPP vigente expresa que «La acusación particular será escrita y debe contener:

6.- La firma del acusador o de su apoderado con poder especial. En este poder se hará constar expresamente el nombre y apellido del acusado y la relación completa de la infracción que se quiere acusar...».

Se debe apreciar que el señor Dr. ... no ha comparecido con poder especial a nombre de su mandante, sino como **Procurador Judicial** de H.C.C., Gerente de C Cía. Ltda. Indudablemente que no se ha cumplido con lo que dispone el art. 55 numeral 6 del CPP que es un cuerpo legal de Derecho Público, estrictamente formalista en la exigencia de los requisitos para la debida validez y admisibilidad de cualquier acto procesal; como es el ejercicio del derecho a ser parte procesal mediante la acusación particular.

### Breve referencia doctrinaria

El comentarista más importante del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano en vigencia, tanto por su innegable aval científico, como por su larga y sapiente trayectoria como procesalista; y a quien le cupo el honor de ser autor del Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal de 1983, el Dr. Jorge E. ZAVALA BAQUERIZO, nos orienta a este respecto:

«...La redacción del actual número 6 del art. 40 es diferente a la del ordinal 6 del art. 53 del CPP de 1971, el cual se limitaba a decir: «6. La firma del acusador o de su apoderado con poder especial...».

Era, pues, necesario que se clarificara el con tenido del poder especial al cual se refería la Ley Procesal Penal, pues desde el momento en que la acusación particular o privada, declarada maliciosa o temeraria provocaba efectos de carácter penal o civil, en su orden, se debía determinar en forma precisa quién era el responsable de dicha maliciosidad o de dicha temeridad: si el apoderado o el poderdante.

*El poder, pues que debe otorgar la persona que pretenda ser acusadora, particularmente o privada, debe ser un poder especial. Es decir, otorgado específicamente para que el apoderado actúe a nombre del mandante exclusivamente en el acto de acusar. Pero para que el poder sea suficiente y pueda surtir los efectos que desea el acusador, debe con tener la relación circunstanciada de la forma como se cometió la infracción, el lugar en que se cometió, la fecha de su comisión y quién o quiénes la cometieron. Además, debe hacerse constar de manera expresa la autorización del poderdante para que el mandatario acuse concretamente a una persona plenamente identificada. No es suficiente un poder especial destinado a facultar a una persona para que acuse a otra, si es que se refiere a personas innominadas que deben ser sujetos pasivos de la infracción que se debe acusar, como el nombre, el apellido y el domicilio de la o de las personas a quienes el*

*apoderado debe acusar. Redactado en la forma antes indicada se considerará el poder especial suficiente para acusar, de lo contrario, por falta de autorización suficiente, el Juez deberá rechazar la comparecencia del apoderado...»<sup>4</sup>.*

### Conclusion del presente informe

Concluyo expresando a ustedes que el presente estudio era necesario, para que conocieran en su dimensión real cual es el trabajo de defensa penal propuesto. Si ustedes consideran mi presencia justa y necesaria en el orden profesional, podemos establecer un mecanismo más flexible para el pago de los honorarios profesionales que se acuerden.

Podemos volver a conversar, si es de vuestra conveniencia y debida confianza, mi contratación profesional.

Atentamente,

Dr...

<sup>4</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge E., *El Proceso Penal ecuatoriano*, tomo I, Edino, 1989, pp. 460-461).

## ACUSACIÓN PARTICULAR POR MUERTE

**Juicio 0766-2007**

**Instrucción fiscal 140-2007**

**Señor Juez Sexto de Garantías Penales del Guayas**

C.A.C., ciudadano manabita, ingeniero agrónomo de profesión, de tránsito por esta ciudad, en mi calidad de padre del niño C.M.C.V., cuya vida fue truncada por un acto de barbarie y violencia predecible y no impedida, con ocasión del encuentro de fútbol entre Emelec y Barcelona, el domingo 16 de septiembre del ..., comparezco para exponer y solicitar:

Amparado en los artículos 52 y 68 del Código de Procedimiento Penal en vigencia, propongo **acusación particular** de conformidad con lo que dispone el Art. 55 y siguientes del mismo cuerpo de leyes, en mi condición de padre de C.M.C.V. menor de 12 años al tiempo del fallecimiento.

La querrela con la que materializo mi pretensión punitiva es del tenor que sigue, sin perjuicio de proponerla en contra de otro u otros coimputados que surjan del proceso de instrucción fiscal.

1.- Mis nombres son los que dejo señalados, C.A.C., con domicilio en San Vicente Provincia de Manabí, con cédula de identidad N° 130277836-8.

2.- Los acusados en contra de quienes propongo la presente acusación son:

D.M.R.M., domiciliado en la cooperativa Nueva Prosperina cerca de la estación de la línea 21, en Guayaquil. Actualmente privado de la libertad.

B.D.E.S., domiciliado en Guayaquil, en el inmueble ubicado en las calles Los Ríos 2013 y General Gómez.

M.R.C.D., con domicilio en Guayaquil, en la ciudadela Huancavilca, Mz. D 19 V.3.

3.- Acuso la muerte de mi hijo C.M.C.V., menor de 12 años de edad al tiempo del fallecimiento, hecho por el cual deben responder los autores materiales e intelectuales, al igual que los dirigentes deportivos, Gerente y administrador o administradores del Estadio de ..., y las personas que se sigan identificando e individualizando durante el proceso de investigación, como es el caso de los llamados líderes, sublíderes y coordinadores, de las diferentes barras deportivas y columnas.

Los sujetos antes mencionados han actuado con inequívoco *dolo eventual* pues no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo, conforme al Art. 12 del Código Penal vigente. El resultado producido e irreversible era inequívocamente previsible de parte de los organizadores del evento, pues se trataba de una concentración de más de 50 mil ciudadanos que se encontraban ante un riesgo inminente, ya que en forma premeditada y previa se había ingresado material explosivo y verdaderas armas como la bengala que fue disparada, y con cuyo disparo se truncaron los sueños de adolescente de mi hijo Carlitos.

El domingo 16 de septiembre del 2007 en que mi hijo fue víctima de la violencia en un escenario deportivo, se hicieron tabla raza de obligaciones y garantías constitucionales como las que consigna *in extenso* el Art. 66 de la Constitución Política de Montecristi (RO 449:20 oct. 2008) en que se prevé la inviolabilidad de la vida, la obligación del Estado de adoptar medidas para prevenir, eliminar y sancionar, en especial la violencia contra los niños y adolescentes, la obligación del Estado de aplicar el principio del interés superior de los niños (Art. 44 y 45), así como la garantía para niños y adolescentes, de adoptar por parte del Estado las medidas que aseguren la prevención y atención contra la violencia (Art. 46 n.4), debiendo sancionarse la negligencia que provoqué una situación como la que acuso

Diario Expreso había denunciado el día domingo 16 de septiembre del ..., en que se producen los hechos, el ingreso de un verdadero arsenal explosivo al Estadio de ... en acto de presumible connivencia

entre dirigentes del ... y/o administradores del Estadio. El riesgo de una catástrofe que pudo terminar en un verdadero holocausto era ciertamente previsible y sus resultados fueron asumidos con *dolo eventual* por los responsables del ingreso previo de material explosivo (eso sí constitutivo de terrorismo).

La fuerza pública es obediente y no deliberante señor Juez, y en el caso presente de manera previa mediante boletín de prensa del Comando Provincial de la Policía Nacional, se había hecho público una especie de instructivo de seguridad en el que se prohíbe el ingreso de bengalas, en las recomendaciones emitidas por el Departamento de Relaciones Públicas de la Policía Nacional CP-2, (fs. 192 de la instrucción fiscal) en el considerando **RECOMENDACIONES PARA EL INGRESO AL ESTADIO**, se expresa:

«NO SE PERMITIRA EL INGRESO DE MOCHILAS, OBJETOS CONTUNDENTES, BOTTILLAS DE VIDRIO Y PLASTICO, ARMAS, TUBOS, EXTINTORES, BENGALAS Y OTROS QUE PUEDAN CAUSAR DAÑO A PERSONAS Y BIENES...».

Hasta el momento, no existen en la instrucción indicios que permitan presumir racional y lógicamente que la Policía Nacional hubiese incumplido sus obligaciones atinentes a su labor de prevención y disuasión, correspondiéndole actuar en el día y horas previas a un evento; pero no antes, que es cuando se hace el ingreso clandestino del material explosivo con la connivencia de los organizadores del evento, de los administradores del Estadio y de los líderes, sublíderes y coordinadores de las diferentes barras deportivas y sus columnas.

Esto nos permite afirmar que la muerte de mi hijo es consecuencia necesaria de una verdadera confabulación a propósito de un encuentro deportivo, en que se produjo un hecho gravísimo porque los organizadores del evento y responsables del Estadio asumieron consciente y voluntariamente, todos los riesgos que eran fácilmente previsibles. La asunción de tales *roles* los hace caer en el campo de la responsabilidad penal, de acuerdo con los postulados de la moderna *Teoría de la Imputación Penal Objetiva, de autoría* del preclaro jurista alemán, profesor don Günther JAKOBS<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> JAKOBS, Günther, en *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 1113.

En los delitos de resultado material apreciable en el mundo exterior, el dolo abarca la **previsión del resultado**, pero como es una previsión hacia el futuro basta que se la tenga como probable o únicamente como posible. Para que se tenga como probable o al menos como posible, un resultado debe representarse en la esfera cognoscitiva del autor esa posibilidad, si es que no se presenta la seguridad del resultado. Debe haber la previsión de las circunstancias de hecho futuras y muy especialmente del resultado que pertenece al tipo legal. Como dice Edmundo MEZGER, «Se entienden por tales las circunstancias que dependen de la voluntad del autor y que, por lo tanto son causadas por él. El que actúa dolosamente debe prever la producción de las mismas. Así, debe prever que su disparo matará al rival...»<sup>2</sup>.

Para el dolo se requiere intelectualmente la previsión del curso causal, o el conocimiento de la cadena causal o del nexo de causalidad, esto es, se debe saber que puesta una condición debe seguir a ésta un efecto. Hay una previsión de la serie causal que conduce al resultado (Cf. MEZGER). Nosotros aceptamos como elemento integrante del dolo (elemento intelectual) el conocimiento o la previsión de la cadena causal, porque entre la acción y el resultado hay un ligamen o vinculación que se constituye por la relación de causalidad, ésta forma parte del tipo penal en su faz objetiva que es abarcada en su conocimiento por el dolo.

Convenimos en las palabras acertadas de MEZGER de que no es preciso que haya una coincidencia matemática entre el curso causal representado y el curso causal real, porque se dan pequeñas desviaciones que son irrelevantes. Si el acontecer externo es producto de una voluntad finalista el hecho debe estar sometido al dominio de la voluntad, de manera que si el resultado es consecuencia causal de situaciones imprevistas, ya no hay un actuar doloso. Una dirección del curso causal exhaustiva y detallada no es posible para el hombre, lo que interesa es que el curso del acontecer haya sido previsto y querido, por lo menos en sus rasgos esenciales por el autor y haya estado sometido a su dirección (Cf. Hans WELZEL)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> MEZGER, Edmundo, en *Derecho penal. Parte General*, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires, 1958.

<sup>3</sup> WELZEL, Hans, en *Derecho penal. Parte General*, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956.

Existe una división tripartita del dolo, de suerte que el dolo es **directo**, de **consecuencias necesarias y eventual**. Se lo nomina al dolo directo, también como directo de primer grado, dolo inmediato, o dolo intención; al dolo de consecuencias necesarias, se lo llama también dolo directo de segundo grado, dolo mediato; y al dolo eventual se lo designa como dolo condicionado o de probabilidades.

En el *dolo eventual* llamado por WELZEL condicionado, el sujeto conoce los elementos objetivos del tipo y acepta –como forma de querer– la realización del tipo que se le presenta al autor como probable o como posible. En criterio de otro profesor alemán, JESCHECK<sup>4</sup>, el actuar con *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 el sujeto aprecia 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. Para el profesor últimamente citado, 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. Si falta la representación 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, no del dolo eventual.

<sup>4</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, en *Tratado de Derecho penal*, vol. I, Bosh, Barcelona, 1981.

En Ecuador es indiferente la clase de dolo con que hubiese actuado el sujeto que mató a Carlitos pues se trata de un homicidio intencional o voluntario, del que debe presumirse que actuó en forma consciente y voluntaria al tenor de lo que dispone el Art. 33 del Código Penal que consagra la *presunción del dolo*. Para producir la muerte se utilizó un artefacto que responde al concepto de arma según nuestro código penal, en que se considera como tal a cualquier instrumento contundente que se utilice para matar, herir o golpear (Art. 602 del Código Penal); *presunción del dolo*.

Para producir la muerte se utilizó un artefacto que responde al concepto de arma según nuestro código penal, en que se considera como tal a cualquier instrumento contundente que se utilice para matar, herir o golpear (Art. 602 del Código Penal); y, con tal artefacto se disparó una bengala que es un proyectil en contra de un sector de las suites, que impactó a mi hijo.

Debe reputarse como *autor material*, al autor del disparo; y, como *coautores de comisión por omisión* a quienes en calidad de dirigentes y de custodios del Estadio de Barcelona, teniendo la obligación jurídica de impedirlo e incumpliendo su *rol de garantes*, se confabularon para el ingreso de material explosivo al Estadio de Barcelona, el día o días anteriores al domingo 16 de septiembre del ....

Agrego a lo dicho que de acuerdo con el Art. 13 del Código Penal, que se refiere a la llamada *relación de causalidad*,

*«El que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender...»*

Esto quiere decir que es indiferente si la intención de lanzar la bengala fue contra otra barra o contra un sector de los aficionados, y que la misma se hubiese desviado en su curso causal para impactar a Carlitos; pues el llamado *error in personae* (impactar a la persona equivocada), o el *aberratio ictus* (el desvío del artefacto por causas ajenas a la intención del agente que dispara), deja plenamente subsistente la responsabilidad por un actuar doloso reprochable al autor del disparo y a quienes le permitieron la introducción y utilización de tal artefacto.

4.- La relación circunstanciada de la infracción es como sigue:

El día martes 11 de septiembre del ..., a partir de las 21h00, hubo una reunión de todos los coordinadores de las columnas que constituyen la denominada barra SUR OBSCURA de simpatizantes del Barcelona de Guayaquil, bajo la dirección del líder ..., en la que participó el delegado de la llamada Columna Sol Sur en representación de ... quien funge como coordinador de la misma. La finalidad de la reunión era organizar la presencia de las barras en el clásico entre Barcelona y Emelec del domingo 16 de septiembre del 2007. Cuando se refirieron al tema de las bengalas éstas no fueron prohibidas y cada organizador se encargaría de comprarlas. ..., compró tres bengalas de mano en una casa de cemento de las calles García moreno y Bolivia en Guayaquil a razón de seis dólares cada una, y por orden del líder... debían ingresar todo el material el sábado 15 de septiembre y lo hicieron a las 13h00 en que no estaba presente la policía, para evitar la requisa o decomiso. Ese sábado 15 de septiembre del ..., las bengalas fueron ingresadas clandestinamente en bolsas o fundas de papel con otro material, el que fue depositado en las bodegas que maneja la propia barra Sur Oscura en el Estadio de Barcelona, en un espacio físico que les habría sido asignado por el señor ... Gerente de Barcelona, y cuyas llaves las custodia ... que es la persona que compra regularmente las bengalas y que en esta ocasión le indicó a ..., el viernes 14 de septiembre en horas de la noche en qué lugar comprarlas, como efectivamente ocurrió.

El día domingo 16 de septiembre del año ..., siendo aproximadamente las 16h00 mi hijo C.M.C.V. se encontraba en una suite la N° 2016 del Estadio Monumental de Barcelona, ubicado en la Av. Del Barcelona de la ciudad de Guayaquil, a donde había concurrido en compañía de sus hermanos, primos, otros familiares y amigos, y presumiblemente en respuesta de una bengala que había sido disparada desde la barra de Emelec y que había lesionado a dos chicas de la barra Sur Oscura de Barcelona, desde este lugar en el que se encontraban los imputados y entre ellos ..., se dispararon algunas bengalas, una de las cuales impactó mortalmente a mi hijo ... en el lugar en que se encontraba, falleciendo a los pocos momentos, por SHOCK HIPOVOLEMICO, HEMORRAGIA AGUDA INTERNA, y DESTRUCCION DE PULMON por trauma penetrante de tórax a consecuencia de la penetración de la bengala que es un verdadero proyectil. En el

reconocimiento del lugar de los hechos se pudo apreciar el impacto de otras bengalas en las paredes anteriores de algunas suites, que revelan inequívocamente la intención de dispararlas en contra de las personas que se encontraban allí.

5.- La condición de ofendido en calidad de padre de C.M.C.V. se justifica con la copia de la inscripción de su nacimiento, y los elementos en que se funda la atribución de la participación de los imputados en el homicidio doloso perpetrado, surgen de los siguientes actos de investigación cumplidos durante la indagación previa N° 888-2007, y la instrucción fiscal N° 140- 2007:

5.1. Versión de ... de fs. 130 y s.s. de la indagación previa.

5.2. Versión de ..., Presidente de Barcelona, de fs. 137 y s.s., que expresa «se me indicó que habían sido disparadas algunos proyectiles llamadas bengalas a manera de fuego cruzado», refiriéndose a los que habían sido disparados desde la barra conocida como BOCA DEL POZO de Emelec, y las que habían sido replicadas por la barra SUR OSCURA de Barcelona.

5.3. Versión de ... de fs. 156 y s.s. quien se refiere a las dos mujeres heridas que se encontraban en la barra Sur Oscura, y a la reacción de los miembros de la barra Sur Oscura que dispararon igualmente bengalas, identificando en el lugar a ...

5.4. Versión de ..., de fs. 160 y s.s.

5.5. Versión de..., de fs. 162 y s.s.

5.6. Versión de..., de fs. 164 y s.s.

5.7. Versión del abogado..., Presidente de la Asociación de Fútbol del Guayas, de fs. 176 y s.s., que se refiere a la serie de recomendaciones en materia de seguridad, que desde algunos años se vienen sugiriendo y que no se cumplen de parte de los propietarios de los Estadios, y de los organizadores de los eventos deportivos.

6.- Mi firma y rúbrica son las que constan en esta acusación, misma que reconoceré en el momento que usted lo disponga.

#### **Señalamiento de casilla judicial y de defensor**

Para notificaciones, señalo la casilla judicial N° 1010 de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, facultando al doctor ..., para que a mi nombre y ruego, actúe en mi patrocinio.

Los coimputados podrán ser citados en los domicilios indicados precedentemente, o a través de un defensor público o en el domicilio de un defensor particular, si lo hubiese señalado, al tenor de lo que dispone el Art. 59 del CPP.

Provea señor juez,

Dr. ...

Mat... Col. Abog. Guayas

## **ACUSACIÓN PARTICULAR POR FALSEDAD DE CHEQUE**

### **Señor Juez Tercero de Garantías Penales del Guayas**

Yo, Ab. M.P. de CH., ante usted comparezco para exponer y manifestar:

En mi calidad de representante legal de B. V. S.A., lo que acredito con la copia debidamente autenticada de mi nombramiento que acompaño y en mérito del cual se dignará declarar legitimada mi intervención, P.L.D.Q.R. de Balanceados Vigor S.A., amparado en los artículos 52,55 Y 57 del Código de Procedimiento Penal, propongo la ACUSACION PARTICULAR que está contenida en la querrela del tenor que sigue:

1.- Respondo a los nombres indicados, M.P. de CH. y ejerzo el derecho de acusar particularmente como representante legal de B. V. S.A., ubicada en el Km. 10 ½ de la vía a Daule.

2.- El acusado por el delito de FALSEDAD EN CHEQUE imputable como delito de falsedad en instrumento público al tenor de lo que prescriben los artículos 340 y 339 del código penal, responde a los nombres de C.E.M.R., con domicilio en la ciudad de Guayaquil en La ciudadela La Alborada, 13 etapa, manzana 14, villa 13, pero que para los efectos de ser citado y/o notificado deberá contarse con el domicilio judicial de su defensor, Ab. J.J.B.

3.- La relación circunstanciada del delito que acuso es como sigue: el acusado, C.E.M.R. en circunstancias en que se encontraba detenido en las dependencias de la Policía Judicial del Guayas, ubicadas en la ciudad de Guayaquil, el día 20 de julio de 2008 a partir de las 10h00, en presencia del fiscal 20 de turno Ab. M.M.V., del cabo J.U.B. y de su defensor, Ab. J.J.B., en forma libre y voluntaria narró la forma



y circunstancias en que abusando del cargo pues era contador de B.V., ha procedido desde hace 18 meses a cometer el delito de falsedad documental en cheques cuyo beneficiario era R.N.M., y que para cumplir con este premeditado propósito procedía en forma dolosa y fraudulenta a alterar el documento original al que le borraba el nombre del beneficiario inicial, y le ponía el suyo, para luego depositar el instrumento alterado en su cuenta corriente personal.

Como prueba material del delito que acuso se han anexados copias microfilmadas del cheque N° 000692 girado a nombre de R. M. por la suma de S/. 7.888.320,00, depositado en la cta. cte. 137550-4 del banco de Guayaquil cuyo titular es C. M.R.; del cheque N° 000694 por la suma de S/. 20.586.000,00 girado a la orden de R.M. y depositado en la cta. cte. del imputado; del cheque N° 000696 por la suma de S/. 20.878.000,00 alterado con la leyenda «y/o C.M.» y depositado en la cuenta del acusado con el mismo procedimiento fraudulento; y el cheque N° 000699 con egreso de caja N° 031977.

**Apreciación doctrinaria de la falsedad.-** El delito objeto de mi querrela 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 *ibidem*, 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». 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»<sup>1</sup>.

**El bien jurídico protegido.-** La fe pública debe ser apreciada como la confianza pública o colectiva que se tiene en las actuaciones judi-

<sup>1</sup> SOLER, Sebastián, en *Derecho penal argentino*, t. V, Tipográfica, Buenos Aires, 1970, pp. 349 y ss.

ciales, 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 contador de la empresa que represento abusó de la confianza en él depositada y estoy por ello legitimada para acusarlo.

4.- Que se reciba mi versión en calidad de agraviado, y oportunamente la versión del imputado, la versión del Economista J.D.C., haciendo reserva expresa del derecho a solicitar la práctica de los actos procesales necesarios que permitan la plena y completa adecuación de la conducta del imputado al tipo penal sancionador.

5.- Ofrezco ratificar la presente pretensión punitiva y resarcitoria de perjuicios, mediante mi comparecencia a la audiencia de juzgamiento, una vez que sea convocado de juicio oral el acusado.

6.- Mi firma y rúbrica son las que constan en este libelo de querrela y son las que uso en todos mis actos tanto públicos como privados.

Oportunamente deberán liquidarse los daños y perjuicios ocasionados, entre los que deberá tomarse en consideración los honorarios profesionales de mi abogado patrocinante. Solicitaré al señor fiscal que pida la prisión preventiva del querrellado, como medida cautelar de aseguramiento personal, al amparo y tenor del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, cuyas reformas constan en el RO 555 del 24 de marzo del 2009.

Que se me notifique en la casilla judicial N° 1042 de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, designando como mi defensor al abogado E.Q.E. a quien faculto para que a mi nombre y ruego presente los escritos y memoriales que estime oportunos.

Provea,

## CONTESTACIÓN DE QUEJA CONTRA JUEZ PENAL

Señor Dr. F.G.M

**Delegado Distrital del Guayas y Galápagos del Consejo Nacional de la Judicatura**

Yo, doctor..., Juez... en conocimiento de la infundada, maliciosa y temeraria DENUNCIA propuesta en mi contra por el Dr. ..., comparezco para manifestar:

1.- Del contenido de la denuncia o queja propuesta en mi contra se infiere que el denuncia o quejoso, expresa que yo habría adecuado mi comportamiento en lo que está «...establecido en el artículo 13 literal B y C de la Ley Orgánica de la Función Judicial en concordancia con lo establecido en el artículo 12, literal d, del mismo cuerpo legal...». Lo anterior es suficiente para que usted rechace de pleno derecho la absurda pretensión de que se me sancione administrativamente, pues los artículos 13 y 12 que se invocan no tienen relación alguna con la improcedente pretensión del doctor ...

2.- El Art. 13 del Código Orgánico de la Función Judicial, se refiere a las **Atribuciones y deberes de la Corte Nacional de Justicia** y está contenido en... numerales. El Art. 12 del Código Orgánico de la Función Judicial la Ley Orgánica de la Función judicial que invoca igualmente en doctor... en un grave e imperdonable *lapsus de desconocimiento de la ley*, se refiere a la **integración y conformación de la Corte Nacional de Justicia**.

3.- En lo que tiene relación con mi actuación en calidad de encargado del Juzgado ... de lo penal del Guayas, expreso a usted que actué amparado en una causa de justificación que es el obrar en el ejercicio legítimo del cargo, disponiendo la prisión preventiva del imputado a requerimiento del fiscal que conocía de una instrucción en contra de ...

Cuando un Juez penal resuelve actúa en ejercicio de sus facultades discrecionales como Juez y en cumplimiento de las obligaciones propias o inherentes al ejercicio del cargo. Tan cierto es lo expresado que ante la posibilidad de un error judicial los Tribunales de Alzada o los órganos jurisdiccionales superiores, pueden rectificar tales errores.

Como ocurre en más de una ocasión, los superiores no están obligados a compartir el criterio judicial del juzgador del primer nivel y pueden emitir un pronunciamiento en contrario. Esta es la forma como se construye la justicia, sin que a nadie se le ocurra demandar un juicio penal por prevaricato, porque la decisión judicial no le satisface.

Don Francesco CARNELUTTI decía con acierto, «en el fondo, el oficio del Juez no es más que pensar. Desde hace algún tiempo me es entrañable la idea de la unidad fundamental del Derecho y del pensamiento. Esta es la razón en virtud de la cual, a fuerza de pensar acerca del Derecho, se acaba por pensar acerca del pensamiento»<sup>1</sup>. Esta cita tiene sindéresis con la facultad que tiene el Juez para resolver de acuerdo con la apreciación de los elementos de convicción, o de prueba cuando fuese del caso. Cuando el Juez decide se objetiva la competencia como capacidad jurídica para resolver sobre un asunto que es puesto en su conocimiento. Irrelevante de si tal decisión afecta o no a terceros, esa es una consecuencia lógica del principio de la oficialidad del proceso penal por delito de acción penal pública, que impone su obligatoriedad. Mal podría estar supeditado el Juez a la conveniencia u oportunidad para resolver sobre una medida cautelar personal en un proceso penal.

4.- Cuando un Juez resuelve, se materializa el poder jurídico del Juez para formular un juicio de valor, que es una presunción judicial sobre la pertinencia del ejercicio de la acción penal o de la procedencia de una medida cautelar en un proceso penal. Ese es un proceso de interpretación judicial y de formación lógico-jurídica, que tiene lugar mediante un acto legítimo, como es el auto resolutorio por el cual se declara con lugar la medida cautelar pedida por el fiscal.

En definitiva es el Juez quien resuelve, no el Fiscal. La tarea del Juez Penal por su competencia es compleja y generalmente no permi-

te soluciones salomónicas que contenten a ofensores y ofendidos. Cuando se inicia un proceso penal se está cumpliendo con la garantía constitucional que se refiere a la legalidad del juicio o a la garantía del debido proceso. Aquí surge en su gran dimensión la necesidad de que se cumpla con los presupuestos que tornan legítimo el proceso penal mediante la adecuación objetiva del acto imputado al tipo penal. Esa apreciación queda librada al buen criterio del Juez que trata de encontrar un ensamblamiento armónico entre lo que llega a su conocimiento y lo que está tipificado en la ley.

5.- Es importante que se destaque que en la actuación del Juez, cuando dicta una providencia o un auto resolutorio hay una **presunción de corrección**, esto es que se debe presumir lógica y razonablemente que el Juez está actuando correctamente, de lo contrario se daría paso al caos y a la arbitrariedad en la administración de Justicia, con permanentes y continuos reclamos por parte de quienes se consideren afectados con la resolución del Juez, que es lo que ocurre en el presente caso con una denuncia o queja en la que se aprecia un peligroso desconocimiento del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en RO-S 544 del 9 de marzo del 2009.

#### **Petición de desestimación de la denuncia o queja propuesta**

Estudiada la denuncia o queja propuesta en mi contra, la misma que incumple los requisitos de forma y de fondo para ser admisible, **usted se dignará desestimarla y ordenar el archivo de la absurda pretensión**, pues he actuado como juez penal, en el ejercicio de las facultades discrecionales y de interpretación judicial que me permite la ley.

Yo, en el ejercicio del cargo de juez penal, he obrado en ejercicio legítimo de un derecho, todo lo cual impide un reproche de ilicitud en mi actuación en el caso que por sabotaje y terrorismo se sigue en contra de ..., pues el ejercicio legítimo del cargo y el cumplimiento de mis obligaciones jamás pueden ser fuente de desaprobación.

Dejo contestada así la infundada denuncia o queja propuesta.

Atentamente,

Dr.-

Juez...

<sup>1</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, p. 301.

## ESCRITO PIDIENDO DESESTIMACIÓN DE DENUNCIA

### Señor Fiscal Penal del Guayas

J.F.Z.P., en referencia a la denuncia formulada en mi contra por un inexistente DELITO DE PERJURIO, comparezco para exponer y solicitar:

La inequívoca intención del denunciante es la de encontrar un mecanismo de presión, una vez que se declaró procedente mi pretensión y reclamo laboral. Mediante un procedimiento perverso pretende intimidarme para que yo renuncie o desista de cobrar lo que se ha ordenado que me pague por mis servicios lícitos y personales.

Yo JAMÁS he faltado a la verdad a sabiendas bajo la gravedad del juramento, que es en concreto la descripción típica del delito de perjurio, pues si comparecí a rendir una confesión judicial y manifesté «no recuerdo», tal expresión es irrelevante. Decir «no recuerdo» no es negar ni aceptar un hecho históricamente ocurrido.

**Perjurio**, en DERECHO PENAL, designa todo falso testimonio hecho de una forma premeditada y bajo JURAMENTO respecto a un hecho. Para que el falso testimonio constituya perjurio, su autor ha de conocer que su declaración afectará al desarrollo o conclusión del caso en cuestión. No es perjurio, por tanto, la falsedad declarada por un testigo por error o ligereza.

Breve referencia doctrinaria al delito de perjurio

El delito de perjurio sería una forma general de faltar a la verdad bajo la fe del juramento o promesa de verdad, tanto ante autoridad judicial (en causas no contenciosas), como ante la *autoridad* no perteneciente al orden judicial (en materias administrativas)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal*, 2ª ed., p. 231.

Frente al *falso testimonio*, el *perjurio* es una *figura genérica*<sup>2</sup>, que se diferencia de aquélla no sólo respecto de la autoridad ante quien puede cometerse –como ya se dijo–, sino especialmente, porque puede cometerse en *causa propia*<sup>3</sup>, esto es, porque su sujeto activo es indiferente (no se requiere que se trate de un *testigo*). De hecho, puede darse incluso el caso de *perjurio ante la autoridad administrativa en causa propia*. Otro ejemplo puede ser encontrado en la declaración falsa sobre preexistencia y dominio de los objetos hurtados o robados<sup>4</sup>.

En la práctica jurisprudencial chilena, la discusión se ha centrado en si es necesario para cometer el delito de perjurio que la falta a la verdad se realice *previo juramento o promesa legalmente exigido como solemnidad en la declaración* –como sostiene la doctrina absolutamente dominante<sup>5</sup>–, o si dicho juramento o promesa es *innecesario* para configurar el delito. Así, mientras parece ser que la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Chile se inclina por la necesidad de exigir que dicho juramento o promesa se preste como formalidad legalmente exigida<sup>6</sup>; hay, con todo, jurisprudencia de la propia Corte Suprema que, particularmente en *asuntos administrativos*, entiende que el juramento no forma parte de la descripción típica, y que el delito se comete, por tanto, con la simple falta a la verdad ante la autoridad, aunque no medie juramento<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, 3ª ed., t. IV, p. 193.

<sup>3</sup> GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal*, t. IV, p. 118. Así también ETCHEBERRY, *op. cit.*, p. 196. Aisladamente, sólo en LABATUT/ZENTENO, *Derecho penal*, t. II, 7ª ed., p. 65, se puede leer todavía que «no es punible el perjurio en causa o negocio propio», lo que es apoyado por alguna jurisprudencia antigua: SC. Concepción, 24 agosto 1876. G. 1876, N° 1.770, p. 907; y C. Iquique, 6 mayo 1921. G. 1921, 1ª sem., N° 134, p. 624.

<sup>4</sup> Aunque, con razón, GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 121, considera superflua e innecesaria esta disposición, porque «aparece sin duda alguna que la violación del juramento exigido por el art. 83 [CPP 1906] constituye el delito de perjurio descrito en el inciso primero del art. 210».

<sup>5</sup> Por todos, ETCHEBERRY, *op. cit.*, p. 194. Las disquisiciones doctrinales, como puede verse con detalle en el texto citado y en el de GARRIDO MONTT, *op. y loc. cit.*, se refieren únicamente a la *clase de juramento legalmente exigido* para configurar el delito.

<sup>6</sup> SC. Suprema, 7 marzo 1988. R., t. LXXXV, 2ª parte, sec. 4ª, p. 10.

<sup>7</sup> SC. Suprema, 18 junio 1980. R., t. LXXVII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 90. Antes, en el mismo sentido, SC. Suprema, 28 mayo 1957. R., t. LIV, 2ª parte, sec. 4ª, p. 66.

## Fallos de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador

En mi defensa, me permito citar resoluciones de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, como la que consta en la GS, S. XIII, N° 12, p. 2781, en que se manifiesta: «el Art. 354 del Código Penal estatuye que hay falso testimonio punible cuando al declarar, confesar o informar ante la autoridad pública se falta a sabiendas a la verdad, y perjurio cuando se lo hace con juramento, pero la tipicidad del acto ha de guardar armonía con un precepto capital como es el Art. 14 del propio Código, que al referirse a la infracción dolosa, enuncia que es aquella en que hay designio de causar daño, y es obvio que, en la especie, el dolo, queda excluido en el testimonio que, bajo fe de juramento presentó la testigo, pues el bien jurídico que ampara la ley penal, al sancionar el perjurio, es la autenticidad y pureza de la administración de justicia y ésta no se resiente por la declaración irrelevante de una testigo...».

En la GJ- 31-X-88 (Prontuario 1, p. 248), ha expresado nuestro más alto tribunal de justicia: «Una persona puede faltar a la verdad por ignorancia en la más amplia concepción del término o porque simplemente desconoce o no recuerda...pero para apreciar si la confesión es falsa no solo por doctrina, sino por expreso mandato de la ley debe ser analizada y apreciada en conjunto (según el Art. 146 del Código de Procedimiento Civil tal diligencia es indivisible); además no tiene valor si es prestada por error, fuerza o dolo...».

## Petición expresa de desestimación

En su momento usted deberá desestimar la maliciosa y temeraria denuncia presentada en mi contra, a efectos de que yo pueda hacer valer mis derechos en contra del denunciante.

Señalo como domicilio igualmente la casilla N° 1010 de la H. Corte ..., y faculto al doctor..., para que pueda intervenir como mi codefensor.

Atentamente,

Dr...I

Mat...

## ESCRITO FISCALÍA GENERAL. TENTATIVA

**Instrucción Fiscal 06- 2006**

**Antecedente: Indagación previa N° 134-2006**

**Señor Fiscal General**

... en la instrucción de mi referencia comparezco para presentar en mi defensa la exposición que sigue, y solicitar:

Con todo comedimiento expreso a usted, que no acepto ser responsable de delito alguno ni siquiera en fase de tentativa por la ausencia de actos idóneos conducentes de manera inequívoca a la comisión de un delito. Como usted podrá apreciar, honrando los conocimientos que caracterizan su alto ministerio, nos encontramos en presencia de actos equívocos, como paso a examinar a través de las reflexiones que inserto a continuación.

### **La tentativa**

Serios y agudos problemas presenta el estudio del complejo tema de la tentativa, que van desde la diferenciación entre ésta y el delito frustrado que algunos códigos penales modernos y aún viejos como el ecuatoriano, resuelven en cuanto a la penalidad con el mismo tratamiento.

Al buscar ubicación a la tentativa, se producen diversidad de criterios, por ejemplo, se la ubica como dispositivo ampliatorio del tipo penal<sup>1</sup> o como forma ampliatoria o ampliada de la adecuación<sup>2</sup>, estudiándose en estas formas complementarias del tipo penal lo relativo a la **participación**.

---

<sup>1</sup> REYES, Alfonso, *Derecho penal*, Universidad Externado 1980, p. 169.

<sup>2</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo II, Buenos Aires, 1970, pp. 203 y ss.

Hondas inquietudes siembra a su paso, la separación en el *iter criminis*, de los actos que deben ser entendidos como preparatorios de aquellos que ya son ejecutivos y de relevancia penal como actos que entrañan tentativa. Y como si esto no fuera suficiente se crea una verdadera teoría mediante la que se considera a la tentativa como un delito, con contenido propio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, «porque su estructura es semejante a la de todo hecho punible»<sup>3</sup>. El delito autónomo de castigar el intento de conductas ilícitas en general no existe, sino la sanción para la tentativa de un delito determinado en la parte especial del código penal.

El maestro CARRARA llegó a considerarla como delito imperfecto, pareciendo preferible etiquetarla modernamente como un delito subordinado o en relación con un delito consumado, ya que el estudio de la tentativa de una conducta se lo realiza en referencia a un tipo penal de la parte especial, que no llega a su completa concreción por una actividad ajena a la intención del agente. Es en el estudio de la tentativa donde los finalistas libran sus mejores batallas por ser determinante la intención o fin que el agente se propone para comprender la tentativa, expresando<sup>4</sup> «la acción prohibida está compuesta no sólo por el movimiento corporal, sino, también por la voluntad que lo dirige hacia una meta preestablecida. Esto ocurre así tanto en la tentativa como en el delito consumado».

Paso a paso la tentativa nos va proporcionando elementos que es necesario entender para su mejor comprensión, como cuando se alude a actos idóneos, porque surge la natural interrogante de ¿cuáles actos son idóneos y cuáles no lo son? ¿De qué criterios se debe valer el juez para calificar estos actos idóneos como capaces para la causación del resultado? Se pretende que no se expanda el ámbito de la punibilidad por actos que son ineficaces para constituir la tentativa de un delito, o para actos que siendo idóneos para producir un resultado (delito consumado) no pertenecen aún al ámbito de la ejecución y bien pueden ser considerados como actos preparatorios que son impunes. **Como son precisamente los actos que me imputa el ciudadano R.B.E., pues se trata de ACTOS EQUIVOCOS;** sin admitir

<sup>3</sup> CURY, Enrique, *Tentativa y delito frustrado*, Santiago de Chile, 1977, p. 12.

<sup>4</sup> CURY, *op. cit.*, p. 20.

en modo alguno por mi parte que hubiese habido la intención inequívoca de cometer un delito, pues haber escuchado las propuestas de un tercero a otro tercero (B.E. a Z.V.) **jamás** pueden consistir en actos idóneos de cohecho o de cualquier otro delito, ni siquiera en fase de tentativa.

Forzoso resultará tratar en forma esquemática el efecto del desistimiento en los actos ejecutivos idóneos para producir un delito consumado, así como la situación excepcional de reputarse como delito consumado determinadas manifestaciones de conducta que *per se* constituyen delito, como se da en los tipos de resultado cortado en que la protección de determinados bienes jurídicos considera al principio de ejecución como delito autónomo, pudiendo al momento citar como ejemplo el atentado contra el pudor, con respecto al que nuestro Código dice en el art. 508: «El atentado existe desde que hay principio de ejecución», llevándonos esto a afirmar que no existe en el Ecuador tentativa de atentado contra el pudor.

La tentativa tiene que ser estudiada como dispositivo que complementa un tipo penal o tipos penales contemplados en la parte especial del Código Penal y referida a ellos, pero que por razones de técnica legislativa está ubicada en la parte general del código, con fines de economía<sup>5</sup> apareciendo así subordinada al tipo de la parte especial pues se completa el contenido mediante un reenvío a ella<sup>6</sup>. El Código Penal ecuatoriano concibe la tentativa en el Art. 16 que dispone: «Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica».

Los códigos modernos asimilan la tentativa al delito frustrado para efectos de la pena aún cuando ontológicamente no lo fueren, considerándose que el **delito tentado**, tiene lugar cuando el sujeto no finaliza la actividad delictiva, como, cuando Juan apunta a Pedro con una arma de fuego y antes de disparar es impedido de hacerlo, en tanto que existirá **frustración** cuando el sujeto finaliza su actividad delictiva pero el resultado querido o esperado no se produce, como si

<sup>5</sup> CURY, *op. cit.*, p. 26.

<sup>6</sup> Cfr. CURY, *op. cit.*, p. 27.

en el ejemplo anterior Juan dispara contra Pedro con la intención de victimarlo y no consigue el resultado querido sino herirlo; aquí la no producción del evento es consecuencia que no depende de la intención del agente<sup>7</sup>.

En cuanto a la interrogante de ¿ser o no un delito? De estimárselo como tal se lo entenderá **imperfecto**, en relación con el delito consumado dado que no se consigue el resultado realmente querido, pero estructuralmente se lo tendrá por **perfecto** por contener los elementos de todo delito, como ser manifestación de conducta típica y antijurídica. Aparece así como una fórmula conciliatoria pronunciarse por considerarla en su estructura como tipo penal autónomo, pero vinculada con el delito consumado –al que siempre habrá que relacionarla y sin cuya relación pierda vigencia– será un tipo penal imperfecto y subordinado<sup>8</sup>.

Similar planteamiento formula Guisepe MAGGIORE, defendiendo la autonomía suficiente que permite no confundirla con un accidente o circunstancia del delito tipo, pero con una autonomía limitada al punto de no poder considerarla por sí misma un delito *sui generis* aparte, concluyendo que «es una forma degradada del delito, y por esto se lo castiga con menos gravedad que el delito perfecto»<sup>9</sup>.

### El *iter criminis*

Debo referirme someramente al *iter criminis*, que no es otra cosa que las fases a través de las que se desarrolla el fenómeno jurídico al que llamamos delito, éste como producto del hombre tiene un proceso que transita por etapas a las que en conjunto llamamos el *iter criminis*, que va desde la ideación hasta el agotamiento<sup>10</sup>. Distinguiamos dos etapas la interna o subjetiva que tiene las características de no haber aún exteriorización, como contenido de esta fase destacamos la **ideación**, la **deliberación** y la **resolución** de optar por delinquir. La otra fase es la **externa u objetiva** que comprende la fase ejecutiva del delito y dentro de ésta, sub-fases de **preparación**, de

<sup>7</sup> Cfr. BETTIOL, Guisepe, *Derecho penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 1956, p. 480.

<sup>8</sup> Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, *La tentativa*, Porrúa, México, 1974, p. 29.

<sup>9</sup> Guisepe MAGGIORE, *Derecho penal*, t. II, Temis, Bogotá, 1972, p. 67.

<sup>10</sup> Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, *La tentativa*, p. 9.

**ejecución** y de **consumación**; y una ulterior que es la del **agotamiento** del delito. Como zona intermedia entre la interna y externa se ubica a la resolución manifestada<sup>11</sup>.

### La fase interna

Pertenece a ésta todo lo que es planificación e intención de delinquir sin exterioridad, esto es simple ideación, con la tónica de que sus actos de composición no son punibles de acuerdo con el principio *cogitationis poenam nemo partitur*, (todo lo interno no es merecedor de sanción punitiva). «Toda esta etapa complicada y, a veces cronológicamente extensa, es irrelevante para el ordenamiento jurídico si no se exterioriza de cierta manera y en determinada medida»<sup>12</sup>. **No queda duda alguna que los actos expresados por R B E pertenecen a la fase interna del *iter criminis*.**

Inicialmente se forma en la psique del sujeto la idea de delinquir, se piensa en un hecho criminoso surgiendo una natural reflexión que da paso a la **deliberación**, en ésta hay una lucha interna entre la idea y la repulsa moral al delito; puede el hombre por su inclinación al bien rechazar la reflexión criminal, como puede acontecer que los mecanismos de inhibición no sean suficientes y el hombre resuelva en su intimidad (subjetividad) delinquir.

### La fase intermedia

Agotada la etapa de planificación íntima del delito, se ingresa a la **fase intermedia**, esto es a la de resolución manifestada, en la que se exterioriza la idea criminal por medio de la palabra<sup>13</sup>, siendo esta etapa productora de delitos y generadora de responsabilidad penal en casos de excepción que por ser tales merecen un breve comentario. En el Código Penal ecuatoriano determinadas resoluciones manifestadas son constitutivas de delito por el peligro que comportan ciertas resoluciones, como la proposición, la conspiración, la amenaza y la instigación, así como la apología del delito, referida a los delitos contra la seguridad interior del Estado.

Se entiende como **proposición**, la invitación formulada por quien se resolvió a delinquir que busca cooperadores en su empresa crimi-

<sup>11</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, Buenos Aires, 1967, p. 464.

<sup>12</sup> CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 9.

<sup>13</sup> Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 11.



nal, y por **conspiración** el acuerdo o concierto para ejecutar un delito, resolviendo nuestro Código Penal que «sólo serán reprimidas en los casos en que la ley determina» (art. 17), operando como excusa absolutoria el desistimiento voluntario de la ejecución, si éste tiene lugar antes de que se promueva el ejercicio de la acción penal. Encontramos estos tipos penales diseminados en el Título de los delitos que ponen en peligro la seguridad del Estado (a partir del art. 115) por razones de precautelar la seguridad estatal.

Igualmente en el Título de los Delitos contra la Seguridad Pública se pena la asociación o reunión formada con la finalidad de atentar contra las personas o las propiedades, existiendo delito por la sola conformación de la asociación independiente de la producción de un resultado apreciable en forma material (art. 369 C.P.), son realmente delitos de constitución *sui géneris* a los que se cataloga como de peligro, que nacen por razones de seguridad nacional. Caracteres especiales tiene el delito de **intimidación** (art. 377 y ss.), en que se pena la sola amenaza verbal o escrita, anónima o firmada, por el riesgo en que se encuentra la persona amenazada. **Sin duda alguna, las actuaciones de ... y de quienes lo acompañaron en su empresa delictiva, como la entrega de una grabación de video en la propia Tercera Sala de lo Penal, transitan por el camino de la extorsión y de la intimidación.**

La **apología del delito**, o sea la pública exaltación de las bonanzas de delinquir o de sus beneficios, se pena por el contagio criminal que en atención a la influencia psicológica puede producir en el conglomerado que la recibe (art. 387 del C.P.). Igualmente es merecedora de sanción la instigación pública a cometer un delito contra una determinada persona o institución indiferente de la aceptación de la instigación, por el peligro que para la seguridad de las personas o instituciones representa la pública incitación a que se cometa contra ellas un determinado delito (art. 386 del Código Penal). El instigador o inductor mueve el ánimo de aquel contra quien se dirige para que se resuelva a cometer un delito, se lo sanciona por las razones de política criminal analizadas precedentemente.

JIMÉNEZ DE ASÚA proclama la autonomía típica de la amenaza (intimidación) y de la provocación de un delito (apología), oponiéndose a que se la considere como resoluciones manifestadas. En el Ecuador, la provocación a duelo puede bien ser ubicada como resolución

manifestada: el sujeto planifica previamente y luego resuelve exteriorizar su decisión (interna) de batirse en duelo (art. 481 Código Penal) mediante expresiones verbales o escritas, sancionándose la simple provocación en aras de mantener la pública tranquilidad y proteger de cualquier riesgo el bien jurídico vida.

### La fase externa

Esta etapa a la que se llama también objetiva o de exterioridad, trasunta ya la actividad criminal que se encamina a la perpetración efectiva de un delito. Dentro de ella encontramos a los actos de **preparación**, los de **ejecución**, la **consumación** y el **agotamiento** para quienes consideran a este último momento como parte de la fase de ejecución. Se advierte la dificultad de diferenciar los actos de preparación de los de ejecución. La etapa de actos preparatorios se reputa como impune, pudiendo diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos por ser los primeros equívocos, porque se prestan a confusión o a apreciaciones erróneas, incapaces de revelar por sí mismo la intención del autor<sup>14</sup>, como ejemplo: la compra de un arma de fuego, incapaz de determinar por sí misma la intención de victimar. Los actos ejecutivos a diferencia son unívocos, vale decir que contienen la expresión objetiva de delinquir, dentro de los que se debe ubicar a la tentativa.

Excepcionalmente determinados actos que pueden considerarse en el *iter criminis* como preparatorios y en la fase externa del delito son objeto de punición, ubicándose dentro de éstos a la instigación para delinquir<sup>15</sup> encontrando en el Código Penal ecuatoriano penada la falsificación o adulteración fraudulenta de llaves (Art. 590), acto éste que bien puede ser considerado como preparatorio para la comisión de otro delito, como el robo, pero que es estimado como sancionable penalmente indiferente del uso o empleo que se haga de la llave falsa o adulterada.

Encontramos luego la fase de la **consumación** en la que hay la lesión al bien jurídico que el agente previó y quiso en su integridad, esto es la completa adecuación típica o la plena realización delictiva. El **agotamiento** -finalidad ulterior del agente- no es realmente fase

<sup>14</sup> Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 16.

<sup>15</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 473.

del proceso ejecutivo del delito, por cuanto el sujeto obtiene lo que lo motivó a delinquir, como ocurre por ejemplo en el robo –sustracción fraudulenta de cosa ajena con ánimo de apropiación, empleando fuerza en las cosas o violencia contra las personas– que se lo concibe agotado cuando el agente vende o disfruta de lo robado; y, sólo consumado si no obtiene provecho o ventaja económica.

### Fundamentos de la incriminación de la tentativa

¿Cabe preguntar las razones por las que sin llegar a la producción del resultado querido por el agente, se pena la conducta en la fase de tentativa?

Se ha pretendido encontrar fundamento de su incriminación en el peligro que corre el paciente de un delito tentado, siendo ésta la posición del maestro FRANCESCO CARRARA que sostiene: «Los delitos imperfectos son políticamente imputables, porque al paso que surge en ellos el daño mediato, las funciones del daño inmediato, que les faltan, las desempeña el peligro corrido por la sociedad o por el ciudadano atacado»<sup>16</sup>.

Acorde con un planteamiento moderno se pronuncia G. BETTIOL, el que reafirma el peligro como fundamento de la incriminación, pero se trata de una situación de peligro objetiva<sup>17</sup> destacando la autonomía de la tentativa respecto del delito consumado ya que tiene su propia fisonomía jurídica; la objetividad la proporciona la lesión potencial de un bien jurídico; su estructura, **los actos idóneos para producir el resultado** y sanción propia que es más leve que la de la consumación<sup>18</sup>.

Contrario a aceptar como fundamentación el peligro y la alarma social se pronuncia el profesor de la Universidad de Catania, Luigi SCARANO, afirmando con acierto que «en la tentativa no se tiene un peligro de violación, sino una violación verdadera, contenida en una norma específica incriminadora»<sup>19</sup> y que en cuanto a la alarma social «puede ser el índice de importancia penal de un acto, pero no constituir la razón de la incriminación de la tentativa»<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, t. I, Temis, Bogotá, 1956, p. 240.

<sup>17</sup> BETTIOL, G., *op. cit.*, p. 478.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 479.

<sup>19</sup> SCARANO, Luigi, *La tentativa*, Temis, Bogotá, 1960, p. 39.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 90.

No se sanciona el peligro en la tentativa dado que no es un tipo de peligro, sino la violación imperfecta de la norma penal –pero en fin de cuentas vulneración–, aceptando que es una forma degradada del delito perfecto por la consumación y que la alarma social es la razón de política criminal por la que el legislador incrimina en general los delitos, pues éstos en su totalidad causan alarma en menor o mayor cuantía.

Este criterio es mantenido por Vincenzo MANZINI<sup>21</sup> justifica la punibilidad de la tentativa porque hay «una violación verdadera y propia del precepto contenido en la norma», encontrando diferencia con el delito consumado en que en éste se viola la ley en su integridad o totalidad y en el delito tentado hay violación a la norma (que nos dice por ejemplo «no matar», «no robar»), sin conseguir la totalidad del resultado sino un grado de éste, que es la tentativa. De forma que hay violación a la norma penal y no simple peligro de violación, si la ley pena la violación de la norma penal que nos dice «no matar» se viola la prohibición cuando el sujeto «intenta matar» aún cuando el evento en su totalidad no tenga plena productividad, subsistiendo la trasgresión de lo que prohíben las normas penales y se lesiona el bien jurídico tanto en la consumación como en la tentativa que resulta ser así con respecto al delito consumado, un ente imperfecto por falta de congruencia.

El Prof. REYES ECHANDÍA<sup>22</sup>, considera que la fundamentación de la punibilidad en la tentativa surge de su autonomía jurídica lo mismo que en el delito consumado, que manifiestan la voluntad de producir la ofensa propia de un cierto delito.

La corriente doctrinaria de destacar el peligro como fundamento de punición en el delito tentado es fuerte principalmente en Italia, insiste en ello Silvio RANIERI porque «la idoneidad de los actos y el estar dirigidos **en forma no equívoca** a consumir el delito, implícitamente aluden al peligro para el bien protegido por la norma incriminadora principal»<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho penal*, Ediar, t. III, Buenos Aires, 1950, p. 176.

<sup>22</sup> REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, p. 171.

<sup>23</sup> RANIERI Silvio, *Manual de Derecho penal*, t. II, Temis, Bogotá, 1975, p. 52.

El Código Penal ecuatoriano, recoge como fundamento de la punición el criterio positivista de la peligrosidad incluso del agente activo y el del peligro sufrido por el paciente, en el Art. 46, apareciendo en cierta medida un criterio objetivo-subjetivo para la determinación de la pena. La posición correcta es la de considerar que hay un peligro, pero no de lesión al bien jurídico, sino peligro de consumación, pero que la violación de la norma penal existe aún cuando imperfecta por el resultado; **lo que no puede soslayarse es la necesaria y exigible presencia de actos inequívocos y no meras resoluciones manifestadas.**

### Elementos de la tentativa

Hemos apreciado, que la sola afirmación de considerar como punibles a título de tentativa los actos ejecutivos e impunes los preparatorios, no es suficiente; pues se advierte que no todo acto ejecutivo debe ser punible. Siendo el derecho instrumento de garantía de la libertad, debemos conocer dentro de qué límites es castigado un delito no consumado o imperfecto.

JIMÉNEZ DE ASÚA, siguiendo los lineamientos de BELING, sienta el criterio del comienzo típico de ejecución, afirmando que se da éste «cuando se penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima, o que diferencian unos tipos de otros»<sup>24</sup>. Un criterio objetivo-formal es insuficiente para concluir que hay tentativa, por la sola apreciación de los actos ejecutados; como resulta igualmente insuficiente el criterio subjetivo, mirado a la sola intención o finalidad del agente, pues aunque fuese el punto de arranque para indagar la naturaleza del acto no es suficiente.

Los elementos de la tentativa extraídos del Art. 16 del Código Penal nuestro, se conforman por: a) la práctica de actos idóneos, b) la intención inequívoca de cometer un delito y, c) el incumplimiento del evento querido por causas extrañas a la voluntad del agente, de éstos se sigue la necesidad de racionalizar los elementos. La elaboración teórica de los elementos que constituyen la tentativa pecaría de falta de practicidad, pues es la situación concreta la que permite al juez apreciar si por ejemplo existirá delito o tentativa de delito; en el pri-

<sup>24</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 513.

mer supuesto hay congruencia entre lo querido por el agente y el resultado (evento) que se produce, en tanto que en el delito tentado el tipo penal es incongruente pues hay un *minus* entre lo querido y lo obtenido por el agente.

Podemos afirmar que **actos idóneos** son aquellos capaces de producir un resultado lesivo de un determinado bien jurídico, como por ejemplo, un revólver es medio idóneo para matar, más esta idoneidad genérica resulta insuficiente para afirmar la tentativa, partiendo del supuesto de que un medio que aparentemente es inidóneo como el agua azucarada, en una situación específica como el suministro intencional a un diabético es idóneo para cometer asesinato (homicidio por envenenamiento), esto nos lleva a sostener que la idoneidad de los actos puestos en práctica debe examinarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias del medio empleado, e incluso a la situación del sujeto pasivo, solución que admite<sup>25</sup>.

El empleo del medio o la puesta en práctica de actos idóneos, tiene que ser inequívocamente dirigida a la realización de un delito, esto comporta decir que es inequívoco aquel acto que no se presta a duda o confusión, centrando LUIGI SCARANO **en la univocidad de los actos idóneos**, la punibilidad a título de tentativa. Si no demuestran de **modo inequívoco** el fin de cometer un delito, no es posible afirmar que se ejecutaron con la intención de perpetrarlo y que constituyen tentativa de aquel delito.

MANZINI observa que la intención no es elemento constitutivo de la tentativa sino elemento diferenciador, «no se sabría, con el solo dato de la voluntariedad de los actos, si éstos tendían verdaderamente a la perpetración de un delito»<sup>26</sup> y que la intención del agente derivará de la no equívoca dirección de los actos idóneos realizados, dirigidos a un determinado delito. Parece ser que el problema se soluciona con el análisis de la situación concreta que se presenta y que el juez resuelve, teniendo el acto idóneo inequívoco valor sintomático de la intención de delinquir pero apreciado valorativamente por el juez en cada caso concreto. La determinación del fin es imprescindible.

<sup>25</sup> BETTIOL, *op. cit.*, p. 485.

<sup>26</sup> MANZINI, *op. cit.*, t. III, p. 181.

En cuanto a la clase de dolo exigible en la tentativa, hay que sostener que es necesario el dolo directo, consideración habida de la presencia de actos inequívocos –que no se prestan a duda– que se orientan a la comisión del delito. Como la tentativa exige la persecución del resultado típico como objetivo principal será insuficiente para constituir tentativa el actuar con dolo eventual, en que el resultado se presenta sólo como posible, si aceptamos que en esta clase de dolo el agente no busca el resultado, sino que acepta el resultado típico si se produce.

### La autonomía de la tentativa

Habiendo afirmado que la tentativa es un delito autónomo en cuanto a su estructura porque es expresión de conducta típica y antijurídica, síguese de esto examinar en el caso concreto si la acción u omisión –formas de la conducta– evidenciada tienen las características de cualquier delito, pues hay una prelación lógica en el estudio de su estructura aún cuando el delito temporalmente es un todo.

El primer examen estará dirigido a verificar si el acontecimiento está contemplado consumadamente en una hipótesis prevista por el legislador como delictiva, esto es comprobar si el hecho es típico, tipicidad que siguiendo las orientaciones modernas se conforma por la suma de los elementos materiales u objetivos del delito y los subjetivos.

Esta verificación o proceso de adecuación típica se evidencia en los delitos consumados cuando en forma total se cumplan los elementos descriptivos del tipo penal, en los delitos tentados cuando no se produce la consumación captándose parcialmente la conducta descrita en el tipo principal. De esto podemos colegir que el dolo del delito consumado y el de la tentativa no son iguales, diferenciándose por una adecuación típica incompleta por la falta de consumación.

De esta primera verificación, debemos examinar si en el caso concreto siendo típico el evento tentado puede predicarse de éste un disvalor jurídico, y formular juicio de reproche objetivo por ser contrario a lo que la norma prohíbe, concluyendo que es antijurídico por la contradicción entre el hecho y la prohibición. Destacamos entonces que la antijuridicidad de la tentativa será la reprobación objetiva (juicio de valoración objetiva) de un actuar doloso, que no logra conseguir la finalidad propuesta pero que pone en peligro el bien jurídico protegido.

Cumplida esta labor de verificación de los elementos estructurales del delito, resta formular juicio de desaprobación a la conducta del agente y concluir que es culpable de tentativa por el reproche subjetivo que se le hace, cuando es imputable, teniendo capacidad de comprender la antijuridicidad de su comportamiento, libertad de determinarse conforme a esa comprensión; y, concluir en el reproche, si en las condiciones en que actuó le era exigible un comportamiento de acuerdo con lo que el derecho manda y lo que la norma prohíbe. Podríamos encontrarnos con una causal de no exigibilidad de otra conducta ora por miedo insuperable, fuerza irresistible o por obediencia debida.

En las dos formas que se presenta la no consumación del delito, porque causas ajenas interrumpen el proceso ejecutivo (**tentativa inacabada**); y, cuando el resultado no se llega a producir habiéndose agotado el proceso de ejecución sin conseguir la consumación (**tentativa acabada**), es menester que la no producción del resultado sea consecuencia de factores extraños a la voluntad e intención del sujeto, que se dirige en forma inequívoca a la consumación.

A consecuencia de lo anteriormente expuesto es que nace lo que llamamos **tentativa desistida** y el **arrepentimiento**, en los que no hay consumación por actividad propia del individuo responsable del conato (tentativa) cuyos efectos en nuestro C.P. son excluir incluso la punición en el desistimiento. El **desistimiento** es un acto voluntario del sujeto que interrumpe el proceso ejecutivo del delito (**tentativa inacabada**) por propia iniciativa encontrándose en condiciones de poder llegar a la consumación; es expresión de abandonar el designio criminal propuesto e iniciado<sup>27</sup>. Debe insistirse en que la no producción del resultado es consecuencia de la actitud voluntaria del sujeto que estando en condiciones de continuar se abstiene de hacerlo, y si falta la adecuación típica por ausencia de un elemento –no producción del resultado por causas ajenas–, conclúyase de esto que la conducta será atípica.

Consecuencia de la atipicidad es hacer impune la conducta, excepto en el caso de que los actos ejecutados son por sí delito en que responderá por estos, como por ejemplo, ocurrirá cuando un sujeto

<sup>27</sup> Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 96.

con la finalidad de robar penetra en el interior de un domicilio y en el interior voluntariamente desiste de continuar estando en condiciones de poder hacerlo, habrá tentativa desistida que como tal es impune - por la voluntariedad del agente-, pero como la penetración en morada ajena es conducta típica de la violación de domicilio, el sujeto deberá responder por este tipo delictivo **aún cuando la tentativa de robo resulte no punible**.

La determinación de que el desistimiento es voluntario debe ser apreciada por el juez en cada caso concreto que le toque resolver, habrá que examinar si en el caso concreto podía continuar con el proceso ejecutivo, de manera que si el sujeto no continúa por temor o porque considera que resultará inútil su esfuerzo por cuanto no podrá llegar a la consumación y decide abandonar su empresa criminal, no cabe hablar de desistimiento que genere la impunidad. SOLER cita como ejemplo la situación concreta del sujeto que expresa «no quiero aunque puedo» y que es involuntario cuando dice «no puedo aunque quiero»<sup>28</sup>, sentando como criterio el distinguido maestro argentino, «cuando esos medios estaban a disposición del sujeto, de manera que sin impedimento podía seguir usándolos hasta llegar al resultado, y no lo hizo estaremos en presencia de un desistimiento»<sup>29</sup>.

Agotado el proceso ejecutivo debe ser capaz por sí mismo de producir el resultado querido por el agente, si éste por un acto voluntario y eficaz se arrepiente e impide la consumación que es inminente<sup>30</sup>, las consecuencias son las de impunidad de la **tentativa acabada** pero desistida -o arrepentida-, por falta de adecuación típica pues el resultado no se produjo por la intervención voluntaria del propio sujeto. Para que sea punible la tentativa acabada y fallida la consumación deben haber causas ajenas a la voluntad del responsable, lo que no acontece en el llamado arrepentimiento eficaz.

El **desistimiento voluntario** al igual que el **arrepentimiento eficaz** son circunstancias personales de exclusión de la pena<sup>31</sup> que benefician únicamente a quien con un acto voluntario y pudiendo conti-

<sup>28</sup> SOLER, *op. cit.*, t. II, p. 223.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 223.

<sup>30</sup> Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.*, p. 113.

<sup>31</sup> Cfr. BETTIOL, *op. cit.*, p. 488.

nuar decide no hacerlo (**tentativa inacabada**), o que habiéndose concluido el proceso ejecutivo del delito impide voluntariamente su consumación (**tentativa acabada**), a esta solución se llega por el sector de la doctrina que sigue los lineamientos de la moderna legislación penal alemana.

En la legislación penal ecuatoriana se sigue el criterio de la legislación italiana; el **desistimiento voluntario** es causa de impunidad o impunidad pero si los actos ejecutados constituyen infracción penal diversa responde por ésta; igualmente responde por delito cuando la sola tentativa lo constituye como en el atentado contra el pudor.

El criterio diferenciador está en considerar en la situación concreta si el sujeto pudiendo continuar deja voluntariamente de hacerlo, en que habrá **tentativa inacabada** que puede ser impune, cuando los actos ejecutados por sí no constituyen delito, en tanto que si terminado el proceso ejecutivo impide la realización del evento voluntariamente habrá arrepentimiento, que opera como circunstancia de atenuación que genera la modificación de la pena a imponerse para la tentativa. La doctrina penal alemana soluciona el caso excluyendo la pena en ambas situaciones.

Como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, siendo atípica la conducta del que desiste voluntariamente en la tentativa, esa atipicidad que produce la impunidad beneficia a las conductas accesorias realizadas por los sujetos activos secundarios<sup>32</sup>. Pero acontece que no siempre la impunidad del autor ocasiona la de los partícipes que intervienen de una manera accesorio, con respecto al primero que interviene de manera principal ejecutando los actos descritos en el tipo penal pero que guarda identidad de intención con los partícipes.

Aceptado que la atipicidad de la conducta se debe a causa propia y voluntaria, cuando la interrupción del proceso ejecutivo se debe a una eficaz intervención del partícipe que trasciende a la conducta principal, se torna en atípica e impune la conducta del tercero. Afirma el Prof. SOLER<sup>33</sup> «la consecuencia de ello (el desistimiento voluntario del autor) es el carácter estrictamente personal e intransitivo de la excusa».

<sup>32</sup> Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 101.

<sup>33</sup> SOLER, *op. cit.*, t. II, p. 236.

La conducta del que desiste voluntariamente, como genera la exclusión de la pena es una verdadera **excusa absolutoria** pues la conducta es ilícita y el autor imputable y culpable según el eximio penalista argentino últimamente citado; hemos mantenido una solución diversa considerando a la conducta como atípica. Insistimos que falta la adecuación típica porque en la tentativa punible el delito no se consuma por causas ajenas a la intención del agente, faltando este elemento de adecuación en la tentativa desistida voluntariamente. Verdad es que el efecto es el mismo, ya que la circunstancia personal genera la exclusión de la pena. Al Estado le preocupa la puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados pero le interesa que las conductas criminosas no lleguen a la consumación y sacrifica la puesta en peligro de los bienes jurídicos como acontece con la tentativa desistida<sup>34</sup>, beneficiando con la impunidad al que desiste.

En sistemas penales en los que la **tentativa inacabada** por desistimiento voluntario y la **acabada** seguida de inconsumación por el arrepentimiento del sujeto, generan la ausencia de adecuación típica y la consiguiente impunidad, la solución es más cómoda cuando de la intervención de terceros se trata, pues el beneficio es personalísimo e intransmisible.

### La tentativa de delito imposible

Emparentada como se encuentra doctrinariamente la tentativa con el delito imposible, pues modernamente se concibe a éste como tentativa inidónea<sup>35</sup>, importante resulta destacar la no punibilidad de la tentativa de un delito imposible. El estudio formulado de la idoneidad de los medios –entendiéndolos como eficaces a aquellos que pueden racionalmente producir el resultado–, nos lleva a formular la negativa de aceptar como punible la tentativa irrealizable por inidoneidad del medio.

Pero mirado el problema con mayor amplitud encontramos que un resultado es en determinadas situaciones de imposible realización por la ausencia del objeto. En el presente caso hay delito imposible por falta del medio y del objeto en el último supuesto y en ambas situaciones hay impunidad por falta de adecuación típica, no siendo

<sup>34</sup> Cfr. BETTIOL, *op. cit.*, p. 488.

<sup>35</sup> Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 486.

admisible afirmar la punición a título de tentativa pues si ésta es «empezar a ..» se requiere del empleo de un medio idóneo, que en mi situación no se cumple, *pues yo no tenía ninguna relación con E.F. y J.R.*, como para darle credibilidad a las insinuaciones de ... de que habría una supuesta venta de fallos. Ni estaba en condiciones una sola persona de resolver el recurso pendiente.

La idoneidad puede ser **absoluta y relativa**<sup>36</sup>, teniendo cabida la primera cuando los medios empleados o el objeto tornan imposible por «ley natural» que el resultado propuesto tenga realización, y será relativa aquella en que los medios o el objeto tenían idoneidad genérica para que el resultado se produjera, pero en la situación específica debido a circunstancias particulares carecieron de eficacia. La situación se resuelve como impune por la inidoneidad del medio o del objeto sobre el cual la acción recae<sup>37</sup>.

*Examinado así el actuar concreto de mi parte, se debe concluir que mi conducta no se adecuó a un delito tentado o en fase de tentativa, que mi actuación no ha sido antijurídica; y, que como consecuencia de falta de reproche debo ser sobreseído de manera definitiva, porque no se me pueden imputar actos idóneos y conducentes de manera inequívoca a la comisión de un delito.*

Dígnese tomar en cuenta la presente exposición.

Por el peticionario, su defensor

Dr...

Mat...

<sup>36</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 488.

<sup>37</sup> Cfr. SOLER, *op. cit.*, t. II, p. 225.

## PETICIÓN DE INICIO DE INSTRUCCIÓN FISCAL

**Indagación previa 004-2007**

**Señora doctora**

**Fiscal de lo Penal del Guayas (Misceláneos)**

S.E.M.L., en la indagación previa de mi referencia que se sigue por denuncia presentada por el delito de **estafa**, y por el que deben responder D.P.C., Asesor Comercial de T; Ing. L.F., Gerente de Ventas; Ec. F.G., Gerente General de T e Ing. R.F., Gerente de la Agencia T; comparezco en calidad de ofendida, para exponer y solicitar:

Solicité a usted que se digne disponer la **instrucción fiscal** en contra de los denunciados por la estafa irrogada a la compareciente.

Insisto en mi calidad de ofendida, para que se digne proveer a mi requerimiento, expresando nuevamente lo que sigue:

### **Antecedentes**

Desde el 03 de enero del año 2007, se encuentra abierta la etapa de *indagación previa*, pues como expresé en la denuncia por mi reconocida, la Asesora Comercial de T, D.P.C., se hizo entregar en beneficio de T la cantidad de \$ 15.651,51 **dólares usa**, en la casa comercial de vehículos denominada T situada en la Av. Carlos Julio Arosemena, en el Km. 3 y ½, de la ciudad de Guayaquil el 1 de diciembre del año 2005, bajo el ofrecimiento de entregarme en venta un **automotor nuevo**, clase camioneta, marca Toyota, modelo Scout II 4x2, Platon, versión colombiana, color gris Plutón, año 2006, serial 9FH31UNE868003863, motor 3416101. Mas ocurre que el mismo vehículo bajo cuya oferta de ser nuevo y sin uso fui desapoderada de mi

dinero, había sido vendido previamente al ciudadano ... mismo que lo había matriculado en la Jefatura de Santo Domingo de los Colorados, según se ha podido comprobar posteriormente. He tratado de conversar con diferentes representantes de T como son los señores Ing. L.F.A. Gerente de Ventas; Ec. F.G., Gerente General de T e Ing. R.F., Gerente de la Agencia T, quienes con evasivas han pretendido que mi resistencia se agote, para perfeccionar la Estafa por la lesión patrimonial sufrida.

En fecha 27 de febrero del 2007, en escrito presentado y firmado por el Ec. F.G.O., Gerente General de T S.A., éste expresa que se trata de una confusión porque habría dos vehículos iguales en su presentación, aunque con diferente numeración de chasis y motor, y que el vehículo que a mi se me entregara era nuevo. Esto es total y absolutamente falso como aparece de la matrícula otorgada a favor de L.V.L.

### Petición de instrucción fiscal

Con el antecedente expuesto y en mi calidad de legítima interesada y ofendida, le solicito nuevamente que se sirva dictar la correspondiente instrucción fiscal, debiendo imputar en la misma a D.P.C., Asesor Comercial de T; Ing. L.F.A., Gerente de Ventas; Ec. F.G., Gerente General de T e Ing. R.F., Gerente de la Agencia T, en contra de quienes usted se servirá solicitar las medidas de aseguramiento personal que fuesen pertinentes, al tenor de lo previsto en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, por la presunta comisión del delito de **estafa** descrito y sancionado en el Art. 563 del Código Penal.

Como es de su debido conocimiento señor Fiscal, la estafa, como delito contra la propiedad se caracteriza por la presencia de **elementos objetivos y subjetivos** en la estructura de tipo penal. Son **elementos objetivos** el empleo de manejos fraudulentos o artificiosos para abusar de la confianza del sujeto paciente que sufre una merma en su patrimonio económico, como cuando el sujeto activo con maniobras hábiles se hace entregar bienes muebles o dineros, con la finalidad de apropiarse de ellos. Los **elementos subjetivos** de este tipo penal se conforman por el dolo (o el querer de un resultado típico) y por el ánimo de apropiación. Debo recordar que de acuerdo con el Art. 33 del Código Penal vigente, se presumen como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, esto es que se presume el actuar dolosamente para causar daño patrimonial como ocurre en el presen-

te caso, en que he sido desapoderada de dinero con el ardid o fraude de entregarme un vehículo nuevo, en cuya mentira se ha persistido, pues a base de engaños se me entregó un vehículo usado.

En cuanto al empleo del medio artificioso, puede ser cualquiera – como la entrega de un **vehículo usado como nuevo**– con tal que resulte idóneo o capaz para vulnerar la confianza de la víctima. Para conocimiento del denunciado es menester dejar constancia que **los tipos penales, por su contenido pueden ser abiertos o cerrados**.

El **tipo penal abierto** describe la conducta o se refiere al resultado en forma llana, sin exigir circunstancias especiales que acompañen a la conducta, y sin mencionar la modalidad de comportamiento que ha de producir el resultado. En el caso de la *estafa* el legislador se refiere al Art. 563 en forma ejemplificativa a la utilización de cualquier medio, pues de su tenor literal, «para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad» debe así entenderse por respeto a la lógica jurídica.

Para ilustrar el criterio expuesto me permito reproducir algunos de los fallos de la Excma. Corte Suprema de Justicia en relación al delito que acuso, como los siguientes:

En la *Gaceta Judicial*, serie V, N° 95 se resuelve: «Lo que constituiría esencialmente la estafa, en el caso de que se trata, sería el hecho de que el dinero y las joyas de las cuales se dice quiere apropiarse el sindicado, le fueron entregadas por los perjudicados mediante manejos fraudulentos para hacerles creer en la existencia de una empresa imaginaria».

En la *Gaceta Judicial* N° 117 de la misma serie V, se consigna: «El engaño y el ardid que se emplea para hacerse entregar una cosa ajena constituye uno de los elementos básicos de esta infracción...».

En la *Serie VI*, N° 4, leemos: «La estafa consiste en sacar dinero, valores o cualquier otra cosa de utilidad, fingiendo lo que no se es, atribuyéndose lo que no se goza, simulando lo que no se posee, etc...».

En otro de los fallos de nuestro más alto tribunal de justicia, dice en la *Gaceta Judicial*, Serie X, N° 12: «4/ expresar la ley, con propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro que hubiera hecho entrega de fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos (sic), está especificando o determinando las cosas materia de la estafa».



Ruego atender el justo requerimiento que demando. Que se me notifique en la casilla judicial N° 1010 de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil.

A ruego y como su defensor.

Dr...l

Mat..

## ESCRITO ANALIZANDO CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

### Instrucción Fiscal 09-09

#### Señor Fiscal Penal del Guayas

I.A.A., en mi calidad de padre de la joven J.M.A.V., comparezco para exponer y solicitar:

Impactado de justo dolor como padre por la grave imputación que se formula en contra de mi señorita hija, nacida y criada en un hogar de clase media, que ha estado cursando inclusive estudios superiores universitarios, debo reconocer que no obstante el buen trato en el seno familiar, ha venido expresando desajustes de conducta y graves perturbaciones emocionales, con esporádicas ausencias del domicilio.

Expreso mi interés porque los hechos que se investigan, sean apreciados con objetividad y ponderación, más allá del escarnio público y vilipendio que debo soportar estoicamente como padre, y por ello he concurrido a las citas o reuniones que han promovido elementos policiales encargados de la investigación. Yo no soy ni coautor, ni cómplice ni encubridor de ningún hecho delictivo, no obstante mi domicilio y mis negocios pueden ser investigados para que se constate que estoy libre de cualquier sospecha.

Con el antecedente expuesto y a afectos de poder determinar con objetividad y de manera técnica y científica, la capacidad de comprensión de la ilicitud de mi hija, y por ende su capacidad de culpabilidad solicito con la urgencia que su situación amerita, un examen médico-psiquiátrico y/ o clínico -psicológico, con especialistas de reconocido prestigio y conocimientos, para determinar si

mi hija J.M. está atravesando por un cuadro clínico-psiquiátrico que fuese el factor desencadenante de hechos presuntamente delictivos, pues en nuestro hogar no ha estado carenciada de cariño ni de lo necesario para tener una vida digna y de superación estudiantil.

La gama de enfermedades mentales y psíquicas es tan variada que es frecuente encontrarnos con cuadros esquizo-paranoides, o de neurorisis, o de bipolaridad en sus diferentes estados, o de sociópatas, etc.

### La capacidad de culpabilidad

En fuerza de la procedencia de mi petición, debo indicar que la capacidad de culpabilidad, está ubicada como elemento del juicio de reproche y no como presupuesto que deba ser tratado previamente. Así lo hace el propio Prof. Hans WELZEL<sup>1</sup>. Carece de importancia la ubicación que se pretenda darle, siendo si necesario que se **aclare** que la terminología moderna de **capacidad de culpabilidad** es sinónimo de **imputabilidad** o de **capacidad de imputación**.

En nuestro Código Penal se alude a la imputabilidad en el art. 32 como condicionante de la punibilidad, dado que «nadie puede ser reprimido por un acto previsto como infracción sino lo hubiere cometido con voluntad y conciencia», a continuación (art. 33 *ibidem*) se afirma la presunción legal de la imputabilidad –capacidad de culpabilidad– la que se reputa en todos los sujetos salvo los casos de excepción como cuando se trata de personas que no tienen el suficiente desarrollo y madurez mental por razones de edad (art. 40), de sordomudez (art. 39), o en los casos de enfermedad mental o de trastorno mental transitorio en que se admite la imposibilidad de entender o de querer (art. 34).

Cuando se trata de personas adultas y mentalmente sanas se presume la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento (elemento intelectual) y de determinar su voluntad de acuerdo con esta comprensión (elemento voluntario), esto es, se requiere capacidad de comprensión y capacidad de acción, que se los supone por razones de política criminal.

El ordenamiento jurídico-penal requiere un mínimo de capacidad de autodeterminación para que se pueda formular el reproche, estando ausente ese mínimo de capacidad cuando no se ha alcanza-

<sup>1</sup> WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1956.

do una edad determinada o se está afectado por graves perturbaciones psíquicas, esto es cuando nos encontramos en presencia de estados mentales anormales.

### Incapacidad de culpa por perturbaciones psíquicas

Constituye una excepción en tratándose de personas adultas pues la normalidad mental se la supone. El perito psiquiatra y el psicólogo pueden responder a la cuestión de los efectos que despliega en la capacidad de comprensión y de acción del autor una perturbación psíquica que se ha constatado. Desde el punto de vista jurídico interesa es que el técnico informe que la perturbación psíquica ha alcanzado tal grado de desarrollo que de acuerdo con los conocimientos científicos debilita la personalidad del autor de manera profunda. No se requiere más que una comprobación comparativa<sup>2</sup>.

La exclusión de la capacidad de culpa es tarea que le corresponde al juez (sin perjuicio de la decisión del fiscal), pero esa decisión la toma escuchando al especializado, al que le corresponde determinar la existencia de estados mentales anormales, bien de las llamadas enfermedades mentales o casos de un grave trastorno mental transitorio, correspondiéndole al juzgador el enjuiciamiento de la **capacidad de culpabilidad** desde el plano jurídico.

No pretendemos invadir el campo del médico psiquiatra o del psicólogo clínico especializados, pero el avance científico nos impele a exponer algunos aspectos con referencia a las **perturbaciones psíquicas**, término moderno con el que se alude a las **enfermedades mentales propiamente**, a los **trastornos profundos de la conciencia** y a **otras anomalías psíquicas** que se reputan graves y que en conjunto operan como causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad, vale decir como causas de inimputabilidad.

### Perturbaciones psíquicas morbosas

(Enfermedades mentales). Se denominan desde el punto de vista médico como psicosis, diferenciándose de las **perturbaciones psicopático-neuróticas o neurosis**. Las perturbaciones psíquicas morbosas se asientan en el ámbito intelectual o emocional a causa de lesio-

<sup>2</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 606.

nes o enfermedades del cerebro<sup>3</sup>. Se mencionan las psicosis traumáticas, las psicosis infecciosas, enfermedades orgánicas del cerebro como la epilepsia, la oligofrenia producida por lesiones tempranas del cerebro o por arterioesclerosis cerebral. Pertenecen a este grupo de enfermedades las psicosis endógenas como la esquizofrenia y la ciclotimia.

También se admiten como enfermedades propiamente tales las psicosis tóxicas causadas por el alcohol y drogas estupefacientes, que son causas exógenas.

### **El trastorno profundo de la conciencia**

Se trata de perturbaciones desprovistas del carácter morboso (de enfermedad), motivadas por factores más bien exógenos pero que afectan a la motivación normal, a la psique del ser humano. Corresponde a lo que llamamos tradicionalmente **trastorno mental transitorio**, es decir, que nos encontramos frente a personas que son en general mentalmente sanos, pero por causas extrañas sufren un profundo impacto emotivo que transitoriamente les impide una motivación normal, puede tener como causa el alcohol, el agotamiento, el cansancio. Se trata de casos excepcionales como las formas más graves de estados hipnóticos o post-hipnóticos, alucinaciones o estados crepusculares no morbosos. Se deben considerar también los estados pasionales que pueden llegar a desencadenar un estado de inculpabilidad por trastorno profundo de la conciencia, por celo o por odio, etc., en que el agente es igualmente incapaz de culpabilidad.

En un momento dado, hasta las graves ofensas verbales, pueden llegar a producir en la psique de una persona atendiendo diversas circunstancias (lugar, tiempo, capacidad intelectual, jerarquía, etc.) una grave perturbación de la capacidad de entender y de querer en forma transitoria que lo conviertan en un inimputable o incapaz de culpa, que en tal estado puede reaccionar matando sin que se le pueda formular juicio de reproche por ser transitoriamente inimputable.

### **Otras anomalías psíquicas graves**

En casos de excepción se admiten doctrinariamente como causas de exclusión de la culpabilidad y con más propiedad de la

imputabilidad, las psicopatías, las neurosis y las perturbaciones sexuales. Se distinguen de las psicosis por no ser verdaderas enfermedades mentales aunque producen el mismo efecto en cuanto a la capacidad de culpabilidad. La psicopatía se traduce como «personalidad anormal», consistiendo en perturbaciones y anomalías que se ponen de manifiesto en los sentimientos, en la voluntad y en el carácter, llegando a hacer una clasificación de psicópatas hipertímicos, depresivos, sensitivos y neuróticos compulsivos, fanáticos, lábiles, explosivos, insensibles abúlicos y asténicos.

### **La capacidad de culpabilidad disminuida**

(Imputabilidad disminuida). Nuestro Código Penal admite la posibilidad de disminución de la capacidad de culpabilidad –esto es la imputabilidad disminuida– que permite formular el juicio de reproche de culpabilidad en menor intensidad y consecuentemente imponer una pena de menor gravedad en cuanto a la durabilidad (art. 35). Esta es una situación de aceptación universal para dar un tratamiento punitivo adecuado a aquellas personas que padecen de grados menores de oligofrenia, psicopatías, neurosis. La capacidad de comprensión y de acción no se excluye pero si disminuye y consecuentemente se va a producir una disminución de la culpabilidad y de la pena, aquí se torna indispensable el auxilio del perito especializado que orientará al fiscal y al juez.

Corresponde a usted proveer al requerimiento que formulo como legítimo interesado, y actuar como respetando las garantías constitucionales propias de un Estado de Derecho.

### **Señalamiento de domicilio**

Ejercer el derecho de petición y de tutela judicial (Art. 66 numeral 23, y Art. 75 y ss.) previstos en la Constitución Política del 2008, y señalo como domicilio la casilla judicial N° 1010 de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil.

El doctor ... interviene en mi patrocinio en gesto de solidaridad por nuestra condición de vecino y de amigo, que conoce además a J.M. desde que era una niña de doce años de edad.

Ruego proveer.

Dr...

Mat...

<sup>3</sup> Cf. JESCHECK, *op. cit.*, pp. 601 y 602.

## PETICIÓN POR TRASTORNO DE PERSONALIDAD ANTISOCIAL

**Instrucción Fiscal**

**Señor doctor ...**

**Agente Fiscal de lo Penal del Guayas**

Dr..., abogado defensor de la señorita J.M.A.V., imputada por delito contra la propiedad, comparezco para exponer y solicitar:

Es fundamental que se disponga un examen pericial médico psiquiátrico especializado a mi patrocinada, J.M.A.V., pues ante la ausencia de factores desencadenantes de la conducta antisocial que se le atribuye, no siendo una joven carenciada de afecto familiar y asistida siempre para su superación por el esfuerzo de sus padres que le han brindado protección material y espiritual; es necesario encontrar en la explicación de los expertos los factores desencadenantes de una conducta delictiva.

El perfil psicológico de la señorita A.V., y probablemente el de los otros jóvenes, con expresiones de ausencia de miedo y remordimiento, de falta de temor, de audacia, de pérdida de respeto a las normas sociales, de la incursión en actos delictivos y antisociales sin necesidades materiales que satisfacer, etc., pone en evidencia **un trastorno de personalidad antisocial**, propio de los sociópatas que llegan incluso a actos de cleptomanía (manía por robar).

Hay que evitar el escarnio y el vilipendio público que hoy deben soportar la joven detenida, al igual que sus padres, hermanos, abuelos, tíos, primos, etc., con más razón si se trata de una persona afectada por un grave trastorno de personalidad, que debe ser auscultado y valorado psiquiátricamente. Este es un drama que le puede ocurrir a cualquier hogar, y ello debe sensibilizar el llamado

al respeto a la integridad y dignidad de la joven, y el respeto a la intimidad de su familia.

### **El trastorno de personalidad antisocial**

La **sociopatía**, también conocida como trastorno de personalidad antisocial (TPA), es una patología de índole psíquico que deriva en que las personas que la padecen pierden la noción de la importancia de las normas sociales, como son las leyes y los derechos individuales. Si bien, generalmente, puede ser detectada a partir de los 18 años de edad, se estima que los síntomas y características vienen desarrollándose desde la adolescencia.

Los sociópatas son personas que padecen un mal de índole psiquiátrico, un grave cuadro de personalidad antisocial que les hace rehuir a las normas preestablecidas; no saben o no pueden adaptarse a ellas. Por esto que, a pesar de que saben que están haciendo un mal, actúan por impulso para alcanzar lo que desean, cometiendo en muchos casos delitos graves. Es común que se confunda a la sociopatía con otras patologías de la misma clase, como podrían ser la conducta criminal, la antisocial o la psicopatía. Pero son trastornos, aunque relacionados, de diferentes características, con otros tratamientos y consecuencias.

### **Causas**

Se estima que este trastorno es causado por una variedad de factores. Muchos son de índole genético, heredados de algún miembro de la familia que ya los padeció. Pero también el entorno de la persona, especialmente el de los familiares directos, tiene mucha importancia en su posterior desarrollo. Los investigadores también consideran que existen factores biológicos que pueden contribuir en su progreso. La manifestación de procesos químicos anormales en el sistema nervioso y posibles daños en las partes del cerebro que atañen a la toma de decisiones puede llegar a despertar un comportamiento impulsivo y agresivo. El abuso de estupefacientes también puede ser una de las causas de TPA.

### **Síntomas**

Si bien la sociopatía es más común entre los hombres que en las mujeres, no existen barreras de ninguna clase para padecerlo. Pero para ser diagnosticado, la persona debe tener al menos 18 años de

edad aunque, por lo menos, desde los 15 años ya puede presentar algunos síntomas para que el trastorno sea dictaminado con precisión.

Entre las características más comunes del TPA se encuentran la ausencia de empatía, de miedo y remordimiento, también una visión de la autoestima distorsionada, una constante búsqueda de nuevas sensaciones (que pueden llegar a extremos insólitos), la deshumanización de la víctima o la falta de temor a las consecuencias. El egocentrismo, la falta de responsabilidad, la extroversión, el exceso de hedonismo, altos niveles de impulsividad, o la motivación por experimentar sensaciones de control y poder también son muy comunes. Este tipo de psicosis no se relaciona con ataques de pánico o con esquizofrenia.

### **Tratamiento**

Las personas con trastorno de personalidad antisocial no logran admitir que están frente a un problema que debe ser tratado. Es por ello que es fundamental que exista un estímulo externo que les permita aceptar dicha condición. Puede venir desde la propia familia como también desde la justicia, que le ordene un tratamiento en vistas de los problemas que le puede acarrear.

Este trastorno puede agravarse, en algunos casos, especialmente cuando la persona a tratar tiene como hábito el consumo de drogas. Muchos tipos de terapia pueden colaborar a sobrellevar de mejor modo la enfermedad. La terapia grupal puede ser clave para hacer entender a la persona que puede interactuar con los demás sin necesidad de violencia o desprecio. La terapia de comportamiento cognitivo y la terapia de modificación pueden contribuir a alterar los patrones problemáticos de pensamiento que el tratado posee y a estimular los comportamientos positivos en sociedad.

Dentro de la órbita psiquiátrica, los medicamentos se usan para combatir síntomas específicos, como la agresividad y la irritabilidad. Los fármacos conocidos como «antipsicóticos» han demostrado tener éxito en el tratamiento del trastorno. Si bien se presupone que el TPA es una enfermedad crónica, algunos síntomas –especialmente el comportamiento criminal– pueden ir disminuyendo con lentitud con el paso del tiempo y un tratamiento adecuado.

## Consecuencias

De no ser tratado a tiempo, el trastorno de personalidad antisocial puede acarrear graves consecuencias no sólo para la persona que lo padece sino también para las personas que puedan verse afectadas por estos comportamientos. El TPA no solo puede generar aislamiento o desprecio hacia las demás personas y normas, sino que puede alcanzar ribetes mucho más drásticos. El sociópata, al igual que el psicópata, es plenamente consciente de sus actos. Pero sus impulsos y la necesidad de satisfacer sus deseos hacen que no le importen los métodos que tenga que emplear para lograrlo.

Hay recordar que el TPA, una vez desarrollado con cierta intensidad, conlleva agresiones de todo tipo que pueden dirigirse hacia personas (o animales) pero también hacia bienes materiales, derivando en robos, destrucción de la propiedad o violaciones graves a las reglas de convivencia en sociedad. Por esto mismo es que se transforma en un hecho de suma importancia el buscar un tratamiento adecuado para el trastorno. No solamente para colaborar con la persona que lo sufre, sino también para salvaguardar a quienes se puedan ver afectados.

## A manera de epílogo

Los **trastornos de personalidad** son un conjunto de perturbaciones o anormalidades que se dan en las dimensiones emocionales, afectivas, motivacionales y de relación social de los individuos.

Los trastornos de personalidad hay que limitarlos, por tanto, a problemas emocionales, afectivos y sociales. Estos últimos sólo cuando haya evidencias de que fueron causados por perturbaciones emocionales o afectivas subyacentes, y no cuando son producidos por situaciones ambientales propiamente, aunque sea muy difícil separar en ocasiones el origen y las consecuencias de estos trastornos, que son, más bien, una red compleja en la que es difícil determinar las causas y los efectos.

Aunque no todos los trastornos de personalidad llevan a conductas de inadaptación social, hay una frecuencia de que las perturbaciones emocionales dan como consecuencia un desajuste social.

Los desajustes o trastornos son un producto de diferentes causas biológicas o medioambientales y, aunque haya que hacer clasificacio-

nes según ciertas categorías comúnmente aceptadas, el diagnóstico debe hacerse de forma individual. Hay que tener presente que la misma causa puede tener síndromes diferentes y un síndrome determinado puede ser la manifestación de causas diversas, condicionada por la constitución biológica y el medio familiar, escolar y social en el que el individuo se encuentre.

**NOTA.** Se puede confirmar la información aquí expuesta en:

- LÓPEZ-IBOR ALIÑO, Juan J. & VALDÉS MIYAR, Manuel (dir.) *DSM-IV-TR. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, texto revisado, Editorial Masson, Barcelona, 2002, ISBN 9788445810873.
- MILLON, Theodore & DAVIS, Roger D., *Trastornos de la personalidad. Más allá del DSM-IV*, 1ª ed., 1998, reimpresiones 1999 (2), 2000, 2003, 2004, Editorial Masson, Barcelona, ISBN 9788445805183.
- GROSSMAN, Seth & MILLON, Carrie & MEAGHER, Sarah & RAMNATH, Rowena, *Trastornos de la personalidad en la vida moderna*, 1ª ed., 2001, 2ª ed., 2006, Editorial Masson & Elsevier, Barcelona, ISBN 9788445815380.

Tanto el juez penal a quien le compete actuar como juez de garantías, así como el fiscal en calidad de titular de la acción penal, deben hacer efectivos el derecho a un juicio justo, así como el respeto a la inviolabilidad de la defensa, como uno de los principios del **Derecho al Debido Proceso** previsto en el Art. 76 (n. 7, letra a) de la Constitución Política de la República vigente, que consagra igualmente en el Art. 66, el derecho a la integridad personal (integridad física, psíquica, moral y sexual), al honor y al buen nombre, disponiendo la protección de la imagen y la voz de la persona, así como el derecho a la intimidad personal y familiar, (n. 3, n. 18, n.20). La mayoría de estos derechos vienen siendo evidentemente conculcados y violentados, inclusive con una alta dosis de morbosidad.

Al agente fiscal le corresponde actuar con objetividad e imparcialidad, extendiendo la investigación no solo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado conforme determina el Art. 65 del vigente Código de Procedimiento Penal, y ello legitima la insistencia en la experticia psiquiátrica demandada.

Invoco en defensa de mi patrocinada el respeto al Art. 8 de la Convención de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por el Estado ecuatoriano y vinculante por el mandato previsto en el Art. 417 de la Constitución de Montecristi. En lo que es aplicable dice la disposición invocada:

**Artículo 8. Garantías Judiciales**

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Señalamiento de domicilio judicial

Señalo como domicilio para notificaciones la casilla judicial No. ... de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil.

A ruego de mi patrocinada

Dr. ..

Mat...

**FUNDAMENTOS PARA LA NEGATIVA A DICTAR LA PRISIÓN PREVENTIVA**

1.- Viviendo en un sistema democrático y de legalidad, hoy ha tomado carta de naturalización un movimiento jurídico mayoritario y profundo que propende a repensar las consecuencias reales de la operatividad de los sistemas penales, y a hacer efectivos los valores superiores relativos a la dignidad de la persona humana. Las investigaciones criminológicas modernas desde la sociología norteamericana del siglo que agonizó y su recepción y amplificación reciente tanto en Europa como en el contexto latinoamericano, ponen en evidencia y de cuerpo entero la irracionalidad en el funcionamiento y la aplicación concreta de los sistemas penales, que por su elevado grado de selectividad, desigualdad, represividad excedente, violaciones sistemáticas a la legalidad, no solucionan conflictos sino que los realimentan, incrementando incluso los niveles de violencia social por el poder demoledor que tiene una trituradora como la maquinaria judicial, que ha dado origen a lo que se denomina ya con propiedad victimización judicial.

2.- No sólo la pena de prisión sino incluso la prisión preventiva (que debe admitirse como una forma de pena anticipada) que en casos como el presente es manifiestamente violatoria de cualquier presupuesto de política criminal y de racionalidad, son formas preponderantes de coerción penal que producen como principales efectos los desintegradores de la personalidad (despersonalización, prisonización, etiquetamiento) que funcionan como operadores de futuras conductas desviadas en el caso de la pena de prisión, y como reforzadores de estigmatización cuando se trata de la prisión preventiva. Sobre esto hay suficiente material de información en los trabajos

de sociología criminal y de criminología de MERTON, BECKERT o LEMMERK<sup>1</sup>. Frente a una razonable propuesta reduccionista y garantista que marca las pautas de un sistema penal respetuoso del derecho a la libertad y de las garantías constitucionales que caracterizan al Estado de Derecho, se producen situaciones como las que motivan esta resolución en que se demuestra la selectividad operativa de la fiscalía. En el caso de la prisión preventiva es innegable la contradicción entre las propuestas del discurso jurídico del debido proceso y su real operatividad; las investigaciones de Naciones Unidas en Latinoamérica revelan que un 68,47% de los presos, se encuentra sin condena, vale decir sometidas a proceso como expresión de una burla cruel al estado de inocencia que en teoría es garantizado por el Pacto de San José de Costa Rica ratificado por nuestro país, y por la Constitución Política de la República y que por ende tiene competencia vinculante al tenor de lo que dispone el Art. 163<sup>2</sup>.

La criminología, la psiquiatría, la psicología o la filosofía han demostrado todos los efectos deteriorantes que se causa con consecuencias irreversibles a las personas en las «instituciones totales o de secuestro», los mismos que se potencian cuando vulnerando el principio de inocencia y contra toda prueba de descargo, se pretende que la prisión preventiva cumpla papeles retributivos o de prevención general, fundado en supuestos criterios de defensa social, peligrosidad, alarma social, protección a las víctimas, razones de estado, etc., lo que ha devenido en la formación de una corriente de opinión autorizada y en la limitación hasta legal en algunos estatutos procedimentales, buscando respuestas menos gravosas y deteriorantes<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cf. MERTON, Robert K., *Teoría y estructura social*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964; BECKER, Howard, *Los extraños. Sociología de la desviación*, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1971; LEMMERK, Sigfried, *Teorías de la criminalidad*, Siglo XXI, México, 1980.

<sup>2</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Informe sobre sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina y sus recomendaciones sobre legislación procesal*, Depalma, Buenos Aires, 1968, pp. 122 y ss., esp. 149 y ss.; y en el mismo sentido, MAIER, Julio J.B., en *Derecho penal argentino*, tomo II, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, esp. 274 y ss.

<sup>3</sup> Es importante revisar el trabajo de CARRANZA, Elias, HOUED, Mario, RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis y MORA, Paulino, *Sistemas penales y alternativas a la prisión*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

3.- 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 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.

Debemos agregar que en el Ecuador y con la vigencia del Código de Procedimiento Penal del año 2000 se han previsto normativamente *principios* que antaño eran referente constitucional y doctrinario, como el de **presunción de inocencia** (Art. 4 del CPP), el del **único proceso** (Art. 5), el de la **celeridad procesal** (Art. 6), el de la **igualdad de derechos** (Art. 14) entre otros. Agregamos a lo expresado, la presencia normativa de *principio de la interpretación restrictiva* (15), con lo cual se ha previsto legalmente lo que doctrinariamente hemos estudiado como la *excepcionalidad* de las medidas de aseguramiento, y de allí la exigencia de la interpretación (o aplicación) restrictiva de la misma.

Vale decir en expresiones como las de los profesores, Raúl ZAFFARONI, Julio MAIER y Juan BUSTOS, que las medidas cautelares deben ser expresiones de *última* o *extrema ratio*, y no la primera respuesta del sistema penal. La **aplicación restrictiva** de las medidas cautelares personales y reales se encuentra igualmente prevista de manera clara y taxativa en el Art. 159 del vigente CPP de Ecuador del 2000.

### 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. 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 ave-



riguación 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**. c.- En el presente caso, no existen en autos suficientemente constancia de indicios, esto es hechos ciertos e indubitables, que permitan presumir razonablemente que el imputado H.V.B. hubiese adecuado su conducta a algún tipo penal que merezca la privación de la libertad; por ello no son mencionados en la diminuta petición del fiscal, y le corresponde actuar como jueces de garantías, a los jueces penales.

### Breves notas sobre el auto de prisión preventiva

Como es de conocimiento para los entendidos en materia procesal penal, una medida de carácter cautelar personal, como el auto de prisión preventiva debe ser dictado en casos de excepción y cuando poderosas razones de política criminal así lo ameriten. El amparo legal que permite y legitima la medida privativa del derecho a la libertad prevista en el art. 167 y siguientes del Código de Procedimiento Penal –que no cumple ninguna finalidad de retribución o de prevención general– se aplica por excepción a personas que gozan del amparo constitucional del derecho a la inocencia, mientras no exista sentencia condenatoria en firme.

En la prisión preventiva no hay reproche moral de ninguna índole, no se pretende con la misma restaurar el orden jurídico, no se busca intimidar ni ejemplificar, y se basa tan sólo en una presunta peligrosidad por la sospecha de que el imputado cometió un delito. La prisión preventiva encuentra su ideología legítimamente en las razones de política criminal que mencionamos a continuación: Impedir la fuga. Asegurar la presencia a juicio. Asegurar las pruebas. Proteger a los testigos. Evitar el ocultamiento o uso del producto del delito. Garantizar la ejecución de la pena. Proteger al acusado de sus cómplices. Proteger al criminal de las víctimas. Evitar que se consume el delito. Es indudable que si no nos encontramos frente a las posibilidades antes citadas, el auto de prisión preventiva es improcedente e innecesario.

### Inexistencia de indicios incriminatorios en contra del imputado

Es necesario apreciar de manera ponderada si objetivamente existen indicios que permitan presumir un actuar culpable de parte del imputado. Nos permitimos recordar que el numeral 3 del Art. 168 *ibídem*, dice que el auto de prisión preventiva, debe contener: «... **La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo anterior...** «Se garantiza el derecho a la defensa cuando se le hace saber al imputado cuales son los cargos incriminatorios que se le formulan, a fin de que se pueda defender. En el Artículo invocado se consigna en forma imperativa, que el Juez cumpla con indicar los indicios que lo llevan a presumir la existencia de un delito y los indicios que le permitan presumir un actuar culpable, lo cual en este caso no se cumple como presupuesto de procedencia para proveer a la petición del Ministerio Público. Si no existen los indicios a que se refiere el Art. 88 del CPP que permiten formar o presumir una vinculación causal entre la actuación del imputado y el o los delitos que se investigan, se debe negar la pretensión de la fiscalía que está obligada a presentar un requerimiento debidamente fundado, como lo dispone el Art.167.1, agregado mediante la ley reformativa contenida en el RO 555 del 24 de marzo del 2009.

Recordemos que la presunción es un juicio de valoración lógica que se extrae de hechos probados plenamente en un proceso (indicios), que están estrechamente vinculados con el hecho principal que se prueba (el delito) que es motivo del proceso. Los indicios son el resultado de elementos de convicción o de una prueba directa introducida en el juicio. Las presunciones sobre la responsabilidad deben ser graves, precisas y concordantes, y fundamentarse en los elementos de convicción o pruebas constantes en el proceso. Esto es, deben haber hechos suficientemente probados que reafirmen la sospecha.

Los indicios que sirven de antecedente y presupuesto de la presunción deben ser: **varios**, reuniendo a los menos las condiciones de ser anteriores o concomitantes al hecho, relacionados tanto con el asunto materia del proceso como con otros indicios, de manera que sean **concordantes** entre sí. Deben ser **unívocos** de manera que todos lleguen a una misma conclusión, y **directos** esto es que establezcan la presunción de manera lógica y natural.

Si nada de lo antes expresado, aparece objetivamente del análisis de los recaudos procesales y por considerar como fundamentales tales precedentes procesales, se debe negar

la medida cautelar personal de prisión preventiva solicitada por el señor Ministro Fiscal Provincial (e) del Guayas y Galápagos. Recordemos que el Art. 8, inciso 2, primer párrafo, de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que, «Toda persona inculpada de delitos tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad».

Citamos como un importante referente el caso *Suárez Rosero*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado ecuatoriano, por el manifiesto abuso con la *prisión preventiva*. Este fallo fue expedido el 12 de noviembre de 1997, y la CIDH consignó, lo que se transcribe:»... 76. La Corte pasa a analizar el alegato de la Comisión de que el proceso contra el señor Suárez Rosero violó el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. Dicho artículo dispone que «toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad... 77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (Art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos...».

En el mencionado caso *Suárez Rosero* la Comisión Interamericana sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, en perjuicio del señor Rafael Iván Suárez Rosero, por parte del Ecuador, de los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) todos ellos en relación con el artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención, como resultado del arresto y detención del Sr. Suárez en contravención de una ley preexistente. Al resolver la Corte Interamericana expresó: **LA CORTE**, por unanimidad 1. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 38 a 66 de la presente sentencia. 2. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 57 a 83 de la presente sentencia. 3. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 84 a 92 de la presente sentencia. 4. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 61 a 66 de la presente sentencia. 5. Declara que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma. 6. Declara que el Ecuador debe ordenar una investigación para determinar las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta sentencia y, eventualmente sancionarlos. 7. Declara que el Ecuador está obligado a pagar una justa indemnización a la víctima y a sus familiares y a resarcirles los gastos en que hubieran incurrido en las gestiones relacionadas con este proceso. 8. Ordena abrir la etapa de reparaciones, a cuyo efecto comisiona a su Presidente para que oportunamente adopte las medidas que fuesen necesarias...».

## ESCRITO OPONIÉNDOSE A PRISIÓN PREVENTIVA

**Instrucción fiscal N° 45-2 007**

**Señora Jueza Décimo Segunda de Garantías Penales del Guayas**

Dr..., en conocimiento no procesal de una instrucción fiscal iniciada en mi contra por un inexistente delito previsto en el Art. 228 del Código Penal, comparezco para exponer y solicitar:

En acto claro de ejercicio abusivo de poder, el agente fiscal Ab... que dictó la referida instrucción sin fundamento ni motivación alguna, solicita que se disponga en autos mi prisión preventiva, cuando de la lectura de la propia instrucción no aparece indicio alguno que haga sostenible una medida de aseguramiento como la pedida.

Me opongo a la pretendida medida cautelar y fundamento mi negativa en los siguientes considerando:

### **Breves notas sobre el auto de prisión preventiva**

Como es de conocimiento para los entendidos en materia procesal penal, una medida de carácter cautelar personal, como el auto de prisión preventiva debe ser dictado en casos de excepción y cuando poderosas razones de política criminal así lo ameriten.

El amparo legal que permite y legitima la medida privativa del derecho a la libertad prevista en el Art. 167 y siguientes del Código de Procedimiento Penal –que no cumple ninguna finalidad de retribución o de prevención general– se aplica por excepción a personas que gozan del amparo constitucional del derecho a la inocencia, mientras no exista sentencia condenatoria en firme.

En la prisión preventiva no hay reproche moral de ninguna índole, no se pretende con la misma restaurar el orden jurídico, no se busca intimidar ni ejemplificar, y se basa tan sólo en una presunta peligrosidad por la sospecha de que el imputado cometió un delito.

La prisión preventiva encuentra su ideología legítimamente en las razones de política criminal que mencionamos a continuación: 1.- Impedir la fuga. 2.- Asegurar la presencia a juicio. 3.- Asegurar las pruebas. 4.- Proteger a los testigos. 5.- Evitar el ocultamiento o uso del producto del delito. 6.- Garantizar la ejecución de la pena. 7.- Proteger al acusado de sus cómplices. 8.- Proteger al criminal de las víctimas. 9.- Evitar que se consuma el delito.

Es indudable que si no nos encontramos frente a las posibilidades antes citadas, el auto de prisión preventiva es improcedente e innecesario.

#### **Inexistencia de indicios inculpativos en contra del imputado....**

Objetivamente no existen indicios que permitan presumir un actuar culpable de parte del imputado compareciente. Nos permitimos recordar que el numeral 3 del Art. 168 *ibídem*, dice que el auto de prisión preventiva, debe contener: «... **La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo anterior...**».

Se garantiza el derecho a la defensa cuando se le hace saber al imputado cuales son los cargos inculpativos que se le formulan, a fin de que se pueda defender. En el Artículo invocado se consigna en forma imperativa, que el Juez cumpla con indicar los indicios que lo llevan a presumir la existencia de un delito y los indicios que le permitan presumir un actuar culpable, lo cual en este caso no se cumple como presupuesto de procedencia para proveer a la petición del Agente Fiscal.

No existen los indicios a que se refiere el Art. 88 del CPP que permiten formar o presumir una vinculación causal entre la actuación de ... y el delito que se investiga, por ello no se los ha mencionado en el requerimiento de la fiscalía. Recordemos que la presunción es un juicio de valoración lógica que se extrae de hechos probados plenamente en un proceso (indicios), que están estrechamente vinculados con el hecho principal que se prueba (el delito) que es motivo del proceso.

Los indicios son el resultado de elementos de convicción o de una prueba directa introducida en el juicio. Las presunciones sobre la responsabilidad deben ser graves, precisas y concordantes, y fundamentarse en los elementos de convicción o pruebas constantes en el proceso. Esto es, debe haber hechos suficientemente probados que reafirmen la sospecha.

Los indicios que sirven de antecedente y presupuesto de la presunción deben ser: **varios**, reuniendo a los menos las condiciones de ser anteriores o concomitantes al hecho, relacionados tanto con el asunto materia del proceso como con otros indicios, de manera que sean **concordantes** entre sí. Deben ser **unívocos** de manera que todos lleguen a una misma conclusión, y **directos** esto es que establezcan la presunción de manera lógica y natural.

Nada de lo antes expresado, aparece objetivamente del análisis de los recaudos procesales y por considerar como fundamentales tales precedentes procesales, debe usted negar la medida cautelar personal de prisión preventiva solicitada por el señor Agente Fiscal, Ab...

#### **Referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos y el caso Suárez Rosero vs. El Estado ecuatoriano.**

Recordemos que el Art. 8, inciso 2, primer párrafo, de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que, «Toda persona inculpada de delitos tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad».

Citamos como un importante referente el caso *Suárez Rosero*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado ecuatoriano, por el manifiesto abuso con la *prisión preventiva*. Este fallo fue expedido el 12 de noviembre de 1997, y la CIDH consignó, lo que se transcribe:»... 76. La Corte pasa a analizar el alegato de la Comisión de que el proceso contra el señor Suárez Rosero violó el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. Dicho artículo dispone que «toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad... 77.

«Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la

obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (Art. 9.3).

En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos...».

En el mencionado caso *Suárez Rosero* la Comisión Interamericana sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, en perjuicio del señor Rafael Iván Suárez Rosero, por parte del Ecuador, de los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) todos ellos en relación con el artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención, como resultado del arresto y detención del Sr. Suárez en contravención de una ley preexistente. Al resolver la Corte Interamericana expresó:

«**LA CORTE**, por unanimidad 1. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 38 a 66 de la presente sentencia. 2. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 57 a 83 de la presente sentencia. 3. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 84 a 92 de la presente sentencia. 4. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero,

el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 61 a 66 de la presente sentencia. 5. Declara que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma. 6. Declara que el Ecuador debe ordenar una investigación para determinar las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta sentencia y, eventualmente sancionarlos. 7. Declara que el Ecuador está obligado a pagar una justa indemnización a la víctima y a sus familiares y a resarcirles los gastos en que hubieran incurrido en las gestiones relacionadas con este proceso. 8. Ordena abrir la etapa de reparaciones, a cuyo efecto comisiona a su Presidente para que oportunamente adopte las medidas que fuesen necesarias...».

**Corresponde a usted actuar como juez de garantías, negando la improcedente petición y pretensión del fiscal interviniente.**

*Señalamiento de domicilio judicial para notificaciones*

Que se me notifique en la casilla judicial N° 1010 y en la casilla judicial N° 2732 de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil.

Ofreciendo poder o ratificación de gestiones,

Dr.

Mat.

Ab.

Mat.

## **PETICIÓN DE NEGATIVA PARA DICTAR LA PRISIÓN PREVENTIVA**

### **Instrucción fiscal N° 001-2007- MFD- G-UDF-DMQ Señor Juez Primero de Garantías Penales del Guayas**

Dr... en conocimiento no oficial de una instrucción fiscal iniciada en mi contra por un inexistente delito previsto en el Art. 160, numeral del Código Penal, comparezco para exponer y solicitar:

En acto claro de ejercicio abusivo de poder, el agente fiscal Ab... que dictó la referida instrucción sin fundamento alguno solicita que se disponga en autos mi prisión preventiva, cuando de la lectura de la propia instrucción no aparece indicio alguno que haga sostenible una medida de aseguramiento como la pedida.

Me opongo a la pretendida medida cautelar y fundamento mi negativa en los siguientes considerando:

1.- Viviendo en un sistema democrático y de legalidad, hoy ha tomado carta de naturalización un movimiento jurídico mayoritario y profundo que propende a repensar las consecuencias reales de la operatividad de los sistemas penales, y a hacer efectivos los valores superiores relativos a la dignidad de la persona humana. Las investigaciones criminológicas modernas desde la sociología norteamericana del siglo que agonizó y su recepción y amplificación reciente tanto en Europa como en el contexto latinoamericano, ponen en evidencia y de cuerpo entero la irracionalidad en el funcionamiento y la aplicación concreta de los sistemas penales, que por su elevado grado de selectividad, desigualdad, represividad excedente, violaciones sistemáticas a la legalidad, no solucionan conflictos sino que los realimentan, incrementando incluso los niveles de violencia so-

cial por el poder demoledor que tiene una trituradora como la maquinaria judicial, que ha dado origen a lo que se denomina ya con propiedad victimización judicial.

2.- No sólo la pena de prisión sino incluso la prisión preventiva (que debe admitirse como una forma de pena anticipada) que en casos como el presente es manifiestamente violatoria de cualquier presupuesto de política criminal y de racionalidad, son formas preponderantes de coerción penal que producen como principales efectos los desintegradores de la personalidad (despersonalización, prisonización, etiquetamiento) que funcionan como operadores de futuras conductas desviadas en el caso de la pena de prisión, y como reforzadores de estigmatización cuando se trata de la prisión preventiva.

Sobre esto hay suficiente material de información en los trabajos de sociología criminal y de criminología de MERTON, BECKERT o LEMMERK<sup>1</sup>. Frente a una razonable propuesta reduccionista y garantista que marca las pautas de un sistema penal respetuoso del derecho a la libertad y de las garantías constitucionales que caracterizan al Estado de Derecho, se producen situaciones como las que motivan esta resolución en que se demuestra la selectividad operativa de la fiscalía. En el caso de la prisión preventiva es innegable la contradicción entre las propuestas del discurso jurídico del debido proceso y su real operatividad; las investigaciones de Naciones Unidas en Latinoamérica revelan que un 68,47% de los presos, se encuentra sin condena, vale decir sometidas a proceso como expresión de una burla cruel al estado de inocencia que en teoría es garantizado por el Pacto de San José de Costa Rica ratificado por nuestro país, y por la Constitución Política de la República y que por ende tiene competencia vinculante al tenor de lo que dispone el Art. 163<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cf. MERTON, Robert K., *Teoría y estructura social*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964; BECKER, Howard, *Los extraños. Sociología de la desviación*, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1971; LEMMERK, Sigfried, *Teorías de la criminalidad*, Siglo XXI, México, 1980.

<sup>2</sup> Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Informe sobre sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina y sus recomendaciones sobre legislación procesal*, Depalma, Buenos Aires, 1968, pp. 122 y ss., esp. 149 y ss.; y en el mismo sentido, MAIER, Julio J.B., en *Derecho penal argentino*, tomo II, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, esp. 274 y ss.

La criminología, la psiquiatría, la psicología o la filosofía han demostrado todos los efectos deteriorantes que se causa con consecuencias irreversibles a las personas en las «instituciones totales o de secuestro», los mismos que se potencian cuando vulnerando el principio de inocencia y contra toda prueba de descargo, se pretende que la prisión preventiva cumpla papeles retributivos o de prevención general, fundado en supuestos criterios de defensa social, peligrosidad, alarma social, protección a las víctimas, razones de estado, etc., lo que ha devenido en la formación de una corriente de opinión autorizada y en la limitación hasta legal en algunos estatutos procedimentales, buscando respuestas menos gravosas y deteriorantes<sup>3</sup>.

**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 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.

Debemos agregar que en el Ecuador y con la vigencia del Código de Procedimiento Penal del año 2000 se han previsto normativamente *principios* que antaño eran referente constitucional y doctrinario, como el de **presunción de inocencia** (Art. 4 del CPP), el del **único proceso** (Art. 5), el de la **celeridad procesal** (Art. 6), el de la **igualdad de derechos** (Art. 14), entre otros.

<sup>3</sup> Es importante revisar el trabajo de CARRANZA, Elias, HOUED, Mario RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis y MORA, Paulino, *Sistemas penales y alternativas a la prisión*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

Agregamos a lo expresado, la presencia normativa de *principio de la interpretación restrictiva* (15), con lo cual se ha previsto legalmente lo que doctrinariamente hemos estudiado como la *excepcionalidad* de las medidas de aseguramiento, y de allí la exigencia de la interpretación (o aplicación) restrictiva de la misma. Vale decir en expresiones como las de los profesores, Raúl ZAFFARONI, Julio MAIER y Juan BUSTOS, que las medidas cautelares deben ser expresiones de *última o extrema ratio*, y no la primera respuesta del sistema penal.

La *aplicación restrictiva* de las medidas cautelares personales y reales:

Se encuentra igualmente prevista de manera clara y taxativa en el Art. 159 del vigente CPP de Ecuador del 2000.

#### Otras razones para negar la petición de prisión preventiva

a.- La medida cautelar o de aseguramiento **ha sido solicitada**, sin que hubiesen indicios que legitimen tal medida de aseguramiento personal.

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**.

c.- En el presente caso, no existen en autos suficientemente constancia de indicios, esto es hechos ciertos e indubitables, que permitan presumir razonablemente que el imputado... hubiese adecuado su conducta a algún tipo penal que merezca la privación de la libertad; por ello no son mencionados en la diminuta petición del fiscal. Basta leer el contenido de la versión del Tnte. Crnel. ..., Jefe de Seguridad de las instalaciones de Pacifitel, para que usted se informe debidamente de la verdad histórica y procesal de los hechos.

**Corresponde a usted actuar como juez de garantías, negando la improcedente petición y pretensión del fiscal interviniente.**

*Señalamiento de domicilio judicial para notificaciones.*

Que se me notifique en la casilla judicial N° 1010 y en la casilla judicial N° 2732 de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil. Ofrezco poder o ratificación de gestiones,

Dr.

Mat.



## APELACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA

**Proceso Penal N° 694 -2007 Instrucción fiscal N° 001-2007**  
**Señor Juez Primero de Garantías Penales del Guayas**

..., en el proceso penal que se sigue en mi contra por un inexistente delito, supuestamente previsto en el Art. 160 numeral 1 del Código Penal, ante usted comparezco para exponer y solicitar:

### **Interposición de Recurso de Apelación**

Estando dentro del plazo legal para hacerlo, impugno el auto de prisión preventiva que usted dictó en mi contra con una diminuta e inmotivada resolución del 06 de septiembre del 2007, dictada a las 20h26; e, INTERPONGO RECURSO DE APELACION DE SU NEGATIVA A REVOCARLO del 07 de septiembre de 2007. APELO PARA ANTE EL SUPERIOR, amparado en el Art. 172 del Código de Procedimiento Penal vigente, en concordancia con el Art. 343 numeral 4 del mismo CPP.

Su resolución me causa agravio y es violatoria de **garantías del debido proceso**, pues jamás se ha podido encontrar indicio alguno que haga presumir razonablemente mi vinculación con el delito previsto en el Art. 160 numeral 1 del Código Penal; y, tan grave como lo afirmado, es que se irrespete el mandato constitucional (Const. del 2008) previsto en el Art. 76 numeral 7, letra i que señala que «Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia», y en mi caso yo fui juzgado por el Intendente General de Policía del Guayas, por los mismos hechos que son el objeto jurídico de este proceso penal.

Interpuesta y aceptada la apelación deben quedar en suspenso la medida de apremio personal dictada por usted, pues de acuerdo con la normativa que rige los efectos de los recursos, Art. 327 del vigente Código de Procedimiento Penal **la interposición de un recurso suspende la ejecución de la decisión**, vale decir que el recurso se concede en el efecto suspensivo y no devolutivo.

El auto de prisión preventiva dictado por usted irrespeto el mandato constitucional del Art. 76 n. 7, letra, pues su resolución no es motivada, y no existe tal motivación porque no enuncia los elementos de convicción en que fundamenta una medida limitativa de mi derecho a la libertad, prevista como uno de los derechos Civiles, ni las razones por las cuales ni el fiscal ni usted, me vinculan con el delito que se investiga.

Muy por el contrario, en el proceso obran versiones de descargo como la versión del Tnte. Crnel. EDMUNDO ENRIQUE MONCAYO JUANEDA, mismo que ejerce las funciones como Jefe de Seguridad de Pacifitel y en tal calidad, se encontraba presente el 04 de septiembre del 2007, y quien expresa que el día de los hechos, «el señor abogado J.T.Z. se encontraba en actitud tranquila y pacífica, respaldando a su hija que se encontraba dentro de los manifestantes; inclusive observé que se encontraba obsequiando libros de su autoría a las personas que se encontraban por el sector...».

Con respecto al arma decomisada el día de los hechos expresa: «... el Tnte. de Policía, Escobar Chumo Luis Eduardo, me hizo conocer que uno de los ciudadanos, el mismo que responde a los nombres de Cantos Vences René, se encontraba en el lugar, portando una arma pistola marca Taurus, serie n° TZG59198, de 9 mm, con 17 municiones calibre 9 mm., con el permiso correspondiente, la misma que fue retirada con un parte informando la antes mencionada novedad al Comando Provincial...».

Con lo expresado está debidamente fundamentado el recurso de apelación de conformidad con lo que prevé el Art. 344 del Código Adjetivo o de Procedimiento Penal, no obstante, manifiesto a usted en ejercicio del derecho a la defensa que me asiste, lo que sigue:

1. Como características del Estado de Derecho destacamos:

- imperio de la ley: como expresión de la voluntad soberana y democrática.

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

El **imperio de la ley**, significa el sometimiento del Estado a la ley fundamental es decir, a la Constitución que organiza y determina las funciones de cada uno de los órganos del Estado, así como el sometimiento de todo el ordenamiento jurídico concordante con la ley fundamental.

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

3.- Cuando nos referimos al **debido proceso** entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento.

El **debido proceso penal** por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La **legalidad del debido proceso penal** es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Es recomendable estudiar la obra de ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El debido proceso penal*, Edino, 2002, 351 pp., que contiene un profundo y exegético estudio sobre las exigencias del debido proceso, referidos al ámbito penal.

Hablar del **debido proceso penal** es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entran en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial -penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado conforme dijimos precedentemente.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se hace referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, el derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc.

Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, han ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales que en los últimos años, se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Podemos aquí consignar el **caso de los siete del Putumayo**<sup>2</sup>, en que campesinos del oriente ecuatoriano fueron privados de la libertad en 1993, bajo la imputación de un ataque a una patrulla militar ecuatoriana, y mediante la tortura se les arrancó confesiones de responsabilidad en el ataque. Probada sin lugar a dudas la tortura de la que fueron víctimas, fueron puestos en libertad mediante el recurso de casación por una sala penal de la Corte Suprema de Justicia en septiembre de 1996, aunque aun no son indemnizados, pero existe la decisión política del Estado ecuatoriano en la hora presente, de atender a un justo pago indemnizatorio por el crimen de Estado del que fueron víctimas.

<sup>2</sup> Se pueden revisar los Informes de AMNISTÍA INTERNACIONAL de los años 1995, 1996 y 1997, en este último la p. 166.

4.- En un Estado de Derecho el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe ser el titular del ejercicio de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como acontece en los denominados delitos de acción penal privada.

La **necesidad de juicio previo** es importante para la legalidad del debido proceso, de manera que no se pueda condenar a nadie si no se ha tramitado un juicio respetando el procedimiento previo, esto es aquel previsto en las leyes. Participamos de la necesidad de que se separen las funciones de investigar o indagar, que debe quedar en manos del Ministerio Público, de la función de juzgar que debe seguir siendo de competencia de los jueces, que deben ser al mismo tiempo los encargados del control de la instrucción o investigación fiscal.

El constituyente ecuatoriano tuvo mucho cuidado al enunciar los **principios generales** de los derechos, garantías y deberes, pues dice que «El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución...» (Art. 11, n. 9).

El derecho a la libertad previsto como garantía constitucional, para el preso sin sentencia en el Ecuador, es uno más de los derechos humanos que le asisten, al igual que el derecho a la vida, a la honra, a **la intimidad**, a la propiedad, a la libertad sexual, a la libertad de credo religioso, etc.

Recordemos que ya la Constitución de 1998 expresaba en el 17 «...El estado garantizará a todos sus habitantes (incluyendo a todos los que están en la cárcel), sin discriminación alguna (cualquiera que fuese el tipo de delito), el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos (Pacto de Costa Rica) convenios y más instrumentos internacionales vigentes» (El Pacto de San José está vigente).

Expresaba el Art. 18: ...Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes (Pacto de San José de Costa Rica), serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. **Directa e inmediatamente aplicables**, significa la imposibilidad que se hable de plazos

Y si esto no es suficiente, la misma Constitución expresamente consigna que *en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia* (Art. 11 n. 5 de la Constitución del 2008), el **indubio pro reo** o la interpretación más favorable al reo, es un principio de legislación universal que lo entienden incluso los no abogados. En el momento en que haya duda, oscuridad o dificultad para aplicar una ley, tiene siempre que aplicarse en el sentido más favorable al reo. **Irrefutablemente**, la interpretación en favor del reo debe cumplirse de manera estricta.

Como dice la Constitución, *no podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos*.

El Art. 76 de la Const. vigente habla de *asegurar el debido proceso*, con lo cual se hace referencia a un juicio justo, un juicio imparcial, ágil, expedito, que requiere de una justicia que actúe con celeridad y en la que se respeten las garantías y derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho.

5.- El Estado ecuatoriano es responsable por los supuestos de violación de las normas establecidas en la Constitución de la República, y en cualquier momento ante requerimiento de legítimo interesado va a tener que responder nuevamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene competencia sobre el Estado ecuatoriano desde el año 1.984, en que Ecuador se allanó sin reserva a la competencia de la Corte. Por esta razón es que se indemnizó en el caso de los hermanos Restrepo (negociando), y se indemnizó en el caso de la profesora Consuelo Benavidez, (negociando). La responsabilidad no está limitada solo a los actos de terrorismo de estado o de un ejercicio abusivo de la fuerza pública que viola derechos humanos, sino que el Estado también es responsable por la violación de las Garantías Constitucionales que tienen que ver con el **debido proceso**.

Como prueba de lo dicho nos remitimos al fallo de la Corte Interamericana de DD.HH. dictado en diciembre de 1997 en el que frente a la reclamación del ciudadano Suarez Rosero, detenido en Quito por el Operativo «Ciclón» y sometido a prisión preventiva durante más de 20 meses, condenó al Estado ecuatoriano a indemnizar al detenido por el abuso con la prisión preventiva, aunque al final los

jueces ecuatorianos lo hubiesen condenado, pues como dice la Corte Interamericana, es irrelevante si es culpable o inocente, pues de lo que se trata es de sancionar al Estado por una justicia lenta y morosa.

Otro caso es el del ciudadano francés DANIEL TIBI resuelto el año 2005, en el que el Estado ecuatoriano debe pagar una indemnización de cerca de medio millón de Euros, por violación de garantías ciudadanas de la que son responsables, policías, jueces y personal penitenciario. En el presente caso hay que sumar la mala actuación de la propia fiscalía.

6.- La propuesta del nuevo Código de Procedimiento Penal, es que debemos ir de un proceso inquisitivo propio del Código de Procedimiento Penal de 1983, lento y escrito, tortuoso y secreto, que no es transparente ni contradictorio, a un procedimiento mucho más dinámico, porque iríamos a la oralidad que está prevista en la Constitución; dirigiendo el Ministerio Público la investigación, buscando las pruebas el fiscal y presentándolas al juez para que resuelva. Ese es el punto de equilibrio que se pretende buscar, ya que con esto se produciría un giro copernicano en la justicia ecuatoriana, que tanta falta le hace.

En la administración de justicia de finales de siglo y de inicio del presente, se aprecia una ruptura epistemológica, que pretende incluso llegar a un modelo de sistema procesal penal acusatorio cuyos principios básicos son los de la acusación, contradicción, oralidad, publicidad, inmediación y concentración, y con la instrucción fiscal de la que debe depender la indagación policial<sup>3</sup>. No obstante el avance constitucional en la búsqueda de mecanismos de control de las garantías constitucionales en el proceso penal, la experiencia forense, en un caso como el presente, nos hace mirar con preocupación la labor tributaria y dependiente de la instancia policial, que sigue cumpliendo en algunos momentos el Ministerio Público ecuatoriano.

En ocasiones escuchamos decir a improvisados comentaristas que la labor del Ministerio Público es la de **acusar**, expresión que es más fruto del desconocimiento que de la mala fe, pues la labor y finalidad del Ministerio Público es la de buscar la **verdad**, como punto de equi-

<sup>3</sup> ROXIN, Claus, *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, compilador J.B.J. Maier, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 39-57.

librio entre su actuación y la actuación del juez. Esto es tan cierto y responde a un cambio del paradigma que en el **sistema acusatorio** propio del sistema procesal penal moderno, **sin la acusación fiscal no hay proceso**. La labor del Ministerio Público tiene que dejar de ser dependiente y tributaria de la instancia policial y debe cumplir con el mandato constitucional para que no se afecte **la legalidad del debido proceso penal**.

7.- La verdad se busca a través de la **prueba debidamente practicada o prueba lícita** sin importar a quien favorezca y es por eso que el fiscal, en el **sistema acusatorio** busca la prueba de cargo –si ella es factible– para formular la acusación; o presenta las pruebas de descargo, abogando inclusive por la libertad del injustamente detenido, en cuyo favor puede hasta interponer recursos. Cuanto bien haría a los legos y a quienes mantienen a ultranza una falsa legitimidad de un Ministerio Público acusatorio –que nació así hace más de cien años– leer las sabias reflexiones de Claus ROXIN, profesor de Derecho penal y de derecho procesal penal de la Universidad de Munich en Alemania, que en una erudita conferencia con ocasión de los cien años del Ministerio Público de Hamburgo nos habla sobre la posición jurídica y tareas del Ministerio Público, tanto presentes como futuras.

La tarea de custodio de los derechos humanos y de las garantías procesales, que le corresponde al Ministerio Público, no puede ser groseramente olvidada pues en la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público se ha consignado al menos formalmente, su calidad de institución de contención del abuso en el Estado de Derecho, y de custodio del respeto a los derechos humanos, desde el momento en que dispone su intervención para que dirija la investigación pre-procesal y procesal con el auxilio de la policía judicial. La Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone que se asegure el **respeto al debido proceso garantizando el ejercicio del derecho a la defensa**, permitiendo la presentación de las pruebas de descargo durante la fase de investigación pre-procesal. La antes citada garantía constitucional y procesal penal, en el caso de J E T Z, no ha sido respetada real y materialmente por policías, fiscales y jueces.

Todavía resulta difícil para el Ministerio Público ecuatoriano asimilar lo que significa el **principio de oportunidad**, y la necesidad de reconocer que hay que propugnar la vigencia de un **Derecho penal**

**mínimo**, esto es que el Derecho penal y el sistema penal debieran ser de **última ratio**. Esta propuesta de que el Derecho penal debiera ser el último recurso del Estado y no el primero, es llamada por los organismos internacionales como de **extrema ratio** como nos recuerda el Prof. Juan BUSTOS RAMÍREZ<sup>4</sup>.

8.- El Ministerio Público debe dirigir la investigación a través de la llamada **instrucción fiscal**, y el juez penal debe controlar dicha instrucción así como reservarse la competencia para dictar las medidas de aseguramiento tanto personales como reales, disponer allanamientos, registros, incautaciones, decomisos y resolver la etapa intermedia. El ministerio publico está obligado a cumplir lo que dice la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 282 n. 6 que expresa, que para hacer efectivo el respeto al debido proceso, se garantizará la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por infracciones pesquisables de oficio, debiendo citar a los abogados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, y que cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria.

También existe el órgano encargado del **control de la instrucción** que es el juez penal cuyo objetivo es el de controlar las actuaciones del Ministerio Público en el marco de las investigaciones penales, en la medida que ellas puedan importar la afectación de derechos constitucionales. De esta forma, si el Ministerio Público decide detener, o someter a prisión preventiva, u ordenar un allanamiento necesitará la autorización de un juez del poder judicial, un juez penal que será precisamente el juez de control de la instrucción. No obstante lo expresado usted se ha apartado de la obligación que tenía y tiene de actuar como juez de garantías, en cuyo cumplimiento debió negar la improcedente petición de prisión preventiva, cuando fue requerido indebidamente por el fiscal interviniente; o, proveer a la petición de revocatoria presentada por mí, y no lo hizo.

<sup>4</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «Principios fundamentales de un Derecho penal democrático», en *Revista de Ciencias Penales*, año 5, N° 8, Costa Rica, marzo de 1994, p. 16.

9.- Con respecto a la motivación del auto de prisión preventiva que usted ha desatendido, expresamos que es de exigencia y obligatorio cumplimiento la fundamentación de las resoluciones y fallos judiciales tanto para atender la necesidad de garantizar la defensa de las partes en el **debido proceso**, como para atender el respeto a uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y del sistema republicano, que fundado en la publicidad de los actos de gobierno y de sus autoridades y funcionarios que son responsables por sus decisiones; demanda que se conozcan las razones que amparan y legitiman tales decisiones.

Como nos ilustra CAFFERATA NORES<sup>5</sup> «la fundamentación de las resoluciones judiciales, para ser tal, requiere la concurrencia de dos condiciones. Por un lado, debe consignarse expresamente el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba, *describiendo* el contenido de cada elemento de prueba. Por otro, es preciso que éstos sean meritados, tratando de demostrar su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se admitan en el fallo. Ambos aspectos deben concurrir *simultáneamente* para que pueda considerarse que la sentencia se encuentra motivada. Cualquiera de ellos que falte (tanto el descriptivo como el intelectual) la privará de la debida fundamentación».

La motivación exige además el razonamiento de los elementos probatorios que sirven de base o premisa para las conclusiones a que llega el juez. Como dice CAFFERATA NORES<sup>6</sup>, «la mera enunciación o descripción de los mismos no satisface este requisito, porque no proporciona los elementos de juicios necesario para verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez para arribar a determinada conclusión ha sido cumplido con respecto por las reglas de la sana crítica racional».

#### **Señalamiento de domicilio para la alzada**

Conceda sin dilación el recurso interpuesto y señale como domicilio para la alzada, las casillas judiciales 1010 y 2732 de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil.

A ruego del peticionario, su codefensor,

Dr...

Matrícula ...

<sup>5</sup> CAFFERATA NORES, José, «Temas Penales», *op. cit.*, p. 284.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 284.

## **PETICIÓN DE SUSTITUCIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA**

**Proceso penal N° 188-B-09**

**Señorita Presidenta**

**Señores jueces del ... Tribunal de Garantías Penales del Guayas**

..., en el proceso penal que se sigue en mi contra por un inexistente delito, de **apropiación indebida**, ante usted comparezco para exponer y solicitar:

Hago formal y expresa petición de que se me restituya el **sustitutivo a la prisión preventiva**, dispuesto por el juez a-quo, pues dicho sustitutivo fue revocado ante la presencia de dos testigos falsos que afirmaron que yo me iría del país.

Para fugar del país ya lo hubiese hecho con o sin la medida sustitutiva, pero la subsistencia del auto de prisión preventiva me impide comparecer a la audiencia del juicio para ser juzgado y defenderme como corresponde, pues me asiste el derecho a la inviolabilidad de la defensa como una de las garantías del debido proceso.

El trato desigual y discriminatorio que estoy recibiendo rompe el principio constitucional de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pues con todo derecho se le otorgó el beneficio de la comparecencia ante el juez a uno de los co imputados, el mismo que debe ser dispuesto en mi caso.

La nueva Constitución de Montecristi del 2008, consagró y amplió toda la parte dogmática a que se refería la constitución de 1998, en materia de derechos y garantías e incluso estableció el principio *pro homine* en el Art. 417 con el siguiente tenor:

«**Art. 417.-** Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador, se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución».

La nueva Constitución del 2008 remarca, el uso excepcional de una medida de aseguramiento personal como es la prisión preventiva, y refuerza el rol de juez de garantías que tiene un juez penal –como es esta Segunda Sala de lo Penal–, promoviendo la utilización de los sustitutivos a las medidas que privan del ejercicio de un derecho como es el derecho a la libertad.

El Art. 77 numeral 11, dice textualmente: «La jueza o juez aplicará en forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicará de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada».

No quepa duda alguna de la pertinencia de mi petición, pues pretendo comparecer a la etapa del juicio, acogéndome a un mecanismo procesal que hoy cuenta con el aval constitucional, que he invocado en mi defensa.

Me permito recordar que en Código de Procedimiento Penal reformado mediante Ley publicada en el RO 555 del 24 de marzo del 2009, dice en el Art. 159 segundo párrafo:

*«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 a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia...»* (las negrillas no constan en el original). Con esto se consagra y reconoce el *principio de mínima intervención penal* y la utilización de una medida cautelar de aseguramiento personal como es la prisión preventiva, en caso de *última ratio* o de *extrema ratio*, como decía el preclaro jurista chileno (+), Prof. Dr. D. Juan BUSTOS RAMÍREZ.

En mi caso incluso –aunque de manera injusta– se ha dispuesto la prohibición de enajenación de todos mis bienes, incluyendo los adquiridos antes de prestar servicios para la supuesta ofendida.

## Fundamentos constitucionales de mi petición

### El principio de proporcionalidad y de mínima intervención penal

Se encuentran vigentes con la Constitución de Montecristi del 2008, sin que se pueda invocar siquiera la ausencia de ley para su efectiva aplicación, pues como norma suprema debe ser aplicada CON o SIN ley que la complemente.

## Constitución Política del Ecuador (2008)

### Título II

### Derechos

#### Capítulo primero

#### Principios de aplicación de los derechos

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

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos...

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

### Sección décima

#### Fiscalía General del Estado

Art. 194.- La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y re-

presentante legal y **actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.**

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

#### Derecho penal Mínimo

El Derecho penal es un derecho de mínimos, que debe intervenir allí donde no haya más remedio, cuando la ausencia de alternativas sancionatorias más eficaces, se revele como la única respuesta posible frente a conductas reprobables que afecten a los bienes jurídicos más preciados.

Todo esto, en un momento en que más que nunca se habla de negociación, crisis del Derecho penal, fracaso de la pena y resocialización. Anuncia GARCÍA-PABLOS en su Manual *Introducción al Derecho penal*, que la pena es una de las más viejas instituciones de la humanidad y que ha acompañado al hombre desde el comienzo de su existencia. Sin embargo, la «*historia del Derecho penal no es la historia de su desaparición, sino la historia de su racionalización y sometimiento a límites*».

#### Principio de proporcionalidad

La jurisprudencia y la doctrina penal, venían reconociendo la idea de la proporción, en su sentido más estricto, como una característica irrenunciable de la pena, en la década de los noventa comienzan a ofrecer una formulación más elaborada de lo que implica el concepto de la actuación pública proporcionada, en la que se tienen presentes el conjunto de rasgos del Derecho penal actual que lo han ido definiendo como un Derecho preventivo, mínimo, fragmentario y subsidiario. Pero, las nuevas perspectivas de lo que significa ese concepto, en su sentido más amplio, al mismo tiempo que enriquecen el debate doctrinal sobre lo que implica hoy la idea de proporcionalidad, ha favorecido cierta confusión terminológica.

Hay que insistir en lo que implica la caracterización de la idea de proporcionalidad como principio definidor de lo que ha de ser la intervención penal. Vista así, ha analizado lo que es el significado del



principio en cuanto a su concepto, su ámbito de aplicación, su contenido y los criterios que definen la idea de proporción, ha estudiado lo que se conoce como relatividad del principio, la distinción entre proporcionalidad abstracta y concreta, la proyección del principio en la teoría del delito y la vinculación de lo proporcionado tanto a los fines a que aspira el Derecho penal como a la gravedad del hecho que obliga a prever o imponer la pena de la que se quiere predicar su proporción, finalizando con una atención más específica a lo que implica la exigencia de proporcionalidad concreta en el proceso individualizador de la pena.

### **Principio de proporcionalidad, de mínima intervención penal, y ley penal. Control de constitucionalidad de las leyes penales**

Hay que abordar la problemática del control de constitucionalidad de las leyes penales desde sus principales enfoques jurídicos: la Teoría del derecho, la Teoría de los derechos fundamentales y el Derecho penal. A mayor abundamiento, podemos estructurarla en tres partes: la primera de ellas pone de manifiesto la consolidación del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa de control constitucional de las leyes; la segunda aborda el tratamiento otorgado a dicho principio por la doctrina penal; y la tercera, desarrolla la aplicación del juicio de proporcionalidad y de mínima intervención penal, en el control de constitucionalidad de las leyes penales desde la perspectiva de «prohibición de exceso».

Hay que tomar las herramientas suministradas por la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la argumentación jurídica de ALEXY para desarrollar su propuesta de modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales, que se articula en torno a tres elementos: una teoría acerca de la estructura normativa de los derechos fundamentales –asentada en mandatos de optimización–; una teoría amplia acerca del contenido protegido por tales derechos y otra externa acerca de sus límites; y finalmente, el desarrollo de una estructura argumentativa a través del principio de proporcionalidad y de mínima intervención penal, destinado a establecer el contenido definitivo protegido por los derechos fundamentales.

Debemos tomar como referencia, la utilización del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa en el control de constitucionalidad de las leyes penales: a partir de una concepción de

la constitución como un *orden marco* o abierto, el juicio de proporcionalidad resulta un mecanismo idóneo para hacer frente a la tensión entre democracia y derecho que subyace de los estados constitucionales. En este sentido, debemos destacar el tremendo esfuerzo que se realiza para establecer unos criterios de diferenciación entre la validez –la pertenencia a un mundo constitucionalmente posible– y la legitimación externa de la ley penal, criterios que deben servir como presupuestos a los límites del juicio de constitucionalidad. Así, el principio de proporcionalidad y de mínima intervención penal, ofrece una estructura argumentativa allí donde existen varias alternativas de interpretación, mediante un procedimiento que permite tomar todos los argumentos materiales a favor y en contra de la *norma adscrita*, que servirá como premisa mayor del juicio de constitucionalidad.

Tomando un concepto amplio del principio de proporcionalidad y de mínima intervención penal, hay que articular su aplicación en el juicio de constitucionalidad en cinco etapas: Las dos primeras (adscripción *prima facie* a una disposición de derecho fundamental y examen de la legitimidad del fin perseguido por la actividad legislativa) permiten entablar la colisión entre razones normativas *prima facie* en contra y a favor de la norma enjuiciada; y las tres fases restantes constituyen la aplicación del principio de proporcionalidad propiamente tal (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Ponemos de manifiesto que el principio de proporcionalidad permite el establecimiento de distintos grados de intensidad en el control de constitucionalidad. Justamente, en los casos de *control intenso* la competencia del legislador decrece y, en consecuencia, se amplía la competencia revisora del Tribunal Constitucional, o la Corte Constitucional. Este tipo de control encuentra su natural ámbito de aplicación en el Derecho penal, puesto que supone la intervención estatal más intensa en los derechos fundamentales y donde menos seguras son las premisas empíricas que avalan su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad.

Otro aspecto que debemos destacar es la función sistematizadora del principio de proporcionalidad (en sentido amplio) de los principales límites materiales al poder punitivo desde hace tiempo forjado por la cultura jurídica penal. Así, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se encuadra dentro de las razones normati-

vas *prima facie* en contra o favor de una intervención penal legislativa, el principio de lesividad de la conducta en el sub principio de idoneidad, y el principio de intervención mínima en el sub principio de necesidad.

No obstante, esta concepción del principio de proporcionalidad suscita roces con el legislador. Así, la inclusión del principio de correspondencia con la realidad en el juicio de constitucionalidad a través del sub principio idoneidad supone una de las propuestas más problemáticas de la presente reflexión: el juicio de idoneidad debe abordar, entre otras cuestiones, el espinoso problema de la eficacia del Derecho penal para cumplir su finalidad preventiva. Ahora bien, a pesar de la tensión que produce la inclusión de elementos fácticos en el juicio de constitucionalidad, una concepción material y garantista de la constitución reclama un criterio de interpretación que exija «un mayor grado de certeza a las premisas que sustentan la medida legislativa cuanto más intensa es la intervención en derechos fundamentales».

Quizá una nueva perspectiva que podría añadirse es el estudio del control de constitucionalidad desde los presupuestos de las teorías negativas de la pena. Así, el Tribunal Constitucional, o la Corte Constitucional, formaría parte de aquellas *agencias judiciales* que no tendrían como finalidad validar unos fines que en buena medida son desconocidos y los conocidos son altamente complejos y mutables y a veces delictivos.

Desde esta concepción de los fines de las penas, las leyes penales constituyen una vulneración a los derechos fundamentales que no repara, ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. Así, y extrapolando las propuestas del profesor Raúl ZAFFARONI, el control de constitucionalidad de las leyes penales no tendría por tarea verificar la constitucionalidad del poder punitivo sino directamente limitar y contenerlo. De esta manera, lo que se exige al Tribunal Constitucional, o la Corte Constitucional, a través de sus fallos es ampliar su *poder decisorio* dentro de lo constitucionalmente posible, y en especial, respecto de los límites y principios penales materiales<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Raúl, *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, 2002, pp. 37-54.

Debemos recordar que: «si el contrato que justifica la sanción penal es hipotético sólo hipotéticamente autoriza (u obliga) a castigar. El castigo está justificado moralmente si y sólo si se cumplen los principios que definen un orden justo. Si el orden es injusto, y especialmente para aquellas personas que más injustamente son tratadas por ese orden, entonces no está justificado el castigo»<sup>2</sup>.

### Insistencia en petición

Insisto en que se provea a mi justa petición y que se adopte una de las medidas cautelares previstas en el Art. 160 reformado del vigente CPP, en reemplazo del auto de prisión preventiva. Esto me permitirá ejercer adecuadamente mi defensa en la audiencia del juicio.

Firmo a ruego del peticionario,

Dr...

Mat...

<sup>2</sup> MORENO, José J. y CID MOLINÉ, José, «Derecho penal y filosofía analítica», en *ADPCP*, 1991, pp. 170 y ss.

## PETICIÓN DE HABEAS CORPUS

### Señores Juez de Garantías Penales del Guayas

Yo, ..., ciudadano ecuatoriano, abogado de profesión, por mis propios derechos, ante usted comparezco para exponer, denunciar y solicitar:

#### Antecedentes inmediatos

Reeditando prácticas viciosas institucionalizadas que se suponían superadas en este gobierno, en un acto de barbarie coronada, un grupo de policías conformado por más de treinta efectivos pertenecientes a fuerzas de élite de la Policía Nacional, en un operativo comando, provistos de armas de grueso calibre y de pasamontañas, procedieron brutalmente a agredir físicamente a mi señor padre, el doctor J.E.T.Z., al pie de su domicilio sito en la ciudadela Kennedy norte de la ciudad de Guayaquil, el día miércoles 5 de septiembre del ... alrededor de las 24 horas.

Luego de la agresión alevosa y cobarde de que fuimos víctimas inclusive el compareciente y otros ciudadanos que se encontraban en el lugar de los hechos, y en presencia de no menos de veinte reporteros y periodistas de diferentes medios de comunicación escrita, de radio y televisión, el operativo de la Policía Nacional dirigido en contra de mi padre culminó con su secuestro físico, pues sin tratarse de un caso de delito flagrante, y sin exhibir orden escrita previa de juez competente, conforme al mandato del Art. 76 numeral 2 de la Constitución Política de la República, fue ilegal y abusivamente privado de la libertad, uno de los derechos civiles previstos en el Art. 66 *ibidem*.

Posteriormente el doctor J.T.Z. fue conducido al Cuartel de la Policía Judicial ubicado en la Av. Barcelona, y luego al Centro de

Detención Provisional de Guayaquil (CDP) contiguo al Centro de Rehabilitación Social de Guayaquil. Para tratar de legitimar el ejercicio abusivo de la fuerza, elementos de la policía, siendo más o menos las 00h30 de hoy jueves 6 de septiembre, expresaron a mi señor padre que existía una orden de detención –que nunca fue exhibida previamente– emitida por el Intendente General de Policía del Guayas.

### Fundamentos de derecho que aseguran su competencia

No queda duda alguna de que se habría sustanciado clandestinamente un procedimiento de contravención, con evidente violación de garantías constitucionales del derecho

a la seguridad jurídica y al debido proceso consignados en el artículo 82 y 76: (derecho a ser juzgado de acuerdo con ley preexistente y de acuerdo con el trámite propio de cada procedimiento), (derecho a la libertad), (presunción de inocencia), (inviolabilidad del derecho de defensa), y (resolución motivada de los poderes públicos que afecten a los ciudadanos), incurriendo el Intendente de Policía del Guayas en la comisión del delito de prevaricato y privación ilegal de la libertad entre otros delitos conexos.

El pretendido e inconstitucional argumento para la legitimación del abuso y del atropello, es un juzgamiento como contraventor de tercera clase, prevista en el Art. 606 numerales 9 (formación de mítines, sin permiso escrito de la policía), 13 (propalar noticias o rumores falsos), alteración del orden público y ofensas a funcionarios públicos, con la utilización del Art. 622 del mismo cuerpo de leyes.

Inequívocamente el Intendente General de Policía del Guayas, ha cometido el delito de PREVARICATO y de PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD, pues el competente para conocer y juzgar una contravención es el juez de contravenciones, que establece el Código Orgánico de la Función Judicial publicado en RO-S 544 del 9 de marzo del 2009, conforme lo dispone el Art. 390 del Código de Procedimiento Penal del año 2000, y el mencionado Intendente no tiene tal calidad.

Es suficientemente conocido que la competencia nace de la ley (Art. 19 del CPP), y un juez (incluyendo al de contravenciones) debe cumplir con las garantías constitucionales ya invocadas; y, con las garantías procesales del juicio previo (Art. 1 CPP), del juez competente (Art. 3 CPP), de la presunción de inocencia (Art. 4 CPP), de la

inviolabilidad de la defensa (Art. 11 CPP), de la interpretación restrictiva de cualquier medida que coarte el derecho a la libertad (Art. 15 CPP), de la calidad de órgano de la jurisdicción penal (Art. 17, numeral 7 del CPP).

Más allá de lo expresado, el Intendente General de Policía del Guayas que no es un juez de contravenciones, ha irrespetado el propio procedimiento para juzgar las contravenciones, previsto a partir del Art. 390 del Código de Procedimiento Penal vigente, pues jamás se citó al doctor J.E.T.Z., ni se lo emplazó para la comparecencia previa al respectivo juzgamiento (Art. 395 CPP); y, menos aún se le *intimaron* los cargos por los cuales debía responder como acto previo al juzgamiento (Art.398 CPP).

El Código de Procedimiento Penal del 2000 determina que para el juzgamiento de una contravención de tercera clase, entregada la boleta de citación al acusado, se debe poner en su conocimiento los cargos (intimación) que existen contra él, y si hubiere hechos que deben justificarse se concederá el plazo de prueba de seis días, vencido el cual se debe dictar sentencia. Si no hubiesen hechos justificables la sentencia se debe expedir en el plazo de 24 horas (sic).

### Interposición de Habeas Corpus

Con los antecedentes y fundamentos expuestos, amparado en el Art. 89 de la Constitución Política de la República, por encontrarse ilegalmente privado de la libertad, **ejercer la acción constitucional de Habeas Corpus a favor del doctor...** Para el cumplimiento efectivo de esta garantía constitucional, disponga la inmediata comparecencia de ..., debiendo exhibirse la orden de privación de la libertad, acto que deberá ser cumplido tanto por el Coronel ..., Jefe de la Policía Judicial del Guayas, y por el Director del Centro de Rehabilitación Social de Guayaquil, en donde se encuentra físicamente detenido, bajo prevención de destitución.

La privación de la libertad es arbitraria, ilegal e inconstitucional, pues no cumple con los requisitos de procedencia; y, se ha incurrido en graves vicios de procedimiento, todo lo cual la invalida, **por lo cual es procedente que se disponga la inmediata libertad de ...**

El Ecuador se proclama como Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1 de Constitución Política), siendo el más alto deber del Estado respetar los derechos humanos garantizados en la Constitu-

ción (Art. 11 n. 9), debe respetarse la preeminencia de las garantías constitucionales (Art. 11 n. 3), y es preciso recordar que el Estado ecuatoriano y sus instituciones deben responder por los perjuicios que se irroguen a los ciudadanos, por actos como los que son puestos en su conocimiento (Art. 9 párrafo 4 CPR).

### **Designación de casilla judicial y de defensor**

Sin perjuicio de mi intervención como abogado en ejercicio, y de la intervención de mi señor padre, designo también como codefensor al doctor... el mismo que podrá intervenir en forma conjunta o por separado en nuestro patrocinio.

Recibiremos notificaciones en la casilla judicial N° 1010, y en la casilla N° 2732 de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil.

Provea señor juez,

Dr...

Mat...

## **AMPARO DE LIBERTAD**

### **Señor Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas**

**Yo...**, ciudadano ecuatoriano, abogado de profesión, con domicilio y residencia en la ciudad de Guayaquil, ante usted comparezco y amparado en el Art. 422 y siguientes del Código De Procedimiento Penal vigente **INTERPONGO LA PRESENTE ACCION DE AMPARO DE LIBERTAD:**

Dirijo la presente acción de conformidad con lo previsto en el Art. 423, numeral 2 del mismo CPP, en contra del doctor ..., juez de garantías penales del Guayas, encargado del juzgado ...

### **Descripción del acto lesivo que motiva la presente acción de amparo y las causas de su ilegitimidad**

1.- En acto claro de ejercicio abusivo de poder, el agente fiscal Ab. ... dictó una instrucción la N° 001 en la que sin fundamento ni motivación alguna, solicitó que se disponga en autos mi prisión preventiva, cuando de la lectura de la propia instrucción no aparece indicio alguno que haga sostenible una medida de aseguramiento como la pedida.

Me opuse a la pretendida medida cautelar, pues el elemento de convicción esgrimido por el fiscal, me exculpa de la más leve sospecha. Muy por el contrario, en el proceso obran versiones de descargo como la versión del Tente. Cnel. ..., mismo que ejerce las funciones como Jefe de Seguridad de Pacifitel y en tal calidad, se encontraba presente el 04 de septiembre del ..., y quien expresa que el día de los hechos, «el señor abogado ... se encontraba en actitud tranquila y pacífica, respaldando a su hija que se encontraba dentro de los manifestantes; inclusive observé que se encontraba obsequiando libros de su autoría a las personas que se encontraban por el sector...».

Con respecto al arma decomisada el día de los hechos expresa: «... el Tente. de Policía ..., me hizo conocer que uno de los ciudadanos, el mismo que responde a los nombres de ..., se encontraba en el lugar, portando una arma pistola marca Taurus, serie N° TZG59198, de 9 mm, con 17 municiones calibre 9 mm, con el permiso correspondiente, la misma que fue retirada con un parte informando la antes mencionada novedad al Comando Provincial...».

2.- El doctor ..., juez del proceso, incumplió su deber de actuar como juez de garantías, frente a la improcedente petición del fiscal que es el titular de la acción penal y un investigador al tenor de lo previsto en el Art. 195 de la Constitución de la República del 2008, y en forma inmotivada dictó mediante diminuta providencia un insostenible auto de prisión preventiva en mi contra, por la absurda imputación del fiscal de delito de sabotaje y terrorismo.

3.- La inconstitucional medida de aseguramiento personal (prisión preventiva) dictada por el doctor ... es lesiva de cualquier principio de proporcionalidad y fractura el carácter restrictivo de las medidas de aseguramiento, así como la excepcionalidad de las mismas, pues debemos recordar que el Ecuador del siglo XXI, y con la vigencia del Código de Procedimiento Penal del año 2000 se han previsto normativamente *principios* que antaño eran referente constitucional y doctrinario, como el de **presunción de inocencia** (Art. 4 del CPP), el de la **celeridad procesal** (Art. 6), **el de la igualdad de derechos** (Art. 14) entre otros. Agregamos a lo expresado, la presencia normativa del *principio de la interpretación restrictiva* (15), con lo cual se ha previsto legalmente lo que doctrinariamente hemos estudiado como la *excepcionalidad* de las medidas de aseguramiento, y de allí la exigencia de la interpretación (o aplicación) restrictiva de la misma.

4.- Como es de su debido conocimiento, y de conocimiento de los entendidos en materia procesal penal, una medida de carácter cautelar personal, como el auto de prisión preventiva debe ser dictado en casos de excepción y cuando poderosas razones de política criminal así lo ameriten.

El amparo legal que permite y legitima la medida privativa del derecho a la libertad prevista en el Art. 167 y siguientes del Código de Procedimiento Penal –que no cumple ninguna finalidad de retribución o de prevención general– se aplica por excepción a personas que

gozan del amparo constitucional del derecho a la inocencia, mientras no exista sentencia condenatoria en firme.

En la prisión preventiva no hay reproche moral de ninguna índole, no se pretende con la misma restaurar el orden jurídico, no se busca intimidar ni ejemplificar, y se basa tan sólo en una presunta peligrosidad por la sospecha de que el imputado cometió un delito.

La prisión preventiva encuentra su ideología legítimamente en las razones de política criminal que mencionamos a continuación: 1.- Impedir la fuga. 2.- Asegurar la presencia a juicio. 3.- Asegurar las pruebas. 4.- Proteger a los testigos. 5.- Evitar el ocultamiento o uso del producto del delito. 6.- Garantizar la ejecución de la pena. 7.- Proteger al acusado de sus cómplices. 8.- Proteger al criminal de las víctimas. 9.- Evitar que se consuma el delito.

Es indudable que si no nos encontramos frente a las posibilidades antes citadas, el auto de prisión preventiva es improcedente e innecesario.

#### 5.- Inexistencia de indicios incriminatorios en contra del imputado...

Objetivamente no existen indicios que permitan presumir un actuar culpable de parte del imputado compareciente. Nos permitimos recordar que el numeral 3 del Art. 168 *ibidem*, dice que el auto de prisión preventiva, debe contener: «... **La fundamentación clara y precisa de cada uno de los presupuestos previstos en el artículo anterior...**».

Se garantiza el derecho a la defensa cuando se le hace saber al imputado cuales son los cargos incriminatorios que se le formulan, a fin de que se pueda defender. En el Artículo invocado se consigna en forma imperativa, que el Juez cumpla con indicar los indicios que lo llevan a presumir la existencia de un delito y los indicios que le permitan presumir un actuar culpable, lo cual en este caso no se cumple como presupuesto de procedencia para proveer a la petición del Agente Fiscal.

No existen los indicios a que se refiere el Art. 88 del CPP que permiten formar o presumir una vinculación causal entre la actuación de ... y el delito que se investiga, por ello no se los ha mencionado en el requerimiento de la fiscalía ni en el infundado auto de prisión preventiva dictado por el juez ...

6.- Recordemos que la presunción es un juicio de valoración lógica que se extrae de hechos probados plenamente en un proceso (indicios), que están estrechamente vinculados con el hecho principal que se prueba (el delito) que es motivo del proceso.

Los indicios son el resultado de elementos de convicción o de una prueba directa introducida en el juicio. Las presunciones sobre la responsabilidad deben ser graves, precisas y concordantes, y fundamentarse en los elementos de convicción o pruebas constantes en el proceso. Esto es, deben haber hechos suficientemente probados que reafirmen la sospecha.

Los indicios que sirven de antecedente y presupuesto de la presunción deben ser: **varios**, reuniendo a los menos las condiciones de ser anteriores o concomitantes al hecho, relacionados tanto con el asunto materia del proceso como con otros indicios, de manera que sean **concordantes** entre sí. Deben ser **unívocos** de manera que todos lleguen a una misma conclusión, y **directos** esto es que establezcan la presunción de manera lógica y natural.

Nada de lo antes expresado, aparece objetivamente del análisis de los recaudos procesales y por considerar como fundamentales tales precedentes procesales, el juez ... de garantías penales del Guayas, debió negar la medida cautelar personal de prisión preventiva solicitada por el señor Agente Fiscal, ...

7.- La señora jueza... de garantías penales del Guayas, que conoció de otra instrucción fiscal iniciada por el Ab. ..., dio un buen ejemplo de cómo debe actuar un juez penal que es juez de garantías, negándose a legitimar el atropello cometido por malos servidores de la policía nacional, que abusivamente me detuvieron sin ser un caso de delito flagrante y sin que exista una orden previa emitida por escrito por un juez competente, tal y como lo dispone el Art. 77 numeral 1 de la Constitución de la República, 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...». Lamentablemente el juez ... se equivocó y legitimó un atropello.

#### 8.- Referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos y el caso Suárez Rosero vs. el Estado ecuatoriano

Recordemos que el Art. 8, inciso 2, primer párrafo, de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que, «Toda persona

inculpada de delitos tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad».

Citamos como un importante referente el caso *Suárez Rosero*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado ecuatoriano, por el manifiesto abuso con la *prisión preventiva*. Este fallo fue expedido el 12 de noviembre de 1997, y la CIDH consignó, lo que se transcribe:»... 76. La Corte pasa a analizar el alegato de la Comisión de que el proceso contra el señor Suárez Rosero violó el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. Dicho artículo dispone que «toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad... 77.

«Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (Art. 9.3).

En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos...».

En el mencionado caso *Suárez Rosero* la Comisión Interamericana sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, en perjuicio del señor Rafael Iván Suárez Rosero, por parte del Ecuador, de los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) todos ellos en relación con el artículo 1 (Obligación de

Respetar los Derechos) de la Convención, como resultado del arresto y detención del Sr. Suárez en contravención de una ley preexistente. Al resolver la Corte Interamericana expresó:

«**LA CORTE**, por unanimidad 1. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 38 a 66 de la presente sentencia. 2. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 57 a 83 de la presente sentencia. 3. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 84 a 92 de la presente sentencia. 4. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 61 a 66 de la presente sentencia. 5. Declara que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma. 6. Declara que el Ecuador debe ordenar una investigación para determinar las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta sentencia y, eventualmente sancionarlos. 7. Declara que el Ecuador está obligado a pagar una justa indemnización a la víctima y a sus familiares y a resarcirles los gastos en que hubieran incurrido en las gestiones relacionadas con este proceso. 8. Ordena abrir la etapa de reparaciones, a cuyo efecto comisiona a su Presidente para que oportunamente adopte las medidas que fuesen necesarias...».

9.- El primer párrafo del Art. 76 de la Constitución vigente al tiempo de los hechos expresa, dice:

«En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas...».

El Estado ecuatoriano es responsable por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 76, y en cualquier momento ante requerimiento de legítimo interesado va a tener que responder nuevamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene competencia sobre el Estado ecuatoriano desde el año 1.984, en que Ecuador se allanó sin reserva a la competencia de la Corte.

Por esta razón es que se indemnizó en el caso de los hermanos Restrepo (negociando), y se indemnizó en el caso de la profesora Consuelo Benavidez, (negociando). La responsabilidad no está limitada solo a los actos de terrorismo de estado o de un ejercicio abusivo de la fuerza pública que viola derechos humanos, sino que el Estado también es responsable por la violación de las Garantías Constitucionales que tienen que ver con el **debido proceso**.

Como prueba de lo dicho nos hemos remitido al fallo de la Corte Interamericana de DD.HH. dictado en diciembre de 1997 en el que frente a la reclamación del ciudadano Suarez Rosero, detenido en Quito por el Operativo «Ciclón» y sometido a prisión preventiva durante más de 20 meses, condenó al Estado ecuatoriano a indemnizar al detenido por el abuso con la prisión preventiva, aunque al final los jueces ecuatorianos lo hubiesen condenado, pues como dice la Corte Interamericana, es irrelevante si es culpable o inocente, pues de lo que se trata es de sancionar al Estado por una justicia lenta y morosa.

Otro caso es el del ciudadano francés DANIEL TIBI resuelto el año 2005, en el que el Estado ecuatoriano debe pagar una indemnización de cerca de medio millón de Euros, por violación de garantías ciudadanas de la que son responsables, policías, jueces y personal penitenciario. En el presente caso hay que sumar la mala actuación de la propia fiscalía.

**10.-** Ruego a usted sustanciar con la urgencia debida la presente acción de amparo, conforme lo dispone el Art. 425 del Código de Procedimiento Penal en vigencia, expresando que me encuentro a órdenes del juez ... de garantías penales del Guayas que actúa como encargado del juzgado ...

El doctor ... debe cumplir con el mandato de informar a usted por la privación ilegal de la libertad que estoy soportando, previo a resolver lo que corresponde en derecho; que es disponer, mediante resolución fundada que usted dicte, mi libertad de manera incondicional y urgente.



En ejercicio del derecho a la inviolabilidad de la defensa, prevista en el Art. 76, n. 7, letra a) de la Constitución Política en vigencia, me permito recordar con el debido comedimiento lo que sigue:

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

**10.2.** Cuando nos referimos al **debido proceso** entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento.

El **debido proceso penal** por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La **legalidad del debido proceso penal** es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado. (Es recomendable estudiar la obra EL DEBIDO PROCESO PENAL, 351 páginas, del Prof. Dr. D. **Jorge Zavala Baquerizo**, Edino, 2002. que contiene un profundo y exegético estudio sobre las exigencias del debido proceso, referidos al ámbito penal).

**10.3.** Hablar del **debido proceso penal** es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entra en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial - penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado conforme dijimos precedentemente.

**10.4.** En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se hace referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, el derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc.

Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, han ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales que en los últimos años, se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Podemos aquí consignar el **caso de los siete del Putumayo** (Se pueden revisar los Informes de AMINISTIA INTERNACIONAL de los años 1995, 1996 y 1997, en este último la pág. 166) en que campesinos del oriente ecuatoriano fueron privados de la libertad en 1993, bajo la imputación de un ataque a una patrulla militar ecuatoriana, y mediante la tortura se les arrancó confesiones de responsabilidad en el ataque. Probada sin lugar a dudas la tortura de la que fueron víctimas, fueron puestos en libertad mediante el recurso de casación por una sala penal de la Corte Suprema de Justicia en septiembre de 1996, aunque aun no son indemnizados, pero existe la decisión política del Estado ecuatoriano en la hora presente, de atender a un justo pago indemnizatorio por el crimen de Estado del que fueron víctimas.

**10.5.** En un Estado de Derecho el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe ser el titular del ejercicio de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como acontece en los denominados delitos de acción penal privada. La **necesidad de juicio previo** es importante para la legalidad del debido proceso, de manera que no se pueda condenar a nadie si no se ha tramitado un juicio respetando el procedimiento previo, esto es aquel previsto en las leyes. Participamos de la necesidad de que se separen las funcio-

nes de investigar o indagar, que debe quedar en manos del Ministerio Público, de la función de juzgar que debe seguir siendo de competencia de los jueces, que deben ser al mismo tiempo los encargados del control de la instrucción o investigación fiscal.

Todo este discurso teórico hasta el momento no se cumple señor Presidente de esta H. Corte ¡Me encuentro privado de la libertad en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Guayas, aunque por un grave quebranto en mi salud se ha dispuesto mi traslado a la Clínica Guayaquil de esta ciudad.

**Señalamiento de domicilio judicial.** Que se me notifique en las casillas judiciales N° 1010, y N° 2732 de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil.

Provea señor juez,

A ruego del peticionario, su defensor.

Dr...

Mat...

## MEMORIAL DE DEFENSA PARA SOBRESEIMIENTO

### Causa penal N° 269-08

### Señores jueces de la ... Sala de lo Penal de la H. Corte Provincial de Justicia del Guayas

..., en el proceso penal que se sigue en mi contra por un inexistente delito, de **tenencia ilegal de armas**, ante ustedes comparezco para exponer y solicitar:

#### Elementos de convicción a favor de ...

1.- Las armas supuestamente encontradas en poder ..., según la comunicación que suscribe el CPFGE-EM, ..., Jefe del Departamento de Control de Armas Guayas, del Comando Conjunto de las FF.AA, no están registradas a su nombre. El arma serie N° TYJ42082 está registrada a nombre de la empresa de seguridad... RUC 0991406506001, en tanto que el arma serie N° 035068MC está registrada a nombre de la persona jurídica ... RUC 0992367954001.

2.- El día 18 de enero del ..., comparecen ante la señora fiscal los responsables del operativo que culmina con la detención de J.T.Z. y de otros ciudadanos, debiendo apreciar que el señor Mayor de Policía ..., Capitán de Policía ... y el señor Subteniente de Policía ..., declaran los tres a la misma hora, esto es a las 10h00, lo cual resulta físicamente imposible. Es incuestionable que la actitud de la señora fiscal actuante colocó en situación de indefensión a los imputados, inobservando la inviolabilidad de la defensa prevista en la Constitución del 2008, en el Art. 76 numeral 7, letra a) como una de las garantías del debido proceso, y sin que puedan ejercer el derecho al contradictorio previsto en el Art. 76 numeral 7, letra h) de la misma Constitución. Es nece-

sario recordar que el Ministerio Público debe dirigir la investigación a través de la llamada **instrucción fiscal**, y el juez penal debe controlar dicha instrucción así como reservarse la competencia para dictar las medidas de aseguramiento tanto personales como reales, disponer allanamientos, registros, incautaciones, decomisos y resolver la etapa intermedia.

El Ministerio Público estaba obligado a cumplir lo que dice la Constitución y el propio Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo del 2009 que en el Art. 282 numeral 3 prevé: «Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta Disposición carecerá de eficacia probatoria».

El Ministerio Público debe garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por infracciones perseguibles de oficio, debiendo citar a los abogados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, esta omisión coloca en situación de indefensión al ciudadano, y tales actos procesales carecen de eficacia probatoria alguna, como lo señala la misma Constitución en el Art. 76 numeral 4.

3.- Al momento de ser detenido ..., según su versión, él no portaba ningún arma, pues las dos encontradas estaban en el interior del vehículo por el conducido, siendo tales armas de propiedad de las compañías ..., con sus respectivos permisos. Esta afirmación, de que no portaba armas al momento de su detención, ha sido corroborada de manera irrefragable e irrefutable, mediante las versiones testimoniales de los señores ..., quienes expresan que en ningún momento habían observado que se encontraba provisto de arma alguna, siendo testigos presenciales de los acontecimientos. Tanto la señora fiscal como la jueza actuante, han omitido referirse a las indicadas versiones testimoniales de descargo, en su dictamen fiscal y en el auto de llamamiento a juicio; Hay que recordar lo que dice el Código de Procedimiento Penal con respecto a las obligaciones del Ministerio Público, «**Art. 65.- Funciones.-** Corresponde al Fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública. Además el Fiscal intervendrá

como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública. No tendrá participación en los juicios de acción privada. Es obligación del Fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado. **Art. 66.- Dictámenes.-** El Fiscal debe formular sus requerimientos y conclusiones motivadamente, mediante un análisis prolijo de las pruebas y de los puntos de derecho».

4.- El señor Capitán de Policía ... de la Central de Radio Patrullas del CP-2, mediante Memo N° 130-XRP-CP-2, de fecha ... le hace conocer al señor Capitán de Policía ..., Jefe Investigador GAO-PJG, encargado de las investigaciones en el presente caso, que «una vez verificada la base de datos de la Central de Radio Patrullas no existe reporte de auxilio, relacionado a la novedad suscitada el día 17 de ..., donde fue detenido el señor ...». Esta información fue soslayada por la señora fiscal en su dictamen, y por la señora jueza en su auto resolutorio de llamamiento a juicio que ha sido impugnando.

5.- La Compañía ..., extendió el certificado de boletos utilizados N° 002289, el ..., de su archivo general, y en el mismo hace constar que ..., utilizó el vuelo 302 para viajar de Guayaquil a Quito, el ..., a las 08h04, llegando a su destino a las 08h35; y, que retornó el mismo día 17 de enero del 2008 en el vuelo 317, en la ruta Quito-Guayaquil, saliendo a las 16h21, llegando a esta ciudad a las 16h56. Es decir que a las 14h00 del mentado día ..., ... y sus acompañantes no se encontraban en Guayaquil, y mal podrían haberlo visto portando un arma de fuego.

6.- El proceso penal es una institución que se desarrolla a través de diferentes etapas procesales, que se llevan de manera continuada y progresiva. El **juicio previo** al que se refiere tanto la Constitución Política de la República como el Código de Procedimiento Penal debe someterse a normas de procedimiento que tienen normativa expresa, respetando de manera absoluta los derechos de los justiciables. Era de obligación de la fiscal y de la jueza actuantes examinar las declaraciones de los señores ..., y expresar porque se las desestimaban. En el caso de la señora jueza debió hacer un análisis crítico de lo sustanciado, y omitió hacer tan análisis, limitándose a repetir las versiones de los antes mencionados oficiales de la policía que son una copia o calco sin variación alguna. Ningún examen o juicio de valoración crítica ha

merecido el hecho cierto y probado, de que las armas encontradas en el vehículo que conducía ... tenían sus correspondientes permisos concedidos a las personas jurídicas que son sus propietarias, con las que el mencionado profesional tiene suscrito contratos de prestación de servicios para su seguridad personal y familiar; y, de servicios profesionales compensados en parte con el servicio de guardianía y protección. Para corroborar lo dicho, se encuentran agregados al proceso los respectivos contratos suscritos con mucha anticipación a los hechos ocurridos el ... a las 17h45;

7.- El auto de llamamiento a juicio, es el auto resolutorio contenido en una declaración jurisdiccional de la presunta culpabilidad del imputado como partícipe de un delito, que se ha comprobado en su fase material u objetiva. En la instrucción fiscal deben comprobarse los elementos materiales que permitan la adecuación del acto al tipo penal, produciéndose así el juicio de reproche con respecto al acto, y en la etapa del juicio se debe comprobar la culpabilidad del acusado como presupuesto para la imposición de una condena, con lo cual se produce el juicio de reproche o desaprobación al autor. El auto de llamamiento a juicio sólo puede estar legitimado, si se cumplen los presupuestos que el juez debe encontrar en la instrucción fiscal, como consecuencia del análisis crítico que debe hacer de la misma. El auto de llamamiento a juicio debe contener la declaración judicial de que el proceso debe continuar a la etapa siguiente en donde debe desarrollarse el juicio de atribución. El juez debe hacer una doble declaración, la de certeza sobre la existencia del acto adecuadamente típico, y la de relación causal entre éste y el imputado o imputados plenamente identificados, de donde va a surgir la declaración presuntiva de culpabilidad que recae sobre el o los acusados. El análisis que el juez debe hacer en la etapa intermedia, al resolver el llamamiento a juicio, se fundamenta en los medios de prueba que se hubiesen practicado durante la instrucción fiscal. Nada de esto consta en la infundada resolución que suscribe la jueza de la causa.

8.- Se pretende desconocer que el auto de llamamiento a juicio es una providencia judicial, que resuelve la situación jurídica del imputado, a quien se coloca en situación de acusado. Este auto debe ser motivado porque el juez se encuentra ante el ineludible deber de explicar en la parte lógica de su providencia, cada uno de los fundamentos que llevan a la conclusión de que la instrucción fiscal ha cum-

plido las finalidades, debiendo mencionar tanto los presupuestos objetivos como los subjetivos del mencionado auto. En el auto resolutorio impugnado, debieron analizarse cada uno de los temas que fueron debatidos en la audiencia preliminar. Esto es, tanto los formales que tienen que ver con la privación ilegal e inconstitucional de la libertad, como los sustanciales que están referidos a la inexistencia de elementos probatorios de cargo; y, antes por el contrario, debieron de valorarse con objetividad e imparcialidad todos los elementos de descargo que constan en el proceso.

9.- La jueza actuante y el tribunal de alzada, no han hecho como correspondía hacerlo y era de su insoslayable obligación, ningún análisis crítico de la instrucción fiscal ni de las exposiciones jurídicas de las partes procesales escuchadas en la audiencia preliminar, para presumir razonablemente la existencia del delito, y la presunta participación en el mismo de ... y de los otros ciudadanos. La jueza ... de lo penal del Guayas, estaba obligada a observar que en el dictamen acusatorio de la señora fiscal actuante, no se cumplía con la determinación de las pruebas de que el delito que se imputaba, se había efectivamente cometido; y, que ... se encontraba en nexo causal con dicho resultado típico. Uno de los requisitos de forma del auto de llamamiento a juicio es que se haga constar «la descripción clara y precisa del delito cometido», esto es, que debe existir la declaración formal de que el delito por el cual se pretende juzgar a una persona en el juicio de culpabilidad, jurídicamente existió.

10.- Como acontece en el caso de ..., ... y, ... al no existir elementos probatorios de la existencia del delito imputado (**tenencia ilegal de armas de fuego**), la jueza no podía ni debía dictar un auto de llamamiento a juicio, pues el mismo demanda como presupuesto de procedencia y de legitimidad, la certeza en el juez de la existencia jurídica del delito. Cuando los elementos en que se funda el dictamen acusatorio son insuficientes lo que procede es que el juez dicte el sobreseimiento, aun en el evento de que el juez tenga dudas sobre la existencia del delito. Solo la certeza judicial sobre dicha existencia, hace viable el llamamiento a juicio. El auto de llamamiento a juicio tiene requisitos formales necesarios para su procedencia procesal, pues el mismo debe determinar con precisión el acto adecuadamente típico cometido, así como la explicación sobre el nexo causal entre el acto y el imputado. Dicho auto debe ser debidamente fundamentado en el

análisis del objeto y en el del sujeto activo, señalando así los límites dentro de los cuales debe ejercer su competencia el Tribunal Penal que es el juez del juicio y de la sentencia. Como el auto de llamamiento a juicio es un documento judicial que califica al objeto y al sujeto, debe cumplir rigurosamente con los requisitos que en forma expresa prevé la ley procesal.

11.- Un requisito para la procedencia y validez del auto de llamamiento a juicio, es que en el mismo se haga una valoración analítica y crítica de la instrucción fiscal pues lo contrario sería convertir a la judicatura en dependiente de la policía o de la fiscalía. La ley exige que el dictamen fiscal entregue los resultados de su actividad como titular de la investigación, los mismos que deben estar referidos a las finalidades de dicha etapa que se contraen a determinar la existencia jurídica del delito, así como la intervención del imputado en la infracción que es objeto del proceso. El juez no puede limitarse a hacer una mera descripción de los actos procesales constantes en la instrucción fiscal como ha ocurrido al resolverse la situación procesal de los impugnantes, con grave quebranto del derecho a la defensa. Los resultados a los que se refiere la ley procesal penal en su Art. 232 (**El análisis prolijo de los resultados de la instrucción fiscal**) son los fines de esta etapa del proceso penal, que el juez debe analizar de manera prolija, es decir, de manera cuidadosa y esmerada, para concluir si la etapa de instrucción cumplió con las finalidades que prevé la ley procesal penal.

### **Inaplicabilidad del tipo penal agravado previsto en el Art. 162 del Código Penal**

Se dictó por parte de la Segunda Sala de lo Penal de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil un llamamiento a juicio aplicando una disposición del Art. 162 inciso segundo del Código Penal, que dice:

«**(Sanción por tenencia de armas sin permiso).**- Los particulares que sin el permiso necesario y sin debida explicación portaren armas de uso militar o policial y de cualquier otro tipo similar, serán sancionados con prisión de uno a cinco años y multa de nueve a cuarenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América.

La actuación dolosa reiterada de este tipo de conducta, será sancionada con una pena de reclusión de tres a seis años...».

1.- Esta imputación es violatoria del derecho a la seguridad jurídica y a las garantías del debido proceso previstas en los artículos 76 y 77 *in extenso* de la Constitución Política de la República, que se irradian al Código Penal que en el Art. 2 dice: «Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto...».

Al Código de Procedimiento Penal que en el Art. 2, expresa:

«Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto...».

2.- Recordando el contenido del Art. 76 numeral 3 de la Constitución del 2008, sabemos que en Ecuador está constitucionalizado un *Derecho penal de acto*. Esto nos lleva a sostener que la constitucionalización de las garantías del debido proceso, y entre ellas la entronización de un *Derecho penal de acto*, se irradian al sistema penal pues tanto la normativa sustantiva como la adjetiva o de procedimiento, expresamente la reconocen.

3.- Tanto la Constitución Política de la República (norma suprema) así como las normas subalternas, código penal y de procedimiento penal, establecen el denominado *Derecho penal de acto* frente a un aberrante *Derecho penal de autor*, hoy proscrito de cualquier legislación que se precie de ser mediante racional con la vigencia de un Estado de Derecho. Aunque existe la disposición del segundo inciso del Art. 162 del Código Penal, la misma es inconstitucional (más allá de que no fuese aplicable en el caso de ...) porque se le pretende aplicar un concepto de *peligrosidad* por un hecho pasado por el cual fue juzgado y cuya pena fue cumplida.

El *Derecho penal de acto* previsto en el 76 numeral 3, que dice que «nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto que al momento de cometerse no esté tipificado en la ley...» significa que son relevantes los elementos que surgen del acto, y que nadie puede ser juzgado por sus antecedentes o por un hecho pasado sino por un acto que fuese constitutivo de delito. Es aberrante el propósito de adecuar una

conducta a una hipótesis típica acudiendo a conceptos de *peligrosidad* proscritos en un Estado de Derecho.

4.- La pretendida adecuación de la conducta de ...en un tipo penal agravado por una supuesta *actuación dolosa reiterada* es insostenible además de inconstitucional, pues el *dolo demanda actuar con malicia o con el designio de causar daño*. Puedo plantear una hipótesis típica, que podría ser el caso de un sujeto al que: 4.1. Hoy se lo encuentra con armas de fuego y con ocasión del asalto a una institución bancaria; y, 4.2. Que luego de un año, es sorprendido con armas de fuego en circunstancias en que está secuestrando a un ciudadano con fines extorsivos. Esto podría ser subsumido como *actuación dolosa reiterada*.

5.- La agravante prevista en el artículo 162 bis, inciso 2º, no es compatible con la Constitución de la República y con un Derecho penal de acto, que pune conductas y no la peligrosidad del autor. En efecto, la agravante que el artículo 162 del C.P. contiene, resulta, contraria a nuestra Constitución Nacional. En efecto, el precepto –que cuenta con una deficiente técnica legislativa, por cierto–, al establecer una mayor pena para el portador ilegítimo de armas, interpretada por la Segunda Sala, *por* poseer antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, constituye una clara vulneración al principio de culpabilidad (art. 76 de la C.P.R. 15 del P.I.D.C.P. y 9 de la C.A.D.H.). Es que no se castiga al autor exclusivamente en función de la gravedad del hecho cometido, sino que, por contrario y de forma inadmisibles, por registrar antecedentes penales.

Dicho de otra forma: el dispositivo castiga no sólo la portación ilegítima de un arma de fuego, sino también la *conducta dolosa reiterada*, en el sentido que la sala equivocadamente interpreta, (por delitos dolosos contra las personas o con la utilización de armas).

Como nítidamente lo exponen los profesores argentinos, DE LA FUENTE y SALDUNA, el artículo 18 de la Constitución Nacional (que es similar al Art. 24 *in fine* de nuestra Constitución Política de la República), al establecer que «ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...», fija claramente los límites de nuestro Derecho penal. Sólo se castigan conductas, es decir, delitos. Nuestro sistema adopta un Derecho penal de acto y no de autor, resultando absolutamente prohibido cualquier intento de sancionar «personalidades», «formas de ser»,

o «estados peligrosos» sin que se hayan materializado en acciones. La peligrosidad sin delito se halla vedada en nuestro sistema penal<sup>1</sup>.

6.- El denominado principio *non bis in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos), también se encuentra afectado por la disposición inserta en el artículo 162 bis, segundo apartado *in fine*, del C.P. Y es violatoria del *debido proceso*, pues el Art. 76 numeral 7, letra i, de nuestra CPR dice:

«Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia».

**Comentario:** A ... se lo pretende juzgar nuevamente por un hecho juzgado hace 18 años y por el cual cumplió la condena.

En efecto, la convalidación de este tipo penal (Art. 160 inciso segundo) significaría reconocer la persecución o la condena de una persona, más de una vez y por el mismo hecho. Es que, la calificante de la pena se sustenta o apoya en otros sucesos por los cuales el encausado ya fue juzgado y castigado.

Es clara, así, la contradicción de la disposición en comentario a nuestra Constitución, y por ello merece una declaración en tal sentido.

7.- La normativa procesal penal del Ecuador, expresamente consagra tanto el principio del *non bis in idem*, como el principio que consagra la *interpretación restrictiva*, diciendo:

### **Código de Procedimiento Penal**

**(R.O. 360-S, 13-I-2000)**

Nota:

Este Código entró en vigencia el 13 de julio del 2001, según lo dispuesto en la Disposición Final de este cuerpo legal.

«**Art. 5.- Único proceso.-** Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho».

«**Art. 15.- Interpretación restrictiva.-** Todas las disposiciones de esta ley que restringen la libertad o los derechos del imputado o

<sup>1</sup> DE LA FUENTE y SALDUNA, en A.A.V.V., *Reformas Penales*, Rubinzal- Culzoni, 2004, p. 228.

limitan el ejercicio de las facultades conferidas a quienes intervienen en el proceso, deben ser interpretadas restrictivamente».

8.- Por otra parte, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P.) del año 1966, como el Pacto de San José de Costa Rica o Convención o Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.) del año 1969, son vinculantes para el Estado ecuatoriano pues fueron suscritos y ratificados por el Ecuador en 1974, y forman parte de la normativa del país como lo reconoce nuestra C.P.R., todos los cuales son preeminentes frente al comentado Art. 162 segundo inciso *in fine* del CP que se pretende aplicar.

Nos permitimos recordar:

#### **Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos**

**Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966**

**Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.**

#### **«Artículo 15**

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

#### **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

**Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.**

#### **«Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad**

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

9.- El auto expedido por el juez de origen, que resuelve llevar a juicio a JT por el tipo penal agravado previsto en el Art. 162 *in fine* del CP, es violatorio del Art. 76 de la C.P.R., Art. 15 del P.I.D.C.P. y, Art. 9 de la C.A.D.H.

#### **Petición de sobreseimiento**

Con los antecedentes expuestos solicito por ser legal y procedente el sobreseimiento definitivo de la causa y a mi favor.

A ruego del peticionario, su defensor.

Dr...

Mat...

## AUTO DE SOBRESEIMIENTO

N° -2009

Guayaquil, junio del 2009: las 10h30

Vistos: Por el sorteo de Ley, llegó a conocimiento de esta Sala de lo Penal...de la H. Corte Provincial de Justicia del Guayas, el Recurso de Apelación del Auto de Llamamiento a Juicio dictado por la Dra. ..., Juez Décimo Noveno de lo Penal del Guayas, que interpusieron los imputados ... y el doctor..., mediante escrito de fs. ... a... en el que oportuna y de manera fundamentada impugnaron el auto referido cumpliéndose de este modo con lo dispuesto en el Art. 344 del Código de Procedimiento Penal, por lo que el recurso es admisible. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo esta Sala considera: **PRIMERO.-** Esta Sala de lo Penal, de la H. Corte Provincial de Justicia del Guayas, es competente para resolver la especie controvertida por así disponerlo el Art. 343 del Código de Procedimiento Penal, reformado mediante Ley contenida en el RO 555 del 24 de marzo del 2009, en concordancia con el Art. 208 el numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el RO-S 544 del 9 de marzo del 2009. **SEGUNDO.-** Para pronunciarse en relación al auto resolutorio dictado por la Juez a-quo, el mismo que tiene como antecedente la instrucción fiscal N° 08-01-17503, iniciada y resuelta por la Ab. ..., Agente Fiscal de lo Penal del Guayas, llega a su conocimiento que, el día ... a las 17h45 aproximadamente, y por versión del señor Mayor de Policía ... Capitán de Policía ... y el señor Subteniente de Policía ..., se había estado realizando un operativo de rutina que se realiza en toda la ciudad de Guayaquil y por la altura del Mall del Sol, varias personas les habían manifestado, que en dos vehículos se encontraban varias personas que portaban armas de fuego, por lo que



habían procedido a realizar un patrullaje preventivo por las inmediaciones del sector antes indicado avanzando hasta la avenida Alcívar y a la altura de la intersección con la calle Alavedra, habían procedido a realizar un registro a los vehículos momentos en que el equipo N° Tres intercepta al vehículo Jeep, marca Hyundai, modelo Santa Fe, color negro, de placas GMM-821, el mismo que estaba siendo conducido por el señor Ab. ... y al realizarle el registro respectivo al vehículo en mención se había encontrado en poder del ciudadano Ab. ..., una pistola en su cintura y otra bajo su asiento, simultáneamente en equipo N° Dos había interceptado al vehículo Hyundai modelo Tucson color vino de placas RCB-152, en el mismo que se encontraban varios ciudadanos quienes habían sacado a relucir las armas de fuego que portaban y al realizarle el registro respectivo a cada uno de los ocupantes se les había encontrado en su poder un arma de fuego y varias alimentadoras, simultáneamente el equipo N° 3 a la altura de la Av. Alcívar en la manzana 308, de la ciudadela Kennedy Norte, por versiones de los moradores del sector habían indicado que se encontraban en el sector dos personas reluciendo sus armas, por lo que en el lugar habían tomado contacto con los ciudadanos ... y ... a quienes se les había realizado el respectivo registro encontrándoles en su poder varias armas y alimentadoras, por lo que se había procedido a trasladarlos hasta las instalaciones de la Policía Judicial para realizar las respectivas investigaciones, lugar en donde se tomó contacto con el señor Coronel ..., Jefe Provincial de la Policía Nacional a quien se le había dado a conocer la novedad con quien se ha trasladado a los detenidos donde la Ab. ... Fiscal de lo Penal del Guayas quien dispuso los trámites de aprehensión respectivos. Con los antecedentes expuestos se determina, que el presente hecho que se investiga es un delito de acción penal pública de instancia oficial, y por encontrar fundamentos suficientes, la Sra. Ab. ..., Fiscal de lo Penal del Guayas dictó instrucción fiscal en contra de ..., y el Ab. ..., por delito de tenencia ilegal de armas, por lo que se dispuso notificar con el inicio de instrucción a los imputados antes mencionados, de conformidad con el Art. 217 del Código de Procedimiento Penal, en contra de quienes se dictó auto de prisión preventiva, y en cuanto a los ciudadanos... se dispuso su libertad. **TERCERO.-** Dentro de la instrucción la señora fiscal actuante, dispuso la práctica de actos procesales que sirvieron de fundamento para su dictamen fiscal acusatorio, el mismo que sirvió de

antecedente para que la señora jueza décimo noveno de lo penal del Guayas, dictara el auto de llamamiento a juicio, materia de este recurso. Respecto de los actos procesales practicados, la Sala hace el siguiente análisis: **a)** El Art. 169 de la Constitución Política de la República del 2008, señala que, «El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades»; **b)** El Art. 76 de la Constitución vigente contempla las garantías del derecho al debido proceso; **c)** El Art. 10 de la misma carta magna reconoce el goce de los derechos previstos en los instrumentos internacionales; **d)** El mismo Art. 76 *ibidem* en su numeral 4 dispone, «las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria»; **e)** Las normas constitucionales referidas en los literales anteriores al igual que los instrumentos internacionales de derechos humanos, deben ser obligatoriamente aplicados por las juezes y juezes al administrar justicia, como lo dispone el Art. 172 de nuestra Constitución Política; **e)** El Art. 80 del Código de Procedimiento Penal dispone, «Art. 80.- Ineficacia probatoria.- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías». **CUARTO.-** La sala deja constancia del estudio y análisis objetivo de los siguientes actos procesales: **a)** La señora Fiscal de lo Penal actuante dicta la instrucción fiscal el ... a las 22h45, habiendo dispuesto previamente y mediante oficio N° 0143-2008 del mismo día ..., el informe de reconocimiento y avalúo de evidencias, recibido en la PJ del Guayas y realizado el informe a las 10h00, por la Sgto. ...; **b)** Las armas supuestamente encontradas en poder el Ab. ..., según la comunicación que suscribe el CPFGE-EM, ..., Jefe del Departamento de Control de Armas Guayas, del Comando Conjunto de las FF.AA, no están registradas a su nombre. El arma serie N° TYJ42082 está registrada a nombre de la empresa de seguridad ... RUC 0991406506001, en tanto que el arma serie N° 035068MC está registrada a nombre de la persona jurídica ... RUC 0992367954001. **c)** El día ..., comparecen ante la señora fiscal los responsables del ope-

rativo que culmina con la detención de ... y de otros ciudadanos, debiendo apreciar que el señor Mayor de Policía ..., Capitán de Policía ... y el señor Subteniente de Policía ..., declaran los tres a la misma hora, esto es a las 10h00, lo cual resulta físicamente imposible. Es inquestionable que la actitud de la señora fiscal actuante colocó en situación de indefensión a los imputados, inobservando la inviolabilidad de la defensa prevista en el Art. 76, numeral 7, letra a, de las garantías del debido proceso, y sin que puedan ejercer el derecho al contradictorio previsto en la letra h de la misma disposición constitucional. Es necesario recordar que el Ministerio Público debe dirigir la investigación a través de la llamada **instrucción fiscal**, y el juez penal debe controlar dicha instrucción así como reservarse la competencia para dictar las medidas de aseguramiento tanto personales como reales, disponer allanamientos, registros, incautaciones, decomisos y resolver la etapa intermedia. El ministerio publico está obligado a cumplir lo que dice la Constitución y el propio Código Orgánico de la Función Judicial, para hacer efectivo el respeto al debido proceso, garantizando la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por infracciones de acción penal pública, debiendo citar a los abogados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, y que cualquier actuación que viole esta disposición carece de eficacia probatoria; **d)** Al momento de ser detenido el Ab. ..., según su versión, él no portaba ningún arma, pues las dos encontradas estaban en el interior del vehículo por el conducido, siendo tales armas de propiedad de las compañías... y..., con sus respectivos permisos. Esta afirmación, de que no portaba armas al momento de su detención, ha sido corroborada de manera irrefragable e irrefutable, mediante las versiones testimoniales de los señores ..., quienes expresan que en ningún momento habían observado que se encontraba provisto de arma alguna, siendo testigos presenciales de los acontecimientos. Tanto la señora fiscal como la jueza actuante, han omitido referirse a las indicadas versiones testimoniales de descargo, en su dictamen fiscal y en el auto de llamamiento a juicio; **e)** Hay que recordar lo que dice el Código de Procedimiento Penal con respecto a las obligaciones del Ministerio Público, «**Art. 65.- Funciones.-** Corresponde al Fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública. Además el Fiscal intervendrá como parte durante todas las eta-

pas del proceso penal de acción pública. No tendrá participación en los juicios de acción privada. Es obligación del Fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado. **Art. 66.- Dictámenes.-** El Fiscal debe formular sus requerimientos y conclusiones motivadamente, mediante un análisis prolijo de las pruebas y de los puntos de derecho»; **f)** El señor Capitán de Policía..., Oficial de la Central de Radio Patrullas del CP-2, mediante Memo N° 130-XRP-CP-2, de fecha..., le hace conocer al señor Capitán de Policía..., Jefe Investigador GAO- PJG, encargado de las investigaciones en el presente caso, que «una vez verificada la base de datos de la Central de Radio Patrullas no existe reporte de auxilio, relacionado a la novedad suscitada el día ..., donde fue detenido el señor ...». Esta información fue soslayada por la señora fiscal en su dictamen, y por la señora jueza en su auto resolutorio de llamamiento a juicio que ha sido impugnando. **g)** La Compañía ..., extendió el certificado de boletos utilizados N° 002289, el día..., de su archivo general, y en el mismo hace constar que ..., utilizó el vuelo 302 para viajar de Guayaquil a Quito, el 17 de enero del 2008, a las 08h04, llegando a su destino a las 08h35; y, que retornó el mismo día ... en el vuelo 317, en la ruta Quito-Guayaquil, saliendo a las 16h21, llegando a esta ciudad a las 16h56. Es decir que a las 14h00 del mentado día ..., el ciudadano... y sus acompañantes no se encontraban en Guayaquil, y mal podrían haberlo visto portando un arma de fuego; **h)** El proceso penal es una institución que se desarrolla a través de diferentes etapas procesales, que se llevan de manera continuada y progresiva. El **juicio previo** al que se refiere tanto la Constitución Política de la República como el Código de Procedimiento Penal debe someterse a normas de procedimiento que tienen normativa expresa, respetando de manera absoluta los derechos de los justiciables. Era de obligación de la fiscal y de la jueza actuantes examinar las declaraciones de los señores ..., y expresar porque se las desestimaban. En el caso de la señora jueza debió hacer un análisis crítico de lo sustanciado, y omitió hacer tan análisis, limitándose a repetir las versiones de los antes mencionados oficiales de la policía que son una copia o calco sin variación alguna. Ningún examen o juicio de valoración crítica ha merecido el hecho cierto y probado, de que las armas encontradas en el vehículo que conducía el Ab. ..., tenían sus correspondientes permisos conce-

didados a las personas jurídicas que son sus propietarias, con las que el mencionado profesional tiene suscrito contratos de prestación de servicios para su seguridad personal y familiar; y, de servicios profesionales compensados en parte con el servicio de guardianía y protección. Para corroborar lo dicho, se encuentran agregados al proceso los respectivos contratos suscritos con mucha anticipación a los hechos ocurridos el día..., a partir de las 17h45; i) El auto de llamamiento a juicio, es el auto resolutorio contenido en una declaración jurisdiccional de la presunta culpabilidad del imputado como partícipe de un delito, que se ha comprobado en su fase material u objetiva. En la instrucción fiscal deben comprobarse los elementos materiales que permitan la adecuación del acto al tipo penal, produciéndose así el juicio de reproche con respecto al acto, y en la etapa del juicio se debe comprobar la culpabilidad del acusado como presupuesto para la imposición de una condena, con lo cual se produce el juicio de reproche o desaprobación al autor. El auto de llamamiento a juicio sólo puede estar legitimado, si se cumplen los presupuestos que el juez debe encontrar en la instrucción fiscal, como consecuencia del análisis crítico que debe hacer de la misma. El auto de llamamiento a juicio debe contener la declaración judicial de que el proceso debe continuar a la etapa siguiente en donde debe desarrollarse el juicio de atribución. El juez debe hacer una doble declaración, la de certeza sobre la existencia del acto adecuadamente típico, y la de relación causal entre éste y el imputado o imputados plenamente identificados, de donde va a surgir la declaración presuntiva de culpabilidad que recae sobre el o los acusados. El análisis que el juez debe hacer en la etapa intermedia, al resolver el llamamiento a juicio, se fundamenta en los medios de prueba que se hubiesen practicado durante la instrucción fiscal. Nada de esto consta en la infundada resolución que suscribe la jueza de la causa. Se pretende desconocer que el auto de llamamiento a juicio es una providencia judicial, que resuelve la situación jurídica del imputado, a quien se coloca en situación de acusado. Este auto debe ser motivado porque el juez se encuentra ante el ineludible deber de explicar en la parte lógica de su providencia, cada uno de los fundamentos que llevan a la conclusión de que la instrucción fiscal ha cumplido las finalidades, debiendo mencionar tanto los presupuestos objetivos como los subjetivos del mencionado auto. En el auto resolutorio impugnado, debieron analizarse cada uno de los temas

que fueron debatidos en la audiencia preliminar. Esto es, tanto los formales que tienen que ver con la privación ilegal e inconstitucional de la libertad, como los sustanciales que están referidos a la inexistencia de elementos probatorios de cargo; y, antes por el contrario, debieron de valorarse con objetividad e imparcialidad todos los elementos de descargo que han sido referidos en esta resolución. En la situación de...y... la jueza actuante, no ha hecho como correspondía hacerlo y era de su insoslayable obligación, ningún análisis crítico de la instrucción fiscal ni de las exposiciones jurídicas de las partes procesales escuchadas en la audiencia preliminar, para presumir razonablemente la existencia del delito, y la presunta participación en el mismo de... y de los otros ciudadanos. La jueza décimo novena de lo penal del Guayas, estaba obligada a observar que en el dictamen acusatorio de la señora fiscal actuante, no se cumplía con la determinación de las pruebas de que el delito que se imputaba, se había efectivamente cometido; y, que... se encontraba en nexo causal con dicho resultado típico. Uno de los requisitos de forma del auto de llamamiento a juicio es que se haga constar «la descripción clara y precisa del delito cometido», esto es, que debe existir la declaración formal de que el delito por el cual se pretende juzgar a una persona en el juicio de culpabilidad, jurídicamente existió; j) Como acontece en el caso de... y...al no existir elementos probatorios de la existencia del delito imputado (TENENCIA ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO), la jueza no podía ni debía dictar un auto de llamamiento a juicio, pues el mismo demanda como presupuesto de procedencia y de legitimidad, la certeza en el juez de la existencia jurídica del delito. Cuando los elementos en que se funda el dictamen acusatorio son insuficientes lo que procede es que el juez dicte el sobreseimiento, aun en el evento de que el juez tenga dudas sobre la existencia del delito. Solo la certeza judicial sobre dicha existencia, hace viable el llamamiento a juicio. El auto de llamamiento a juicio tiene requisitos formales necesarios para su procedencia procesal, pues el mismo debe determinar con precisión el acto adecuadamente típico cometido, así como la explicación sobre el nexo causal entre el acto y el imputado. Dicho auto debe ser debidamente fundamentado en el análisis del objeto y en el del sujeto activo, señalando así los límites dentro de los cuales debe ejercer su competencia el Tribunal de Garantías Penales que es el juez del juicio y de la sentencia. Como el auto de llamamiento a juicio es un documento

judicial que califica al objeto y al sujeto, debe cumplir rigurosamente con los requisitos que en forma expresa prevé la ley procesal. Un requisito para la procedencia y validez del auto de llamamiento a juicio, es que en el mismo se haga una valoración analítica y crítica de la instrucción fiscal pues lo contrario sería convertir a la judicatura en dependiente de la policía o de la fiscalía. La ley exige que el dictamen fiscal entregue los resultados de su actividad como titular de la investigación, los mismos que deben estar referidos a las finalidades de dicha etapa que se contraen a determinar la existencia jurídica del delito, así como la intervención del imputado en la infracción que es objeto del proceso. El juez no puede limitarse a hacer una mera descripción de los actos procesales constantes en la instrucción fiscal como ha ocurrido al resolverse la situación procesal de los impugnantes, con grave quebranto del derecho a la defensa. Los resultados a los que se refiere la ley procesal penal en su Art. 232 (**El análisis prolijo de los resultados de la instrucción fiscal**) son los fines de esta etapa del proceso penal, que el juez debe analizar de manera prolija, es decir, de manera cuidadosa y esmerada, para concluir si la etapa de instrucción cumplió con las finalidades que prevé la ley procesal penal. Con los antecedentes expuestos esta ... Sala de lo Penal, considera que los elementos en que la fiscal ha sustentado la existencia de la infracción son equívocos e insuficientes, por lo cual y de conformidad a lo que dispone el Art. 241 del Código de Procedimiento Penal, **revo-ca el auto de llamamiento a juicio y en su lugar dicta auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados ... y...** Se dispone la cesación de las medidas cautelares personales y reales dictadas en contra de los imputados. Notifíquese.

## AUTO DE SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL

N° 863-B-

Corte Provincial de Justicia del Guayas

Tercera Sala de lo Penal

... del 2009; a las ...- **VISTOS:** La presente causa penal se encuentra en estado de dictar el auto resolutorio que corresponde, en relación con el dictamen fiscal acusatorio presentado por el doctor ... Ministro Fiscal Distrital del Guayas y Galápagos (e), en contra de los imputados... como autores y cómplices del delito de tráfico ilícito de de drogas, tipificado y sancionado por el Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y una vez que se ha cumplido con la sustanciación de la audiencia preliminar, para resolver, se considera: **PRIMERO.-** Esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver la presente instrucción de conformidad con la ley.- **SEGUNDO.-** El señor Ministro Fiscal Distrital del Guayas y Galápagos (e), manifiesta en su dictamen acusatorio que ... y ... deben responder como cómplices del delito de tráfico de sustancias estupefacientes y sicotrópicas.

**TERCERO.-** En la audiencia preliminar, el doctor Ministro Fiscal Distrital, subrogante, ha ratificado el dictamen acusatorio por el delito de tráfico ilícito de drogas, tipificado y sancionado por el Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en calidad de cómplices, en contra de ... y de ...

La defensa de ..., en la sustanciación de la audiencia preliminar convocada al tenor del Art. 229 del Código de Procedimiento Penal,

ha expresado con respecto a la existencia de requisitos de procedibilidad, y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, la privación ilegal de la libertad de su patrocinado porque no se trataba de un caso de delito flagrante, ni existía una orden previa emitida por escrito por juez penal competente, violentándose el Art. 24, numeral 6 de la Constitución Política de la República vigente a la fecha de los hechos, y que no se había cumplido con la disposición del Art. 225, numeral 3 del Código de Procedimiento Penal, que señala la obligación de presentar la fundamentación por separado o individualmente, en contra de cada uno de los imputados. El defensor de ..., dijo en la audiencia preliminar y al alegar sobre los fundamentos del dictamen fiscal, que en el mismo no se mencionan los elementos incriminatorios que se hubiesen encontrado durante la instrucción fiscal, para imputarle a su defendido la calidad de cómplice en el delito de tráfico de estupefacientes. Que la doctrina señala, que el autor es el que comete el delito, y que tiene la calidad de cómplice quien ayuda o coopera con el autor para la comisión del delito. Que lo único que existe es una relación comercial entre ..., que es un conocido armador pesquero, con el ciudadano ... de nacionalidad colombiana, a quien ... le facilitó 45 mil dólares para la confección de una red, sobre la cual se constituyó un contrato de prenda industrial que está debidamente notariado, así como el pagaré en garantía del préstamo, que en consecuencia no existe ningún indicio que haga creíble o sostenible la imputación del señor Ministro Fiscal Provincial (e), por lo cual solicitó el sobreseimiento definitivo de su defendido. **CUARTO.-** El profesor Eugenio Raúl ZAFFARONI, dice, al referirse a la configuración jurídica de la concurrencia de personas: «como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación* (*concurrencia o concurso*) de personas en el delito, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad. Cabe precisar que la expresión *participación*, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, *participación* es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas *toma parte en el delito*, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por *participación* el fenómeno por el que una o más personas *toman parte en el delito ajeno*, siendo *partícipes* sólo los *cómplices* y los *instigadores*, con

exclusión de los autores»<sup>1</sup>. Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad. Se consideran autores a quienes cometen el delito de propia mano, como bien dice el profesor Günther JAKOBS, «autor es siempre quien comete el hecho por si mismo, es decir quién ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito»<sup>2</sup>. El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por si mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración. Como expresa el propio JAKOBS, «El Derecho penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución co determinan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo» (*op. cit.*, p. 745). En la dogmática penal se llega a considerar a un partícipe con el mismo nivel de culpabilidad y de responsabilidad que el autor, pues en ocasiones la participación es de tal gravedad que sin su concurso el hecho no se habría producido. En el ordenamiento penal ecuatoriano de acuerdo con el Art. 44 del Código Penal, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido, esto es lo que denominamos *cómplices primarios* o *necesarios*, vale decir que sin ser técnicamente autores se los reputa como tales para efectos de la determinación de la pena; como dice E.R. ZAFFARONI, «quienes hacen el aporte

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735.

<sup>2</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744.

necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los cooperadores necesarios, a quienes se les depara el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesarios (*op. cit.*, pp. 736-737); y, se reserva la calidad de *cómplices secundarios* o *accesorios* a aquellos cuya participación es intrascendente, es decir que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso; la *complicidad secundaria* es aquella a la cual se refiere el Art. 43 del Código Penal ecuatoriano». En el concepto del Prof. JAKOBS, uno de los iconos más importantes del Derecho penal en el siglo 21, «cuantas más personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta una aportación de la medida de las demás aportaciones; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe» (*op. cit.*, p. 751). Esto es, que el cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de ejecución, se convierte en coautor. **QUINTO.-** En el presente caso, la Sala no encuentra elementos que den sustento a la acusación en contra de ...de participación como cómplice en el delito de tráfico de drogas, pues no existen indicios probados de tal vinculación, que no están mencionadas tampoco en el dictamen fiscal acusatorio, pues sin sustento alguno se afirma en la página 75 del dictamen acusatorio, «sin embargo se encuentra demostrado en forma irrefutable la relación mantenida por ... con el co imputado ... alias ..., uno de los miembros de esta organización narcodelictiva ahora desarticulada». Para la Sala resulta inequívoco que la única relación probada es la de la financiación de una red por el valor de 45 mil dólares, sin que existan los indicios que señala el Art. 88 del Código de Procedimiento Penal para presumir el nexo causal entre la infracción acusada y ..., pues la disposición invocada señala: «**Art. 88.- Presunción del nexo causal.-** Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario: 1.- Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho; 2.- Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y, 3.- Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean: a) Varios; b) Relacionados, tanto con el asunto ma-

teria del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí; c) Unívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión; y, d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente». Es menester reconocer que el Ecuador se proclama como Estado constitucional de derechos y justicia en el numeral 1 de la Constitución, que la misma Carta Magna del 2008 ( Art. 11 n. 9) establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución (sic); y que de la misma se infiere que, *los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley para el ejercicio de tales derechos.* **SEXTO.-** Debemos recordar que el auto de llamamiento a juicio, es el auto resolutorio contenido en una declaración jurisdiccional de la presunta culpabilidad del imputado como partícipe de un delito, que se ha comprobado en su fase material u objetiva. En la instrucción fiscal deben comprobarse los elementos materiales que permitan la adecuación del acto al tipo penal, produciéndose así el juicio de reproche con respecto al acto, y en la etapa del juicio se debe comprobar la culpabilidad del acusado como presupuesto para la imposición de una condena, con lo cual se produce el juicio de reproche o desaprobación al autor. El auto de llamamiento a juicio sólo puede estar legitimado, si se cumplen los presupuestos que el juez debe encontrar en la instrucción fiscal, como consecuencia del análisis crítico que debe hacer de la misma. El juez debe hacer una doble declaración, la de certeza sobre la existencia del acto adecuadamente típico, y la de relación causal entre éste y el imputado plenamente identificado, de donde va a surgir la declaración presuntiva de culpabilidad que recae sobre el acusado. El análisis que el juez debe hacer en la etapa intermedia, al resolver si procede o no el llamamiento a juicio, se fundamenta en los medios de prueba que se hubiesen practicado durante la instrucción fiscal. Este auto debe ser motivado porque el juez se encuentra ante el ineludible deber de explicar en la parte lógica de su providencia, cada uno de los fundamentos que llevan a la conclusión de que la instrucción fiscal ha cumplido las finali-

dades, debiendo mencionar tanto los presupuestos objetivos como los subjetivos del mencionado auto. Deben analizarse cada uno de los temas que fueron debatidos en la audiencia preliminar. Esto es, tanto los formales que tienen que ver con la constitucionalidad de las medidas de aseguramiento que fueron el antecedente para este proceso, así como los sustanciales que están referidos a la existencia o no de elementos probatorios de cargo, debiendo valorarse con objetividad e imparcialidad todos los elementos de descargo que han sido sostenidos en el proceso y en la audiencia preliminar. La parte lógica de un auto de resolución como el presente debe indicar razonadamente cada uno de los elementos de la instrucción fiscal que sirven de fundamento para concluir que el imputado debe ser llamado o no al juicio de atribución o de reproche de culpabilidad. Estamos obligados a observar si en el dictamen acusatorio se cumple con la determinación de las pruebas de que el delito que se imputa, se había efectivamente cometido; y, los acusados se encuentran en nexo causal con dicho resultado típico. Uno de los requisitos de forma del auto de llamamiento a juicio es que se haga constar «la descripción clara y precisa del delito cometido», esto es, que debe existir la declaración formal de que el delito por el cual se pretende juzgar a una persona en el juicio de culpabilidad, jurídicamente existió. Al no existir elementos probatorios de la existencia del delito imputado, el juez no puede dictar un auto de llamamiento a juicio, pues el mismo demanda como presupuesto de procedencia y de legitimidad, la certeza en el juez de la existencia jurídica del delito. Cuando los elementos en que se funda el dictamen acusatorio son insuficientes lo que procede es que el juez dicte el sobreseimiento, aun en el evento de que el juez tenga dudas sobre la existencia del delito. Solo la certeza judicial sobre dicha existencia, hace viable el llamamiento a juicio. El auto de llamamiento a juicio tiene requisitos formales necesarios para su procedencia procesal, pues el mismo debe determinar con precisión el acto adecuadamente típico cometido, así como la explicación sobre el nexo causal entre el acto y el imputado. Dicho auto debe ser debidamente fundamentado en el análisis del objeto y en el del sujeto activo, señalando así los límites dentro de los cuales debe ejercer su competencia el juez del juicio y de la sentencia. Como el auto de llamamiento a juicio es un documento judicial que califica al objeto y al sujeto, debe cumplir rigurosamente con los requisitos que en forma expresa prevé la ley

procesal. Los resultados a los que se refiere la ley procesal penal en su Art. 232 (**El análisis prolijo de los resultados de la instrucción fiscal**) son los fines de esta etapa del proceso penal, que el juez debe analizar de manera prolija, vale decir, de manera cuidadosa y esmerada, para concluir si la etapa de instrucción cumplió con las finalidades que prevé la ley procesal penal. **SEPTIMO.**- La Sala considera que en el caso sub júdice no hay certeza de la participación de..., ni de... en calidad de cómplice del delito objeto jurídico de la presente instrucción fiscal. El Art. 76 numeral 5 de la Constitución Política de la República del 2008, en concordancia con el Art. 4 del Código Penal, determina que la ley se aplicará en el sentido más favorable al encausado. Actuar fuera de este principio se convierte en un hecho que lesiona no sólo los intereses de los imputados sino los de la propia Constitución y Ley, ya que no se puede so pretexto de defender los intereses del Estado, actuar al margen de la Constitución y la Ley, violentando sus principios y disposiciones. Valorada la instrucción fiscal y sus resultados en conjunto, no se desprenden elementos de convicción suficientes que demuestran la presunta participación de los imputados... en el delito de tráfico de estupefacientes tipificado y sancionado por el Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en la calidad de cómplices, que les imputa el representante del Ministerio Público. Por lo expuesto, esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, con sujeción a lo dispuesto en el Art. 241 del Código de Procedimiento Penal dicta sobreseimiento provisional de los imputados... Se dejan sin efecto las medidas de aseguramiento personal y real que se dictaron durante la instrucción fiscal, en contra de los co imputados que están siendo sobreseídos. Notifíquese.

## APELACIÓN DE LLAMAMIENTO A JUICIO. CASO DE DROGAS

Juicio N° 863-B- 2007

Instrucción fiscal N°683-2007

Señores jueces de la Tercera Sala Penal de la H. Corte Provincial de Justicia del Guayas

J.R.M.A, en el proceso penal que se sigue en mi contra por un inexistente delito, de DROGAS ante ustedes comparezco para exponer y solicitar:

### **Interposición de Recurso de Apelación**

Estando dentro del plazo legal para hacerlo, impugno el auto de llamamiento a juicio que ustedes ha pronunciado en mi contra con una diminuta e inmotivada resolución e INTERPONGO RECURSO DE APELACION PARA ANTE EL SUPERIOR, amparado en el Art. 343 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal.

Interpuesta y aceptada la apelación deben quedar en suspenso las medidas de apremio personal y real dictadas, pues de acuerdo con la normativa que rige los efectos de los recursos, Art. 327 del vigente Código de Procedimiento Penal **la interposición de un recurso suspende la ejecución de la decisión**, vale decir que el recurso se concede en el efecto suspensivo y no devolutivo.

Cumplo con el mandato previsto en el Art. 344 del CPP, fundamentando el recurso en los siguientes considerando:

### **I. Manifiesta violación de garantías constitucionales**

Vuestra resolución me causa agravio y es violatoria de **garantías del debido proceso**, pues jamás se ha podido encontrar indicio alguno que haga presumir razonablemente mi vinculación con el delito objeto jurídico de la instrucción fiscal dispuesta. Las garantías del



debido proceso violentadas son las previstas en las disposiciones que transcribo:

«**Art. 75.-**Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

«**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

1. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las nor-

mas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados».

## II. Obligaciones de la fiscal incumplidas

Me permito transcribir las disposiciones del Código de Procedimiento Penal que estaba obligada a cumplir la fiscalía que intervenía:

### «Título III

#### Los sujetos procesales

#### Capítulo I

#### El Ministerio Público

**Art. 65.- Funciones.-** Corresponde al Fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública.

Además el Fiscal intervendrá como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública.

No tendrá participación en los juicios de acción privada.

Es obligación del Fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado.

**Art. 66.- Dictámenes.-** El Fiscal debe formular sus requerimientos y conclusiones motivadamente, mediante un análisis prolijo de las pruebas y de los puntos de derecho.

Debe proceder oralmente en el juicio y en la audiencia de la etapa intermedia y, por escrito, en los demás casos.»

### «Título II

#### La etapa intermedia

#### Sección I

#### La audiencia preliminar

**Art. 229.- Audiencia.-** En el día y hora señalados, el juez declarará instalada la audiencia y dispondrá que se escuche al imputado,

al Fiscal y al acusador particular directamente o a través de sus abogados defensores, a fin de que presenten sus alegaciones con respecto a la existencia de requisitos de procedibilidad o de cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso.

A continuación, el juez concederá la palabra al Fiscal, al acusador particular y al defensor del imputado o al mismo imputado, a fin de que aleguen sobre los fundamentos del dictamen Fiscal y de la acusación particular, si la hubiere.

Las partes pueden presentar la evidencia documental que sustente sus alegaciones».

### Comentario

a. La propuesta del nuevo Código de Procedimiento Penal, es que debemos ir de un proceso inquisitivo propio del Código de Procedimiento Penal de 1983, lento y escrito, tortuoso y secreto, que no es transparente ni contradictorio, a un procedimiento mucho más dinámico, porque iríamos a la oralidad que esta prevista en la Constitución; dirigiendo el ministerio público la investigación, buscando las pruebas el fiscal y presentándolas al juez para que resuelva. Ese es el punto de equilibrio que se pretende buscar, ya que con esto se produciría un giro copernicano en la justicia ecuatoriana, que tanta falta le hace.

En la administración de justicia de finales de siglo y de inicio del presente, se aprecia una ruptura epistemológica, que pretende incluso llegar a un modelo de sistema procesal penal acusatorio cuyos principios básicos son los de la acusación, contradicción, oralidad, publicidad, intermediación y concentración, y con la instrucción fiscal de la que debe depender la indagación policial<sup>1</sup>. No obstante el avance constitucional en la búsqueda de mecanismos de control de las garantías constitucionales en el proceso penal, la experiencia forense, en un caso como el presente, nos hace mirar con preocupación la labor tributaria y dependiente de la instancia policial, que sigue cumpliendo en algunos momentos el ministerio público ecuatoriano.

<sup>1</sup> Ya estaba prevista esta carga para el Ministerio Público desde el 16 de enero de 1996 en la reforma constitucional y consta en la Constitución Política codificada y publicada en el RO N° 2 de 13 de febrero de 1997.

b.- Recordemos la normativa constitucional:

«**Art. 194.-** La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General en su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.

**Art. 195.-** La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal».

Vale recordar que ya desde el 16 de enero de 1996, por el tercer paquete de reformas constitucionales, la policía nacional carece de legitimidad constitucional para conducir las indagaciones previas y promover la investigación procesal penal, PERO lo sigue haciendo con la anuencia de jueces y fiscales que siguen ignorando lo que es el respeto a la **legalidad del debido proceso**, y lo perverso y contradictorio que significa darle carta de ciudadanía a los «frutos del árbol envenenado», alimentando así una cultura de irrespeto a un discurso medianamente garantista.

La labor y finalidad del Ministerio Público es la de buscar la **verdad**, como punto de equilibrio entre su actuación y la actuación del juez. Esto es tan cierto y responde a un cambio del paradigma que en el **sistema acusatorio** propio del sistema procesal penal moderno, **sin la acusación fiscal no hay proceso**. La labor del ministerio público tiene que dejar de ser dependiente y tributaria de la instancia policial y debe cumplir con el mandato constitucional para que no se afecte la **legalidad del debido proceso penal**.

c.- La verdad se busca a través de la **prueba debidamente practicada o prueba lícita** sin importar a quien favorezca y es por eso que el fiscal, en el **sistema acusatorio** busca la prueba de cargo –si ella es factible– para formular la acusación; o presenta las pruebas de descargo, abogando inclusive por la libertad del injustamente detenido, en cuyo favor puede hasta interponer recursos. Cuanto bien haría a

los legos y a quienes mantienen a ultranza una falsa legitimidad de un ministerio público acusatorio –que nació así hace más de cien años– leer las sabias reflexiones de Claus ROXIN, profesor de derecho penal y de derecho procesal penal de la Universidad de Munich en Alemania, que en una erudita conferencia con ocasión de los cien años del ministerio público de Hamburgo nos habla sobre la posición jurídica y tareas del ministerio público, tanto presentes como futuras<sup>2</sup>.

La tarea de custodio de los derechos humanos y de las garantías procesales, que le corresponde al ministerio público, no puede ser groseramente olvidada pues en la Constitución de Montecristi del 2008, y en el vigente Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo del 2009<sup>1a</sup>, se ha consignado al menos formalmente, su calidad de institución de contención del abuso en el Estado de Derecho, y de custodio del respeto a los derechos humanos, desde el momento en que dispone su intervención para que dirija la investigación pre-procesal y procesal con el auxilio de la policía judicial. El Código Orgánico de la Función Judicial en el Art. 282 norma las funciones de la Fiscalía general, tanto en el n. 1 en que reconoce las facultades para promover de oficio o a petición de parte la investigación pre procesal y procesal penal, en delitos de acción penal pública, de acusar si hay méritos para ello, y de impulsar la acusación en la etapa del juicio. El n. 3, dispone que se asegure el **respeto al debido proceso garantizando el ejercicio del derecho a la defensa**, permitiendo la presentación de las pruebas de descargo durante las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública. Esta garantía se hace efectiva citando a los abogados de la defensa de los imputados y procesados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, y que cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria.

d.- El ministerio público debe dirigir la investigación a través de la llamada **instrucción fiscal**, y el juez penal debe controlar dicha instrucción así como reservarse la competencia para dictar las medidas de aseguramiento tanto personales como reales, disponer allanamientos, registros, incautaciones, decomisos y resolver la etapa intermedia.

<sup>2</sup> ROXIN, Claus, *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, compilador J.B.J. Maier, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 39-57.

e.- También existe el órgano encargado del **control de la instrucción** que es el juez penal cuyo objetivo es el de controlar las actuaciones del ministerio público en el marco de las investigaciones criminales, en la medida que ellas puedan importar la afectación de derechos constitucionales. De esta forma, si el ministerio público decide detener, o someter a prisión preventiva, u ordenar un allanamiento, necesitará la autorización de un juez del poder judicial, un juez penal que será precisamente el juez de control de la instrucción. No obstante lo expresado usted se ha apartado de la obligación que tenía y tiene de actuar como juez de garantías, en cuyo cumplimiento debió negar la improcedente petición de prisión preventiva, cuando fue requerida indebidamente por la fiscal que intervenía; o, proveer a la petición de revocatoria presentada por mí, y no lo hizo; o, atender al justo requerimiento de caución de excarcelación negada infundadamente.

5.- El Código de Procedimiento penal expresa lo que debe contener el auto resolutorio de llamamiento a juicio, consignando:

«**Art. 232.- Auto de llamamiento a juicio.**- Si el juez considera que de los resultados de la instrucción Fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del imputado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio...

...El auto debe contener:

1. La identificación del acusado;
2. El análisis prolijo de los resultados de la instrucción fiscal;
3. La descripción clara y precisa del delito cometido y la determinación del grado de participación del acusado;
4. La orden de prisión preventiva del acusado como autor o cómplice, y la de secuestrar, retener o prohibir la enajenación de sus bienes, precisándolos, si antes no se hubieren dictado; y,
5. La cita de las disposiciones legales aplicables».

#### **Comentario**

a.- El auto de llamamiento a juicio, es el auto resolutorio contenido en una declaración jurisdiccional de la presunta culpabilidad del imputado como partícipe de un delito, que se ha comprobado en su fase material u objetiva. En la instrucción fiscal deben comprobarse los elementos materiales que permitan la adecuación del acto al tipo

penal, produciéndose así el juicio de reproche con respecto al acto, y en la etapa del juicio se debe comprobar la culpabilidad del acusado como presupuesto para la imposición de una condena, con lo cual se produce el juicio de reproche o desaprobación al autor.

b.- El auto de llamamiento a juicio sólo puede estar legitimado, si se cumplen los presupuestos que el juez debe encontrar en la instrucción fiscal, como consecuencia del análisis crítico que debe hacer de la misma. En mi situación no existen elementos de convicción que le permitan concluir a la jueza, que se han cumplido con las finalidades de la instrucción fiscal, para que continúe el tránsito a la etapa siguiente.

El auto de llamamiento a juicio debe contener la declaración judicial de que el proceso debe continuar a la etapa siguiente en donde debe desarrollarse el juicio de atribución. El juez debe hacer una doble declaración, la de certeza sobre la existencia del acto adecuadamente típico, y la de relación causal entre éste y el imputado plenamente identificado, de donde va a surgir la declaración presuntiva de culpabilidad que recae sobre el acusado.

El análisis que el juez debe hacer en la etapa intermedia, al resolver el llamamiento a juicio, se fundamenta en los medios de prueba que se hubiesen practicado durante la instrucción fiscal. Nada de esto consta en la diminuta e infundada resolución que suscriben los jueces de la causa. Porque tales medios de prueba en mi contra son **inexistentes**.

c.- Se pretende desconocer que el auto de llamamiento a juicio es una providencia judicial, que resuelve la situación jurídica del imputado, a quien se coloca en situación de acusado. Este auto debe ser motivado porque el juez se encuentra ante el ineludible deber de explicar en la parte lógica de su providencia, cada uno de los fundamentos que llevan a la conclusión de que la instrucción fiscal ha cumplido las finalidades, debiendo mencionar tanto los presupuestos objetivos como los subjetivos del mencionado auto.

En el auto resolutorio que impugno, debieron analizarse cada uno de los temas que fueron debatidos en la audiencia preliminar. Esto es, tanto los formales que tienen que ver con la privación ilegal e inconstitucional de mi libertad, como los sustanciales que están referidos a la inexistencia de elementos probatorios de cargo; y, antes por el

contrario, debieron de valorarse con objetividad e imparcialidad todos los elementos de descargo que han sido referidos *up supra* en este memorial.

d.- La parte lógica de un auto de llamamiento a juicio debe indicar razonadamente cada uno de los elementos de la instrucción fiscal que sirven de fundamento para concluir que el imputado debe ser llamado al juicio de atribución o de reproche de culpabilidad.

En la situación mía, los jueces actuantes, no ha hecho como correspondía hacerlo y era de su insoslayable obligación, ningún análisis crítico de la instrucción fiscal ni de las exposiciones jurídicas de las partes procesales escuchadas en la audiencia preliminar, para presumir razonablemente la existencia del delito, y la presunta participación en el mismo.

Los señores jueces estaban obligados a observar que en el dictamen acusatorio del ministerio fiscal actuante, no se cumplía con la determinación de las pruebas de que el delito que se me imputaba, se había efectivamente cometido; y, que J.M., se encontraba en nexo causal con dicho resultado típico. Uno de los requisitos de forma del auto de llamamiento a juicio es que se haga constar «la descripción clara y precisa del delito cometido», esto es, que debe existir la declaración formal de que el delito por el cual se pretende juzgar a una persona en el juicio de culpabilidad, jurídicamente existió.

e.- El auto de llamamiento a juicio tiene requisitos formales necesarios para su procedencia procesal, pues el mismo debe determinar con precisión el acto adecuadamente típico cometido, así como la explicación sobre el nexo causal entre el acto y el imputado. Dicho auto debe ser debidamente fundamentado en el análisis del objeto y en el del sujeto activo, señalando así los límites dentro de los cuales debe ejercer su competencia el Tribunal Penal que es el juez del juicio y de la sentencia. Como el auto de llamamiento a juicio es un documento judicial que califica al objeto y al sujeto, debe cumplir rigurosamente con los requisitos que en forma expresa prevé la ley procesal.

f.- Un requisito para la procedencia y validez del auto de llamamiento a juicio, es que en el mismo se haga una valoración analítica y crítica de la instrucción fiscal pues lo contrario sería convertir a la judicatura en dependiente de la policía o de la fiscalía. La ley exige que el dictamen fiscal entregue los resultados de su actividad como

titular de la investigación, los mismos que deben estar referidos a las finalidades de dicha etapa que se contraen a determinar la existencia jurídica del delito, así como la intervención del imputado en la infracción que es objeto del proceso. El juez no puede limitarse a hacer una mera descripción de los actos procesales constantes en la instrucción fiscal como ha ocurrido al resolverse mi situación procesal, con grave quebranto de mi derecho a la defensa que es una garantía inviolable.

Los resultados a los que se refiere la ley procesal penal en su Art. 232 (**El análisis prolijo de los resultados de la instrucción fiscal**) son los fines de esta etapa del proceso penal, que el juez debe analizar de manera prolija, vale decir, de manera cuidadosa y esmerada, para concluir si la etapa de instrucción cumplió con las finalidades que prevé la ley procesal penal.

No se ha cumplido con el examen crítico y valorativo, de los actos procesales desarrollados durante la instrucción fiscal, para extraer de dicho examen las consecuencias jurídicas que permitan pronunciarse sobre la continuación hacia la etapa siguiente que es la etapa del juicio. La señorita jueza actuante ha omitido pronunciarse mediante un juicio de valoración sobre todos y cada uno de los actos constantes en el proceso. La prolijidad que exige la ley en el análisis de los resultados presupone la valoración singularizada de cada uno de los actos que constituyen la instrucción fiscal. Solamente así está el juez en condiciones de emitir un pronunciamiento sobre la existencia del delito, y sobre la intervención del imputado en el mismo.

#### **Señalamiento de domicilio para la alzada**

Concedan sin dilación el recurso interpuesto y señalo como domicilio para la alzada, la casilla judicial ... de la H. Corte superior de Justicia de Guayaquil.

A ruego del peticionario, su defensor,

Dr...

Matrícula ...

## **MEMORIAL ANTE LA 2DA. SALA PENAL**

### **Proceso Penal N° 199-08**

#### **Señores jueces de la ... Sala de lo Penal, Tránsito y Colusorios de la H. Corte Provincial de Justicia del Guayas**

Dr..., en el proceso penal que se sigue en mi contra por un inexistente delito, previsto en el Art. 228 del Código Penal, ante ustedes comparezco para exponer y solicitar:

No obstante la intervención en estrados que hiciera en mi favor el doctor ..., y su defensa oral en mi patrocinio, dejo constancia por escrito de los aspectos más importantes destacados durante la sustanciación de la misma.

1.- Las grabaciones que han servido como elemento de convicción para llamarme a juicio, constituyen sin duda **prueba ilícita**. Ratifico y reitero la improcedencia de la llamada **prueba ilícita** como la que ha servido para sostener la legitimidad de este proceso penal, porque se ha vulnerado el **principio de exclusión absoluta** previsto en el Art. 76 numeral 4 de la Constitución Política del Ecuador del 2008, con inobservancia de lo señalado en el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal que dispone que solamente un juez penal puede conceder por escrito autorización previa a un fiscal para que haga grabaciones de audio y/ o de video, **como las que han sido incluso peritadas**.

La prueba ilícita y los llamados «frutos del árbol envenenado» (como los peritajes que se han practicado) carecen de valor alguno para todos los efectos, por vulnerar garantías del **debido proceso**. El respeto al Estado de Derecho demanda el respeto a la normativa cons-

titucional prevista en los artículos 75 y 76 de la Carta Magna, así como a los artículos 80 y 83 del Código de Procedimiento Penal que establecen la ineficacia probatoria de la prueba ilícita.

2.- He propuesto y propongo la presente **excepción procesal penal perentoria**, de *ineficacia probatoria* por manifiesto *vicio in procedendum* de las grabaciones de audio y video que se las realizó violando el mandato constitucional del Art. 76 numeral 4 y, que inobservó el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal, pues si se pretendía actuar correcta y legalmente debió un juez autorizar por escrito a un fiscal penal tales grabaciones. Si esto no se hizo, se han incumplido los presupuestos de procedencia indispensables e insubsanables para la validez de tales grabaciones.

La **necesidad de juicio previo** es importante para la legalidad del debido proceso, de manera que no se pueda llamar a juicio ni condenar a nadie, si no se ha tramitado un juicio respetando el procedimiento previo, esto es aquel previsto en las leyes. Participamos de la necesidad de que se separen las funciones de investigar o indagar, que debe quedar en manos del Ministerio Público, de la función de juzgar que debe seguir siendo de competencia de los jueces, que deben ser al mismo tiempo los encargados del control de la instrucción o investigación fiscal.

El constituyente ecuatoriano tuvo mucho cuidado al enunciar los **principios generales** de los derechos, garantías y deberes, pues dice:

## Título II

### Derechos

#### Capítulo primero

#### Principios de aplicación de los derechos

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

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento...

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o

deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos...

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso».

3.- Y si esto no es suficiente, recordemos que es un principio de rango constitucional afirmar que «... En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia...», el *indubio pro reo* o la interpretación más favorable al reo, es un principio de legislación universal que lo entienden incluso los no abogados. En el momento en que haya duda, oscuridad o dificultad para aplicar una ley, tiene siempre que aplicarse en el sentido más favorable al reo. **Irrefutablemente**, la interpretación en favor del reo debe cumplirse de manera estricta.

Como dice la Constitución: no podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos (sic).

Cuando reclamamos *asegurar el debido proceso*, se hace referencia a un juicio justo, un juicio imparcial, ágil, expedito, que requiere de una justicia que actúe con celeridad y en la que se respeten las garantías y derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho.

4.- El ministerio público debe dirigir la investigación a través de la llamada **instrucción fiscal**, y el juez penal debe controlar dicha instrucción así como reservarse la competencia para dictar las medidas de aseguramiento tanto personales como reales, disponer allanamientos, registros, incautaciones, decomisos y resolver la etapa intermedia. El ministerio público está obligado a cumplir lo que dice la Constitución y el mismo Código Orgánico de la Función judicial del 9 de marzo del 2009, para hacer efectivo el respeto al debido proceso, garantizando la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por infracciones pesquisables de oficio, debiendo citar a los abogados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, y que cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria.

También existe el órgano encargado del **control de la instrucción** que es el juez penal cuyo objetivo es el de controlar las actuaciones del ministerio público en el marco de las investigaciones criminales, en la medida que ellas puedan importar la afectación de derechos constitucionales. De esta forma, si el ministerio público decide detener, o someter a prisión preventiva, u ordenar un allanamiento necesitará la autorización de un juez del poder judicial, un juez penal que será precisamente el juez de control de la instrucción. En mi caso **jamás** el fiscal actuante, me convocó a mí o a mis abogados defensores, para las supuestas peritaciones de una prueba ilícita.

5.- El respeto al **principio de exclusión absoluta de la prueba ilícita**, debe ser respetado y reivindicado, pues como decía un ilustre jurista ecuatoriano, el Prof. Dr. D. Edmundo DURÁN DÍAZ, lo que no está probado en el proceso legalmente no existe. Solamente nos atrevemos a agregar, «lo que no está probado lícitamente en el proceso, legalmente no existe».

6.- Oportunamente y al interponer la apelación del auto de llamamiento a juicio pedí que se tenga por impugnada, en atención a ser violatoria de una de las garantías del debido proceso –la prevista en el Art. 76 numeral 4 de la Constitución Política de la República–, la disposición de que se realice un peritaje sobre grabaciones de audio obtenidas en violación del Art. 155 del CPP, la que debió ser rechazada por la señora jueza décimo segunda de lo penal del Guayas, que actuaba como juez de garantías en este proceso penal.

Sustento mi petición en los siguientes considerando:

6.1. El Art. 76, numeral 4 de la Constitución dice que, las pruebas **obtenidas** o actuadas con violación de la Constitución o la ley, **no tendrán validez alguna**.

6.2. El Art. 155 del Código de Procedimiento Penal vigente, prevé quien es el titular del ejercicio de la prueba o de la fuente o medio de prueba, el mecanismo de procedencia, así como el órgano encargado de dicha recepción, cuando se trata tanto de grabaciones de audio como de grabaciones de video.

El artículo de mi referencia expresa: «El juez puede autorizar por escrito al fiscal para que intercepte y registre conversaciones telefónicas o de otro tipo, cuando lo considere indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar la existencia de uno ya cometido, o la responsabilidad de los partícipes.

La cinta grabada deberá ser conservada por el fiscal, con la transcripción suscrita por la persona que la escribió.

Las personas encargadas de interceptar, grabar y transcribir la comunicación tienen la obligación de guardar secreto sobre su contenido, salvo cuando se las llame a declarar en el juicio».

6.3. El fiscal de la instrucción no tenía facultad o competencia alguna para decidir de *motu proprio* el valor de las grabaciones de audio o de video, violando el mandato constitucional del Art. 76 numeral 4, pues el Ecuador se proclama como Estado constitucional de derechos y garantías en el numeral 1 de la Constitución, en la misma que se establece en el numeral 9 del Art. 11 que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución (sic), y en el numeral 3 del mismo artículo, se determina que los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte (sic).

En materia de derechos y garantías constitucionales, se debe estar a la interpretación que mas favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley para el ejercicio de tales derechos como se infiere, de los numerales 3 y 5.

6.4. Es válido recordar que de conformidad con el Art. 11 de la misma Constitución, el Estado ecuatoriano es civilmente responsable por los supuestos de violación de las normas que contienen *in extenso* las garantías del debido proceso.

6.5. El Art. 80 del Código de Procedimiento Penal prevé la ineficacia probatoria de cualquier acción o actuación preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales; ineficacia probatoria que se extiende a todas aquellas pruebas o fuente de pruebas, que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías (sic).

«El art. 80 del Código de Procedimiento Penal, señala: '**Ineficacia probatoria**. Toda acción preprocesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías'.

6.6. El Art. 83 de la misma normativa procesal dice: «**Legalidad de la prueba.- La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código**. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyen inducción a la comisión del delito». (La negrilla es nuestra).

No pretendo en modo alguno cansaros con alegaciones en estricto y puro derecho, **pero** resulta de fundamental importancia recordar la presente **excepción procesal penal perentoria**, de *ineficacia probatoria* por manifiesto *vicio in procedendum* de las grabaciones de audio y video proporcionadas por un canal de TV, que violan el mandato constitucional del Art. 76 numeral 4; y, que inobservó el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal, pues si se pretendía actuar correcta y legalmente, solamente un juez penal podía autorizar por escrito tales grabaciones para que tengan pleno valor legal.

Si se han incumplido los presupuestos de procedencia indispensables e insubsanables para la validez de tales grabaciones, las mismas no pueden ser convalidadas con un dictamen fiscal que es insostenible e inaceptable para acusar un presunto delito contra la administración pública.

Tales grabaciones cumplieron un objetivo que era proporcionar una noticia, **pero** no pueden ser incorporadas como medio o fuente de pruebas.

7.- Ejercicio del derecho de defensa a plenitud como una de las garantías inviolables del debido proceso prevista en el Art. 76 numeral 7, letra a), de la Constitución Política de la República, por ello; y, a efectos de que se respete la **prohibición absoluta de la prueba ilícita**, me permito reproducir:

El criterio del doctor José C. GARCÍA FALCONI<sup>1</sup>, que es un destacado jurista ecuatoriano, en funciones como Director General de Asesoría Jurídica, y subrogante del señor Ministro Fiscal General del Esta-

<sup>1</sup> El Dr. GARCÍA FALCONI tiene una larga carrera judicial como Juez civil, Ministro de la Corte Superior de Justicia de Quito y Magistrado de la Corte Suprema. Ha sido igualmente funcionario del Ministerio Público en donde ha ejercido los cargos de Agente Fiscal, y de Ministro Fiscal Distrital de Pichincha.



do; ex Magistrado del Tribunal Constitucional; y con un brillante e intachable ejercicio en la función pública, que incluye haber sido Magistrado de Corte Suprema, quien con profundidad y conocimientos nos ilustra y orienta en el tema de *las garantías constitucionales*, y presenta un *análisis jurídico de las normas señaladas en el Art. 24 de la Constitución Política (que corresponde al Art. 76 de la Constitución del 2008)*, como el relacionado con *las pruebas ilícitas*.

Del libro de GARCÍA FALCONI, reproducimos los siguientes párrafos:

«Hablar de **Garantías Constitucionales**, es hablar del respeto a los Derechos Humanos en la Administración de Justicia en general, pero sobre todo en materia penal, que como sabemos se refiere a aquellos Derechos Fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona, que por una u otra razón, justa e injustamente entra en contacto con la rama penal. Hay que recordar que el Derecho Procesal Penal hoy en día es básicamente garantista, o sea es el Derecho Constitucional reformulado, en tanto reglamenta los principios y garantías constitucionales, reconocidos por la Carta Fundamental.

El Ecuador ha ingresado a la política de respeto por el Derecho Penal Humanitario. Al actuar dentro de los márgenes que establece ...Constitución Política; esto es dentro de unos márgenes filosóficos, ideológicos y políticos de un Estado Social de derecho, respetando en todo momento la dignidad, derechos y garantías judiciales del procesado.

Pero, para que esto se produzca en la praxis judicial, tengo que reconocer que todos los ciudadanos, muy en especial los que administramos justicia debemos cambiar de mentalidad, de la eminentemente formalista que condena al excesivo ritualismo escrito con preservación de las formas, como si esto produjese la solución del conflicto, por el reconocimiento en todo momento de los derechos humanos del ciudadano»<sup>2</sup>.

El Prof. GARCÍA FALCONI, reconoce la estrecha relación entre las *garantías constitucionales y el debido proceso*, expresando:

<sup>2</sup> GARCÍA FALCONI, José C., *Las garantías constitucionales en el nuevo Código de Procedimiento Penal y la responsabilidad extracontractual del Estado. Estudio detallado de las normas del debido proceso en Ecuador*, 1ª ed., Quito, 2001, p. 9.

«Hoy, nosotros contamos con una verdadera constitucionalización del proceso penal; hoy en día los derechos y garantías de los ciudadanos dejaron de ser meros postulados para convertirse en formas de efectivo cumplimiento.

Hoy tenemos una Constitución Política que ha cobrado vida con el nuevo Código de Procedimiento Penal, de tal manera que hay una relación entre la jurisdicción penal y la constitucional.

Hoy en día, en el Ecuador no se puede admitir que se desarrolle una causa y que se dicte el veredicto correspondiente, sin que se haya asegurado previamente el respeto a esos principios constitucionales»<sup>3</sup>.

El mismo autor GARCÍA FALCONI al hacer un resumen sobre el valor del fruto del árbol envenenado, expresa:

«Otros tratadistas señalan en cambio, la ineficacia probatoria de todo acto procesal que vulnere garantías constitucionales y que la ineficacia se extienda a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueren consecuencia necesaria de ella... O sea en materia probatoria es fundamental aplicar el principio de la Legalidad, de tal modo que no puede existir decisión con prueba producida en el proceso conforme a la ley, esto es que su observancia es una irregularidad de carácter sustancial y afecta al Debido Proceso, siendo por tal de ninguna validez como lo señala el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política (Art. 76 numeral 4 de la Const. del 2008)»<sup>4</sup>.

Al referirse a *La prueba en materia penal y los derechos humanos*, dice el profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central de Quito, José GARCÍA:

«El art. 80 del Código de Procedimiento Penal que entrara en vigencia en el mes de julio del año 2001, señala: '**Ineficacia probatoria**. Toda acción preprocesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías'.

El Art. 81 *ibidem* dispone: '**Derecho a no autoincriminarse**. Se reconoce el derecho de toda persona a no autoincriminarse'.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 11.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, pp. 140-141.

Mientras que el Art. 83 del nuevo Código de Procedimiento Penal indica: '**Legalidad de la prueba**. La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de éste Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito'.

Las disposiciones legales antes transcritas concuerdan con lo manifestado por nuestra Constitución Política en el Art. 76 de la Constitución Política del 2008, de tal modo que la prueba en materia penal goza de libertad, sin mas que dos restricciones: la de excluir los medios que atentan contra la integridad o la dignidad de la persona humana a aquellos que se hallan condenados o no señalados por la ley»<sup>5</sup>.

Posteriormente el Prof. GARCÍA FALCONI hace un llamamiento tanto a jueces como al Ministerio Público para que se respeten *las garantías* atinentes al *debido proceso*, mediante la presentación de pruebas libre de vicios:

«Personalmente he manifestado que tanto las partes como el juez y por supuesto el Ministerio Público a través de sus respectivos representantes, están en la obligación legal y moral de suministrar en este caso al Juez la prueba libre de vicios, artimañas, torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad o peor aun utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito, según bien lo dispone el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal, porque de lo contrario el legislador ha considerado que habría deslealtad para con quienes intervienen en el proceso, especialmente para el sindicado o imputado»<sup>6</sup>.

8. El criterio judicial de la MAGISTRADOS DE LA TERCERA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, quienes al resolver el recurso de CASACION interpuesto por el ciudadano... mediante sentencia del 8 de agosto del 2007, dictada a las 11h00, revocaron la condena por **no admisión o exclusión absoluta de la prueba ilícita**, mismos que en la parte pertinente dicen:

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 144.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 146.

«**5.- Consideraciones generales.** 1.- El Art. 24 numerales 10 y 14 de la Constitución Política del Estado, en relación con el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal que se refieren al principio de legalidad de la prueba, la que se invalida cuando se ha obtenido con violación de la Constitución o la ley, existiendo sobre esta materia, abundante doctrina que sirve de aplicación en el presente caso... En este aspecto es unánime la doctrina y la jurisprudencia al sostener que la obtención de pruebas violando preceptos constitucionales y de manera especial garantías fundamentales del debido proceso deben ser 'inutilizables' y por consiguiente no se las puede incorporar a un proceso penal... no puede convalidarse una prueba ilícita e ineficaz... 4.- El Art. 80 del Código de Procedimiento Penal, dice expresamente que: 'toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales, carecerán de eficacia probatoria alguna'. **Pretender validar una diligencia procesal de aquella manera, equivale a vulnerar todo nuestro sistema legal y constitucional** (las negrillas son nuestras)...

**Comentario:** Es importante destacar que el fallo precedentemente invocado, lo suscriben los Magistrados, ...

#### **Petición de sobreseimiento definitivo**

Concluyo expresando a ustedes que procede que se dicte **sobreseimiento definitivo** a mi favor, y que deben igualmente pronunciarse por la improcedencia y exclusión absoluta de la prueba ilícita, en mérito de la cual se produce el dictamen fiscal acusatorio.

Por el peticionario, su defensor

Dr...

Mat...

## PETICIÓN DE CONFIRMACIÓN DE SOBRESEIMIENTO

### Proceso Penal N° 256-2008

#### Señores jueces de la Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia

Yo, A.Z.V., en el proceso penal de mi referencia, por un supuesto delito de cohecho **en fase de tentativa**, y que les ha correspondido conocer por la alzada, comparezco para exponer y solicitar:

En conocimiento del **auto de nulidad** contenido en fallo de mayoría, del ..., a las 10h00, mediante el cual violentan garantías constitucionales y procesales en mi perjuicio, en mi calidad de legítimo agraviado e interesado, **interpongo recurso horizontal de revocatoria de dicho auto de nulidad**, mi petición está amparada en los artículos 285 y 293 del Código de Procedimiento Civil, aplicables de conformidad con la **Disposición General Segunda** del vigente Código de Procedimiento Penal. Vuestra resolución viola el derecho a la **seguridad jurídica** previsto en el Art. 82 de la Constitución del 2008, el Art. 76 que contiene el sumun de las *garantías y derechos del debido proceso*, pues se pretende desconocer lo que dice la normativa vigente (nadie puede ser juzgado, *sino conforme a las leyes preexistentes con observancia del trámite propio de cada procedimiento*, n. 3).

El auto de sobreseimiento definitivo que pretende ser vulnerado, atentando contra la cosa juzgada, en lo que a mí respecta; causó estado porque se encuentra ejecutoriado, con lo cual se vulnera la garantía del debido proceso que establece el principio del *non bis in idem*, consagrado en el mismo artículo 76, N. 7, letra i) de la Const. Pol., y Art. 5 del Código de Procedimiento Penal. El proceso penal fue recibido en la secretaría de esta Sala, el 23 DE MAYO DEL 2008 y se en-

cuentra ejecutoriado por el Ministerio de la Ley al no haber sido resuelto dentro de los noventa días que prevé el Art. 348 *in fine*.

### **Petición y fundamentación de la excepción procesal penal perentoria**

Propongo la presente excepción procesal penal perentoria de caducidad de la instancia, porque el auto de sobreseimiento definitivo dictado a mi favor se encuentra ejecutoriado por el Ministerio de la Ley, pues la apelación del mismo por el Ministerio Público, fue recibida por la secretaría de esta sala el 23 de mayo del 2008, y se pretende con un burdo auto de nulidad de oficio, violentar la autoridad de la cosa juzgada. La instancia ha precluido para todos los efectos por el Ministerio de la Ley de conformidad con el Art. 348 del Código de Procedimiento Penal, que es norma expresa de derecho público, y *corresponde que ustedes así lo reconozcan y declaren, dejando sin efecto el pretendido auto de nulidad.*

Tomen en consideración lo que sigue:

1.- «**Art. 348.- Confirmación por el ministerio de la ley.**- Si la Corte Superior no resolviera la apelación del auto de sobreseimiento en el plazo máximo de noventa días, éste quedará confirmado en todas sus partes. El plazo correrá a partir de la fecha de recepción del proceso en la sala respectiva».

La Comisión Redactora del último documento entregado al H. Congreso Nacional en septiembre del 1998, estaba integrada por los doctores Edmundo DURÁN DÍAZ (Ex Fiscal General), Walter GUERRERO VIVANCO (Ex Presidente de la Corte Suprema) y Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica de Guayaquil.

2.- Me permito resumir las razones de este artículo que no consta ni en el Anteproyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica del jurista argentino Julio Bernardo JOSÉ MAIER, ni en los otros proyectos de legislación de la región, expresando lo que sigue:

a.- Era suficientemente conocida la gran cantidad de procesos que se encontraban en salas de Corte Superior, con sobreseimiento, y sin resolución durante mucho tiempo.

b.- El Pacto internacional de Derechos Civiles de 1966, y la Convención Americana de 1969 o Pacto de San José de Costa Rica, esta-

blecen o consagran el derecho a ser juzgado en un plazo prudencial y razonable. De allí surge para otros menesteres inclusive, la caducidad de la prisión preventiva del Art. 77 n.9 de la Constitución Política del Ecuador en vigencia.

c.- Si un ciudadano es sobreseído se ha ratificado la presunción de inocencia que le asiste como una de las garantías del debido proceso previstas en el mencionado Art. 76 n. 2; y una de las maneras de mantener intangible esa presunción es con la **confirmación por el ministerio de la ley del auto resolutorio de sobreseimiento** que ya había beneficiado al acusado. Esta confirmación es procedente si pasa determinado tiempo (90 días), y no se resuelve la alzada dentro de ese plazo.

d.- Hay que recordar que la propia Constitución establece entre los PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, el de la *eficacia* y el de la *celeridad* de los trámites (Art. 169), mismos que se reflejan en el Art. 348 objeto del comentario. Para algunos se ha interpretado esta disposición como una sanción para el juez de la alzada, la confirmación del sobreseimiento por el ministerio de la ley; para otros lo que se trata, es del reconocimiento y ratificación del *principio constitucional de la inocencia* que se mantiene vigente.

e) Como se trata de plazo, corren para que se cumplan los 90 días, todos los días y horas como hábiles. Los presupuestos de procedencia son: 1.- Que se hubiese dictado por el inferior un auto resolutorio de sobreseimiento; y, 2.- Que hubiesen transcurrido 90 días calendario, que se cuentan a partir de la fecha de recepción del proceso en la sala, vale decir desde el momento en que por secretaría se deja constancia de la fe de recepción del expediente; es decir por ej., que no es relevante la fecha del sorteo de la causa, sino el momento en que se lo recibe en la secretaría de la sala.

Una vez que se han agotado los 90 días, surge de pleno derecho, y por el ministerio de la ley, la confirmación del auto venido en grado.

### **3.- Fundamento constitucional de la caducidad de la instancia**

La Constitución del 10 de agosto de 1998, que se encontraba vigente al tiempo de los hechos, disponía:

Art. 18: «Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales».

En la Constitución del 2008, el Art. 11 n. 3, manifiesta de manera similar: «El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios...

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables.

No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezcan su efectiva vigencia».

### Comentario

Del contenido de la disposición que se ha transcrito, apreciamos sin duda alguna, que en el Ecuador representa un importante avance constitucional la **aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías previstos en la ley fundamental**.

Para los medianamente entendidos, surge como un imperativo inmediato el respeto incuestionable a lo que dice la Constitución vi-

gente, que ha consagrado con el rango o jerarquía de una garantía, **el derecho de toda persona de ser juzgada en un plazo prudencial y razonable o a ser puesta en libertad**, que prevé la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1966), ratificado por el Ecuador (1975), y que forma parte en consecuencia de la normativa interna que es de forzoso respeto y de irrestricto cumplimiento según los Arts. 3, 10, 11 n.3, 424 y 425 de la Constitución de Montcristi del 2008.

### Caducidad de la instancia

El Art. 76 de la Constitución en vigencia, que contiene todas las garantías del debido proceso propio de un Estado de Derecho, determina en el numeral 3, el derecho a ser juzgado conforme a las leyes preexistentes con observancia del trámite propio de cada procedimiento. El Art. 348 del Código de Procedimiento Penal establece la confirmación del sobreseimiento por el ministerio de la Ley, cuando se cumplen los presupuestos de procedencia, como ha ocurrido en mi situación.

### Reiteración expresa del respeto al mandato constitucional

El presupuesto de procedencia para la caducidad de la instancia, es que el proceso hubiese sido recibido en la secretaría de la sala respectiva, y que no hubiese sido resuelta la apelación del sobreseimiento, **en el plazo máximo de noventa días**. Vale decir, que al día 24 de agosto del 2008 había causado estado (se había ejecutoriado) para todos los efectos el **sobreseimiento definitivo a mi favor**, apelado por el Ministerio Público.

En ejercicio del derecho a la defensa que me asiste como una garantía inviolable, prevista en el Art. 76 n. 7, letra a), de la Constitución Política de la República, me permito recordar que S. S., están obligados bajo prevenciones legales a cumplir y a hacer cumplir el mandato constitucional y la garantía procesal. Nuestra necesaria defensa nos impone recordar y requerir como legítimos interesados, que:

- Genera responsabilidad penal para el juez cualquier actuación a sabiendas en contra de ley expresa, tanto cuando se procede penalmente en contra de un tercero, como cuando se actúa en perjuicio de la causa pública (Art. 277, numeral 1º, CP).

- Constituye también forma de prevaricato la actuación de un juez, que en la sustanciación de las causas proceda contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan (Art. 277, numeral 3º, CP).
- E igualmente es una forma modal de prevaricación, la actuación del juez o tribunal, que por interés personal, afecto 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 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 cualquier necesidad del servicio público (Art. 277, numeral 4º, CP).

**Expresamente reitero la petición que de oficio, se deje sin efecto o valor alguno, el auto de nulidad que impugno, y se declare la confirmatoria por el ministerio de la ley del sobreseimiento definitivo expedido a mi favor.**

#### **Señalamiento de domicilio judicial**

Señalo como domicilio para futuras notificaciones la casilla judicial N° ... de la H. Corte Superior de Justicia de Quito.

A ruego del acusado, dígense proveer,

Dr.

Matrícula...

## **MEMORIAL ANTE 3RA. SALA PENAL PARA SOBRESEIMIENTO**

### **Instrucción Fiscal 06-2 006**

#### **Señores Jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia**

Yo, ..., en la instrucción de mi referencia comparezco para exponer y solicitar:

1.- En conocimiento del dictamen fiscal mixto emitido por el señor Director General de Asesoría, subrogante del Ministro Fiscal General del Estado, en el que se abstiene de acusar a ..., entre los que me incluyo, procede que V.S. dicten **sobreseimiento definitivo de los imputados**.

Fundamento la procedencia del **sobreseimiento definitivo** en los siguientes considerando:

1.1. Dice el titular del ejercicio de la acción penal, «... De la transcripción de dichas cintas, especialmente de la cinta de audio (micro cassette) se determina claramente que quien exigía que se le ayude y que se le indique un precio es ...; en dicha transcripción, no se aprecia que ... haya solicitado dinero o bienes a cambio de emitir las resoluciones en los juicios tramitados contra ..., así como tampoco se observa que haya aceptado tal proposición...».

1.2. En otro párrafo se dice en el dictamen fiscal, «... de la investigación realizada no se ha podido establecer que los Doctores... tengan algún grado de responsabilidad penal de este hecho ilícito, ya que no son partícipes de las tratativas registradas en ninguno de los videos que han dado origen a esta investigación, ni se ha podido verificar que se hubieren realizado requerimiento pecuniarios para fallar a fa-

vor de ... además, no consta del expediente que existió, de manera oficial, proyecto de resolución dentro de los procesos que por injurias se siguen contra ..., lo cual desvirtúa la presunción de que hubo un acuerdo previo para favorecer al referido ciudadano...».

1.3. Concluye la abstención del Ministerio Público, diciendo: «... como los resultados de la investigación no proporcionan datos relevantes suficientes que permitan presumir que los imputados... tengan algún grado de participación en el delito que se investiga, consecuentemente me **abstengo de acusarlos**».

Agregamos por nuestra parte que el **Art. 243 del Código de Procedimiento Penal** establece como un presupuesto de procedencia para el **sobreseimiento definitivo del imputado** la **inexistencia de indicios de responsabilidad del imputado**.

2.- Invoco un importante precedente jurisprudencial que es el auto resolutorio dictado por los MAGISTRADOS DE LA TERCERA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, **quienes** al resolver el proceso penal 303-2007, el 5 de diciembre del 2007, a las 11H00, suscriben como era pertinente **sobreseimiento definitivo** a favor de los imputados, entre los que se encontraba el ex Presidente, doctor ..., una vez que se había producido el **dictamen fiscal abstentivo o no acusatorio**, expresando en el considerando resolutorio, lo que transcribo:

«**TERCERO:** El Art. 226 del Código de Procedimiento Penal preceptúa; «Falta de acusación. Cuando el Fiscal estime que no hay mérito para promover juicio contra el imputado, emitirá su dictamen absteniéndose de acusar y pasará el expediente al juez.». Por su lado, el inciso 2º del Art. 231 ibídem, señala: «Si el pronunciamiento del inferior es ratificado, el juez debe admitir el dictamen fiscal y dictar auto de sobreseimiento». **CUARTO:** El sistema procesal penal en vigencia, es el acusatorio oral; y, en él, la investigación del acto presumiblemente constitutivo de infracción penal que llegue por cualquier medio a conocimiento del Ministerio Público, está a cargo del Fiscal, siendo el único que legal y constitucionalmente puede ejercer la acción penal pública. La estructura orgánica del Ministerio Público tiene en la cúspide y como máximo exponente al Ministro Fiscal General del Estado, de tal manera que no existe administrativa ni legalmente un Fiscal Superior a él para que ratifique o rectifique el dicta-

men que contiene la desestimación, en cuya virtud resulta imposible que se cumpla con las disposiciones que contiene el Art. 231 del Código de Procedimiento Penal y, tampoco se podría cumplir con la consulta que dispone el inciso agregado a dicho precepto legal mediante el Art. 26 de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal que fue promulgada con el R.O. N° 743 de enero 13 del 2003 del 2003, respecto del auto resolutorio en juicios por delitos castigados con reclusión. Es importante que el legislador examine estas deficiencias legales. **QUINTO:** En consecuencia, en atención al dictamen Fiscal abstentivo, esta Tercera Sala de lo Penal en aplicación del Art. 242 del Código de Procedimiento Penal dicta auto de sobreseimiento definitivo tanto del proceso como de los imputados. Notifíquese. F) Dres...».

3.- Breve referencia a la legislación extranjera:

Cito solamente dos cuerpos legales de legislación comparada, para ratificar la procedencia del sobreseimiento definitivo en el presente caso:

### 3.1. El Código Procesal Penal de Paraguay

«Artículo 359. Sobreseimiento definitivo

Corresponderá el sobreseimiento definitivo:

1) cuando resulte evidente que el hecho no existió, que no constituye hecho punible **o que el imputado no ha participado en él;** (la negrilla es nuestra).

2) cuando, a pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y sea imposible requerir fundadamente la apertura a juicio.

3) por extinción de la acción penal».

3.2. En el párrafo 7 del vigente **Código de Procedimiento Penal de Chile**, encontramos la referencia al **sobreseimiento definitivo** con el tenor que sigue:

«**Artículo 250.-** Sobreseimiento definitivo. El juez de garantías decretará el sobreseimiento definitivo:

a) Cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito;

b) **Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado;** (la negrilla es nuestra).

c) Cuando el imputado estuviere exento de responsabilidad criminal en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal;

d) Cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley;

e) Cuando sobreviniere un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a dicha responsabilidad, y

f) Cuando el hecho de que se tratare hubiere sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado...

4.- La doctrina nacional con un referente importante como es el ilustre jurista ecuatoriano, profesor Jorge E. ZAVALA BAQUERIZO, expresa la procedencia del sobreseimiento definitivo en los párrafos que cito y reproduzco:

4.1. «... De lo explicado se concluye que el auto de sobreseimiento se fundamenta en la *insuficiencia* de prueba (sobreseimiento provisional) o en la *falta* de prueba (sobreseimiento definitivo) y que, en ambos casos, se presume que el Ministerio Público no pudo probar la pretensión punitiva exhibida en el proceso. De lo expuesto se concluye que el sobreseimiento provisional atenta contra la situación jurídica de inocencia y es contrario al principio del debido proceso, constitucional y legalmente garantizado, relativo a la celeridad de los procesos. En efecto, en su oportunidad dijimos que la situación jurídica de inocencia obligaba al Estado, a través del Ministerio Público, a probar dentro del respectivo proceso penal, en un plazo razonable, que la persona imputada no es inocente. Si transcurridos los plazos legales de indagación y de instrucción fiscal sin que el Ministerio Público hubiera logrado probar jurídicamente la existencia del delito; o no hubiera alcanzado a probar la intervención del imputado en algún delito, queda incólume la inocencia del sujeto pasivo del proceso y, por ende, debe ser sobreseído definitivamente y no provisionalmente...»<sup>1</sup>.

4.2. «...El juez al finalizar la instrucción fiscal, debe valorar los medios de prueba actuados dentro de dicha etapa procesal y, dicha valoración comienza por el análisis del objeto del proceso, esto es, por el delito. Ningún proceso penal puede llegar a la etapa del juicio si es que, previamente, no se ha dictado el auto de llamamiento a juicio en donde necesariamente, el juez debe declarar la existencia jurídica del

<sup>1</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge E., en *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo VIII, Edino, 2006, p. 97.

delito, a cuya declaración arriba luego de haber comprobado que un acto concreto se adecuó a un tipo penal concreto. Si no logra el juez, luego de valorar los medios de prueba actuados en la instrucción fiscal, establecer la correcta adecuación del acto al tipo, entonces está obligado a sobreseer definitivamente...»<sup>2</sup>.

4.3. «... El no intervenir en la comisión de un delito significa decir que no existe relación alguna entre el hecho delictuoso y el imputado; que no se ha probado la relación causal entre el acto injusto y el imputado. La falta de intervención del imputado puede ser general o particular. Es general aquella en que el imputado no ha intervenido en forma alguna en la comisión del delito, ni como autor, ni como cómplice, ni posteriormente, como encubridor...»<sup>3</sup>.

4.4. «... Cuando el juez tiene la convicción de que el hecho que es objeto del proceso se adecua a un tipo penal pero de lo actuado en la instrucción fiscal arriba a la conclusión de que el imputado no intervino en el mencionado hecho injusto, debe dictar el auto de sobreseimiento provisional del proceso y a la vez el auto de sobreseimiento definitivo del imputado. La ley se refiere a que la procedencia del auto de sobreseimiento del imputado se basa en la falta de 'indicios de responsabilidad'... En definitiva, cuando el delito se hubiera comprobado dentro de la instrucción fiscal pero no se hubiera comprobado la intervención del imputado en el mismo, el juez debe sobreseer provisionalmente el proceso y definitivamente al imputado...»<sup>4</sup>.

#### 5.- El respeto al principio de exclusión absoluta de la prueba ilícita

No puedo dejar de referirme a la aceptación de prueba ilícita y de los frutos del árbol envenenado en el dictamen fiscal mixto, que siendo de **abstención para acusar** a determinados imputados, admite la legitimidad de una grabación de audio y video realizada inconstitucionalmente por uno de los coimputados... para acusar como autores de tentativa de cohecho a dos ciudadanos que no son funcionarios públicos. Con lo anterior, se está desconociendo que siendo el delito de cohecho de *sujeto activo calificado* demanda que los presun-

<sup>2</sup> *Op. cit.*, p. 117.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 121.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, pp. 132-133.



tos responsables del mismo, tengan la calidad requerida en el referido tipo penal, y que se pretenda además sancionar actos preparatorios que son impunes.

En el dictamen fiscal se afirma:

«... En cuanto al valor probatorio de los videos que dieron origen a esta investigación y que pese a que varios de los imputados han sostenido que dichos videos no pueden ser considerados como prueba por ser inconstitucionales y no haber sido obtenidos conforme a las normas del debido proceso, El Ministerio Público se ratifica en la defensa de las garantías constitucionales y del debido proceso, por lo que siempre estaremos en defensa del derecho a la Intimidad de las personas consagrado en el Art. 23 Nos. 8, 13 de la Constitución Política de la república, y por ello, en términos generales rechazamos la interceptación de las comunicaciones, a menos que se realicen previo cumplimiento de las exigencias y formalidades legales.

«En el caso particular, los videos han sido obtenidos con el consentimiento, intervención y anuencia de una de las partes intervinientes (interlocutor), es decir por ..., quien en su versión manifiesta haber colocado cámaras en su domicilio para grabar sus conversaciones con el señor ... En consecuencia, de ninguna manera se puede hablar de pruebas mal habidas y menos aún de ilegalidad con fundamentos en la teoría del árbol envenenado, como sostienen los imputados en varios de sus escritos, porque de ser así, el imputado ... pretendería beneficiarse de su propio dolo.

«Por esta razón los videos constantes del proceso son elementos de convicción perfectamente válidos que por si solos han servido para el esclarecimiento de los hechos que se investigan, y para sustentar este dictamen...»<sup>5</sup>.

Con el debido comedimiento expreso a ustedes:

5.1. Oportunamente pedí que se tenga por impugnada en atención a ser violatoria de una de las garantías del debido proceso –la prevista en el Art. 24 numeral 14 de la Constitución Política de la República–, tanto la petición que realizara la Fiscalía General, como la autorización prevista en el Art. 156 del Código de Procedimiento

<sup>5</sup> *Op. cit.*, pp. 20-21.

Penal, que consta en la providencia del 20 de septiembre del 2006, dictada a las 17h00, por la Sala Penal de Conjuces que actúa como juez de garantías en este proceso penal.

Sustenté mi petición en los siguientes considerando, algunos ya fueron expuestos en el momento de rendir mi versión libre y voluntaria durante la indagación previa:

5.2. El Art.24, numeral 14 de la Constitución de 1998 dice a la letra: «Las pruebas **obtenidas** o actuadas con violación de la Constitución o la ley, **no tendrán validez alguna**». Los subrayados son míos.

5.3. El Art. 155 del Código de Procedimiento Penal vigente, prevé quien es el titular del ejercicio de la prueba o de la fuente o medio de prueba, el mecanismo de procedencia, así como el órgano encargado de dicha recepción, cuando se trata tanto de grabaciones de audio como de grabaciones de video.

El artículo de mi referencia expresa: «El juez puede autorizar por escrito al fiscal para que intercepte y registre conversaciones telefónicas o de otro tipo, cuando lo considere indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar la existencia de uno ya cometido, o la responsabilidad de los partícipes.

La cinta grabada deberá ser conservada por el fiscal, con la transcripción suscrita por la persona que la escribió.

Las personas encargadas de interceptar, grabar y transcribir la comunicación tienen la obligación de guardar secreto sobre su contenido, salvo cuando se las llame a declarar en el juicio».

5.4. No quepa duda alguna que el ciudadano... no tenía facultad o competencia alguna para decidir de *motu proprio* hacer grabaciones de audio o de video, violando el mandato constitucional del Art. 24 numeral 14 de la Const. de 1998, previsto igualmente en el Art. 76 n. 4 de la Const. del 2008, pues el Ecuador se proclama como Estado de derechos y justicia en el numeral 1 de la Constitución vigente, en el numeral 9 del Art. 11 *ibidem* se establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución (sic), y en el Art. 11 n. 3 *ibidem* se determina que «Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte».

Es suficientemente sabido que en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia, y que ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley para el ejercicio de tales derechos.

5.5. Es válido recordar que de conformidad la misma Constitución, el Estado ecuatoriano es civilmente responsable por los supuestos de violación de las normas establecidas en el artículo 76, reiteradamente invocado por contener *in extenso* las garantías del debido proceso.

5.6. El Art. 80 del Código de Procedimiento Penal prevé la ineficacia probatoria de cualquier acción o actuación preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales; ineficacia probatoria que se extiende a todas aquellas pruebas o fuente de pruebas, que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías (sic).

5.7. El Art. 83 de la misma normativa procesal dice: «**Legalidad de la prueba.- La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código.** No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyen inducción a la comisión del delito». (La negrilla es nuestra).

No pretendo en modo alguno cansaros con alegaciones en estricto y puro derecho, que fueron sustentadas y ampliadas en tiempo oportuno, **pero** resulta de fundamental importancia recordar la presente **excepción procesal penal perentoria**, de *ineficacia probatoria* por manifiesto *vicio in procedendum* de las grabaciones de audio y video proporcionadas por un ciudadano, que las realizó violando el mandato constitucional del Art. 24 numeral 14; y, que inobservó el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal, pues si pretendía actuar correcta y legalmente debió acudir a un juez, para que éste a su vez autorice por escrito a un fiscal penal tales grabaciones.

Si se han incumplido los presupuestos de procedencia indispensables e insubsanables para la validez de tales grabaciones, las mismas no pueden ser convalidadas con un dictamen fiscal mixto que es insostenible e inaceptable para acusar un presunto delito en fase de tentativa.

6.- Ejercicio del derecho de defensa a plenitud como una de las garantías inviolables del debido proceso prevista en el Art. 24 numeral 10 de la Constitución Política de la República, por ello; y, a efectos de que se respete la **prohibición absoluta de la prueba ilícita**, me permito reproducir:

6.1. El criterio del doctor José C. GARCÍA FALCONI<sup>6</sup>, que es un destacado jurista ecuatoriano, en funciones como Director General de Asesoría Jurídica, y subrogante del señor Ministro Fiscal General del Estado; ex Magistrado del Tribunal Constitucional; y con un brillante e intachable ejercicio en la función pública, que incluye haber sido Magistrado de Corte Suprema, quien con profundidad y conocimientos nos ilustra y orienta en el tema de *las garantías constitucionales*, y presenta un *análisis jurídico de las normas señaladas en el Art. 24 de la Constitución Política*, como el relacionado con *las pruebas ilícitas*.

Del libro de GARCÍA FALCONI<sup>7</sup>, reproducimos los siguientes párrafos:

«Hablar de **garantías constitucionales**, es hablar del respeto a los Derechos Humanos en la Administración de Justicia en general, pero sobre todo en materia penal, que como sabemos se refiere a aquellos Derechos Fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona, que por una u otra razón, justa e injustamente entra en contacto con la rama penal. Hay que recordar que el Derecho Procesal Penal hoy en día es básicamente garantista, o sea es el Derecho Constitucional reformulado, en tanto reglamenta los principios y garantías constitucionales, reconocidos por la Carta Fundamental.

El Ecuador ha ingresado a la política de respeto por el Derecho penal Humanitario. Al actuar dentro de los márgenes que establece en Art. 24 de la Constitución Política; esto es dentro de unos márgenes filosóficos, ideológicos y políticos de un Estado Social de derecho, respetando en todo momento la dignidad, derechos y garantías judiciales del procesado.

<sup>6</sup> El Dr. GARCÍA FALCONI tiene una larga carrera judicial como Juez civil, Ministro de la Corte Superior de Justicia de Quito y Magistrado de la Corte Suprema. Ha sido igualmente funcionario del Ministerio Público en donde ha ejercido los cargos de Agente Fiscal, y de Ministro Fiscal Distrital de Pichincha.

<sup>7</sup> GARCÍA FALCONI, José C., *Las garantías constitucionales en el nuevo código de procedimiento penal y la responsabilidad extracontractual del Estado. Estudio detallado de las normas del debido proceso en Ecuador*, 1ª ed., Quito, Ecuador, 2001, p. 9).

Pero, para que esto se produzca en la praxis judicial, tengo que reconocer que todos los ciudadanos, muy en especial los que administramos justicia debemos cambiar de mentalidad, de la eminentemente formalista que condena al excesivo ritualismo escrito con preservación de las formas, como si esto produjese la solución del conflicto, por el reconocimiento en todo momento de los derechos humanos del ciudadano».

El Prof. GARCÍA FALCONI, reconoce la estrecha relación entre las *garantías constitucionales* y *el debido proceso*, expresando: «Hoy, nosotros contamos con una verdadera constitucionalización del proceso penal; hoy en día los derechos y garantías de los ciudadanos dejaron de ser meros postulados para convertirse en formas de efectivo cumplimiento».

Hoy tenemos una Constitución Política que ha cobrado vida con el nuevo Código de Procedimiento Penal, de tal manera que hay una relación entre la jurisdicción penal y la constitucional.

Hoy en día, en el Ecuador no se puede admitir que se desarrolle una causa y que se dicte el veredicto correspondiente, sin que se haya asegurado previamente el respeto a esos principios constitucionales»<sup>8</sup>.

El mismo autor GARCÍA FALCONI al hacer un resumen sobre el valor del fruto del árbol envenenado, expresa:

«Otros tratadistas señalan en cambio, la ineficacia probatoria de todo acto procesal que vulnere garantías constitucionales y que la ineficacia se extienda a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueren consecuencia necesaria de ella... O sea en materia probatoria es fundamental aplicar el principio de la Legalidad, de tal modo que no puede existir decisión con prueba producida en el proceso conforme a la ley, esto es que su observancia es una irregularidad de carácter sustancial y afecta al Debido Proceso, siendo por tal de ninguna validez como lo señala el numeral 14 del Art. 24 de la Constitución Política»<sup>9</sup>.

Al referirse a *La prueba en materia penal y los derechos humanos*, dice el profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central de Quito, JOSÉ GARCÍA:

«El art. 80 del Código de Procedimiento Penal que entrara en vigencia en el mes de julio del año 2001, señala: **'Ineficacia probato-**

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 11.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, pp. 140-141.

**ria.** Toda acción preprocesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías'.

El Art. 81 *ibidem* dispone: **'Derecho a no autoincriminarse.** Se reconoce el derecho de toda persona a no autoincriminarse'.

Mientras que el Art. 83 del nuevo Código de Procedimiento Penal indica: **'Legalidad de la prueba.** La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de éste Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito'.

Las disposiciones legales antes transcritas concuerdan con lo manifestado por nuestra Constitución Política en el Art. 24 numerales 5, 9 y 14, de tal modo que la prueba en materia penal goza de libertad, sin más que dos restricciones: la de excluir los medios que atentan contra la integridad o la dignidad de la persona humana a aquellos que se hallan condenados o no señalados por la ley»<sup>10</sup>.

Posteriormente el prof. GARCÍA FALCONI hace un llamamiento tanto a jueces como al Ministerio Público para que se respeten *las garantías* atinentes al *debido proceso*, mediante la presentación de pruebas libre de vicios:

«Personalmente he manifestado que tanto las partes como el juez y por supuesto el Ministerio Público a través de sus respectivos representantes, están en la obligación legal y moral de suministrar en este caso al Juez la prueba libre de vicios, artimañas, torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad o peor aun utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito, según bien lo dispone el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal, porque de lo contrario el legislador ha considerado que habría deslealtad para con quienes intervienen en el proceso, especialmente para el sindicado o imputado»<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 144.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 146.

6.2. El criterio jurisprudencial de la MAGISTRADOS DE LA TERCERA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, quienes al resolver el recurso de **Casación** interpuesto por el ciudadano GUILLERMO ANDRES GOMEZ-JURADO ASTUDILLO, mediante sentencia del 8 de agosto del 2007, dictada a las 11h00, revocaron la condena por no **admisión o exclusión absoluta de la prueba ilícita**, mismos que en la parte pertinente dicen:

«**5.- Consideraciones generales.** 1.- El Art. 24 numerales 10 y 14 de la Constitución Política del Estado, en relación con el Art. 83 del Código de Procedimiento Penal que se refieren al principio de legalidad de la prueba, la que se invalida cuando se ha obtenido con violación de la Constitución o la ley, existiendo sobre esta materia, abundante doctrina que sirve de aplicación en el presente caso... En este aspecto es un unánime la doctrina y la jurisprudencia al sostener que la obtención de pruebas violando preceptos constitucionales y de manera especial garantías fundamentales del debido proceso deben ser 'inutilizables' y por consiguiente no se las puede incorporar a un proceso penal... no puede convalidarse una prueba ilícita e ineficaz... 4.- El Art. 80 del Código de Procedimiento Penal, dice expresamente que: 'toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales, carecerán de eficacia probatoria alguna'. **Pretender validar una diligencia procesal de aquella manera, equivale a vulnerar todo nuestro sistema legal y constitucional** (las negrillas son nuestras)...

**Comentario:** Es importante destacar que el fallo precedentemente invocado, lo suscriben los Magistrados, Dr. Hernán Ulloa Parada, Dr. Guido Garcés Cobo; y, Dr. Raúl Rosero Palacios. Dos de dichos Magistrados deben resolver la presente causa.

#### **Petición de sobreseimiento definitivo**

Concluyo expresando a ustedes que procede que se dicte **sobreseimiento definitivo** a favor de los imputados que ejercimos el cargo de..., y que deben igualmente pronunciarse por la improcedencia y exclusión absoluta de la prueba ilícita, en mérito de la cual se produce el dictamen fiscal mixto.

Atentamente,

Dr...

Matrícula ...

## **SOBRESEIMIENTO CON DOCTRINA DE PARTICIPACIÓN**

**I.F.594-08**

**Guayaquil, 05 de Febrero del 2009, a las 11h00.**

**VISTOS:** En el turno reglamentario de audiencia de calificación de flagrancia, le correspondió al suscrito Juez Primero de lo Penal del Guayas, Abg. Á.R.G., conocer de la resolución de inicio de instrucción fiscal realizada por la Abogada María Fabiola Gallardo Ramia, Agente Fiscal del Guayas, en contra de H.E.G., por el delito de Tenencia de Droga, por cuanto ha llegado a su conocimiento por el parte de aprehensión de droga, suscrito por el Subteniente de Policía Santiago Gaibor Braganza, que: «Pongo en su conocimiento mi Mayor, que encontrándome de servicio como Oficial de Control de la Unidad Antinarcóticos del AIJJO, en el lugar y hora antes indicados, en circunstancias que nos encontrábamos realizando el Control Antinarcóticos de rutina en las bodegas de la Procesadora de Carga General Air de la carga que iba a ser enviada al exterior, el can de nombre BACK, guiado por el señor Cbo. S. de Policía Luis Anrango Yacelga, guía operativo de esta Unidad, dio una señal de alerta en una caja de cartón grande, dentro de la cual se hallaban veintiocho (28) cajas de cartón las que contenían en su interior un saco de yute con tagua, por lo que se procedió a realizar una revisión minuciosa de todas las cajas encontrando en trece (13) cajas un doble fondo en donde se encontró paquetes tipo bloques envueltos en papel carbón recubiertos con plástico transparente conteniendo una sustancia de color blanca presumiblemente droga.- Razón por la cual la mencionada carga fue trasladada a la Jefatura Provincial de Antinarcóticos del Guayas.». Asimismo consta el parte de aprehensión de fecha 26

de Julio del 2008, suscrito por el Subteniente de Policía Pastor Herrera Jorge, que tiene relación a la aprehensión de G.C.H.E.; por lo que, se notificó con el inicio de instrucción fiscal al imputado H.E.G.C., ordenándose la prisión preventiva en contra del imputado en mención (fojas 1889 a 1890).- A fojas 1891 a 1892, la Doctora María Fabiola Gallardo Ramia, Fiscal de lo Penal del Guayas, hizo extensiva la presente instrucción fiscal en contra de J.C.S.; A fojas 1899, el suscrito Juez dispuso que se notifique al imputado H.E.G., en la persona del defensor público, abogado Adolfo Jouvin Manzo y señaló día y hora para la Audiencia de Formulación de Cargos; De fojas 1900 y vta, consta el acta de Audiencia de Formulación de Cargos en la que intervino el Agente Fiscal y el abogado Adolfo Jouvin Manzo, Defensor Público en representación del imputado J.C.S., en la que el suscrito Juez luego de escuchar las intervenciones de las partes, ordenó la prisión preventiva del imputado J.C.S.; A fojas 1902 y vta, la Doctora María Fabiola Gallardo Ramia, Fiscal de lo Penal del Guayas, hizo extensiva la presente instrucción fiscal en contra de E.P.M.; A fojas 1915, el suscrito Juez dispuso que se notifique al imputado J.C.S., en la persona del defensor público, abogado Adolfo Jouvin Manzo y señaló día y hora para la Audiencia de Formulación de Cargos; De fojas 1916 y vta, consta el acta de Audiencia de Formulación de Cargos en la que intervino el Agente Fiscal y el abogado Adolfo Jouvin Manzo, Defensor Público en representación del imputado J.C.S., en la que el suscrito Juez luego de escuchar las intervenciones de las partes, ordenó la prisión preventiva del referido imputado J.C.S.; De fojas 1983, el suscrito Juez revocó la orden de prisión preventiva que existía en contra de J.C.S.- A fojas 1990 a 1991, la doctora María Fabiola Gallardo Ramia, Agente Fiscal de lo Penal del Guayas, hizo extensiva la presente instrucción fiscal en contra de E.L.Q.- A fojas 2013, el suscrito Juez dispuso que se notifique al imputado E.L.Q., en la persona del defensor público, abogado Adolfo Jouvin Manzo y señaló día y hora para la Audiencia de Formulación de Cargos; De fojas 2021 a 2022, consta el acta de Audiencia de Formulación de Cargos en la que intervino la Agente Fiscal y la abogada Silvana Valladares Salgado, abogado defensor del imputado E.L.Q., en la que el suscrito Juez luego de escuchar las intervenciones de las partes, negó el pedido de la fiscal interviniente.- Concluida la Instrucción Fiscal y la señora Agente Fiscal interviniente emitió su dictamen, se corrió traslado con el

mismo para que puedan consultarlo; convocándose posteriormente a las partes a audiencia preliminar la misma que se ha llevado a efecto de conformidad con el Art. 229 del Código de Procedimiento Penal.- Siendo el Estado el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** El infrascrito Juez es competente para la sustanciación y resolución de la etapa intermedia, conforme a lo dispuesto en el No. 4 del Art. 27 del Código de Procedimiento Penal.- **SEGUNDO:** No se observa omisión de solemnidad sustancial alguna, ni vicios de procedimiento o de cuestiones prejudiciales que puedan afectar la validez del proceso, por lo que lo actuado es válido y así se lo declara.- **TERCERO:** Durante la audiencia preliminar fue escuchado la intervención de la Abogada Maria Fabiola Gallardo Ramia, Agente Fiscal de lo Penal del Guayas; Abogado Adolfo Jouvin Manzo, Defensor Público, quien comparece a nombre y representación del imputado J.C.S.; Abogado Aníbal Quinde Mendoza, abogado defensor del imputado E.P.M.; Abogada Maria Erazo de Puyas, abogada defensora del imputado H.E.G.; Abogada Djalma Descrea Blum Rodríguez, abogada defensora del imputado E.L.Q.; Abogado Fernando Ruano Erazo, abogado patrocinador del señor N.A.R., quienes han realizado sus alegaciones en cuanto al dictamen fiscal.- **CUARTO:** En cuanto a la materialidad de la infracción y a la responsabilidad de los imputados consta de autos: **A).**- De fojas 2 a 7, se encuentra el parte de aprehensión de droga, de fecha 10 de Junio del 2008, suscrito por el Subteniente de Policía Gaibor Braganza Santiago y Cbo.S. de Policía Anrango Yacelga Luis, en la cual detalla pormenorizadamente las circunstancias de la aprehensión de la droga incautada; **B).**- De fojas 35 a 36, consta la versión de Ing. Melissa Behr Tacury, quien en relación al caso dice: «El señor E.Q. llamó desde la semana pasada a pedir espacio para el martes 10 de Junio del 2008, y así transportar un skid de 520 kilos de tagua con destino a Ámsterdam, yo hablé por teléfono con el señor E.Q. El día lunes 9 de Junio del 2008, aproximadamente a las 10h00 la aerolínea Martinair confirmó el espacio y yo le avisé al señor E.Q., luego se le pasó vía mail un pre-corte de la guía, que es una proforma de la guía área, con todo esto quedó coordinado el embarque para el día 10 de Junio del 2008 y le indiqué que esté puntual a las 06h00, que es la hora en que recibe la aerolínea. Hoy martes 10 de Junio a las 06h20 de la mañana lo volví a contactar porque los operadores me indicaron que no llegaba la tagua y me dijo que iba a contactar al

chofer, E.Q. me volvió a llamar diciéndome que el chofer no le contestaba, razón por la que yo le pedí el número celular del chofer, entonces él me pasó por mensaje celular el nombre del chofer y el número celular de éste, siendo H.G., con número celular 095922131, con estos datos llamé al chofer y él me contestó diciéndome que aproximadamente en media hora llegaba al lugar de recepción de la aerolínea que es GENERAL AIR, lo esperamos y volví a llamarlo después de cuarenta y cinco minutos porque no llegaba y me dijo que estaba ya a tres cuadras, ya eran más o menos las 08h00, como el operador de turno Manuel Parrales estaba haciendo otro embarque en una aerolínea diferente llamé a José Vascones para que ayude con el embarque de la tagua, así como con otro embarque, y José Vascones me dijo que no había problema y que en unos cinco minutos iba para la oficina. Después me llamó de la aerolínea MARTINAIR el señor Javier Castro diciéndome que no había personal de Aéreo Servi, pero que la tagua estaba ahí, entonces volví a llamar a José Vascones y me dijo que ya estaba en la oficina de Aeroservi y que ya estaba haciendo los documentos y etiquetas para el embarque y que una vez preparado dichos documentos para el embarque se iba para Martinair. Después yo llegue a la oficina a las 08h20, y lo encontré a José Vascones que estaba ya saliendo para Martinair. Posteriormente como las 08h40 aproximadamente, me enteré porque escuche de mi radio, ya que tenemos la misma frecuencia, que lo llamaban a José Vascones para que se acerque al chequeo de INTERPOL porque aparentemente había un problema con la carga. Cabe indicar que en ese momento en que llamaban a José Vascones el se encontraba en Martinair. Después de un momento José Vascones me dijo por radio que encontraron unos paquetes extraños en la carga con un polvo café y el me pidió que lo contacte a E.Q. Llame al celular a E.Q. para preguntarme de que se trataba ese polvo café y me dijo que no sabía que iba a preguntarle a la persona que hizo el despacho en la planta procesadora de la Tagua, es decir, en la empresa BANINC S.A., al rato me volvió a llamar y me dijo que no había podido contactarse con el despachador, pero que debía de tratarse de polvo de tagua, que es el residuo o desecho de la Tagua que también suele a exportarse. De este le informe a José Vascones, luego me llamó José Vascones y me dijo que el can de antinarcóticos había dado señales de alerta de la carga y le pregunté si estaba todavía el chofer que había entregado la carga y me dijo que

no que el chofer ya se había ido. Después me enteré que la carga contenía droga»; C).- A fojas 38 y vta, rinde la versión el señor José Vascones Boloña, quien dice. « Trabajo para la compañía AEROSERVI S.A, en calidad de Jefe de Operaciones, la compañía se dedica a dar servicios de exportación de cargas al exterior, esto conlleva a reservar espacios en la aerolíneas de carga, según lo solicitado por los clientes, mis funciones son las de cortar guías, esto significa llenar las guías aéreas con los datos del embarcador (cliente), destinatario, número de pieza, peso, costos de la guía (flete básico y cargos de la agencia y aerolínea), y mandar la documentación de respaldo de la exportación, al comprador en el exterior, para su desaduanización y ocasionalmente representar a la Compañía AEROSERVI al momento de la entrega de la carga por parte del cliente a la aerolínea.. El día de hoy martes 10 de Junio del 2008, a eso de las 07h30, recibí una llamada de Inge Berth, Jefe de Coordinación de Aeroservi, para informarme que la recepción de la carga del avión de American Air, estaba atrasada por eso el operador de turno Manuel Parrales no iba a llegar a Martin Air (Aerolínea Carguera), para estar presente en la entrega de la mercadería del cliente Baninc S.A., para su embarque a Ámsterdam, por lo que llegué a la oficina de Aeroservi y salí inmediatamente a la Compañía Martin Air, para estar presente y etiquetar (poner label con el número de guía, origen destino número de piezas y demás información para que la carga sea plenamente identificada). Cabe indicar que la Compañía General Air, es la que se encarga de realizar la palatización de la carga para la aerolínea Martin Air, por eso los funcionarios de esta compañía bajaron con el montacarga la mercadería del camión y la llevaron al chequeo Antinarcóticos.»; D).- De fojas 40 a 42, rinde la versión el imputado E.L.Q., quien dice: « Yo conozco desde hace muchos años a la familia Andrade y Fernando Andrade es parte de la Compañía AEREO SERVIS S.A., entonces por el vínculo amistoso fue la compañía que decidimos utilizar como agente de carga. Yo soy gerente propietario de la Compañía BANINC S.A., que se constituyó en principio para manejar bienes raíces ya que eso no sucedió se la tomó para que sea la exportadora de tagua, entre otros productos. La compañía se la constituyo y se la compro a un estudio jurídico, como normalmente se compran las compañías y en principio Marlon Javier Erazo Pazmiño era el Gerente, pues estaba destinada a manejar bienes raíces. Actualmente yo soy el Gerente de la Com-

pañía BANINC S.A., aunque en el RUC consta el anterior Gerente, pues estamos actualizando los datos, ya que este cambio se dio recientemente por motivo de las exportaciones que es la nueva actividad de la empresa. Yo visité AEREO SERVICE S.A., le pedí cotizaciones de las varias opciones que teníamos para enviar la carga y se escogió la más favorable, tomando en cuenta el criterio de frecuencia, precio y disponibilidad de espacio, también contraté los servicios de Víctor Hugo Delgado como agente afianzado de Aduana que fue recomendado por Fernando Andrade para que realice los permisos de exportación, lo cual simplificaba nuestra labor como exportador. El día jueves 5 de Junio del 2008, solicité a la Ing. Inge Melissa Behr Tacury espacio para la exportación de 450 kilos de tagua netos, como todas las semanas, para embarcar el día 10 de Junio de 2008, ella me confirmó la carga el día lunes 9 de Junio del 2008, a las 10h15, concretada la carga solicité el permiso de exportación a Víctor Hugo Delgado, luego de que él me confirmó de que la documentación iba a estar a tiempo para el embarque, solicité al productor de tagua, señor Pedro Loayza, preparar la carga. Posteriormente le solicité a Pompeyo Danilo Alava Vélez, de Transporte Alava, para que nos provea del servicio de transporte desde la planta de Manta hasta el Terminal Aéreo de Martinai»; **E).**- De fojas 44 y 45, consta la razón sentada por el Ab. Jhonny Guzmán Franco, Secretario de Fiscales, en las que certifica que la copia de cédula y papeleta de votación que anteceden fueron presentadas por el señor E.L.Q., en el momento en que rindió su versión libre y voluntaria, además de constar la factura No. 0000175, a nombre de BANIN S.A., de fecha 04 de Julio del 2008, por el valor de US\$180.00, a nombre de la Sra. Bélgica Venancia Franco Burgos, por concepto de transporte entre la ruta Manta-Guayaquil.- **F).**- A fojas 46, rinde la versión el señor Pompello Danilo Alava Vélez, quien dice que nunca ha tenido una empresa que se dedique a la actividad de transporte de ninguna especie y que además no figura ni siquiera en calidad de accionista de algún tipo de compañía en mención. Además nunca ha tenido relaciones comerciales con la persona que presuntamente ha requerido los servicios de transportes. Por los inmuebles que posee esto es, dos locales comerciales ubicados en al Avenida Principal de Miraflores, siempre suscribe contratos de inquilinato...»; **G).**- A fojas 48 y vta., rinde la ampliación a su versión el imputado E.Q.B., quien ratifica en su contenido íntegro su declaración rendida en días

anteriores en la fiscalía, mencionando además que el señor Danilo Pompeyo Alava Vélez es una persona de espalda angosta, pero con el vientre pronunciado, cabello corto color negro, ligeramente ondulado, de piel blanca bronceada, de aspecto serrano, ojos café oscuro, de mediana estatura de aproximadamente 1,68 m., indicando además que la persona que le pusieron en su presencia no es el mismo Danilo Pompeyo Alava Vélez, que les brindó el servicio de transporte, que las características físicas son distintas y que ha constatado de que la copia del documento que le entregó fue adulterada; **H).**- A fojas 58 a 59, se encuentra el Reconocimiento de Evidencias Físicas suscrito por el Subteniente de Policía Diego Guerra y Policía Edison Manjarres; **I).**- De fojas 66 a 67, se encuentra el Acta de Verificación, Pesaje y Toma de Muestra de la sustancia que consta como evidencia física, suscrito por el Cbo.S. de Policía Wilmer Pacheco y Cbo.P. Jorge Litardo, quienes en sus conclusiones determinan un peso bruto de 165.629 gramos de cocaína; **J).**- Ante la señora Agente Fiscal interviniente han comparecido a rendir sus versiones los señores Policías Santiago Paúl Gaibor (fojas 82) y Luis Anrango Yacelga (fojas 84), quienes se ratifican en todo el contenido de sus respectivos partes informativos; **K).**- De fojas 89 a 91, rinde la versión el señor Pedro Moisés Loaiza Fortty, quien expone entre otras cosas que: «... Me dedico al negocio de la tagua desde aproximadamente 15 años, ... El día 07 de Abril del 2008 en horas de la tarde, me llamó E.Q. para decirme que él iba a ir para Manta para finiquitar detalles y que necesitaba que tenga preparado los papeles para las exportaciones, ..., él llegó en compañía de un chofer y de una secretaria y pasaron a dormir directamente, no conversamos nada esa noche. Al día siguiente llegó a mi planta como a las 10h00, y finiquitamos las negociaciones que consistían en un stock de animelas de tagua y 3000 kilos de patacones, que es un taco de tagua 2,5 cm. De espesor, fijamos precio y me pidió el stock de las animelas y como no lo tenía listo, quedé enviárselo vía mail, y elaboramos una proforma por un total de \$50.474 dólares,...., tenía dos depósitos del exterior, el uno de \$15.559,99 dólares, y el otro de \$17.649,65, dando un total de \$33.209,54 adjunto informe del Banco del Pichincha sobre del depósito... Me llamó el 07 de Mayo que le envié la primera entrega que consistía en 300 kilos de patacón y 300 kilos de animela, que se la envié con Luis Aguilar Paillacho, en sacaos de yute. Para la segunda entrega me dijo que tenía que mandar de

mejor manera la carga porque era aérea, que necesitaba hacerlo en cartones, para lo cual me dijo que me enviaba un cartón de muestra, para que yo vea como entra en el cartón...., el chofer se identificó con el nombre de Alejandro Molina, tal como consta en la copia de guía de remisión que adjunto. Para la tercera entrega me llamó el 26 de Mayo de 2008 que le envié la misma orden anterior y el transportista era Héctor Guamán, .. La cuarta entrega pidió la misma orden para el 05 de Julio del 2008, y el transportista se identificó como Gonzalo Vergara Jhon, el fue sólo en una camioneta chevrolet Luv,... La quinta entrega me la hizo el señor Quiroga para el día 09 de Junio del 2008, indicándome que necesitaba la misma cantidad de siempre, esto es 420 kilos de patacones, ..., recibí una llamada del celular No. 095773841, de una persona que me indicó que era el enviado del señor Quiroga y que iba a retirar la tagua y que por favor le compre un marcador rojo y le lleve a la planta, ..., llegaron estos señores en un camión pequeño parecido al de la tercera entrega, ..., el señor que se identificó como Gonzalo Vergara me pidió el marcador rojo y comenzó a marcar las cajas por dentro, y le pregunté para que marca las cajas y me dijo que hay reclamos de calidades en el material que se está enviando y me quedé preocupado porque pensé que era el único proveedor del señor Quiroga, ..., y me dijo «deme comprando una cinta que yo no conozco Manta», procedí a cerrar la planta y quedaron todos los cartones abiertos afuera, en la calle en el portal, y me dirigí hacia Juan Marcet del Paseo Shopping a comprar la cinta de embalaje, compré una cinta de color café, adjunto factura y me encontré con la novedad de que estaba un supervisor de nombre Enrique Tejena, de la Compañía Wackenhut, empresa que me da servicio de vigilancia, monitoreo y respuesta armada, este supervisor llegó y estaba custodiando la carga,...., adjunto informe histórico de señales e informe del operativo realizado por la guardia de Wackenhut. Luego de esto Gonzalo Vergara Jhon me solicitó un cartón grande de los que habían traído en el cuarto viaje, lo puse sobre un palet encima del cajón del camión y procedí a llenar las cajas dentro de ese cartón, le puso la tapa sobrepuesta y me dijo que en Guayaquil la enzunchan porque en el camino la policía le podía abrir la carga en el camino. Cabe indicar que los cartones pequeños los selló, pero el cartón grande no, todo este manipuleo de cartones la hicieron este señor que se identificó como Gonzalo Vergara Jhon y el otro del cual no se el nom-

bre, pues no se identificó, ...., El día 10 de Junio a las 09H06 recibí una llamada de Esteban Quiroga, indicándome que tenía problemas con la carga y sobre un producto no declarado, yo le dije «de que me estás hablando» y me dijo «que me enviaste» y yo le dije «lo mismo de siempre» y él me dijo «déjame llegar a Guayaquil para ver qué está pasando», y luego me comunicó que tenía problemas que habían encontrado algo raro y que había un detenido...» L).- A fojas 117, rinde la versión la señora Maritza Cárdenas Vera, quien dice: «Yo colaboro con mi esposo Pedro Loayza en la fabrica de tagua, el señor Quiroga llegó los primeros días de abril junto con dos amigos de él, de los cuales yo conocía uno que es de apellido Suárez, entonces nos presentaron y comenzó a decirle a mi esposo que él tenía un cliente extranjero que estaba interesado en productos de tagua, pero que más que nada le interesaba un patacón de tagua, mi esposo se dirigió hacia las máquinas y le sacó una muestra para que él vea si era eso lo que a él le interesaba, el señor Quiroga le dijo que sí, que eso era lo que el cliente quería, después de eso yo me retire a la planta, ellos se quedaron hablando sobre los precios, las calidades. La segunda vez que yo lo vi al señor Quiroga fue el 8 de abril como a las 10h00 que él llegó a la fábrica de tagua y ahí entró a la oficina y ahí comenzamos a darle muestras de todos los productos en las diferentes medidas en cantidad de una gruesa, media gruesa por medida y en todas las tonalidades, una vez dado esto comenzamos a ver los precios con mi esposo y él, entonces fijamos precios y calidades de todo el producto que se podía vender en Manta, luego después dijo que le diéramos el stock, pero como no lo teníamos a mano le dijimos que se lo iba a mandar vía mail, así lo hicimos el 10 de abril del 2008. Cuando ya teníamos una cantidad considerable mi esposo le llamó para decirle que necesitáramos algo que confirme en realidad que si se iba a comprar el producto, a lo que él le respondió que ya tenía que estar depositado el dinero en la cuenta corriente»; M).- A fojas 19, rinde la versión el señor Efrén Pombo Jaramillo, quien en calidad de Guardia de Seguridad de la Compañía General AIR, relató lo sucedido el día 10 de Junio del 2008, en la que ingresó un camión de color azul con cajón de madera y su conductor quien se identificó como el señor Héctor Guaman, quien indicó que la carga era para enviarla a través de la Aerolínea Martinair, y que la carga era de la compañía Aeroservi; N).- De fojas 124 a 125, rinde la versión el señor Roberto Murillo Martínez, quien en calidad



de Jefe de Grupo de la Compañía General Air, expone lo ocurrido el día 10 de Junio del 2008, a eso de las 08h00, así mismo dice el procedimiento que se tomó para bajar la carga que llevaba el camión de cajón de madera, de color azul, que era conducido por un señor de estatura media, cabello castaño, corto medio chuzado, de piel trigueña, de contextura media gruesa, portaba unas gafas, vestía jean, una camisa remangada de color plomo; **O**.- A fojas 127, rinde la versión el señor Piero Fausto Fernando Andrade Viteri, quien dice: «Soy Gerente de Aereoservi, la misma que es una agencia de carga de exportación, tenemos 10 años en el mercado y damos servicio de coordinación y logística de embarque entre los exportadores y las aerolíneas. El señor Esteban Q. me contacto porque tenía un comprador en el exterior que estaba interesado en comprar desde Ecuador algunos productos y me mencionó flores, ubilla y tagua y nuestro trabajo en ese punto consistía en ofrecerle una tarifa y un espacio en la aerolínea que tenga esa mejor tarifa y fue lo que se hizo.- Por procedimiento de seguridad solicitamos toda la documentación de las empresa que iba ser la exportadora, números de teléfonos, direcciones, identificaciones con foto y todo eso nos fue provisto antes del primer embarque, así mismo por procedimiento se envió esa documentación a los departamentos de seguridad de las aerolíneas y a las oficinas de la INTERPOL en el aeropuerto. En el primer embarque solicitamos la presencia del exportador en este caso Esteban Q. y no hubo ninguna novedad, se realizaron varios embarques hasta el último en que se encontró la droga camuflada, ante eso se aplicaron los procedimientos de seguridad que tenemos en la compañía.»; **P**.- De fojas 163 a 165, se encuentra el parte de detención de fecha 26 de Julio del 2008, suscrito por el Subteniente de Policía Pastor Herrera Jorge, relacionado con la detención de Guaman Cárdenas Héctor Enrique; **Q**.- De fojas 168, 169 y 186, rinde la versión y ampliación el imputado Héctor Enrique Guaman Cárdenas, quien relata en forma detallada los hechos que son materia de la presente instrucción fiscal, manifestando además que quien lo contrató fue un señor a quien conoció como «Jhonny», y a quien tantas veces menciona dentro de sus versiones y en las que además manifiesta que «Jhonny se asustó cuando vio a la Policía, porque le decía que lo estaban buscando por el pago del seguro; **R**.- De fojas 187, consta la versión libre y voluntaria de la señora Bélgica Venacia Franco Burgos, la misma que manifiesta entre otras

cosas que no ha emitido la factura que consta del expediente, y que no le corresponde la letra, además de que se dedica a transporte de carga, que por una vez le prestó las facturas al enamorado de su hija de nombres Catano Rodríguez, al mismo que se le habían quedado unas facturas en el carro de su amigo Rudy Granja, que no sabe quien cogió y utilizó sus facturas.- **S**.- A fojas 194 a 196, se encuentra el parte de aprehensión de fecha 30 de Julio del 2008, suscrito por el Subteniente de Policía Pastor Herrera Jorge, relacionado con la detención de Jhonny Cristian Saavedra Saltos; **T**.- De fojas 201 y vta, rinde la versión el imputado J.S., quien dice: «Mi familia tiene un negocio que se llama Express Renta Car, ahí yo antes trabajaba como empleado y desde que murió mi hermano ocupo el cargo de Administrador, esto es de febrero del 2008. Un día domingo, cuando yo estaba en Naranjito, pues mi familia vive allá, recibí una llamada de Edgar Patricio Montenegro Orbe, quien es un cliente conocido de la empresa, y me pidió que consiga un camión no tan grande con cajón de madera, para llevar artículos de oficina desde Manta a Guayaquil. Entonces recorrí Naranjito buscando un camión y como pasé por la pista, me metí por esas calles y vi un camión a lado de una carnicería y el dueño de esa carnicería era el propietario del camión, pero no pude contratar los servicios de transporte de ese camión, y como Héctor Guaman estaba con él, Guamán se ofreció para ayudarme a conseguir un camión y me dijo que vayamos donde José Coello, es así que fuimos donde José Coello e hicimos el contrato verbal para transportar artículos de oficina de Manta a Guayaquil que me había solicitado el señor Montenegro. El día lunes me vine con Héctor Guamán en ese camión hasta la oficina de Express Renta Car, como a las 10h00 llegaron dos señores, uno llegó en un camión NHR de color azul, con cajón de madera y el otro estaba afuera de un Toyota Yaris, color verde agua, y éste se identificó como amigo de don Montenegro, y Guamán con el chofer de ese camión NHR pasaron unos palets y un cartón master al camión de José Coello. Después estos dos señores se retiraron.- Como a las 14h00, me llamó Montenegro a mi celular y me dijo que estaba afuera de la oficina en donde estaba estacionado el camión que yo contrate con José Coello, es así que yo salí de la oficina para ir allá. Montenegro estaba en el Toyota Yaris, en ese carro andaba de 4 a 5 personas». **R**.- De fojas 322 a 324, se encuentra la carta de venta a favor del señor Néstor Aurelio Rodas Salinas, que tiene rela-

ción al vehículo de placas PBC-0072, tipo camión color azul; S.- A fojas 325, rinde la versión el señor Néstor Aurelio Rodas Salinas, como propietario del vehículo marca Nissan, modelo CABSTAR, de placas PBC-0072; T.- De fojas 1057 a 1059, rinde la versión el imputado Edgar Montenegro Orbe, quien dice: «No tengo conocimiento absolutamente de nada de lo que ha estado pasando. El 23 de Julio del 2008, fui asaltado y ahí se me sustrajeron las tarjetas de créditos, Visa del Banco del Pichincha, la tarjeta Diners Nacional, como consecuencia del robo tuve una lesión en el pie izquierdo y permanecí inmovilizado alrededor de tres semanas, permanecí en la casa, en la clínica y en la casa de mi mama». U.- A fojas 1068 a 1069, rinde la versión la señora Katherin Estefanía Saavedra Saltos, quien dice: «Con toda mi familia nos vamos generalmente los días sábados a Naranjito. Es así que en Naranjito, el día domingo 25 de mayo del 2008, mi hermano Jhonny Saavedra Saltos, me comentó que ese día el señor Edgar Patricio Montenegro Orbe, lo había llamado a su celular, solicitándole un camión y que había salido a buscar uno para alquilarle al señor Montenegro. El día lunes 26 de mayo del 2008, como a las 07h00 de la mañana, nos fuimos a ver el camión, junto con mi cuñada Nury Román y mi hermano Jhonny, a donde un señor no recuerdo el nombre pero ahí yo lo conocí al señor Guamán, quien iba a ser el chofer del camión. Ese día el dueño del camión estaba poniendo pretextos para no alquilar el camión, pues quería alquilarlo en un valor de mayor costo, e inclusive se puso a discutir con el señor Guamán diciéndole que tenga cuidado con el camión y que lo cuiden porque ya le habían robado antes y tanto esperar decidimos irnos y ahí Héctor Guamán le dijo a mi hermano que el le podía ayudar a encontrar un camión pero que lo coja a él de chofer, de ahí yo me vine con mi cuñada a Guayaquil, pero mi hermano Jhonny Saavedra se quedó en Naranjito con el señor Héctor Guamán, Yo llegué a Guayaquil como a las 09h00 y fui a la oficina Renta Car, y después mi hermano Jhonny Saavedra llegó en un camión con el señor Héctor Guamán y entraron a la oficina para esperar al señor Edgar Patricio Montenegro, al rato llegó otro camión y salieron el señor Héctor Guamán con mi hermano Jhonny Saavedra Saltos, yo me quede adentro en la oficina, pero vi que llegó un carro Toyota Yaris, color verde claro, con unos señores, de ahí yo no vi nada mas.»; U.- De fojas 1325, se encuentra el acta de reconocimiento pericial de evidencia física, suscrito por el Sub.Of. de Policía

Luciano Andrés Cedeño Peña; V.- De fojas 1413 a 1415, consta el Informe Pericial de Revenido Químico del vehículo marca Nissan-camiión, modelo Cabstar, de placas PBC-072, el mismo que está suscrito por el Cbo.S. de Policía Víctor Jimbo Sinalin; W.- Ante la señora Agente Fiscal interviniente han comparecido a rendir sus versiones los señores Rafael Alemán Mero (fojas 1451) y Patricia Pinillo Moran (fojas 1453), quienes deponen sobre la buena conducta del imputado Edgar Montenegro Orbe; X.- De fojas 1467 a 1473, rinde la versión el imputado Héctor Guaman Cárdenas, Y.- A fojas 1624 a 1625, consta la versión de Rodolfo Molina Castillo; A fojas 1639 a 1648, se encuentra el Informe Pericial Documento lógico suscrito por el Subteniente de Policía Diego Guerra Santana y Subteniente de Policía Karla Sosa Balseca; De fojas 1690 a 1691, consta el Reconocimiento de Lugar de los hechos, suscrito por el Sgto.S. Carlos Balcazar Castro; **QUINTO.**- Del análisis de cada uno de los recaudos procesales, se establece que se ha justificado la materialidad de la infracción, así como que existen presunciones graves y fundadas sobre la participación de los imputados **H.E.G., J.C.S., E.P.M.** en el hecho materia de esta instrucción fiscal.- Por lo expuesto, acogiendo el dictamen fiscal, de conformidad con el Art. 232 del Código de Procedimiento Penal, dicto **AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO EN CONTRA DE: E.P.M.**, ecuatoriano, con cédula de ciudadanía No. 0400975892, de 37 años de edad, de profesión Ingeniero en Marketing, de estado civil casado, domiciliado en la ciudad de Quito; **EN CALIDAD DE AUTOR; H.E.G.C.**, ecuatoriano, con cédula de ciudadanía No. 1203382948, de 36 años de edad, chofer, domiciliado en el Cantón Naranjito; **y, J.C.S.S.**, ecuatoriano, con cédula de ciudadanía No. 092165284-8, 19 años de edad, de ocupación Administrador de la Cía. Express Renta Car, domiciliado en esta ciudad de Guayaquil; **COMO ENCUBRIDORES** del delito que tipifica y reprime el Artículo 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por lo que se ratifica la prisión preventiva de **E.P.M.O.**, quien actualmente se encuentra detenido.- Se dicta la prohibición de enajenar de los bienes de H.E.G.M.C, C.S.S., E.P.M.O.; por lo que, se dispone oficiar al Registrador de la Propiedad a fin de que tome nota en los libros respetivos.- En cuanto a la situación jurídica del imputado **E.L.Q.B.**, se establece que al existir una serie de contradicciones entre las versiones de los demás imputados y en sus mismas versiones rendidas, no coincidiendo con el criterio fiscal, se pro-

cede a realizar el siguiente análisis: toda vez que de autos consta que la carga fue manipulada por varias personas, quienes iban a retirar la tagua y la transportaban desde Manta hasta llegar a la ciudad de Guayaquil, tal como lo manifiesta en su versión el señor Pedro Moisés Loaiza Fortty, quien era el abastecedor de tagua del imputado E.L.Q.B., que además se realizaron varias exportaciones de carga de tagua, en las que no existió inconveniente alguno; que no se puede inculpar al imputado en mención por ser el dueño de la carga si no se ha comprobado que sea el quien la manipuló o en cuanto a su participación en el hecho delictivo y fuera quien cometió la infracción, que en las versiones de Piero Fausto Fernando Andrade Viteri, Inge Melissa Behr Tacury y José Ramón Vascones Boloña, Gerente, coordinadora de exportaciones y jefe de Operaciones de Aeroservi, en su orden, los mismos manifiestan entre otras cosas que el chofer que entregó la carga de tagua que contenía la droga camuflada, una vez que la carga iba a ser revisada por la Interpol se retiró pese a que no podía hacerlo, lo que deja entrever claramente de que tenía conocimiento sobre el contenido de la carga; además manifiesta el Gerente de Aeroservi que el señor E.L.Q., cumplió con todos los requisitos legales e incluso estuvo presente en el envío de la primera carga sin reportar ninguna novedad, que lo conoce desde hace 15 años; que no constituye indicio alguno que el imputado E.L.Q. sea el representante legal de la Compañía Banin S.A. y que tampoco es indicio el que la empresa haya cambiado de objeto social; que al haberse involucrado el inmueble de propiedad del imputado E.Q., no consta como indicio en su contra toda vez que de autos consta la versión del señor Rodolfo Alejandro Molina Castillo, el mismo que detalla pormenorizadamente que fue Danilo Alava quien le insistió quedarse en dicha oficina pese a la advertencia de que no existía guardia, haciéndose responsable de la carga y el haberse quedado en tal lugar durante toda la noche evidencia el dolo con el que actuó Danilo Alava y descubre el lugar donde se realizó la carga de la droga; que en cuanto a las versiones del imputado H.E.G.C., las mismas son contradictorias, haciendo un análisis en cuanto a la situación jurídica del imputado E.Q., ya que el imputado H.G., en su primera versión no manifiesta mayor detalle en cuanto a la participación del imputado E.Q. y es más manifiesta desconocerlo en primera instancia, contradiciéndose rotundamente

al igual que lo hace en manifestar que cuando fue a entregar la carga se quedó esperando bastante tiempo, cuando en la versión rendida por el Jefe de Operaciones de Aeroservi lo contradice al manifestar que entregó carga e inmediatamente se fue, dejando en tela de duda de que tenía pleno conocimiento sobre el contenido de droga en la carga y además al manifestar en su versión sobre el imputado E.Q. jamás menciona haber existido un cruce de palabras entre ellos, lo que causa duda por contradecir su versión, en cuanto a la factura y las copias de cédula de ciudadanía y certificado de votación aportados por el imputado E.Q., los mismos constituyen indicios del engaño del que fue objeto, toda vez que en la versión de la señora Belgica Venacia Franco Burgos, propietaria de las facturas, la misma manifiesta desconocer haber entregado dichas facturas, pero de igual manera no menciona haber presentado denuncia alguna por la pérdida de las facturas que dice le entregó al enamorado de su hija y sin especificar con que objeto se las entregó, por lo que al haber sido engañado el imputado E.L.Q., se configura lo preceptuado en el Art. 36 del Código Penal, que establece que cuando la acción u omisión que la Ley prevé como infracción, es en cuanto al hecho y no al Derecho, resultante del engaño de otra persona, por el acto de la persona engañada debe responder quien la determinó a cometerlo. Que debe tomarse en cuenta que el Art. 79 de la Ley de Sustancias Estupefaciente y Psicotrópicas determina quién debe responder por las acciones de mala fe para involucrar en este tipo de delitos. A lo dicho debe agregarse lo que sigue: 1.- La Convención de Viena contra el narcotráfico, del 19 de diciembre de 1988, ratificada por el Ecuador en 1989, y precedente de la Ley de Drogas del Ecuador, 108 de 1990 - vinculante en consecuencia para el Estado ecuatoriano de conformidad con los artículos 10 y 417 de la Constitución del 2008- establece que los tipos penales merecedores de sanción son estructuralmente dolosos, es decir que el agente debe proceder con plena conciencia y voluntad. Así lo consigna expresamente en el Art. 3 numeral 1, que en la parte pertinente dice: «Cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno cuando se comentan intencionalmente...». En el numeral 3 consigna, «El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo po-

drán inferirse de las circunstancias objetivas del caso». 2.- En relación con la teoría de la participación, el profesor Eugenio Raúl ZAFFARONI, el penalista más importante de esta parte del mundo hispano parlante, Magistrado de la Corte Suprema de la Nación argentina, al referirse a la configuración jurídica de la concurrencia de personas, dice: «como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación (concur-rencia o concurso) de personas en el delito*, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad. Cabe precisar que la expresión *participación*, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, *participación* es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas *toma parte en el delito*, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por *participación* el fenómeno por el que una o más personas *toman parte en el delito ajeno*, siendo *partícipes* sólo los *cómplices* y los *instigadores*, con exclusión de los autores»<sup>1</sup>. Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad. Se consideran autores a quienes cometen el delito de propia mano, como bien dice el profesor Günther JAKOBS, «autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir quién ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito»<sup>2</sup>. El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por sí mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración. Como expresa el propio JAKOBS, «El De-

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735.

<sup>2</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744.

recho Penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo<sup>3</sup>. En la dogmática penal se llega a considerar a un partícipe con el mismo nivel de culpabilidad y de responsabilidad que el autor, pues en ocasiones la participación es de tal gravedad que sin su concurso el hecho no se habría producido. En el ordenamiento penal ecuatoriano de acuerdo con el Art. 44 del Código Penal, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido, esto es lo que denominamos *cómplices primarios* o *necesarios*, vale decir que sin ser técnicamente autores se los reputa como tales para efectos de la determinación de la pena; como dice E.R. ZAFFARONI, «quienes hacen el aporte necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los cooperadores necesarios, a quienes se les depara el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesarios<sup>4</sup> y, se reserva la calidad de *cómplices secundarios* o *accesorios* a aquellos cuya participación es intrascendente, es decir que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso; la *complicidad secundaria* es aquella a la cual se refiere el Art. 43 del Código Penal ecuatoriano. En el concepto del Prof. JAKOBS, uno de los iconos mas importantes del Derecho Penal en el siglo 21, «cuantas más personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta *una aportación de la medida de las demás aportaciones*; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe»<sup>5</sup>. Esto es, que el cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de ejecución, se convierte en coautor. 3.-

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 745.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, *op. cit.*, pp. 736-737.

<sup>5</sup> JAKOBS, *op. cit.*, p. 751.

Cabe recordar lo que el mismo JAKOBS enseña con respecto a la denominada **prohibición de regreso** que significa decir que cada cual responde por lo que hace y por lo que deja de hacer de manera consciente y deliberada, y no más allá. JAKOBS apunta a que el carácter de un comportamiento no se imponga de modo unilateral y en forma arbitraria, ya que **quien asume con otro sujeto un vínculo de forma estereotipada e inocua, no quebranta su rol como ciudadano (ni la confianza en la norma), aunque el otro sujeto incardine dicho vínculo para delinquir.** Para responder penalmente : a) **Se necesita favorecer un delito:** La prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto, no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir que puede ser «*distanciado*» de él. Como el «aporte» del sujeto es inocuo y cotidiano, mal podría caer sobre su persona una imputación. Por eso, al encuadrar esta idea sistemáticamente, JAKOBS establece que la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento. La sugerencia jakobiana ubica a la prohibición de regreso sistemáticamente en la teoría de la participación. b) **Distanciamiento:** Al intentar configurar los límites de la participación punible, JAKOBS dirá: «hay que distanciar el comportamiento del sujeto, en base a su significado objetivo, que favorece a otro sujeto que sí participa». Es que para entender mejor esta idea hay que resaltar que delinque quien incumple con el rol. El rol de portarse como una persona en el derecho, es simplemente hacer lo que uno hace cotidianamente como ciudadano. Lo dicho significa *respetar a los demás y exigir ese respeto para con uno*. En definitiva y con respecto al presente caso, por cuanto no se ha establecido en su totalidad la presunción del nexo causal, en cuanto a la participación del imputado E.Q.B., el suscrito Juez Primero de lo Penal del Guayas, dicta de conformidad a lo establecido en el Art. 242 del Código de Procedimiento Penal, **AUTO DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO A FAVOR DEL IMPUTADO E.L.Q.B.**, por lo que de conformidad con lo preceptuado en el Art. 246 del Código Procesal Penal, se revocan las medidas cautelares ordenadas en contra del imputado en mención, para lo cual además se oficiará a las autoridades de la Policía Judicial del Guayas, a fin de que se abstengan de capturarlo.- En relación al pedido de devolución del vehículo marca Nissan, modelo Cabstar, motor 4D30477211, serie No. MGH40007247, clase camión, color azul,

placas PBC-0072, que solicita el señor Néstor Aurelio Rodas Salinas, tomando en consideración lo que dice en su versión de fojas 325, en la que dice desconocer sobre el presente hecho investigado, así como indica que el señor Mauro Jiménez Sellan alquilaba el carro a diversas personas, desconociendo a ciencia cierta a que personas le alquilaba, tomando en consideración que el mencionado ciudadano Néstor Aurelio Rodas Salinas, no se encuentra imputado en la presente instrucción fiscal, el suscrito Juez en merito a la matrícula original, el seguro del Soat, el original de la carta de venta y demás documentos habilitados a la presente instrucción fiscal, con lo cual el señor NESTOR AURELIO RODAS SALINAS ha demostrado ser el propietario del mencionado vehículo, se dispone su devolución para lo cual previo a la respectiva entrega, se dispone consultar al Superior la devolución del vehículo en referencia.- Así mismo por haber sido llamado a juicio los encausados H.E.G.C., J.C.S.S., en calidad de encubridores, se revoca la orden de prisión preventiva que existe en contra del primero de los nombrados, como se encuentra detenido gírese en el día la correspondiente boleta de excarcelación.- Ejecutoriado este auto, remítase el expediente a la Oficina de Sorteos de esta H. Corte Provincial de Justicia del Guayas, a fin de que previo el sorteo reglamentario se radique la competencia en uno de los Tribunales Penales del Guayas y continúe la etapa del juicio en contra de H.E.G.C., J.C.S.S., y E.P.M.O. Notifíquese.-

**AUTO RESOLUTORIO DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO POR  
DELITO SEXUAL**

**N° 220-2008**

**... del 2009: las 10h30.**

Vistos: Por encontrarme en funciones de juez de garantías penales la Provincia de... me ha correspondido conocer la instrucción fiscal seguida en contra de por el delito de

se ha agotado la sustanciación de la audiencia preliminar, y estando la causa en estado de dictar el auto resolutorio que corresponde por el mérito de lo actuado, para así hacerlo, dejo constancia de los siguientes considerando: **PRIMERO.-** El infrascrito juez penal es competente para conocer de la presente instrucción, pues la competencia nace de la ley, y el estado procesal es el de resolver. No se advierte la omisión de solemnidad sustancial alguna que afecte a la validez del proceso, por lo cual se lo declara válido. **SEGUNDO.-** El presente auto resolutorio, tiene como antecedente la instrucción fiscal N° 123-B-2008 Iniciada al amparo del Art. 216 del Código de Procedimiento Penal por el fiscal durante... la cual se ha practicado todos los actos de investigación previstos en la normativa procesal penal, y al amparo de los artículos 224 y 225 se declaró concluida la instrucción fiscal N° 123-B-2008; y se emitió dictamen acusatorio como autor, por el delito de atentado contra el pudor previsto en el Art. 504 en contra de ...; como autor de la infracción prevista en el Art. 511.1 inciso tercero en contra de ...; y, como encubridores de la infracción prevista en el Art. 511.1 inciso tercero en contra de .... El antecedente de la presente instrucción es la denuncia verbal que presenta la ciudadana ..., a la

Policía de Montañita en el cantón Santa Elena, misma que dice que el 25 de julio del 2008 había ido a Montañita por vacaciones, que había estado ingiriendo licor con un amigo ..., mediante engaños fue conducida por ... a un hotel, Hostal Don Lucho, que ella conocía, y que en dicho lugar fue forzada a tener relaciones sexuales, que los otros imputados también llegaron al hostal, que uno de ellos la tocó, y que los otros dos tenían celular y gravaban la violación. Que el que la tocaba le preguntó si quería tener relaciones sexuales con dos, lo cual fue rechazado, que discutieron entre ellos, y que tomó su ropa corriendo al baño para vestirse. Con los antecedentes expuestos se determina, que el presente hecho que se investiga es un delito de acción penal pública de instancia oficial, y por encontrar fundamentos suficientes, el señor fiscal de lo penal de la provincia de Santa Elena, dictó instrucción fiscal en contra de los prenombrados imputados, por delito sexual., por lo que se dispuso notificar con el inicio de instrucción a los imputados antes mencionados, de conformidad con el Art. 217 del Código de Procedimiento Penal, dictándose las medidas de aseguramiento personal que se consideraron pertinentes y oportunas. **TERCERO.-** Dentro de la instrucción el señor fiscal actuante, dispuso la práctica de actos procesales que sirvieron de fundamento para su dictamen fiscal acusatorio. Respecto de los actos procesales practicados, el infrascrito juez hace el siguiente análisis: **a)** El Art. 169 de la Constitución Política de la República vigente dice, «Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso...»; **b)** El Art. 76 *ibidem* contiene el conjunto de garantías básicas del debido proceso, mismas que deben ser observadas sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia.; **c)** El mismo Art. 76 n. 4 dice: «las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la Ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria»; **d)** Las normas constitucionales, deben ser obligatoriamente aplicadas por las Cortes, Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas, como lo dispone el Art. 426 de nuestra Constitución Política; **e)** El Art. 80 del Código de Procedimiento Penal dispone, «Art. 80.- Ineficacia probatoria.- Toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carece-

rá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías». **CUARTO.-** El infrascrito juez, deja constancia del estudio y análisis objetivo de los siguientes actos procesales: **a)** El señor Fiscal de lo Penal actuante dicta la instrucción fiscal y dispone la práctica de los actos de investigación que obran del proceso y que recogen las versiones de la ofendida, la de los imputados, la del personal policial que redacta el parte de novedades e interviene en la detención de los imputados ... **b)** La ofendida reconoce que se encontraba tomando unas copas con el amigo que la acompañaba en Montañita ... ella acompañó voluntariamente a ..., al Hostal Don Lucho que ella conocía, que en la habitación de dicho hostal el imputado la obligó a tener relaciones sexuales, violándola y que luego llegaron ..., que el primero de los tres trató de tocarla y proponerle que tenga relaciones sexuales con dos de los presentes lo cual no fue aceptado, y que ... y ... la filmaron, expresando que incluso gritó para que la auxilien. **c)** En el reconocimiento médico legal practicado a la ofendida se aprecia desfloración no reciente, del canal vaginal descorre un líquido con fuerte olor a semen, y canal vaginal irritado por penetración de objeto romo duro. **d)** Estando muy cerca del lugar de los acontecimientos, no han escuchado ruidos ni llamadas de auxilio ni el dueño del Hostal, ... cuyo dormitorio está a pocos metros de la habitación que ocupaba ...; ni el hermano del dueño del Hostal, ... que vive contiguo. **e)** Las declaraciones del personal policial como la del Suboficial ... son referenciales y no aportan mayores datos, otro tanto ocurre con el reconocimiento del lugar de los hechos realizado por el policía Sgto. P. ... **f)** La denunciante reconoce en las entrevistas que había tenido relaciones de enamoramiento con ... como una atracción física de ambos, que se encontraba con síntomas de haber ingerido licor, y que fue al Hostal en forma libre y voluntaria. **g)** Es necesario recordar que el ministerio público debe dirigir la investigación a través de la llamada **instrucción fiscal**, y el juez penal debe controlar dicha instrucción así como reservarse la competencia para dictar las medidas de aseguramiento tanto personales como reales, disponer allanamientos, registros, incautaciones, decomisos y resolver la etapa intermedia. El ministerio público está obligado a cumplir lo que dice la Constitución y el propio Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo del 2009, que

en el Art. 282 n. 3, le impone garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados, a efectos de intervenir en las actuaciones probatorias y aportar pruebas de descargo. El incumplimiento de esta garantía de defensa, determina que cualquier actuación que la irrespete carecerá de eficacia probatoria. El Código de Procedimiento Penal, dice con respecto a las obligaciones del ministerio público, «**Art. 65.- Funciones.-** Corresponde al Fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública. Además el Fiscal intervendrá como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública. No tendrá participación en los juicios de acción privada. Es obligación del Fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado. **Art. 66.- Dictámenes.-** El Fiscal debe formular sus requerimientos y conclusiones motivadamente, mediante un análisis prolijo de las pruebas y de los puntos de derecho». **QUINTO.- VALORACION CRÍTICA DE LA INSTRUCCIÓN Y DEL DICTAMEN FISCAL.** El proceso penal es una institución que se desarrolla a través de diferentes etapas procesales, que se llevan de manera continuada y progresiva. El **juicio previo** al que se refiere tanto la Constitución Política de la República como el Código de Procedimiento Penal debe someterse a normas de procedimiento que tienen normativa expresa, respetando de manera absoluta los derechos de los justiciables. Es de obligación de la fiscalía examinar con objetividad todos los actos de investigación practicados, y expresar porque se los estimaban o desestimaban. En el caso del juez me corresponde hacer un análisis crítico de lo sustanciado, sin limitarme a las versiones de la imputada o de quienes han sido citados o entrevistados. Estas versiones y hechos deben ser examinados y valorados a la luz de la sana crítica constituida por la lógica, la experiencia y el razonamiento. El auto de llamamiento a juicio, es el auto resolutorio contenido en una declaración jurisdiccional de la presunta culpabilidad del imputado como partícipe de un delito, que se ha comprobado en su fase material u objetiva. En la instrucción fiscal deben comprobarse los elementos materiales que permitan la adecuación del acto al tipo penal, produciéndose así el juicio de reproche con respecto al acto, y en la etapa del juicio se debe comprobar la culpabilidad del acusado

como presupuesto para la imposición de una condena, con lo cual se produce el juicio de reproche o desaprobación al autor. El auto de llamamiento a juicio sólo puede estar legitimado, si se cumplen los presupuestos que el juez debe encontrar en la instrucción fiscal, como consecuencia del análisis crítico que debe hacer de la misma. El auto de llamamiento a juicio debe contener la declaración judicial de que el proceso debe continuar a la etapa siguiente en donde debe desarrollarse el juicio de atribución. El juez debe hacer una doble declaración, la de certeza sobre la existencia del acto adecuadamente típico, y la de relación causal entre éste y el imputado o imputados plenamente identificados, de donde va a surgir la declaración presuntiva de culpabilidad que recae sobre el o los acusados. El análisis que el juez debe hacer en la etapa intermedia, al resolver el llamamiento a juicio, se fundamenta en los medios de prueba que se hubiesen practicado durante la instrucción fiscal. Nada de esto consta en la resolución acusatoria que suscribe el señor fiscal actuante. El auto de llamamiento a juicio debe ser motivado, porque el juez se encuentra ante el ineludible deber de explicar en la parte lógica de su providencia, cada uno de los fundamentos que llevan a la conclusión de que la instrucción fiscal ha cumplido las finalidades, debiendo mencionar tanto los presupuestos objetivos como los subjetivos del mencionado auto. El infrascrito juez no encuentra elementos de investigación o convicción para presumir razonablemente la existencia del delito, y la presunta participación en el mismo de los imputados ..., pues en el caso del primero surge sin ninguna duda de que tuvo relaciones libres y consensuadas con ... la misma que como persona mayor de edad, con plena capacidad de discernimiento, podía libremente decidir con quien quería o no tener relaciones sexuales, como aparece que efectivamente ocurrió; pues los otros tres imputados ... encontrándose en superioridad de número y en condiciones de poderla forzar al trato sexual no lo hicieron. Me corresponde analizar si en el dictamen acusatorio del señor fiscal actuante, se cumple o no con la determinación de los elementos de convicción de que el delito que se imputaba, se había efectivamente cometido; y, que los imputados se encontraban en nexo causal con dicho resultado típico. Uno de los requisitos de forma del auto de llamamiento a juicio es que se haga constar «la descripción clara y precisa del delito cometido», esto es, que debe existir la declaración formal de que el delito por el cual se pretende juzgar a una



persona en el juicio de culpabilidad, jurídicamente existió. Como acontece en el caso materia del presente análisis, al no existir elementos probatorios de la existencia del delito imputado resulta insostenible un pretendido auto de llamamiento a juicio, pues el mismo demanda como presupuesto de procedencia y de legitimidad, la certeza en el juez de la existencia jurídica del delito. Cuando los elementos en que se funda el dictamen acusatorio son insuficientes lo que procede es que el juez dicte el sobreseimiento, aun en el evento de que el juez tenga dudas sobre la existencia del delito. Solo la certeza judicial sobre dicha existencia, hace viable el llamamiento a juicio. El auto de llamamiento a juicio tiene requisitos formales necesarios para su procedencia procesal, pues el mismo debe determinar con precisión el acto adecuadamente típico cometido, así como la explicación sobre el nexo causal entre el acto y el imputado. Dicho auto debe ser debidamente fundamentado en el análisis del objeto y en el del sujeto activo, señalando así los límites dentro de los cuales debe ejercer su competencia el Tribunal Penal que es el juez del juicio y de la sentencia. Como el auto de llamamiento a juicio es un documento judicial que califica al objeto y al sujeto, debe cumplir rigurosamente con los requisitos que en forma expresa prevé la ley procesal. Un requisito para la procedencia y validez del auto de llamamiento a juicio, es que en el mismo se haga una valoración analítica y crítica de la instrucción fiscal pues lo contrario sería convertir a la judicatura en dependiente de la policía o de la fiscalía. La ley exige que el dictamen fiscal entregue los resultados de su actividad como titular de la investigación, los mismos que deben estar referidos a las finalidades de dicha etapa que se contraen a determinar la existencia jurídica del delito, así como la intervención del imputado o imputados en la infracción que es objeto del proceso. El juez no puede limitarse a hacer una mera descripción de los actos procesales constantes en la instrucción fiscal. Los resultados a los que se refiere la ley procesal penal en su Art. 232 (**El análisis prolijo de los resultados de la instrucción fiscal**) son los fines de esta etapa del proceso penal, que el juez debe analizar de manera prolija, es decir, de manera cuidadosa y esmerada, para concluir si la etapa de instrucción cumplió con las finalidades que prevé la ley procesal penal. Con los antecedentes expuestos el infrascrito juez de lo penal de la Provincia de Santa Elena, considera que los elementos en que el fiscal ha sustentado la existencia de la infracción son equívocos

e insuficientes, por lo cual y de conformidad a lo que dispone el Art. 242 del Código de Procedimiento Penal, **dicto auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los imputados...** Se dispone la cesación de las medidas cautelares personales y reales dictadas en contra de los imputados. Notifíquese.

## APELACIÓN DE AUTO DE NULIDAD

Proceso Penal N° 256-2008

Señores jueces de la Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia

..., en el proceso penal de mi referencia, por un supuesto delito de cohecho, y que les ha correspondido conocer por la alzada, comparezco para exponer y solicitar:

En conocimiento del AUTO DE NULIDAD contenido en fallo de mayoría, del 8 de septiembre del 2008, a las 10h00, mediante el cual violentan garantías constitucionales y procesales en mi perjuicio, estando dentro del plazo legal para hacerlo en mi calidad de legítimo interesado y agraviado, **INTERPONGO RECURSO DE APELACIÓN DEL AUTO DE NULIDAD**. Vuestra resolución viola el derecho a la **seguridad jurídica** previsto en el 82 de la Constitución vigente, así como el art. 76 que contiene el sumun de las *garantías y derechos del debido proceso*, pues se pretende desconocer lo que dice la normativa vigente, de que *nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes con observancia del trámite propio de cada procedimiento* (n. 3).

El auto de sobreseimiento definitivo que pretende ser vulnerado, atentando contra la cosa juzgada, en lo que a mí respecta; causó estado porque se encuentra ejecutoriado, conforme la razón que obra del proceso, con lo cual se vulnera la garantía del debido proceso que establece el principio del *non bis in idem*, consagrado en el Art. 76 n. 7, letra i), Const. Pol., y art. 5 del Código de Procedimiento Penal. Existe un olvido grosero de lo que dispone el Código de Procedimiento Penal, en el

mismo que se expresa que sin acusación no hay juicio (art. 251), y se afecta el *derecho a la seguridad jurídica*, al desconocer el valor del sobreseimiento definitivo en firme a que se refiere el art. 246 del mismo Código de Procedimiento Penal, que impide que se pueda volver a ser encausado en el mismo proceso, o a iniciar otro por el mismo hecho.

Invoco en fuerza de mi defensa y petición, la normativa del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, ratificada por el Ecuador en 1975 y vinculante y obligatoria para el Estado ecuatoriano, por la disposición contenida en el Art. 424 y Art. 426 de la Constitución Política de la República del 2008. La normativa que invoco, dice:

### **Artículo 1. Obligación de respetar los derechos**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

### **Artículo 8. Garantías judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

### **Artículo 25. Protección judicial**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

### **Fundamentos del recurso de apelación**

Ustedes han declarado de oficio LA NULIDAD DE LAS ACTUACIONES DE LA TERCERA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE SUPREMA A COSTA DE LOS MAGISTRADOS INTERVINIENTES a partir del auto de 24 de enero del 2008( fs. 107-108 en adelante), para que se eleve en consulta el dictamen fiscal abstentivo del señor Director Nacional de Asesoría Jurídica del Ministerio Público, y que se convoque a una sola audiencia preliminar como prevén los artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal... (sic).

La referida resolución me causa agravio y estando dentro del plazo legal para hacerlo, impugno el auto resolutorio de nulidad agravante e INTERPONGO RECURSO DE APELACIÓN DEL AUTO DE NULIDAD, el mismo que es improcedente e infundado. Amparo mi petición en los artículos 343 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal, en el Art. 376 que consagra el principio de la aplicación de las normas generales del Código (entre ellas la apelación del auto de nulidad).

Fundamento el presente recurso de conformidad con lo que señala el Art. 344 del mismo Código de Procedimiento Penal, y lo hago en los siguientes considerando:

1.- La decisión que impugno viola el derecho a la seguridad jurídica previsto en la Constitución Política de la República en el Art. 23 numeral 26, al irrespetar el principio de la cosa juzgada pues el auto de sobreseimiento definitivo dictado a mi favor, y a favor de los doctores ... se encuentra ejecutoriado conforme consta de la razón actuarial que obra del proceso, y en consecuencia es inamovible. El Código de procedimiento Penal señala en el Art. 246: «El sobreseimiento definitivo del proceso da fin al juicio y, en consecuencia, impide iniciar otro por el mismo hecho.

El sobreseimiento definitivo del imputado impide que éste en el futuro, pueda volver a ser encausado en el mismo proceso o en otros que se inicien por el mismo hecho...».

2.- La Constitución Política de la República precisamente en el numeral 76 numeral 3 prevé como una de las garantías del derecho al

debido proceso, ser juzgado de acuerdo con la legislación preexistente, y si el auto de sobreseimiento definitivo se encontraba ejecutoriado había causado estado por el ministerio de la ley y no puede ser reactivado mediante una inconstitucional declaratoria de nulidad, debiendo recordar que la Constitución dispone en el mismo Art. 76 numeral 7 letra i), que, *nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa*; principio constitucional conocido doctrinariamente como el *non bis in idem* que está previsto en el Art. 5 del Código de Procedimiento Penal, que dice «Ninguna persona será procesada ni penada más de una vez por un mismo hecho».

3.- Es insostenible el argumento de la obligatoriedad de la Consulta del dictamen abstentivo del señor Director Nacional de Asesoría Jurídica, Subrogante del señor Ministro Fiscal General del Estado, pues el indicado funcionario actuó en calidad de subrogante del Ministro Fiscal General del Estado, y por ende con las mismas atribuciones y facultades que el titular pues actuaba en su reemplazo, debidamente acreditado con la acción de personal que corre a fs. 70 de los autos. Como esta misma Sala ha reconocido en otros fallos, el dictamen abstentivo del señor Ministro Fiscal General no es susceptible de consulta porque no existe una autoridad del ministerio público de rango superior al señor Fiscal General, y es suficientemente sabido que si no hay acusación fiscal no hay juicio, como en forma expresa señala el Art. 251 de la ley procesal penal ecuatoriana.

4.- La falta de acusación prevista en el Art. 231, requiere como presupuesto de procedencia para la consulta: 4.1. Que el juez considere necesaria la apertura del juicio; 4.2. Que exista un fiscal superior a quien deban remitirse las actuaciones para su examen, y que acuse o ratifique.

En este caso especial de fuero de Corte Suprema no existe un fiscal superior a quien se pueda remitir la Consulta. Cito como un importante precedente el caso en el que se resolvió la situación del ex Presidente Constitucional, Dr. Alfredo Palacio, causa penal No. 303-2007, , y en el que la sala actuante dijo: «CUARTO: El sistema procesal penal en vigencia, es el acusatorio oral; y, en él, la investigación del acto presumiblemente constitutivo de infracción penal que llegue por cualquier medio a conocimiento del Ministerio Público, está a cargo del Fiscal, siendo el único que legal y constitucionalmente puede ejercer la acción penal pública. La estructura orgánica del Ministerio

Público tiene en la cúspide y como máximo exponente al Ministro Fiscal General del Estado, de tal manera que no existe administrativa ni legalmente un Fiscal Superior a él para que ratifique o rectifique el dictamen que contiene la desestimación, en cuya virtud resulta imposible que se cumpla con las disposiciones que contiene el Art. 231 del Código de Procedimiento Penal y, tampoco se podría cumplir con la consulta que dispone el inciso agregado a dicho precepto legal mediante el Art. 26 de la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal que fue promulgada con el R.O. N° 743 de enero 13 del 2003 del 2003, respecto del auto resolutorio en juicios por delitos castigados con reclusión. Es importante que el legislador examine estas deficiencias legales. QUINTO: En consecuencia, en atención al dictamen Fiscal abstentivo, esta Tercera Sala de lo Penal en aplicación del Art. 242 del Código de Procedimiento Penal dicta auto de sobreseimiento definitivo tanto del proceso como de los imputados. Notifíquese. F) Dres. Jaime Chávez Yerovi, Guido Garcés Cobo, Hernán Ulloa Parada. Magistrados».

5.- La competencia en materia penal nace de la Ley conforme lo preceptúa el Art. 19 del Código de Procedimiento Penal, y mal podría disponerse una consulta en un caso de excepción que no ha previsto el legislador, existiendo además el precedente de resoluciones como la invocada. El Art. 169 de la Constitución Política, consagra al sistema procesal como un medio para la realización de la justicia, debiendo aplicarse en su búsqueda los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso, así como el principio de no sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades.

Es menester recordar, que en derecho público solamente se puede disponer aquello que está expresamente previsto y facultado, sin que exista la posibilidad de una consulta a un fiscal superior que no existe respecto del Ministro Fiscal General. El señor Ministro Fiscal General ha ratificado en este caso, la actuación del señor Director General de Asesoría Jurídica que actuaba a su nombre y en su subrogación.

Por ser oportunamente interpuesto y estar debidamente fundamentado, sírvanse proveer al recurso de apelación que presento.

### Señalamiento de domicilio judicial

Señalo como domicilio para futuras notificaciones la casilla judicial N° 1107 de la H. Corte Superior de Justicia de Quito.

Provean,

Dr ...

Mat...

### PETICIÓN DE REVOCATORIA DE AUTO DE NULIDAD

#### Proceso Penal N° 256-2008

#### Señores Jueces de la Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia

Doctor ..., en el proceso penal de mi referencia, por un supuesto delito de cohecho, y que les ha correspondido conocer por la alzada, comparezco para exponer y solicitar:

En conocimiento del **auto de nulidad** contenido en fallo de mayoría, del ..., a las 10h00, mediante el cual violentan garantías constitucionales y procesales en mi perjuicio, estando dentro del plazo legal para hacerlo en mi calidad de legítimo agraviado e interesado, **interpongo recurso horizontal de revocatoria de dicho auto de nulidad**, mi petición está amparada en los artículos 285 y 293 del Código de Procedimiento Civil, aplicables de conformidad con la **Disposición General Segunda** del vigente Código de Procedimiento Penal. Vuestra resolución viola el derecho a la **seguridad jurídica** previsto en el Art. 82 de la Constitución vigente así como el Art. 76 que contiene el sumun de las *garantías y derechos del debido proceso*, pues se pretende desconocer lo que dice la normativa vigente de que *nadie puede ser juzgado» sino conforme a las leyes preexistentes con observancia del trámite propio de cada procedimiento 8 n. 3.*

El auto de sobreseimiento definitivo que pretende ser vulnerado, atentando contra la cosa juzgada, en lo que a mí respecta; causó estado porque se encuentra ejecutoriado, conforme la razón que obra del proceso, con lo cual se vulnera la garantía del debido proceso que establece el principio del *non bis in idem*, consagrado en el Art. 76, n. 7, letra i) de la Constitución, y Art. 5 del Código de Procedimiento

Penal. Existe un olvido grosero de lo que dispone el Código de Procedimiento Penal, en el mismo que se expresa que sin acusación no hay juicio (Art. 251), y se afecta el *derecho a la seguridad jurídica*, al desconocer el valor del sobreseimiento definitivo en firme a que se refiere el Art. 246 del mismo Código de Procedimiento Penal, que impide que se pueda volver a ser encausado en el mismo proceso, o a iniciar otro por el mismo hecho

Invoco en fuerza de mi defensa y petición, la normativa del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, ratificada por el Ecuador en 1975 y vinculante y obligatoria para el Estado ecuatoriano, por la disposición contenida en el Art. 163 de la Constitución Política de la República de 1998 y ratificado por el Art. 424 y Art. 426 de la Constitución de Montecristi del 2008. La normativa que invoco, dice:

#### **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

#### **Artículo 8. Garantías Judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

#### **Artículo 25. Protección Judicial**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

#### **Fundamentos de la Petición (Recurso horizontal) de revocatoria del Auto de Nulidad**

1.- El Ecuador se proclama como Estado constitucional de derechos y justicia en el Art. 1 de la Constitución vigente; en el Art. 11 n. 9 se afirma que el más alto deber del Estado es respetar los derechos humanos que consagra esta Constitución; en el n. 3 de la Constitución de nuestro país expresamente determina que los derechos y garantías determinados en ésta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables, por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad, de oficio o a petición de parte; y, en el n. 5 se consagra que en materia de derechos y garantías se debe estar a la interpretación que mas favorezca su efectiva vigencia, y que ninguna autoridad podrá exigir requisitos o condiciones no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos (sic).

2.- Los profesores de la prestigiosa Universidad Externado de Bogotá, Jaime BERNAL CUÉLLAR y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, exponen su reconocido criterio doctrinario sobre la *constitucionalización de las garantías del proceso penal*, en la 4ª edición de una de sus obras<sup>1</sup>, de la que transcribimos lo que sigue:

#### **«IV. Efectos de la constitucionalización de las garantías del Proceso Penal**

La elevación a canon constitucional de las garantías procesales genera consecuencias de gran importancia para las partes involucradas en la investigación y sanción del delito. Altera de manera radical las

<sup>1</sup> BERNAL CUÉLLAR, Jaime / MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *El proceso penal. Fundamentos Constitucionales del Sistema Acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, 2004.

normas que han de observarse y los mecanismos de protección a disposición, tanto del procesado como de las víctimas de los hechos punibles. Todas estas consecuencias se derivan de la fuerza normativa de la Constitución y de la existencia del control constitucional.

#### **A. Aplicación inmediata de las normas constitucionales sobre el procedimiento**

La Constitución como precepto y, además, norma de normas es vinculante para todas las autoridades y los asociados e integra el ordenamiento. Entre las normas constitucionales, algunas requieren de desarrollo legislativo, y en esa medida su eficacia normativa está medida por el legislador. Es decir que, si bien constituyen un límite a la actividad legislativa, no pueden aplicarse de manera plena sin dicho desarrollo legal. Ello no implica que la Constitución en conjunto y sus valores, principios y derechos no deban ser considerados por el operador jurídico. Por el contrario, al incorporarse al ordenamiento jurídico y dejar de ser una simple declaración o discurso político la eficacia normativa de la Carta queda establecida.

**Las garantías del proceso y aquellas directamente relacionadas con el proceso penal, incorporadas a la Constitución, por su estructura normativa no requieren desarrollo legal para su aplicación. La Carta misma les reconoce dicha eficacia directa (art. 85).**

De ello se deriva que la ausencia de un desarrollo legislativo de tales disposiciones no puede, en ningún caso, servir de excusa para impedir la aplicación directa del debido proceso desde la óptica constitucional: 'El derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, lo que significa que para alegarlo, hacerlo valer, aplicarlo, reivindicarlo y exigir las sanciones pertinentes por su violación no se necesita de ley alguna que lo establezca o permita. En otros términos. La certidumbre y eficacia de la garantía constitucional no está supeditada a normas de orden legal que conduzcan a hacerla material y actualmente exigible'.

La supremacía y el carácter normativo de la Constitución obligan a inaplicar en el caso concreto y con efecto *inter partes* la norma de procedimiento que sea contraria a la Carta (art. 4º) o de otra parte, ya con eficacia *erga omnes*, a ejercer las citadas acciones de inexecutable o nulidad por inconstitucionalidad, cuando no sea posible una declaración interpretativa que pudiera acomodar la norma legal a la Constitución. Subráyese que aquella debe ser interpreta-

da judicialmente en el sentido más amplio y favorable al ejercicio de los derechos constitucionales fundamentales, tales como la libertad personal y el debido proceso. La primacía y la naturaleza normativa de la Constitución, además de concebirse como poder vinculante respecto de los sujetos públicos y privados, deben entenderse como orientación del ordenamiento, que conduce a que los jueces deban apreciar, interpretar y aplicar las leyes y demás normas conforme a los dictados de las reglas y principios consagrados en la Carta.

En este sentido se dejarán de aplicar normas incompatibles con la Constitución, y entre las modalidades de aplicación e interpretación se escogerá la que más se ajuste al espíritu y texto constitucional. Es decir que se impone al operador jurídico la interpretación de la ley procesal de conformidad con la Constitución. No debe olvidarse que de acuerdo con el artículo 4º C.N. el omitir la aplicación del Derecho legislado conforme a la Constitución y la omisión en aplicar la Constitución misma son fuente de responsabilidad. La validez de la actuación procesal está condicionada al respeto por la primacía constitucional»<sup>2</sup>.

Para el caso colombiano, hay la característica de supremacía y valor normativo que se expresan en sus artículos 4º y 95, al señalar que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales, a las cuales quedan sometidos los nacionales y extranjeros, y que acatarlas es un deber y una obligación de todas las personas. (Esto es igualmente de aplicación en el caso de Ecuador).

#### **La ponderación con que debe actuar el juez**

Agregamos por nuestra parte, que la ponderación con que debe actuar el juez en cada caso concreto es fundamental para el respeto, vigencia y consolidación del **Estado de Derecho**, pues actuar de otra manera significaría desconocer su efectiva existencia.

#### **La Corte Interamericana de DD.HH. y derechos fundamentales**

En referencia a las garantías y derechos constitucionales que se están pretendiendo desconocer, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha expresado:

<sup>2</sup> BERNAL CUÉLLAR, Jaime / MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *op. cit.*, pp. 70-72.

Porque tienen como fundamento los atributos de la persona humana y emanan de su «dignidad inherente», estos derechos son reconocidos por el sistema constitucional, que establece instituciones políticas y jurídicas que tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre, y también procedimientos y prohibiciones para proteger, asegurar o hacer valer su plena vigencia, para resguardarlos frente a su posible desconocimiento o violación, y para asegurar su restauración y reparación, aún mediante la invalidación o la sanción de las acciones u omisiones violatorias, provengan o no de la autoridad pública en el ejercicio de su función penal.

Estas garantías son de naturaleza jurídico-política, pues surgen de las leyes fundamentales, imponen obligaciones a cargo del Estado y establecen límites a su poder. Por cierto, que «el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros». (Fallo de la Corte I.D.H. OC-8/87 del 30-I-87)

### Garantías fundamentales y derechos humanos en Ecuador

En el Ecuador, desde agosto de 1998, no se discute la integración de los tratados y convenios internacionales, como parte del ordenamiento normativo nacional, y lo manifiesta en forma clara en Art. 163: 'Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgadas en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía'. La supremacía de la Constitución y el carácter privilegiado de los tratados internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, que son prevalentes frente a cualquier norma jurídica o acto del poder público, está reconocido en la Constitución del 2008, en el Art. 424.

En el Art. 425 de la misma Constitución vigente, se prevé que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía se debe aplicar la norma jerárquica superior, siendo titulares de su ejercicio tanto la Corte Constitucional como las jueces y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos.

En el Art. 426 *ibidem* impone la aplicación directa de la normativa constitucional y la prevista en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a la Constitución aunque las partes no las invoquen de manera expresa. Los derechos consagrados tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de inmediato cumplimiento y obligación. No se puede alegar falta de ley o desconocimiento de sus normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Debemos recordar que el Art. 427 de la Constitución en vigencia establece la interpretación *pro hómine* (a favor del ciudadano) aplicando el criterio o método de interpretación sistemático, vale decir el que más se ajuste a la Constitución en su integridad. En caso de duda se debe interpretar 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 la interpretación constitucional (sic).

El orden jerárquico de las normas en nuestro país, parte, en el orden de superioridad con la Constitución, luego en rango subordinado, los tratados y convenios internacionales, después las leyes orgánicas y posteriormente las leyes ordinarias. Por ello, la aplicación de una norma se la hará conforme la prevalencia jerárquica-normativa indicada antes. Nuestra Constitución prescribe que el Estado *garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y mas instrumentos internacionales, por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.*

La norma suprema determina en forma imperativa, la *aplicación directa* de las declaraciones, pactos, convenios y tratados sobre derechos humanos, de parte de cualquier juez, tribunal o autoridad, por lo que se proclama de manera indubitable que las normas de los convenios internacionales no son *programáticas*, esto es, de aquellas que solo pueden aplicarse en nuestro ordenamiento jurídico, con previo y expreso reconocimiento del legislador; sino que son por el contrario, *operativas*, vale decir, directamente invocables y directamente aplicables por parte de los tribunales y jueces, sin más requisitos. Esto equivale a afirmar que las normas de Derecho Internacional, conforman



nuestro derecho interno (Art. 425 Const. Polit.) y por lo tanto en cuanto a los derechos humanos se refiere, no se requiere de ley alguna que prescriba su operatividad, para que los jueces apliquen directamente ese derecho, reconocido en Pacto o Convenio Internacional.

Como hemos dicho la Constitución Política reitera que *los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad*. Ratificando así la operatividad plena de las normas constitucionales y de los tratados o convenios internacionales, desechando para siempre el valor meramente programático de estas normas.

En consecuencia, no cabe duda alguna que los jueces están obligados a hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos «pues la adecuación de las normas internas no será limitada a las leyes u otras normas jurídicas similares, sino que la exigibilidad directa del derecho internacional de los derechos humanos podrá ser declarada por los jueces de todas las jurisdicciones y de todas las materias»<sup>3</sup>.

### **Improcedencia de la declaratoria de nulidad**

No existen realmente argumentos que den asidero para la declaratoria de nulidad que suscribe la mayoría de la sala, pues el dictamen abstentivo del señor Director Nacional de Asesoría Jurídica Subrogante del señor Ministro Fiscal General no es susceptible de consulta porque actuaba como Ministro Fiscal General, subrogante, acompañando la correspondiente acción de personal y no existe procesalmente un fiscal superior al Fiscal General, para que actúe como titular de la alzada, como fue reconocido en el caso penal N° 303-2007 seguido en contra del ex Presidente, Dr. Alfredo Palacio.

El auto de sobreseimiento definitivo dictado a mi favor y de otros, se encontraba ejecutoriado por el ministerio de la ley, y debe respetarse lo que dispone el Art. 246 del Código de Procedimiento Penal concordante con el Art. 5 *ibidem*, y Art. 82 (seguridad jurídica), Art. 76 (derecho al debido proceso), y Art. 11 n. 9 (el más alto deber del Estado es respetar los derechos garantizados en la Constitución).

<sup>3</sup> Cf. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Judicium es Vita*, 1ª ed., 1966, San José, p. 57.

Recurro ante ustedes ejerciendo la presente acción de tutela, insistiendo como legítimo interesado que se provea a la revocatoria del auto de nulidad que impugno, pues el mismo me causa agravio reparable. La Constitución vigente como un derecho de protección prevé en el Art.75, el derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos.

### **Señalamiento de domicilio judicial**

Señalo como domicilio para futuras notificaciones la casilla judicial N° 1107 de la H. Corte Superior de Justicia de Quito.

Atentamente,

Dr...

Matrícula...

## RECURSO DE APELACIÓN DE LLAMAMIENTO A JUICIO

Instrucción Fiscal No. 082-2006

Señor Juez Primero de Garantías Penales del Guayas

J.M., en el proceso penal que por instrucción fiscal se sigue en mi contra y en contra de otros, por una presunta y no admitida participación en delito relacionado con tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, comparezco para exponer y solicitar:

### **Interposición de Recurso de apelación**

Estando dentro del plazo legal para hacerlo, impugno el auto resolutorio de llamamiento a juicio dictado por s.s. e INTERPONGO RECURSO DE APELACION PARA ANTE EL SUPERIOR, pues su resolución me causa agravio viola **garantías del debido proceso**, pues jamás se ha podido encontrar indicio alguno que haga presumir razonablemente mi vinculación con el delito previsto en el Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, ni con ninguno otro delito conexo o relacionado.

Interpuesta y aceptada la apelación deben quedar en suspenso las medidas de apremio real dictadas en la parte final de su auto resolutorio pues de acuerdo con la normativa que rige los efectos de los recursos, Art. 327 del vigente **Código de Procedimiento Penal la interposición de un recurso suspende la ejecución de la decisión**, vale decir, que el recurso se concede en el efecto suspensivo y no devolutivo.

El auto de llamamiento a juicio dictado por usted irrespeta el mandato constitucional del Art. 76 n. 7, letra l), pues su resolución no es motivada, y no existe tal motivación porque no enuncia los elemen-

tos de convicción en que fundamenta su resolución, ni las razones por las cuales usted me vincula con el delito que se investigaba. Antes y por el contrario usted expresa que hay pruebas de la existencia del delito aludiendo a las constancias periciales de la materialidad de la infracción en el numeral **TERCERO**, de su resolución, cuando es suficientemente sabido y de acuerdo con las constancias normativas de los Arts. 79 y siguientes del vigente Código de Procedimiento Penal que las pruebas deben ser producidas en la etapa del juicio ante los tribunales penales y no en la instrucción fiscal ante los jueces penales. Y que las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal, alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio, y no antes (sic).

Más grave en mi perjuicio resulta su afirmación del numeral **CUARTO** de una eventual responsabilidad penal en mi contra, pues por el contrario toda la documentación a la que usted se refiere me excluye de la más ligera sospecha que me vincule con el delito objeto del proceso, pues existen versiones testimoniales y constancia documental de que la embarcación DIVI fue vendida por mi a terceras personas y renegociada su adquisición por falta de pago del comprador. Mi versión de fs. 1183 a 1190 debió ser apreciada por usted como un medio de defensa en mi favor al tenor del Art. 143 del Código de Procedimiento Penal, cuyo contenido fue desconocido en la resolución que impugno. Es lamentable que con todos los elementos de descargo en mi favor y la inexistencia de la más leve sospecha en mi contra, se ha resuelto llamarme a juicio, solamente por el escándalo en torno a un hecho que es repudiable y que debe ser sancionado, excluyendo a inocentes como el compareciente.

Aunque con lo expresado está debidamente fundamentado el recurso de apelación de conformidad con lo que prevé el Art. 344 del Código Adjetivo o de Procedimiento Penal, manifiesto a usted en ejercicio del derecho a la defensa que me asiste –sin perjuicio de las alegaciones que oportunamente haré valer ante el superior– lo que sigue:

### **La nueva Constitución Política del Ecuador**

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

octubre del 2009, la nueva Constitución ha experimentado serios embates de diferentes sectores ciudadanos, que han cuestionado desde su legitimidad hasta la real y efectiva aplicación de la serie de instituciones nuevas. Admitiendo la dificultad operativa de la Constitución vigente no estamos en la línea de quienes afirman que «no sirve para nada», o que no significa ningún avance en la consolidación del Estado de Derecho, antes por el contrario, como toda obra humana es perfectible, **pero** en nuestra opinión significa una notable avance, para hacer viable la realización de la utopía.

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

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

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

Se podrá decir de cara a la historia, que el control jurídico no es y no ha sido el único control presentado al poder del Estado, pues aun en los sistemas absolutistas de Estado, existen controles no jurídicos que operan como limitantes del poder del Estado, como en el mundo antiguo y medieval en el que hasta las exigencias religiosas y morales aparecieron como mecanismos de contención frente al abuso del Estado. Por nuestra parte, creemos que antes del nacimiento de las instancias de control jurídico no hay propiamente Estado de Derecho sino formas de Estado más o menos absolutos, y que no bastan las limitaciones de carácter religioso, ético o jusnaturalista para dar lugar a un auténtico Estado de Derecho. Este surge a partir de los controles y regulaciones que se dirigen al Estado por la ley positiva y que se institucionaliza gracias a la revolución francesa y al implantamiento del Estado Liberal, vinculándose así en su origen y desarrollo las formas de Estado de Derecho y del Estado Liberal.

Como características del Estado de Derecho destacamos:

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

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

pretenden estar por encima de la ordinaria, para mencionar algunas de las modalidades de control social perverso no existe independencia del poder judicial, y mucho menos se puede hablar de un Estado de Derecho.

Cuando nos referimos a la **legalidad de la administración**, estamos expresando que el principio de la legalidad de la administración consiste en el sometimiento de la administración a la ley, esto es que la administración en su ejercicio deberá siempre respetar la ley, garantizándose este sometimiento a través de un sistema de control y responsabilidad de la administración, por medio del control jurisdiccional, esto es por lo que se refiere a los actos reglados; los actos discrecionales y los actos políticos o de gobierno tienden a reducirse en los Estados de derecho a sus justos términos, ampliándose al mismo tiempo las posibilidades de fiscalización jurídica en ambas esferas, es decir en la esfera de los actos reglados y en la esfera de los actos discrecionales, políticos o de gobierno.

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

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

El Estado Social de Derecho, somete a crítica y revisión, el individualismo y el abstencionismo del Estado, y propugna por un ejecutivo fuerte decididamente intervencionista; por una primacía del ejecutivo y una crítica al parlamentarismo y a los partidos políticos fundamentalmente; sin embargo, difiere de los totalitarismos fascistas, en el hecho de que esta concepción sigue manteniendo las exigencias del Estado de Derecho, como son: el sometimiento

del ejecutivo al imperio de la ley. Se propugna por un ejecutivo fuerte pero controlado, a diferencia del ejecutivo de los Estados totalitarios; admite la separación y distribución de poderes; propugna por la legalidad de la administración y garantía de los derechos y libertades fundamentales. Son estos atributos los que le merecen el calificativo de Estado de Derecho, y lo social está determinado por la incorporación de los llamados **Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, en donde la administración se propone incrementar el desarrollo económico-social con vista a la consecución de una sociedad de bienestar, sosteniendo que para llevar a cabo esa función se demanda de un Poder Ejecutivo asesorado por especialistas y técnicos, antes que de un parlamento lento y poco especializado.

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

### Antecedentes del debido proceso

El **principio del debido proceso** ( o **proceso debido** ) es de origen anglosajón («due process of law») que se encuentra formulado por escrito por primera ocasión en el capítulo XXXIX ( 39 ) de la Carta Magna de Inglaterra del año 1215, allí se dispone «ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra». Esta declaración alimentada por los barones normandos pretendía frenar los abusos del Rey Juan Sin Tierra, imponiéndole reglas de juego limpio, castigando la arbitrariedad política y sometiendo al proceso las extralimitaciones. Esta conquista se mantiene desde entonces en el «common law»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El principio del proceso*, prólogo.

El paso a EE.UU fue inevitable y se hace presente en las diez primeras enmiendas de la Constitución americana de 1787 conocida como la «Declaración de Derechos» («Bill of Rights»). El punto más alto puede ser encontrado en la enmienda V. En los Estados Unidos el **principio del debido proceso** debe entenderse de acuerdo con el sistema jurídico del «common law» o derecho consuetudinario, opuesto al continental codificado y escrito («civil Law»). En el derecho consuetudinario el **proceso debido** actúa y es la manifestación un Estado de Derecho tal y como la jurisprudencia norteamericana lo desarrolla en sus aspectos procesal y material, derivado esencialmente para el entendimiento del proceso penal, «particularmente desde el prisma constitucional, como por ejemplo la regla del juego limpio o <fair trial>, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales»<sup>2</sup>.

Aunque ya existían tanto en nuestro ordenamiento constitucional como en las leyes de procedimiento un conjunto de garantías y derechos para el ciudadano frente a la intervención del Estado y de su sistema policial y judicial, que siendo garantías fundamentales tenían que ser respetadas en un proceso y particularmente en el penal, no creemos que esté demás que haya sido expresamente consignado pues se suma a las demás tutelas constitucionales con las que está indisolublemente vinculado. Admitimos que el principio del **debido proceso** es un principio general del derecho, y por tanto fuente del derecho procesal y del derecho sustantivo o material, informador de todos los órganos jurisdiccionales, y vinculante al legislador y a la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

### El debido proceso penal

Cuando nos referimos al **debido proceso** entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento.

El **debido proceso penal** por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que

<sup>2</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *op. cit.*, p. 16.

es sometido a un proceso penal. La **legalidad del debido proceso penal** es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado<sup>3</sup>.

Hablar del **debido proceso penal** es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entran en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial-penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado conforme dijimos precedentemente.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se hace referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, el derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc.

Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, han ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales que en los últimos años, se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969). A más de los casos que citamos posteriormente, podemos aquí consignar el **caso de los siete del Putumayo**<sup>\*</sup>, en que once campesinos del oriente

<sup>3</sup> Sugerimos estudiar la obra de Jorge ZAVALA BAQUERIZO, *El debido proceso penal*, Edino, 2002, 351 p., que contiene un profundo y exegético estudio sobre las exigencias del debido proceso, referidos al ámbito penal.

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

ecuatoriano fueron privados de la libertad en 1993, bajo la imputación de un ataque a una patrulla militar ecuatoriana, y mediante la tortura se les arrancó confesiones de responsabilidad en el ataque. Probada sin lugar a dudas la tortura de la que fueron víctimas, fueron puestos en libertad mediante el recurso de casación por una sala penal de la Corte Suprema de Justicia en septiembre de 1996, aunque aun no son indemnizados, pero existe la decisión política del Estado ecuatoriano en la hora presente, de atender a un justo pago indemnizatorio por el crimen de Estado del que fueron víctimas.

### Contenido del debido proceso penal

En un Estado de Derecho el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe ser el titular del ejercicio de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como acontece en los denominados delitos de acción penal privada.

La **necesidad de juicio previo** es importante para la legalidad del debido proceso, de manera que no se pueda condenar a nadie si no se ha tramitado un juicio respetando el procedimiento previo, esto es aquel previsto en las leyes. Participamos de la necesidad de que se separen las funciones de investigar o indagar, que debe quedar en manos del Ministerio Público, de la función de juzgar que debe seguir siendo de competencia de los jueces, que deben ser al mismo tiempo los encargados del control de la instrucción o investigación fiscal.

El constituyente ecuatoriano ha tenido mucho cuidado al enunciar los **principios generales** de los derechos, garantías y deberes, pues ya en la Constitución de 1998 encontrábamos, Art. 16: «... El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución...». El derecho a la libertad previsto como garantía constitucional, para el preso sin sentencia en el Ecuador, es uno más de los derechos humanos que le asisten, al igual que el derecho a la vida, a la honra, **a la intimidad**, a la propiedad, a la libertad sexual, a la libertad de credo religioso, etc.

Por una parte el art. 17 señalaba que «... El estado garantizará a todos sus habitantes (incluyendo a todos los que están en la cárcel), sin discriminación alguna (cualquiera que fuese el tipo de delito), el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos

en esta Constitución y en las declaraciones, pactos (Pacto de Costa Rica) convenios y mas instrumentos internacionales vigentes ( El Pacto de San José esta vigente)».

Decía el art. 18: «... Los derechos y garantías determinados en esta Constitución) y en los instrumentos internacionales vigentes (Pacto de San José de Costa Rica), serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad...». **Directa e inmediatamente aplicables**, significa la imposibilidad que se hable de plazos, porque decía la propia transitoria 45 «a menos que se determine lo contrario en forma expresa», y aquí en forma expresa se establece que no hay plazos, al afirmar que los derechos y garantías serán de aplicación directa e inmediata.

Y si esto no es suficiente, la misma Constitución expresamente consignaba que «En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que mas favorezca a su efectiva vigencia...», el *in dubio pro reo* o la interpretación mas favorable al reo, es un principio de legislación universal que lo entienden incluso los no abogados. En el momento en que haya duda, oscuridad o dificultad para aplicar una ley, tiene siempre que aplicarse en el sentido más favorable al reo. **Irrefutablemente**, la interpretación en favor del reo debe cumplirse de manera estricta.

Como decía la normativa constitucional en el Art. 18, tercer párrafo: «No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos».

El Art. 24 que contenía esta garantía (que es un derecho humano del interno en general y en este caso particular del ecuatoriano) habla de: «asegurar el debido proceso...», con lo cual se hace referencia a un juicio justo, un juicio imparcial, ágil, expedito, que requiere de una justicia que actúe con celeridad y en la que se respeten las garantías y derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho.

El primer párrafo del Art. 24 de la Constitución citada decía:

**«Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia...».**

El Estado ecuatoriano es responsable por los supuestos de violación de las normas establecidas en el art. 24 (hoy en el Art. 76 de la Cont. del 2008), y en cualquier momento ante requerimiento de legítimo interesado va a tener que responder nuevamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene competencia sobre el Estado ecuatoriano desde el año 1.984, en que Ecuador se allanó sin reserva a la competencia de la Corte. Por esta razón es que se indemnizó en el caso de los hermanos Restrepo (negociando), y se indemnizó en el caso de la Prof. Consuelo Benavidez, (negociando). La responsabilidad no está limitada solo a los actos de terrorismo de estado o de un ejercicio abusivo de la fuerza pública que viola derechos humanos, sino que el Estado también es responsable por la violación de las Garantías Constitucionales que tienen que ver con el **debido proceso**.

Como prueba de lo dicho nos remitimos al fallo de la Corte Interamericana de DD.HH. dictado en diciembre de 1997 en el que frente a la reclamación del ciudadano Suárez Rosero, detenido en Quito por el Operativo «Ciclón» y sometido a prisión preventiva durante más de 20 meses, condenó al Estado ecuatoriano a indemnizar al detenido por el abuso con la prisión preventiva, aunque al final los jueces ecuatorianos lo hubiesen condenado, pues como dice la Corte Interamericana, es irrelevante si es culpable o inocente, pues de lo que se trata es de sancionar al Estado por una justicia lenta y morosa

### **Ministerio Público y debido proceso**

La propuesta del nuevo Código de Procedimiento Penal, es que debemos ir de un proceso inquisitivo propio del Código de Procedimiento Penal de 1983, lento y escrito, tortuoso y secreto, que no es transparente ni contradictorio, a un procedimiento mucho mas dinámico, porque iríamos a la oralidad que esta prevista en la Constitución; dirigiendo el ministerio público la investigación, buscando las pruebas el fiscal y presentándolas al juez para que resuelva, ese es el punto de equilibrio que se pretende buscar, con esto se produciría un giro copernicano en la justicia ecuatoriana, que tanta falta le hace.

En la administración de justicia de finales de siglo se aprecia una ruptura epistemológica, que pretende incluso llegar a un modelo de sistema procesal penal acusatorio cuyos principios básicos son los de la acusación, contradicción, oralidad, publicidad, intermediación y concentración, y con la instrucción fiscal de la que debe depender la indaga-

ción policial<sup>\*\*</sup>. No obstante el avance constitucional en la búsqueda de mecanismos de control de las garantías constitucionales en el proceso penal, la experiencia forense nos hace mirar con preocupación la labor tributaria y dependiente de la instancia policial, que sigue cumpliendo en algunos momentos el ministerio público ecuatoriano.

El Art. 219 de la Constitución del 10 de agosto de 1998, decía a la letra:

«El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal...», vale recordar que ya desde el 16 de enero de 1996, por el tercer paquete de reformas constitucionales, la policía nacional carece de legitimidad constitucional para conducir las indagaciones previas y promover la investigación procesal penal, pero lo sigue haciendo con la anuencia de jueces y magistrados que siguen ignorando lo que es el respeto a la **legalidad del debido proceso**, y lo perverso y contradictorio que significa darle carta de ciudadanía a los «frutos del árbol envenenado», alimentando así una cultura de irrespeto a un discurso medianamente garantista.

En ocasiones escuchamos decir a improvisados comentaristas que la labor del ministerio público es la de **acusar**, expresión que es más fruto del desconocimiento que de la mala fe, pues la labor y finalidad del ministerio público es la de buscar la **verdad**, como punto de equilibrio entre su actuación y la actuación del juez. Esto es tan cierto y responde a un cambio del paradigma que en el **sistema acusatorio** propio del sistema procesal penal moderno, **sin la acusación fiscal no hay proceso**. La labor del ministerio público tiene que dejar de ser dependiente y tributaria de la instancia policial y debe cumplir con el mandato constitucional para que no se afecte la **legalidad del debido proceso penal**.

La verdad se busca a través de la **prueba debidamente practicada o prueba lícita** sin importar a quien favorezca y es por eso que el

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

fiscal, en el **sistema acusatorio** busca la prueba de cargo –si ella es factible– para formular la acusación; o presenta las pruebas de descargo, abogando inclusive por la libertad del injustamente detenido, en cuyo favor puede hasta interponer recursos. Cuanto bien haría a los legos y a quienes mantienen a ultranza una falsa legitimidad de un Ministerio Público acusatorio –que nació así hace más de cien años– leer las sabias reflexiones de Claus ROXIN, profesor de derecho penal y de derecho procesal penal de la Universidad de Munich en Alemania, que en una erudita conferencia con ocasión de los cien años del Ministerio Público de Hamburgo nos habla sobre la posición jurídica y tareas del Ministerio Público, tanto presentes como futuras<sup>4</sup>.

La tarea de custodio de los derechos humanos y de las garantías procesales, que le corresponde al ministerio público, no puede ser groseramente olvidada pues en la desaparecida Ley Orgánica del Ministerio Público se había consignado al menos formalmente, su calidad de institución de contención del abuso en el Estado de Derecho, y de custodio del respeto a los derechos humanos, desde el momento en que dispone su intervención para que dirija la investigación pre-procesal y procesal con el auxilio de la policía judicial. La Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone que se asegure el **respeto al debido proceso garantizando el ejercicio del derecho a la defensa**, permitiendo la presentación de las pruebas de descargo durante la fase de investigación pre-procesal.

La antes citada garantía constitucional y procesal penal, está siendo respetada real y materialmente por policías, jueces y fiscales?

Todavía resulta difícil para el Ministerio Público ecuatoriano asimilar lo que significa el **principio de oportunidad**, y la necesidad de reconocer que hay que propugnar la vigencia de un **derecho penal mínimo**, esto es que el derecho penal y el sistema penal debieran ser de **último ratio**. Esta propuesta de que el derecho penal debiera ser el último recurso del Estado y no el primero, es llamada por los organismos internacionales como de **extrema ratio**<sup>\*\*\*</sup>, como nos recuerda el Prof. Juan BUSTOS RAMÍREZ.

<sup>4</sup> ROXIN, Claus, *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, compilador J.B.J. MAIER, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 39 y ss.

<sup>\*\*\*</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «Principios fundamentales de un derecho penal democrático», en *Revista de Ciencias Penales*, año 5, No. 8, Costa Rica, marzo de 1994, p. 16.



El ministerio público debe dirigir la investigación a través de la llamada **instrucción fiscal**, y el juez penal debe controlar dicha instrucción así como reservarse la competencia para dictar las medidas de aseguramiento tanto personales como reales, disponer allanamientos, registros, incautaciones, decomisos y resolver la etapa intermedia. El ministerio público estaba obligado a cumplir lo que decía la Constitución y la propia Ley Orgánica del 19 de febrero de 1997, que en el Art. 26 expresaba, para hacer efectivo el respeto al debido proceso, que el ministerio público garantizará la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por infracciones perseguibles de oficio, debiendo citar a los abogados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, y que cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria. Hoy lo consigna el Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo del 2009, en el Art. 282 n. 3.

### Debido proceso y garantías constitucionales

No obstante lo que se viene comentando, e insistiendo en que la Constitución de 1998 consagraba en el **Art. 23** como parte de los derechos civiles:

«... 26. La seguridad jurídica (en la Constitución del 2008 está previsto en el Art. 82).

27. El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones (Arts. 76, 169, 172 de la Constitución vigente).

Se puede creer equivocadamente que el concepto de **seguridad jurídica** está limitado a la idea de la seguridad ciudadana frente al aumento de la criminalidad, o frente a la intervención formal de los tribunales de justicia. La **seguridad jurídica** es mucho más y tiene que ver con el derecho de un ciudadano a no ser atropellado en sus derechos y garantías frente a la intervención de la fuerza pública, de la policía, de los particulares, etc.

El **debido proceso** es mejor respetado si se separan efectivamente las funciones de investigar y juzgar, y por ello la nueva constitución crea un **ministerio público** como un órgano a nivel constitucional que tiene como función la persecución penal pública: para ello está facultado para investigar los delitos que se cometan, dirigir y coordinar a los organismos policiales en el marco de tales investigacio-

nes. Asimismo, deberá formular las acusaciones cuando corresponda y sostener la pretensión penal ante el tribunal penal correspondiente.

También existe el órgano encargado del **control de la instrucción** que es el juez penal cuyo objetivo es el de controlar las actuaciones del ministerio público en el marco de las investigaciones criminales, en la medida que ellas puedan importar la afectación de derechos constitucionales. De esta forma, si el ministerio público decide detener, o someter a prisión preventiva, u ordenar un allanamiento necesitará la autorización de un juez del poder judicial, un juez penal que será precisamente el juez de control de la instrucción.

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

La Ley o enmienda Miranda es un sólido pilar en la estructuración del **debido proceso penal** que no puede ser tal, sino aquel en el que se han respetado los derechos y garantías que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una investigación o en contra de quien se ha iniciado un proceso penal para juzgar su conducta<sup>5</sup>.

Como anota con erudición el profesor Jorge ZAVALA BAQUERIZO: «La motivación constituye un juicio lógico que se desarrolla alrededor de la pretensión. El juez al momento de sentenciar debe exponer a las partes y a la sociedad, las razones que ha tenido para resolver en la forma constante en la parte dispositiva de la sentencia... Para estimar o desestimar la pretensión punitiva, el juez debe ponerla en rela-

<sup>5</sup> Cf. CHIESA APONTE, Ernesto, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, t. I, Nomos, Bogotá, 1995, pp. 35-61.

ción con el derecho objetivo... Pero, además en el caso que el juez estimare la pretensión punitiva, la motivación o parte lógica de la sentencia debe comprender también las causas de la calidad y de la cantidad de la pena, es decir las razones por las cuales se impone el máximo o no se admite la variación o, en su defecto, se atenúa la pena. Por otro lado, si se estima la pretensión se debe incorporar en la motivación el fundamento para establecer la calidad de la pena, o en su caso, la razón para que proceda la imposición de ciertas medidas de seguridad proyectadas inclusive para el tiempo posterior al de la ejecución de la condena»<sup>6</sup>.

Por nuestra parte agregamos, que es de exigencia y obligatorio cumplimiento la fundamentación de las resoluciones y fallos judiciales tanto para atender la necesidad de garantizar la defensa de las partes en el **debido proceso**, como para atender el respeto a uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y del sistema republicano, que fundado en la publicidad de los actos de gobierno y de sus autoridades y funcionarios que son responsables por sus decisiones, demanda que se conozcan las razones que amparan y legitiman tales decisiones.

Como nos ilustra CAFFERATA NORES «la fundamentación de las resoluciones judiciales, para ser tal, requiere la concurrencia de dos condiciones. Por un lado, debe consignarse expresamente el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba, *describiendo* el contenido de cada elemento de prueba. Por otro, es preciso que éstos sean merituados, tratando de demostrar su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se admitan en el fallo. Ambos aspectos deben concurrir *simultáneamente* para que pueda considerarse que la sentencia se encuentra motivada. Cualquiera de ellos que falte (tanto el descriptivo como el intelectual) la privará de la debida fundamentación»<sup>7</sup>.

La motivación exige además el razonamiento de los elementos probatorios que sirven de base o premisa para las conclusiones a que llega el juez. Como dice CAFFERATA NORES, «la mera enunciación o

<sup>6</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El proceso penal*, t. IV, Edino, Guayaquil, 1990, pp. 234-235.

<sup>7</sup> CAFFERATA NORES, José, *op. cit.*, 284.

descripción de los mismos no satisface este requisito, porque no proporciona los elementos de juicios necesario para verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez para arribar a determinada conclusión ha sido cumplido con respecto por las reglas de la sana crítica racional»<sup>8</sup>.

Para que se pueda ejercer el respectivo control y hacer efectivo el **respeto al debido proceso** se requiere que en la resolución y cuando fuese del caso en la sentencia se precise el contenido de la prueba, enunciando, describiendo o reproduciendo en concreto el indicio probatorio, a efectos de que sea posible verificar si la conclusión a que llega el jurisdicente surge lógica y racionalmente de las pruebas que se invocan en su sustento. En el caso de los auto resolutorios como el que impugno se ha incumplido con la necesaria y debida motivación, como quedó expuesto *up supra*.

Como un significativo avance en la consolidación del respeto al **debido proceso** en un Estado de Derecho, a través de la condena a la tortura, debemos recordar el **caso de los siete del Putumayo**, y un fallo posterior de la Corte Suprema de Justicia, publicado en el Registro Oficial N° 5 de 17 de agosto de 1998, en el que la Primera Sala de Casación Penal resuelve por mayoría de votos casar la sentencia condenatoria, disponiendo la libertad de un encartado por el delito de homicidio, expresando:

«Sostiene correctamente el Tribunal Penal que la declaración preprocesal rendida por el encausado que no lleva su firma, ni la de un fiscal, ni se ha rendido en presencia de un abogado del procesado, carece de valor probatorio, así como la indagación policial previa a la apertura del proceso, y el testimonio referencial del policía A.R.O., quien dice haber escuchado al encausado declararse autor del homicidio. Los testimonios propios de la señora L.M.A., y del menor de edad A.A. son insuficientes, como apropiadamente estima el Tribunal Penal, para acreditar que B.C. fue quien disparó el arma homicida... El Tercer Tribunal del Azuay ha obrado conforme a derecho al no admitir como prueba de responsabilidad la indagación policial y la declaración preprocesal del sindicado, por no habérselas realizado con asistencia de un abogado que le represente; requisito establecido

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 284.

por la Constitución Política de la República para garantizar el derecho de defensa, y sin el que cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa... carecerá de eficacia probatoria, según manda imperativamente el literal f), del inciso tercero, del numeral 19, del Art. 22 de la Carta Política...».

La numeración citada en el fallo de casación penal, corresponde a la Constitución anterior codificada el 13 de febrero de 1997 y en la Constitución de 1998 constaba en el Art. 24 numeral 5, siendo ratificado en el numeral 14 *ibidem*, la Constitución del 2008 consagra igualmente el derecho a la asistencia legal obligatoria y la inviolabilidad de la defensa (Art. 76 n. 7, letra a, letra g). Un fallo como en el que se transcribe en su parte resolutive es meritorio y representa un significativo aporte y avance en el respeto al **debido proceso** y en la consolidación del Estado de Derecho, siendo un saludable precedente y un buen ejemplo a imitar por jueces y magistrados ecuatorianos!

#### **Designación de nuevo defensor y señalamiento de nuevo domicilio**

Sin perjuicio de los abogados que me han estado patrocinando en la presente causa, designo también como mi defensor al doctor ... a quien faculto para que a mi nombre y ruego presente y suscriba cuanto memorial estime oportuno en mi auspicio y defensa.

Que se me notifique igualmente en la casilla judicial N° 1010 de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, misma que deberá ser tomada en consideración por el tribunal de alzada.

Dígnese proveer,

Dr.

Mat.

## **ESCRITO PIDIENDO REVOCATORIA DE LLAMAMIENTO A JUICIO**

### **Juicio N° 403-09**

#### **Señores Magistrados de la Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador**

Yo, B.P.E., ciudadano ecuatoriano de más de **ochenta años de edad**, de ocupación agricultor y empresario bananero, ante ustedes comparezco en el proceso penal conocido como CASO FILANBANCO, que se sigue en contra de los señores R y W I D y otros, para exponer y solicitar:

En conocimiento de que con fecha 12 de mayo del 2009, a las 10h00, se ha dispuesto por esta H. Sala un injusto e improcedente auto resolutorio, que me causa agravio al ratificarse en todas sus partes un írrito llamamiento a juicio plenario en mi contra, y estando dentro del plazo legal para hacerlo y siendo procedente, **interpongo recurso horizontal de revocatoria del auto de apertura del plenario en lo que a mí corresponde, por los considerando que siguen:**

#### **1.- Sus fundamentos incriminatorios**

Ustedes expresan en el extenso auto resolutorio lo que paso a transcribir:

«**Vigésimo primero:** En el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, el delito de peculado está tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal, que dice: «Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiera abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas,

títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquiera otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional... Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorias o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa». De la norma legal citada, se desprende que los elementos del tipo penal de peculado son: a) Sujeto activo, que, en la especie, solo puede ser el servidor o servidores que manejen fondos de los bancos estatales o privados y los funcionarios de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en funciones de control de tales fondos. Por su lado, el término «servidor» que consta en la norma legal, se refiere a todos los empleados del sistema financiero sin distinción alguna, esto es, a los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados, así como aquellos que ejercen funciones de administración y dirección; b) Sujeto pasivo, es el Estado, en tanto y en cuanto como persona jurídica que es, sufre un desmedro en sus bienes; el ente bancario dolosamente administrado por sus funcionarios y empleados; y el público en general, que pierde sus recursos en virtud de los malos manejos de los administradores bancarios a quienes confió sus depósitos; c) El objeto material, consistente en dineros públicos, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo; d) El verbo rector, es el abuso de los fondos públicos, ya consista tal abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquiera otra forma semejante. Por su lado, abusar, según el Diccionario de la Lengua Española, es usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien; y, e) El resultado, que radica en lo que la doctrina denomina el cambio de vínculo o relación de la cosa con el agente, en virtud de la apropiación o de la distracción. El peculado, consiste en apropiarse o distraer en provecho propio o ajeno el dinero o las cosas muebles poseídas por razón de cargo o servicio, y perteneciente a la administración pública. La Ley habla de

este elemento solo a propósito de la distracción, porque en la apropiación está implícito; el que hace suya una cosa, ya, por eso mismo, es un aprovechador, nos hallamos entonces en presencia, no de una condición de punibilidad, como opina MANZINI, ni tampoco de un simple requisito subjetivo del dolo. El provecho entra a formar parte, como elemento esencial, del concepto de acción; y precisamente constituye su dirección objetiva al identificarse con el destino distinto del uso legítimo, en tanto que provecho, es cualquier ventaja material o moral, patrimonial o no patrimonial. El objeto jurídico de esta incriminación no es tanto de defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública, como el interés del Estado por probidad y fidelidad del funcionario público. Por ello, CARRARA no vacilaba en clasificar el peculado entre los delitos contra la fe pública. En efecto, el perjuicio propio del peculado (o de la malversación), más que material, es moral y político, pues se concreta en la ofensa del deber de fidelidad del funcionario para con la administración pública. Refiriéndose al delito de peculado, la doctrina es lo suficientemente clara, y al efecto Francisco J. FERREIRA D.<sup>1</sup>, respecto al peculado dice: «... el peculado es el delito que comete el funcionario encargado de administrar bienes, ya de propiedad del Estado o de los particulares, pero puestos bajo administración estatal, apropiándose de ellos o usándolos indebidamente». Asimismo, Arturo DONOSO CASTELLÓN<sup>2</sup>, dice: «El peculado como tal, más concretamente, se tipifica en 1837 cuando se describe la conducta típica con tres verbos rectores: extraviar, usurpar o malversar los bienes, derechos sobre ellos y los caudales y rentas, por incumplimiento de las normas establecidas para la administración de tales caudales y efectos, estando a cargo de los tesoreros y administradores, no tan solo esos recursos sino también el manejo, es decir, la facultad de disponer de ellos, sea que estas conductas recaigan en fondos de carácter nacional, departamental, provincial, cantonal, parroquial de algún establecimiento público». Por otro lado, el Dr. José GARCÍA FALCONÍ<sup>3</sup>, señala: «...existen tres principales elementos en el delito de

<sup>1</sup> FERREIRA D., Francisco J., *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 14.

<sup>2</sup> DONOSO CASTELLÓN, Arturo, *Derecho Penal: Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública*, Cevallos, Quito, 2008, p. 130.

<sup>3</sup> GARCÍA FALCONÍ, José, *El juicio por el delito del peculado*, p. 22.

peculado que son: el sujeto activo o sea los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público; que las cosas o bienes estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; y, que el agente hubiere abusado de dichos bienes con dolo». Raúl GOLDESTEIN<sup>4</sup>, dice: «La sustracción de caudales o efectos públicos por parte del funcionario público al que le fueran confiados, constituye el delito de *peculado*, incluido entre los ejemplos de la malversación de caudales públicos... Sujeto activo es el funcionario público a quien le haya sido confiada por razón de su cargo la administración, percepción o custodia de caudales o efectos. Por equiparación pueden serlo los particulares a quienes por determinados títulos esos bienes les hubieren sido confiados.- El objeto sobre el cual recae el delito debe serlo el caudal o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón del cargo. No basta la simple tenencia de esas cosas, ya que se requiere la facultad de disponer de ellas... El peculado es un delito de daño, para su comisión es imprescindible que los bienes y efectos públicos salgan del patrimonio del Estado e ingresen en el del funcionario». En reiterados fallos dictados por la ex-Corte Suprema de Justicia ha sostenido que: «En cuanto al sujeto activo, se amplió la imputabilidad del delito de peculado, esta es una simple constatación exterior del problema que no demuestra nada nuevo; pero, si analizamos con detenimiento y en forma dialéctica, inmediatamente nos damos cuenta que, en el momento en que se produce la ampliación de un sujeto activo a otros, se produce un cambio cualitativo, porque, del peculado bancario, se pasa al peculado financiero, este paso es posible debido a la actuación positiva de la ley de transformación de la cantidad en calidad: primero, la ley reconoció como sujeto activo solo a los empleados que manejen fondos de los bancos, más tarde a los servidores bancarios y, finalmente, a los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos» ... La ampliación del sujeto activo y del pasivo (incremento de la cantidad de los sujetos activos y pasivos), del objeto (in-

<sup>4</sup> GOLDESTEIN, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 522.

cremento de la cantidad de bienes sobre los cuales puede recaer este tipo de peculado) y de la entidad donde se produce el delito (incremento de la cantidad de las entidades), contribuyen a transformar el tipo del delito en uno más complejo, con otros actores y otras instituciones, denominado peculado financiero...». También Guiseppe MAGGIORE, al referirse al peculado señala: «el que participa en un delito, y por consiguiente lo quiere en su totalidad, es decir, como ente de hecho y como ente jurídico y este es el motivo por el cual se comunica a la acción de todos los demás el *nomen juris* que asume el delito con respecto a uno de los concurrentes». Por lo expuesto, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, llega a la conclusión de que efectivamente los sindicados que han sido llamados a juicio plenario por el Presidente de la ex-Corte Suprema de Justicia adecuan su conducta en el tipo penal previsto y sancionado en el Art. 257 incisos primero y tercero del Código Penal y por considerar que se encuentran cumplidos los presupuestos del artículo 253 de Código de Procedimiento Penal (1983) **se confirma el auto de llamamiento a juicio plenario dictado por el ex-presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Armando Bermeo Castillo...**».

## 2.- Antecedente histórico y objeto jurídico del presente proceso penal

Conforme se conoce y está dicho en el proceso penal N° 57 - 2000 que se sustanciara en el nivel de la Presidencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia por el fuero de algunas autoridades de control del Banco Central del Ecuador y de la Superintendencia de Bancos, Filanbanco S.A. bajo la presidencia y vicepresidencia de los señores R. y W.I.D., accedió a créditos de liquidez que le otorgó el Banco Central del Ecuador, entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, por el valor (aproximado) de 423 millones de dólares.

Según la excitativa de la señora Ministra Fiscal General (de fs. 3058 a 3073) y su ampliación (fs. 3088), se pretendía investigar una presunta mala utilización de los créditos de liquidez por parte de los administradores y directivos de Filanbanco S.A., institución en la que Boanerges Pereira no ha sido Presidente, Vicepresidente, Gerente General, Gerente, accionista, director, auditor, contador, apoderado o dependiente en relación alguna ni de Filanbanco S.A. ni del Filanbanco Trust & Banking Corp., por lo que resulta por calificarlo de alguna manera **insólito** que se me incluya en este proceso penal. Igualmente

no he sido funcionario del Banco Central, ni de la Superintendencia de Bancos, como para que se me impute una coparticipación en el delito de peculado.

La presunta mala utilización de los créditos de liquidez que se constituiría en el *objeto jurídico* del proceso penal iniciado, se podía haber producido porque dichos recursos se hubiesen mal utilizado para operaciones de crédito nuevas, para incrementar los saldos de cartera, o porque en general se hubiese abusado de los mismos, dándoles un destino no autorizado mediante un abuso de la función propia de los administradores de Filanbanco S.A.

En homenaje a la verdad histórica, yo no tenía ni he tenido vinculación alguna con Filanbanco S.A, ni con sus subsidiarias como el Trust & Banking Corp., pues mi actividad como empresario bananero la he desarrollado al cabo de mas de cinco décadas, gracias a mi propio y honesto esfuerzo, reconocido en el medio en el que sigo desempeñando mis acciones generadores de empleo y de una actividad productiva para mis trabajadores.

### 3.- La verdad histórica y procesal con respecto al compareciente

Por mi actividad de trabajo, contaba con la disponibilidad de dinero para invertirla en ahorros, misma que se cumplió con el Banco de Tungurahua, institución bancaria que entró en **proceso de saneamiento**. Por un error inicial y en mérito de un informe de la Price Waterhouse del 30 de diciembre de 1998, y oficio del 18 de marzo de 1999, que suscribe el administrador temporal del Banco del Tungurahua se me considera persona vinculada al indicado Banco, con lo cual los certificados de ahorro a la vista no tenían la garantía de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD). Ante mi justo reclamo se reconsideró la calificación inicial como vinculado, y se me otorgó una certificación en el sentido de que mis certificados si estaban garantizados por la AGD lo cual me habilitaba para poderlos negociar en el mercado de valores, pues se trataba de mi dinero adquirido en forma honesta, cuya constancia en CDR podía ser lícita y honestamente materia de una negociación.

Conforme consta en mi testimonio indagatorio que debe ser apreciado como medio de prueba y de defensa en mi favor, al tenor del Art. 127 del Código de Procedimiento Penal de 1983, aplicable al caso, en ejercicio legítimo de mis derechos procedí a negociar mis

certificados de ahorro, sin saber ni interesarme por el destino final de los mismos.

Yo negocié y efectué la cesión de mis certificados (que eran parte de mi patrimonio) con el señor ... el 21 de marzo del año 2000. Debo puntualizar que para aquella época Filanbanco S.A. se encontraba en manos de la AGD que era una agencia del propio estado ecuatoriano. Vale decir, que no hice negocio alguno con los señores R. y W.I.D. con ninguno de los otros cosindicados de manera personal, directa, o por interpuesta persona, en circunstancia en que se encontraba vigente la correcta utilización de los créditos de liquidez otorgados entre **el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998**. La cesión por venta de mis certificados de ahorro se produce en el mes de marzo del año 2000, y el 5 de abril del 2000 se hace el pago por parte de CERVESURSA (Cervecería Sudamericana S.A.) para cubrir obligaciones pendientes.

Mediante el documento de fs. 7.720, que obra de autos, la señora Economista ..., administradora temporal del Banco de Tungurahua en saneamiento, deja expresa constancia de que «... el señor ... portador de la cédula de ciudadanía No. 0700519358 mantiene las siguientes acreencias emitidas por el Banco de Tungurahua (en saneamiento)... Estos valores se encuentran garantizados por la Agencia de Garantía de Depósitos y no está incurso en ninguna de las causales de exclusión determinadas en el artículo 21 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el área Tributario-Financiera...».

En ejercicio legítimo de mis derechos, lo cual es excluyente de cualquier juicio de reproche o antijuridicidad conforme el Artículo 18 del Código Penal, negocié mis certificados de ahorro con ..., siendo desconocido por mí y al mismo tiempo irrelevante la aplicación de los mismos a cualquier pago futuro. Ya no es de mi incumbencia la fecha en que se utilizaron en pago mis certificados de ahorro, ni debe ser materia de mi responsabilidad saber que hasta el 23 de junio del año 2000 era permitido el pago con los mismos, pues lo mas grave que podría haber ocurrido es que se reversara una operación, y que el inicial beneficiario de la misma me devolviera mis certificados y me pidiera el reintegro de lo invertido.

En el propio auto resolutorio que he impugnado, y que con respecto al compareciente constituye un acto contrario a derecho para una administración de justicia honesta y oportuna, se deja constan-

cia de la asesoría legal del Dr. Galo García Carrión que sugiere que se aplique el pago a la fecha de recepción, que es el 5 de abril del año 2000. Si se aceptó o no tal sugerencia legal tampoco es de mi incumbencia y menos aún que se me pretenda hacer responsable de la misma. Dicho de otra manera, a mí, ... se me imputa una presunta corresponsabilidad en el delito de **peculado** por haber negociado en el año 2000 unos certificados de ahorro, no obstante que este proceso penal, investiga hechos presuntamente delictivos ocurridos entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998.

#### 4.- Inexistencia del delito de peculado con respecto a ...

No obstante las reflexiones que preceden, e insistiendo en que en la *excitativa fiscal* se menciona el objeto jurídico materia de la investigación y prueba procesal, diciéndose «Filanbanco S.A durante el periodo de vigencia de los créditos concedidos por el Banco Central del Ecuador con cargo a los artículos 24 y 26 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado **incumplió con las restricciones previstas** en las disposiciones pertinentes de las Regulaciones 001-98 y 008-98, básicamente porque desembolsó operaciones de crédito nuevas; incrementó los saldos de cartera en sucres y dólares; incrementó la cuenta de activos fijos; y realizó inversiones en Filanbanco Trust & Banking Corp, que no son permitidas por las normas de las regulaciones citadas. Esto significa que los préstamos de liquidez del Banco Central del Ecuador no fueron utilizados por los administradores de Filanbanco S.A. para cumplir con la finalidad de precautelar la estabilidad del sistema financiero en su conjunto sino que se invirtieron en operaciones prohibidas, existiendo así abuso de fondos del Banco Central del Ecuador con lo que se configura el delito tipificado en el artículo 257 del Código Penal por parte de los administradores de Filanbanco S.A. en el periodo comprendido entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998. Que existe también encubrimiento sobre las irregularidades de Filanbanco S.A. por parte de los personeros del Banco Central del Ecuador, a la fecha de los préstamos. Que se presume la falsedad de los estados financieros en relación con la cuenta Inversiones Varias, en la que Filanbanco Trust registró transferencia de recursos de US \$ 107.3 millones, hecho que se adecua al delito tipificado en el Art. 131 literales a) y b) de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF) -añade el Ministerio Público-, que al ocultar información se incurrió también en el delito previsto en el Art. 363

del Código Penal, siendo su responsable el señor ... Que las daciones en pago que han sido observadas por la Superintendencia de Bancos (caso Otavalo y Filanbanco Trust, instrumentada el 2 de diciembre de 1998) igualmente constituyen perjuicio al patrimonio del Estado, así como la instrumentada el 21 de esos mismos mes y año. Que estas daciones perjudiciales para el Estado acarrearán además responsabilidad en contra de los miembros de la AGD que las aceptaron...».

Sin otros antecedentes y sin el mas mínimo indicio incriminatorio, esto sin ningún hecho cierto y probado que me relacionara con los delitos que se investigaban, se llegó a la injusticia e ilegalidad de hacerme extensivo el autocabeza de proceso el 5 de diciembre del año 2000, a las 08h30, sin motivos ni fundamentación incriminatoria alguna.

Es grave lo ocurrido con ... pues se han soslayado principios y garantías constitucionales inherentes al *debido proceso*, con una injusta e inmotivada sindicación y una injusta, ilegal e improcedente, resolución de apertura del plenario en mi contra, por la grave imputación del delito de PECULADO. El juez de la causa ignoró que el Art. 24 de la Constitución Política de la República prevé en el numeral 1, **el principio de la tipicidad o legalidad** como una de las garantías del *derecho a un debido proceso*, estableciendo que:

«Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento».

**Comentario.-** Los hechos imputados que se configuran por la venta o cesión de unos certificados de ahorro que tenía el aval o la garantía de la AGD, transacción ocurrida en el mes de marzo del año 2000, **jamás** podrían constituir una forma modal del delito de peculado que se pudo haber perpetrado entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998. Es simplemente un hecho imposible de ser adecuado típicamente como peculado.

Igualmente desconoció el juez del primer nivel de Corte Suprema la obligación de motivar su resolución de sindicación y su resolución de auto de apertura del plenario, en lo que respecta a mí, pues el mismo Art. 24 en el numeral 13, de la Constitución de 1998, disponía:

«Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...».

**Comentario.-** En ejercicio legítimo de mis derechos procedí a negociar en marzo del 2000, certificados de ahorro garantizados por la AGD, no sabiendo en principio quien o quienes los iban a utilizar o a aplicar. Sé ahora que se los utilizó en pago de obligaciones de CERVESURSA que se afirma es vinculada a Filanbanco S.A. En el evento de que la operación no se perfeccionara o que perfeccionada se la declare sin valor, simplemente sigue debiendo tal valor CERVESURSA, y el beneficiario del documento o documentos puede ejercer el derecho de repetición por la operación reversada, caso en el que debieran retornar a mi poder, pero por lo que conozco del proceso, **jamás** se reversó la operación de pago de CERVESURSA utilizando los documentos negociados por mi, Boanerges Pereira Espinoza.

Lamentablemente el juez de la causa ha desconocido que no comete infracción alguna, quien obra en ejercicio legítimo de un derecho, el mismo que enerva cualquier predicado de *ilicitud* o *antijuridicidad* de la conducta, que se la considera por el contrario, apegada a derecho. Siendo esta mi situación histórica y procesal, pues yo no me he beneficiado con operaciones de crédito nuevas provenientes de los fondos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador a Filanbanco S.A. entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, no he propiciado un incremento de los saldos de cartera, no he desviado recursos del Banco Central en provecho mío o de mis empresas, no he perjudicado a los clientes de Filanbanco S.A., no he gestionado auto préstamos abusando de cargo alguno en el Filanbanco S.A., no he cometido fraude creando *empresas fantasmas* o *de papel* para obtener beneficios ilícitos mediante un desvío doloso de los dineros del Banco Central del Ecuador, ni he participado en la creación de fideicomisos de dudosa legitimidad, ni he efectuado daciones en pago con bienes muebles e inmuebles presumiblemente sobrevalorados, ni he conseguido que se reestructuren obligaciones pendientes de pago con tasas de interés preferencial mediante un ejercicio abusivo del cargo o función en Filanbanco S.A., etc.

Igualmente ustedes se dignarán apreciar con vista de autos, que no he sido autoridad de monitoreo o de control en el nivel de Banco Central del Ecuador, ni de Superintendencia de Bancos, a quien se le pueda imputar una forma modal de *delito de comisión por omisión*, atento a lo que dice el Art. 12 del Código Penal, que expresa que «no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo».

Como persona natural he sido totalmente ajeno a la utilización de los créditos de liquidez, a los que accedió Filanbanco S.A. entre el 14 de septiembre y 2 de diciembre de 1998, de los que yo no era custodio ni tenía la capacidad funcional para disponer de los mismos, **pues** como queda dicho, negocié en el mes de marzo del año 2000 unos certificados de ahorro de los que era legítimo beneficiario. No existe objetivamente probado en el proceso ningún otro hecho, que permita ni la más mínima o remota relación con los delitos que se han investigado.

Si nada de lo antes reseñado me puede ser imputado, resultó una grave violación a mi derecho de ciudadano inocente, que se me imputara el delito de **peculado** o cualquier delito conexo con el mismo, con ocasión del manejo de recursos de liquidez entre el 14 de septiembre y 2 de diciembre de 1998 en Filanbanco S.A. (administración de los señores R. y W.I.D.). Si es verdaderamente ilógico e incongruente, que se invente en mi contra una presunta participación sindicándome en el delito de peculado; hiere a la sana crítica, a la lógica y a la razón, que sin una sola prueba testimonial, documental o material, se dicte igualmente en mi contra un auto de apertura del plenario, por abuso de dineros públicos.

El ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de una orden judicial constituyen causa de licitud de la acción, que enervan en consecuencia un reproche de antijuridicidad (o antijuridicidad) del acto, que se encuentra amparado por una *causa de justificación*.

##### 5.- Breve análisis sobre las causas de justificación

Es suficiente sabido que para que un acto se repunte como delictivo debe reunir dos predicados el de la *adecuación típica* y el de la *ilicitud* o *reproche de antijuridicidad*. Si falta este segundo predicado o componente del acto, aunque el mismo apareciere objetivamente como adecuado a un tipo penal (que no es mi caso), no puede ser reputado



como disvalioso y por ende reprochado como antijurídico. Y esa es precisamente la situación en el presente caso e imputación. El acto cumplido estaba permitido por el ordenamiento legal y mal puede en consecuencia reputárselo como disvalioso o antijurídico.

Consideramos el delito como **acto típico y antijurídico**, ninguna referencia hacemos al concepto de la culpabilidad porque ésta no pertenece a la estructura del delito. El delito como acto se integra por la tipicidad y por la antijuridicidad, nada tiene que ver en su conformación la culpabilidad: el juicio de desvalor del acto que es objetivamente estimado nos permite concluir si ese acto es delito, es decir, si se ensambla o adecua en una de las hipótesis consideradas por el legislador previamente. La culpabilidad es juicio de reproche que se formula no al acto sino al autor, al dueño del acto delictivo. Autores como WELZEL<sup>5</sup>, sostienen que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a la acción en un delito.

En el campo del procedimiento penal, es en la etapa del sumario (ahora de la de la instrucción) que debe probarse la existencia del delito, esto es del acto típicamente antijurídico, en tanto que en la etapa del juicio a la que se accede una vez que se ha comprobado o se tiene la certeza de que se ha cometido un delito, se va a sustanciar el juicio de culpabilidad o de reproche que se dirige al dueño de ese acto.

El Estado –hoy social y de derechos– para salvaguardar los intereses sociales, formula prevenciones genéricas, encontrándose en la necesidad de concretar en disposiciones penales cuáles son las conductas violatorias de normas jurídicas que merecen una sanción penal, como dice WELZEL<sup>6</sup> destacando la importancia del tipo penal a partir de BELING, «el tipo es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva, material, de la conducta prohibida».

Pero no toda conducta típica debe ser reputada como antijurídica, por regla general lo es entendiendo a la antijuridicidad como «la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto»<sup>7</sup>, más puede acontecer que

<sup>5</sup> VAN WELZEL, Alex, *Derecho Penal. Parte General*, Depalma, 1956, p. 43.

<sup>6</sup> VAN WELZEL, Alex, *op. cit.*, p. 44.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 47.

esa conducta que realiza el tipo de una norma prohibida (como «no matar»), estará permitida como causa de justificación cuando concurren los requisitos de la legítima defensa, o como en el caso presente, el ejercicio legítimo de un derecho.

Decimos que la antijuridicidad es juicio de desvalor de la conducta típica, o del acto, porque el ordenamiento jurídico pretende crear con las normas y preceptos permisivos un orden valioso de la vida social que es menoscabado por la realización antijurídica del tipo.

Es frecuente asimilar los conceptos de antijurídico e injusto. La contradicción entre la realización de una materia de prohibición y el ordenamiento jurídico, será tal para toda la esfera del derecho, no únicamente para el derecho penal (con más amplitud desarrollamos esta idea al estudiar la antijuridicidad en forma particularizada), pero si se concibe a la antijuridicidad como una pura relación, lo injusto es lo sustancial, la conducta antijurídica misma<sup>8</sup>, pudiendo encontrarse un injusto civil y un injusto penal, esto es que la antijuridicidad y lo injusto se encuentran en relación de género a especie.

### La evolución del tipo

Inicialmente BELING sostuvo que el tipo estaba desprovisto de juicio valorativo, porque se encuentra libre de cualquier elemento subjetivo anímico, hoy esta posición es insostenible al ser innegable la presencia de los elementos subjetivos del tipo. Como afirma WELZEL<sup>9</sup>, lo que BELING quiso expresar es que con la constatación de la tipicidad no se ha probado la antijuridicidad de una conducta, pero «la afirmación de la tipicidad supone la constatación de la diferenciación valorativa de una acción para el derecho penal. Dado que el tipo es la descripción de la materia de la prohibición, la realización del mismo es un indicio de la antijuridicidad de la acción». Queda a salvo la posibilidad de que en el caso concreto la conducta típica no fuere antijurídica por ajustarse a lo que dispone un precepto permisivo, esto nos lleva a afirmar (*infra*) que la tipicidad hace presumir la antijuridicidad *iuris tantum*.

El Prof. WELZEL apunta «dado que la realización del tipo es contraria a la norma y que la infracción de una norma prohibitiva es

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 49.

<sup>9</sup> VAN WELZEL, Alex, *op. cit.*, p. 50.

antijurídica en caso de que no interfiriera un precepto permisivo, se deduce que con la realización del tipo de una norma prohibitiva la acción es antijurídica mientras no sea aplicable ningún precepto permisivo»<sup>10</sup>. Aún en tratándose de los tipos **abiertos** es válida esta constatación por un procedimiento negativo, debiendo aquí el juez completar el tipo analizando «la posición de garante» o «custodio de determinados bienes jurídicos», así como el «cuidado necesario en el tráfico». En mi caso y en mi actuación, yo he actuado amparado en una causa de *justificación* que torna en *jurídica* la conducta atribuida y acusada.

### 6.- Antijuridicidad y causas de justificación

La Constitución Política de la República, vigente, fue aprobada mediante *referéndum* del 28 de septiembre del 2008, proclamada oficialmente el 15 de octubre de 2008 y publicada en el RO 449 del 20 de octubre del 2008, y la misma consagra que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que la actuación de los servidores de la justicia debe responder a los principios y disposiciones constitucionales como una garantía de los derechos, limitación del poder estatal y la realización de la justicia.

En el mismo Art. 76 de la Const. Pol. Que contiene las garantías que hacen efectivo el **derecho al debido proceso**, se reconoce la vigencia de un *derecho penal de acto*, de manera que «nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley».

El acto ejecutado por mi está ausente de antijuridicidad porque media una causa de justificación de aquellas que la doctrina encasilla como *principio del interés preponderante* o *actuación del derecho*. El **Código Orgánico de la Función Judicial** –que es un verdadero *Código de Justicia*– publicado en el RO-S 544: 9-mar-2009, en el TITULO I consagra los **principios y disposiciones fundamentales**, y en el **Capítulo II** contiene y desarrolla los denominados PRINCIPIOS RECTORES Y DISPOSICIONES FUNDAMENTALES, consagrando entre otros el *Principio de Supremacía Constitucional* (Art. 4), el de *Aplicabilidad*

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 59.

*Directa e Inmediata de la Norma Constitucional* (Art. 5), el de *Interpretación Integral de la Norma Constitucional* (Art. 6), el *Principio de la Tutela Judicial Efectiva de los derechos* (Art. 23), el *Principio de Seguridad Jurídica* (Art. 25), el de *Buena Fe y Lealtad Procesal* (Art. 26) el mismo que pretende ser vulnerado en este proceso por un ejercicio abusivo del derecho, el de *La obligatoriedad de administrar justicia* (Art. 28), en el mismo que se dice expresamente que:

«Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.

No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u obscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia».

Doctrinariamente debemos recordar que Siguiendo a M.E. MAYER el insigne JIMÉNEZ DE ASÚA cree fervientemente que el orden jurídico es un orden de cultura, concibiendo en consecuencia a la antijuridicidad como el quebrantamiento de las predichas normas<sup>11</sup>, la principal oposición a la tesis mayeriana es la de fundamentar la antijuridicidad en predios extrajurídicos, lo que de otra parte nos lleva a una apreciación supralegal de lo injusto.

Se debe a Frank VON LISZT pretender fundir en un dualismo las llamadas antijuridicidad **material** y la **formal**; esto es vista bajo dos aspectos, como contraria a la convivencia social o **antijuridicidad material** que resulta ser de una orientación supralegalista, y de otra parte como contraria a una prohibición o a un mandato jurídico contenido en la norma, tesis esta que siendo de carácter legalista conforma la **antijuridicidad formal**. El Prof. JIMÉNEZ DE ASÚA en

<sup>11</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el Delito*, p. 275.

aguda crítica<sup>12</sup> desestima esta posición dualista y asevera que la antijuridicidad formal está confundida con la tipicidad.

Apreciamos en la antijuridicidad formal una relación de contradicción entre la conducta y el orden jurídico sin valoración alguna, en tanto que bien puede reservarse la antijuridicidad material a la vulneración de un bien jurídico socialmente protegido.

De todas formas creemos que las tesis enunciadas precedentemente son extrajurídicas, pretendiendo extraer la antijuridicidad de campos que no corresponden al derecho<sup>13</sup>.

Desde el plano estrictamente jurídico aparece igualmente una doble estimación de la antijuridicidad, desde un plano únicamente **subjetivo**, o desde la apreciación **objetiva**. Será entonces únicamente de una conducta culpable de la que pueda predicarse un actuar antijurídico, siendo incuestionable que ésta concepción subjetiva de la antijuridicidad nos lleva a confundir la antijuridicidad con la culpabilidad, pues si no hay culpabilidad no hay antijuridicidad porque se destaca el aspecto subjetivo de ésta<sup>14</sup> y en consecuencia nos olvidamos de la violación a la norma jurídica (sustento de la antijuridicidad), para preocuparnos de la violación del deber.

Siguiendo el criterio objetivo de la antijuridicidad, ésta residirá ya en la violación u ofensa a un bien jurídico, esto es a un interés social legalmente protegido o tutelado, o bastará para reputar una conducta como antijurídica, que exista contradicción con la orden dada por la norma jurídica sin indagar si ha sido realmente dañosa, esa tarea le corresponde al legislador. El Prof. REYES<sup>15</sup> se muestra partidario de una visión unitaria de la antijuridicidad sin que pueda prescindirse de apreciar en suma lo objetivo con lo subjetivo (lo físico con lo psíquico), ya que como dice el profesor colombiano «solamente cuando contemplemos la conducta humana en la integridad de sus aspectos podemos concluir si ella ha de ser calificada de jurídica o antijurídica».

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 278.

<sup>13</sup> Cf. ETCHEVERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Gabriela Mistral, Santiago de Chile, 1976, p. 162.

<sup>14</sup> Cf. REYES, A., *Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 231.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 232.

Hemos considerado como posición a adoptar de nuestra parte, reputar a la antijuridicidad como juicio de valoración objetiva, prescindiendo de juicio alguno con respecto al autor pues el juicio de antijuridicidad lo reservamos al acto. Ya en el momento de formular el juicio de valoración con respecto al autor en el plano de la culpabilidad, la valoración será fundamentalmente subjetiva.

En el iter lógico preordenado para el análisis y estudio de las llamadas dogmáticamente causas de exclusión de la antijuridicidad o de exclusión de la ilicitud, como aspectos negativos de la antijuridicidad, o bien como causas de justificación, para hacer referencia expresa a aquellas circunstancias que eliminan el juicio de valoración objetiva o la contradicción entre un acto objetivamente típico y la norma jurídica, debemos referirnos al ejercicio legítimo de un derecho y al cumplimiento de la orden emitida por autoridad competente. Decimos que la conducta es lícita, no contraviene a derecho alguno, cuando, –aunque fuere objetivamente típica– se obra conforme al interés del Estado que demanda para el cumplimiento de sus fines el sacrificio de determinados bienes jurídicos que por excepción son en apariencia vulnerados. Se ubican en este tema el cumplimiento estricto de la ley y el cumplimiento del deber, que observamos linda con el ejercicio legítimo de un derecho. La conducta es lícita o justificada, porque allí está actuando el derecho como dice el Prof. Sebastián SOLER<sup>16</sup>.

Si revisamos nuestro Código Penal, en el art. 18 se determina que: «No hay infracción cuando el acto está ordenado por la Ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente, o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir». Aquí se refunden causales de justificación como el cumplimiento de la ley y de la orden de autoridad competente para dictarla, y una causal de inculpabilidad por inexigibilidad de la conducta cuando se trata del miedo irresistible o temor insuperable, pues en este caso el sujeto se encuentra impedido de obrar conforme el derecho que él esperaba, y se resuelve la situación por ausencia del juicio de reproche al autor del acto por no serle exigible un actuar distinto.

Fácilmente se advierte la falta de referencia escrita al ejercicio legítimo de un derecho, el ejercicio legítimo de una profesión como el

<sup>16</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, t. I, Buenos Aires, 1970, p. 318.

caso del abogado y del médico, así como de los deportistas profesionales, existiendo en el ordenamiento jurídico penal y no penal autorización expresa para ejercer legítimamente un derecho; así la Ley de Federación de Abogados, el Código de Salud, La Ley de Ejercicio Profesional de los Médicos, los reglamentos deportivos. A los casos citados y expuestos debemos agregar el valor del consentimiento del interesado o de su representante legal cuando se trata del aborto terapéutico y del eugenésico, así como la facultad o derecho que se concede a los particulares para aprehender al autor de un delito flagrante, o para allanar una morada en el Ecuador en los casos previstos en el procedimiento penal sin previa autorización de juez competente, y el ejercicio legítimo de un derecho inherente al cargo (ejercicio legítimo de un cargo), como cuando un juez no dicta un auto de prisión preventiva porque el procedimiento penal común le concede ese arbitrio.

Como dice Don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, la tarea es simple cuando se presenta un problema y se abre el Código Penal para constatar si media una causal de justificación, si ello acontece, concluimos que la conducta es jurídica o lícita<sup>17</sup>. Surgen las dificultades cuando no podemos encontrar en el breve esquema de un Código Penal –como el nuestro– en forma taxativa una causal de justificación, que en general el ordenamiento jurídico la acepta como tal.

Este llevó a crear por los penalistas alemanes las llamadas causas supralegales de justificación, a las que llama en América Latina el Prof. chileno Enrique CURY URZÚA, «causas de justificación innominadas o no escritas»<sup>18</sup>. El ordenamiento doctrinario pretende solucionar esos casos de justificación no escrita examinando, si en el hecho en estudio se cumple un fin reconocido por el Estado, criterio desarrollado por Frank VON LISZT; y puede ubicárselo dentro de la esfera de libertad que el Estado deja a los individuos, criterio de MAYER; y, mediante una justificación supralegal que es la tesis de MEZGER. El Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador del 9 de marzo del 2009, y actualizado el 11 de los mismos mes y año, para bien, reconoce expresamente el valor que tiene la Doctrina para la correcta aplicación del derecho.

<sup>17</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, p. 313.

<sup>18</sup> CURY URZÚA, Enrique, *Orientación para el estudio de la Teoría del Delito*, Edeval, Valparaíso, 1969, p. 165.

### Insistencia en petición de revocatoria

Por ser ajustado a derecho solicito que se revoque el injusto e improcedente auto de apertura del plenario en mi contra. Pues se trata de un auto resolutorio que es por su esencia y naturaleza revocable.

Es inaudito que se me considere presunto responsable del delito de **peculado**, cuando de autos aparece una verdad histórica inobjetable que es la venta lícita de unas acreencias fruto de mis ahorros, a través de los denominados Certificados de Depósito Reprogramados (CDR). Tan cierto es lo expresado que en el dictamen acusatorio de la señora Ministra Fiscal General, se me excluye por cuanto mi conducta ha sido y es ajena a los delitos que se investigaban.

Que se me continúe notificando en la casilla judicial 1107, de la H. Corte Superior de Justicia de Quito.

Por el peticionario, su defensor autorizado.

Dr.

Mat.

**RESOLUCIÓN APLICANDO PRINCIPIO DE LEGALIDAD  
Y DE CONGRUENCIA**

Quito Distrito Metropolitano... del 2009. Las 09h00.-

VISTOS: Nos corresponde actuar como jueces penales en la alzada una vez que se ha presentado demanda de recusación contra los jueces principales de la ... sala penal de la Corte Nacional de Justicia, y procede calificar la procedencia y admisibilidad de los recursos horizontales de ampliación y aclaración del auto resolutorio de confirmación del auto de llamamiento a juicio plenario expedido por el juez a-quo, correspondiéndonos conocer también el recurso de revocatoria del auto de confirmación del llamamiento a plenario que ha sido propuesto por el cosindicado...en cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio del cargo, dejamos constancia de los siguientes considerando: **PRIMERO:** Los infrascritos jueces somos competentes para conocer los recursos horizontales propuestos por los sujetos procesales en ejercicio de su derecho a la defensa que es una garantía inviolable al tenor del Art. 76 n. 7 letra a) de la Constitución de Montecristi publicada en el RO 449 del 20 de octubre3 del 2008. Igualmente nos corresponde actuar y con plena competencia al tenor de lo dispuestos en los artículos 200 y 201del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el RO-S- 544 del 9 de marzo del 2009.- **SEGUNDO:** No se observa omisión de solemnidad sustancial alguna, ni vicios de procedimiento o de cuestiones prejudiciales que puedan afectar la validez del proceso, por lo que lo actuado es válido y así se lo declara.- **TERCERO:** Si bien es verdad que el presente proceso penal debe tramitarse de acuerdo con el fenecido CPP de 1983, deben aplicarse disposiciones del vigente CPP publicado en el RO.S 360 del 13 de enero del 2000, por mandato expreso de la **Disposición final** que dice en

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

**CUARTO.-** Se ha solicitado estando dentro del plazo legal para así hacerlo y en forma debidamente fundamentada, que se revoque el auto de confirmación del llamamiento a juicio plenario. Tal petición es procedente al tenor de lo dispuesto en el Art. 289 del Código de Procedimiento Civil, aplicable como norma supletoria, por la **disposición general segunda** del Código de Procedimiento Penal vigente. Del estudio del proceso aparece lo que sigue: Conforme se conoce y está dicho en el proceso penal N° 57-2000 que se sustanciara en el nivel de la Presidencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia por el fuero de algunas autoridades de control del Banco Central del Ecuador y de la Superintendencia de Bancos, ... bajo la presidencia y vicepresidencia de los señores ... en ejercicio de su derecho accedió a créditos de liquidez que le otorgó el Banco Central del Ecuador, entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, por el valor (aproximado) de 423 millones de dólares, los mismos que según certificación del propio Banco Central que suscriben en su momento, ... se encuentran pagados o cubiertos en su totalidad. Según la excitativa de la señora Ministra Fiscal General (de fs. 3058 a 3073) y su ampliación (fs. 3088), se pretendía investigar una presunta mala utilización de los créditos de liquidez por parte de los administradores y directivos del ... S.A., institución en la que ... no ha sido Presidente, Vicepresidente, Gerente General, Gerente, accionista, director, auditor, contador, apoderado o dependiente en relación alguna ni de ... S.A. ni del ..., por lo que resultaba improcedente que se lo incluyera en este proceso penal. La presunta mala utilización de los créditos de liquidez que se constituiría en el *objeto jurídico* del proceso penal iniciado, se podía haber producido porque dichos recursos se hubiesen mal utilizado para operaciones de crédito nuevas, para incrementar los saldos de cartera, o porque en general se hubiese abusado de los mismos, dándoles

un destino no autorizado mediante un abuso de la función propia de los administradores de .... Estas acciones en el criterio del juez de origen y ratificado por el juez de la alzada, son constitutivas del delito de peculado bancario previsto como reforma del Código Penal mediante L.99- 26. RO 190 del 13 de mayo de 1999. **QUINTO.- ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. 1.-** El principio de legalidad penal, usualmente expresado bajo la fórmula latina «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», supone, según el pensamiento de BECCARIA (1738-1794), que: «... sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad». Como es notorio, dicho principio fue proclamado por el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a cuyo tenor «nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada», y constituye «un postulado fundamental del Derecho penal moderno». El art. 25.1 de la vigente Constitución española lo recoge expresamente, al estipular que: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

**2.-** El principio de legalidad penal impone, como observan destacados penalistas, una cuádruple exigencia a la norma jurídica incriminadora, requiriendo que se trate de una *lex praevia, scripta, stricta et certa*. Cada ordenamiento jurídico interno precisa el alcance de tales garantías, adoptando una visión más o menos formal o material de las mismas. El principio de legalidad («*nullum crimen, nulla poena sine lege*») está contenido en la Constitución Nacional Argentina, en el art. 18, complementado por el art. 19 y de él surgen principios básicos para el Derecho Penal. En el Ecuador está previsto en el Art. 76 n. 3 de la Constitución del 2008, así como en el Art. 2 del Código Penal. Conforme al principio de legalidad, sólo la ley crea delitos, y sólo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley declare delito expresamente. Por eso es que decimos que 'no hay delito sin ley'. Mientras la ley no prohíba un hecho, el hombre tiene libertad para realizarlo. Con esto, queremos dejar en claro que, en base al principio de legalidad, en Derecho Penal no se admite la analogía; o sea que, si el hecho no

está contemplado concretamente en la ley, no podrá aplicarse a él, una norma que castigue un hecho similar (ej.: el hurto y el robo, son hechos similares; si se diese el caso de que el hurto no estuviese contemplado por el Código, no podría aplicarse, por analogía, al que hurta, la pena correspondiente al robo). Para poder aplicar pena por un hecho, no basta que la ley lo declare delito, sino que es necesario que dicha ley sea previa, anterior al hecho. Con esto se está declarando la irretroactividad de la ley penal; o sea, que ella no puede aplicarse a hechos pasados, sino que debe aplicarse a hechos futuros. La irretroactividad de la ley penal, sólo podrá dejarse de lado cuando la ley posterior al hecho, sea más favorable al reo (ej.: cuando la ley posterior, establezca pena menor). 3.- BELING sostiene que, para que una norma responda al principio de legalidad, ella debe ser: A) Escrita, para que no queden dudas acerca de su contenido. B) Estricta, significa que debe describir concretamente la conducta que es delito (este es un medio para evitar la analogía). C) Previa: debe ser anterior al hecho delictivo. En cuando al origen del 'principio de legalidad', podemos decir que, si bien en el Derecho romano hubo aplicaciones del mismo, su verdadero origen debe verse en la Carta Magna de 1215, en donde el Rey Juan Sin Tierra hace concesiones a los nobles de Inglaterra. Entre otras libertades, la Carta Magna expresa que «nadie podrá ser arrestado, aprisionado ... sino en virtud de un juicio de sus pares, según la ley del país» (art. 48 de la Carta Magna), y además el Rey reconoce que sólo el Parlamento podrá dictar Leyes penales. Posteriormente el principio es recibido por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), en la cual entre sus artículos se destacan: Art. 5: «La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad», «todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido»; «nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena». Art. 8: «Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida o promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada». El 'principio de legalidad' también fue recibido por la Constitución de los Estados Unidos (1787) y de ella lo toma la Constitución Argentina, la cual lo contiene en sus arts. 18 y 19. 4.- Dada la importancia del 'principio de legalidad' y de la necesidad de su existencia para lograr un ordenamiento jurídico penal justo, todas las legislaciones contemporáneas lo han adoptado, salvo los Estados totalitarios y basados en la fuerza, los cuales para lograr sus

finés políticos, han desconocido el 'principio de legalidad'. Esto último, sucedió en 1926 en la legislación rusa, la cual admitió la analogía en materia penal y sostuvo que el 'principio de legalidad' era un principio «burgués». En Alemania también se desconoció el principio de legalidad durante la época del régimen nazi (1935/1947). El Código Penal alemán fue modificado por una ley de 1935, la cual sostenía que «eran delitos, no solo las conductas previstas expresamente, sino también aquellas que herían el sano sentimiento del pueblo». De acuerdo con esta ley, se desconocía el principio de legalidad. No obstante, los tribunales alemanes interpretaron la ley de un modo tal que, en la mayoría de los casos, no permitieron que se dejara de lado el 'principio de legalidad'. 5.- El art. 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proyecta el principio de irretroactividad tanto en la incriminación interna como en la internacional del individuo, al prever que «nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional». El principio de legalidad de la represión, como conquista trascendental de la filosofía de la ilustración se vincula a la función de garantía individual que tiene la ley penal frente al poder del Estado. Este principio se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* (que como se expresara en la primera parte, es una expresión original de Paúl Johann Anselm VON FEUERBACH<sup>1</sup>), que consagra a la ley penal previa como única fuente del derecho penal. Paul Johann Anselm VON FEUERBACH (1775-1833), jurista y filósofo alemán, autor de la teoría del impulso psíquico según la cual el propio temor al castigo ha de ser suficiente para disuadir a los infractores en potencia, Feuerbach pensaba en esencia que el Derecho es independiente de la moral, y siempre se opuso a la pena como venganza. Los antecedentes anteriores a la Ilustración más importantes, que son la Carta Magna (Magna Charta Libertatum) inglesa de Juan Sin Tierra, de 1215, y la Constitución Criminal Carolina germánica de 1532, no poseen el sentido moderno del principio de legalidad. Tal como expresa Santiago MIR PUIG, «sólo a partir de la ideología liberal impulsada por la Ilustración y consagrada funda-

<sup>1</sup> Cf. ETCHEVERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, t. II, Editora Nacional, Santiago de Chile, 1976, p. 76.

mentalmente por la Revolución, se concibe como una limitación al poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano». El antedicho estudioso agrega que «en su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una división política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza del estado civil, en virtud de un pacto o contrato social, por el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye pues la expresión de la voluntad popular». En consecuencia, el principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, sino también una garantía política. 6.- La regla mencionada adquirió categoría de garantía limitadora de la ley penal, en el derecho constitucional norteamericano (1776) y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa (1789). Se hace explícito también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11º inciso 2); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 15º inciso 1); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9º) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 40º inciso 2). El valor de dichos tratados internacionales que poseen reconocimiento constitucional está previsto en el Art. 424 y ss. de la Constitución del 2008. Del principio de legalidad surgen diversas garantías, las que también deben exigirse respecto de la imposición de medidas de seguridad: La **garantía criminal** exige que el delito (= crimen) se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*). La **garantía penal** requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*). La **garantía jurisdiccional o judicial** exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido. La **garantía de ejecución** requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule. Asimismo, la norma jurídica (ley) reguladora del hecho delictivo y su sanción debe cumplir determinados requisitos: **Exigencia de ley previa** que consagra el principio de irretroactividad de la ley penal más severa, ya que es preciso que el sujeto pueda conocer en el momento en que actúa

(momento del hecho) si va a incurrir en un delito y, en su caso, cual es su pena. Contrariamente, en beneficio del imputado rige el principio de retroactividad y ultra actividad de la ley penal más benigna (artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 15º inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2º del Código Penal). Es contrario al respeto de un Estado constitucional de derechos y justicia, insinuar pronunciamientos que pretendan justificar la vulneración del principio de no retroactividad estimando que éste no es, en cualquier caso, un principio absoluto y que, en determinadas circunstancias, puede ceder frente a otras exigencias. Debemos realizar una ponderación entre los valores garantizados por el principio de irretroactividad, como el de la seguridad jurídica, previsto en el Art. 82 de la Constitución del 2008 y la protección de la persona frente a pretendido abuso del derecho, pues los valores éticos y de justicia material militan en favor del respeto al principio de legalidad y de tipicidad, sin ceder a una propuesta de represión retroactiva. Dar paso a esta expresión del abuso de poder torna relativo el valor de la seguridad jurídica. Por lo anterior concluimos que es inaplicable la figura modal del llamado **peculado bancario** al presente caso, pues tal figura penal se incluye como reforma mediante L. 99-26. RO 190 del 13 de mayo de 1999, pues los hechos que se juzgan son anteriores a la reforma citada. **SEXTO.-** El juez a quo ni el juez de la alzada, han cumplido con individualizar como correspondía el grado o calidad en la que en su opinión declaraban el llamamiento a juicio en contra de los coimputados o cosindicados, esto es no señalan o determinan como corresponde si se trata de autores, cómplices o encubridores, equívoco en el que incurre en principio el juez de la alzada, pues decir *ratificase en todas sus partes*, es incumplir la obligación del juez de respetar el derecho a la seguridad jurídica previsto en el Art. 82 de la Const. del 2008. Para clarificar conceptos expresamos que, en relación con la teoría de la participación, el Prof. Eugenio Raúl ZAFFARONI, el penalista más importante de esta parte del mundo hispano parlante, Magistrado de la Corte Suprema de la Nación argentina, al referirse a la configuración jurídica de la concurrencia de personas, dice: «como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación (concurrencia o concurso) de personas en el delito,*



como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad. Cabe precisar que la expresión *participación*, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, *participación* es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas *toma parte en el delito*, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por *participación* el fenómeno por el que una o más personas *toman parte en el delito ajeno*, siendo *partícipes* sólo los *cómplices* y los *instigadores*, con exclusión de los autores»<sup>2</sup>. Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad. Se consideran autores a quienes cometen el delito de propia mano, como bien dice el Prof. Günther JAKOBS, «autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir quién ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito»<sup>3</sup>. El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por sí mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración». Como expresa el propio JAKOBS, «El Derecho Penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución co determinan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo»<sup>4</sup>. En la dogmática penal se llega a considerar a un partícipe con el mismo

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735.

<sup>3</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 745.

nivel de culpabilidad y de responsabilidad que el autor, pues en ocasiones la participación es de tal gravedad que sin su concurso el hecho no se habría producido. En el ordenamiento penal ecuatoriano de acuerdo con el Art. 44 del Código Penal, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido, esto es lo que denominamos *cómplices primarios* o *necesarios*, vale decir que sin ser técnicamente autores se los reputa como tales para efectos de la determinación de la pena; como dice E.R. ZAFFARONI, «quienes hacen el aporte necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los cooperadores necesarios, a quienes se les depara el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesarios»<sup>5</sup>; y, se reserva la calidad de *cómplices secundarios* o *accesorios* a aquellos cuya participación es intrascendente, es decir que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso; la *complicidad secundaria* es aquella a la cual se refiere el Art. 43 del Código Penal ecuatoriano. En el concepto del Prof. JAKOBS, uno de los iconos más importantes del Derecho Penal en el siglo 21, «cuantas más personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta *una aportación de la medida de las demás aportaciones*; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe»<sup>6</sup>. Esto es, que el cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de ejecución, se convierte en coautor. Cabe recordar lo que el mismo JAKOBS enseña con respecto a la denominada **prohibición de regreso** que significa decir que cada cual responde por lo que hace y por lo que deja de hacer de manera consciente y deliberada, y no más allá. JAKOBS apunta a que el carácter de un comportamiento no se imponga de modo unilateral y en forma arbitraria, ya que **quien asume con otro sujeto un vínculo de forma estereotipada e inocua, no quebranta su rol como ciudadano (ni la confianza en la norma), aunque el otro sujeto incardine**

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, pp. 736-737.

<sup>6</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 751.

**dicho vínculo para delinquir.** Para responder penalmente: a) **Se necesita favorecer un delito:** La prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto, no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir que puede ser «*distanciado*» de él. Como el «aporte» del sujeto es inocuo y cotidiano, mal podría caer sobre su persona una imputación. Por eso, al encuadrar esta idea sistemáticamente, JAKOBS establece que la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento. La sugerencia jakobiana ubica a la prohibición de regreso sistemáticamente en la teoría de la participación. b) **Distanciamiento:** Al intentar configurar los límites de la participación punible, JAKOBS dirá: «hay que distanciar el comportamiento del sujeto, en base a su significado objetivo, que favorece a otro sujeto que sí participa». Es que para entender mejor esta idea hay que resaltar que delinque quien incumple con el rol. El rol de portarse como una persona en el derecho, es simplemente hacer lo que uno hace cotidianamente como ciudadano. Lo dicho significa *respetar a los demás y exigir ese respeto para con uno*. De acuerdo con la teoría de la participación, **cómplices** son los que participan en la comisión de una conducta típica ajena con respecto a la que un tercero es el autor material. El cómplice coopera a la ejecución con actos anteriores o concomitantes, sin realizar la conducta típica<sup>7</sup>, de manera que su intervención es coadyuvante de la conducta principal que corresponde al autor, esto nos permite decir que la participación del cómplice es accesoria ya que lo que hace es contribuir a que otro ejecute o cometa un acto ilícito. Aparece como uno de los requisitos la **accesoriedad** de la participación del cómplice, entendida en el sentido de no poder subsistir la complicidad sin la presencia de la autoría, esto es que no puede haber cómplices si no existen autores. Puede darse el evento de que una persona sea autor de un delito y no requiera de cómplices, pero es inaceptable reputar complicidad sin la autoría que es principal. El **cómplice** colabora con un **autor material**<sup>8</sup>, pues el **autor intelectual** se vale de un ejecutor material para obtener el resultado, no pudiendo confluír la conducta de un cómplice con un

<sup>7</sup> REYES, Alfonso, *La Tipicidad*, 1981, Universidad Externado de Bogotá, p. 221.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 223.

**autor intelectual** a menos que se sume a ellos el **autor material**. Otro requisito es el de contribuir o cooperar en la comisión de una conducta típica ajena, la participación en una conducta típica propia lo podría convertir en coautor. Reconociendo la complejidad de diferenciar al **cómplice primario del coautor** «pues objetivamente los aportes de ambos aparecerán como integrantes de la consumación», el Prof. Sebastián SOLER<sup>9</sup> la considera sin importancia alguna por la asimilación punitiva en la responsabilidad penal de ambos partícipes, más a nosotros nos parece que la diferenciación técnica entre el **cómplice primario** y el **coautor** reside en la finalidad del **coautor** que es la de ejecutar y el cómplice la de ayudar a que otro ejecute. La cooperación tiene que ser con actos precedentes o concomitantes, la intervención subsiguiente o posterior al delito será realmente la figura autónoma del encubrimiento, aquí ya no hay realmente cooperación porque no se puede hacer aportaciones a la realización de un hecho ya concluido, según afirma el Prof. Enrique CURY<sup>10</sup>. La calidad de la colaboración tiene que ser apreciada en el hecho en concreto y no hacer formulaciones abstractas para calificar la complicidad como primaria o secundaria, éste es uno de los aspectos más serios por las repercusiones en la esfera de la punibilidad. Nos hace meditar la intervención, cometido el delito pero previo concierto con el autor, como cuando se le ofrece borrar las huellas que pudiese dejar en el sitio o se le ofrece la posibilidad de ocultarlo una vez que hubiere sido cometido el ilícito penal. Cualquiera de estas formas de intervención de *lege lata* las consideramos como encubrimiento cuando no medió el previo concierto. **Análisis de la conducta del encubridor.** Habiendo definición legal en el Código Penal ecuatoriano en el art. 44, la transcribimos para mayor información y comentario: «Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o prue-

<sup>9</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, t. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, p. 272.

<sup>10</sup> CURY, Enrique, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Valparaíso, 1969, p. 277.

bas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente». Nuestro antiguo código, trae una enumeración exhaustiva de las formas como se puede favorecer al sujeto activo de delito, y reputar ese acto posterior al de la comisión del delito, como de encubrimiento. Reiteramos que el auxilio posterior en el encubrimiento no debe obedecer a un acuerdo previo, pues en esas circunstancias bien podríamos ubicar la conducta en una de las formas de complicidad o de autoría. Resultará ser el encubrimiento una intervención residual que se predicará de un sujeto que con el conocimiento previo de la perpetración de un delito, o de los actos que se ejecutan para llevarlo a cabo, sin participar como autor o cómplice, actúa posteriormente a su comisión o frustración adecuando su conducta en alguna de las hipótesis que previó el legislador. Hoy se niega que el encubridor sea un partícipe<sup>11</sup>, pues su intervención se presenta en la mayoría de los casos cuando el delito se ha cometido, o excepcionalmente se pena el encubrimiento por la sola circunstancia de proporcionar en forma reiterada escondite o sitio de reunión o ayuda a los sujetos activos de delito. La tendencia preponderante es de tratar el encubrimiento como un tipo penal con verdadera estructura y autonomía jurídica, advertimos que muchas hipótesis –aún las mencionadas por el legislador ecuatoriano– son delitos autónomos. La ocultación de los instrumentos o pruebas del delito, puede constituir delito contra la actividad judicial cuando se mueve a engaño al juez en el decurso de un proceso. Como realmente el encubridor no es partícipe, calificación reservada a los que intervienen en la comisión del delito ejecutándolo (autores) o cooperando a su ejecución (cómplices); debe excluirse de la participación toda intervención que no consista en producir un delito o contribuir a ello<sup>12</sup>. Nada puede agregar al delito ya cometido la conducta posterior del que auxilia al delincuente –para tomar las palabras del legislador–, como dice el Prof. SOLER<sup>13</sup> «con esta acción ulte-

<sup>11</sup> Cf. CURY, «Orientaciones...», p. 279.

<sup>12</sup> SOLER, *op. cit.*, t. II, p. 239.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, t. V, p. 248.

rior sólo puede alcanzarse a tornar imposible la acción de la justicia; contra ésta actúa en forma clara y autónoma, el encubridor». **Son presupuestos del encubrimiento**, la existencia de un hecho precedente y cierto, que es la comisión de un delito, con la excepción de lo que dispone el art. 44 en su parte inicial cuando afirma que son encubridores los que conociendo la conducta delictuosa, proporcionan habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión. De *lege ferenda* debe pensarse esta conducta como delito autónomo pero objetivamente aparece como inaplicable, pues el encubrimiento genera una pena de una cuarta parte de la aplicable a los autores del delito. El encubrimiento puede predicarse de un delito consumado o que se encuentre en fase de tentativa (dispositivo ampliador del tipo o forma ampliada de adecuación) y con respecto a cualquier forma de participación, esto es de un autor, de un instigador, de un cómplice, etc. Se demanda como condición negativa del encubrimiento, la ausencia de promesa anterior al delito de prestar auxilio una vez cometido, por las razones ya expuestas. Como se ha destacado el conocimiento previo de la participación en un delito, basta con que actúe el encubridor con dolo eventual, descartando la admisión de un encubrimiento culposo pues el favorecimiento, ocultación, destrucción de vestigios del delito, etc., se efectúa a sabiendas. El **favorecimiento** puede ser **real**, cuando se ocultan o destruyen los efectos o instrumentos del delito para evitar el descubrimiento («represión» dice nuestro código), pudiendo estar referido al objeto material del delito –cuerpo de la víctima–, a las huellas o vestigios, en ropas, muebles, etc., o a los instrumentos del delito, apreciados como las armas con que se lo hubiere cometido<sup>14</sup>. El **favorecimiento** puede ser **personal**, al que se lo subclasifica en **ocasional** y en **habitual**. Es **ocasional**, el contemplado en el art. 44 cuando se destaca como encubrimiento, proporcionar los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, y **habitual** cuando hay la repetición de actos de favorecimiento, suministrando alojamiento, escondite o lugar de reunión. No existe el estudio y análisis precedentemente, citado para legitimar el grado de participación por el cual se dictó el auto de llamamiento a juicio plenario

<sup>14</sup> Cf. Alfredo ETCHEVERRY, *Derecho Penal*, t. II, Editora Nacional, Santiago de Chile, 1976, p. 76.

en contra de todos y cada uno de los sindicatos. **SEPTIMO.-** El juez a quo (o del primer nivel) colocó en situación de indefensión a los sindicatos pues encontrándose precluida la etapa del sumario, decide de *motu proprio* incorporar documentos al proceso que no eran de conocimiento de los justiciables que vieron impedido el derecho a la defensa que es una garantía inviolable, así como a contar con el tiempo para preparar su defensa y ejercer el derecho al contradictorio, estas garantías estaban previstas en el Art. 24 de la Constitución Política de 1998, y hoy en el Art. 76 de la Constitución del 2008. El procedimiento del juez de origen, viola el Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por el Estado ecuatoriano y vinculante por el mandato previsto en el Art. 424 y siguientes de la Constitución de Montecristi. En lo que es aplicable dice la disposición invocada: «**Artículo 8. Garantías Judiciales.** 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; y privadamente con su defensor;... f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos». En torno a la documentación que cita el juez del primer nivel en situación de indefensión en perjuicio de los sindicatos, hacemos las siguientes puntualizaciones. **1.-** En la p. 13 del auto resolutorio del primer nivel se manifiesta: «lo cual se evidencia del informe de la firma «... de fs. 25295 a 25336 en el que señala: .../... Las pérdidas del banco cortadas al 2 de diciembre de 1988, suman US\$ 654 millones.» Examinado tal informe con objetividad y ponderación, la firma auditora referida jamás afirma ningún monto de pérdidas de ... ni existen otros documentos en que se haga referencia a los hechos citados. Cabe consignar y para todos los efectos que la responsabilidad penal es personal y no colectiva de manera que cada uno los sindicatos debe responder por la adecuación de su conducta a un tipo penal sancionador, inequívocamente determinado y lejos de toda duda razonable. **2.-** En el considerando TERCERO, Prueba documental, número 50), p. 11 del auto, el juez del primer

nivel cita como prueba documental a los informes de auditorías externas realizadas por ... y ..., entre otros; así mismo en el número 51) se citan a los Informes de auditores internos. Debemos expresar que dichos documentos no constaban agregados al proceso, hasta después de presentado el dictamen fiscal por parte de la Sra. Ministra Fiscal General, y a partir de ese momento no existe ninguna providencia en que se ordene agregar a los mismos al proceso, ni mucho menos que se haya puesto en conocimiento de todos los sindicatos para que puedan ejercer el derecho a la defensa y al contradictorio que son garantías propias del derecho al debido proceso previstas *in extenso* en el Art. 24 de la Constitución de 1998 y hoy en el Art. 76 de la Constitución del 2008. Legalmente tales documentos no aparecen agregados al proceso y si es así constituyen prueba viciada por no haber sido incorporada legalmente al proceso. El juez de la causa transcribe una serie de hechos, datos y cifras que supuestamente son de autoría de la firma auditora ..., pero con la circunstancia equívoca que los hace suyos y los da por ciertos, sin considerar que las auditorías que si se practicaron en el banco y que si se encuentran agregadas al proceso, arrojan datos completamente diferentes. **3.-** En el considerando DECIMO SEGUNDO, p. 49, se hace referencia al informe de Auditoría Interna, suscrito por el Ing. ... Auditor General de ... sin que conste que el mismo haya sido incorporado al proceso. **4.-** En el considerando CUARTO, p. 15, en la parte pertinente textualmente se señala : « De la transcripción parcial de este informe se denota el manejo irregular y aún fraudulento de ... durante el período de 1998; pues el dinero fruto de las captaciones y ahorro de los depositantes se invirtió en los créditos otorgados a las empresas de los accionistas de ... y su grupo financiero; es decir, a empresas vinculadas a las cuales no se les exigió garantías y en otras ocasiones se les aceptó garantías insuficientes; empresas que no pagaron los créditos. En resumen, hubo disposición arbitraria de los fondos del banco en beneficio de sus accionistas principales, que eran los administradores de ... y que se encuentran sindicados.» En este considerando a su vez, se cita dos informes, el uno de ... y el otro de la firma ... sin aclarar cuál de los dos informes es al que se refiere en juez de origen en la parte trascrita y si los préstamos vinculados ahí referidos fueron concedidos por ... en el año de 1998, pues de conformidad con el informe definitivo de la firma ... de 15 de enero de 1999, que en la p. 13, numeral 4.3.B (cuerpo 144 del proceso)

referente a los hallazgos textualmente cita: «En el período comprendido entre el 31 de octubre y el 30 de noviembre de 1998 y con base en la muestra examinada, observamos que existen renovaciones de créditos con vinculados ( ver Anexo XIV y XV).» De esto se infiere que en 1998 no se otorgaron nuevos créditos vinculados, sino simplemente hubo renovaciones, lo que bajo ningún concepto implica egreso de fondos o peor aún su disposición arbitraria. 5.- En la parte final del considerando SEXTO al referirse a la obligación de los administradores de ...de presentar un balance con sus respectivos anexos que refleje la situación financiera del banco, con corte al 2 de diciembre de 1998, se manifiesta en el fallo del primer nivel: « esta disposición no fue cumplida por los administradores de ...» Tal afirmación está contradicha procesalmente, si se toma en consideración que las copias certificadas de los balances de ... y de ...desde el 14 de septiembre al 2 de diciembre de 1998 inclusive, constan agregados al proceso, y concretamente en los cuerpos 67 y 68 en 440 fojas. 6.- En el considerando OCTAVO, literal a), p. 26, luego de advertir varios incumplimientos de ... respecto del plan de estabilización al que fue sometida esa entidad por parte del Banco Central, textualmente se afirma: « estando sometido al proceso de estabilización, autorizó el refinanciamiento de operaciones de créditos vinculados, lo cual se advierte del informe N... incumpliendo de esa manera con la disposición del numeral siete del Programa de Estabilización al que fue sometido ... que prohíbe a la entidad la concesión de nuevos créditos y contingentes vinculados;». Hay una suerte de confusión en lo afirmado pues no se expresa si la concesión de nuevos créditos es igual al refinanciamiento de antiguos créditos. 7.- En el considerando OCTAVO, literal b) se manifiesta: « En el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 6 de octubre de 1998, la Cartera de Créditos de ... se incrementó en la cantidad de 434.897 millones de sucres; en el período comprendido entre el 29 de septiembre de 1998, fecha en la que el Banco Central informa a ... la concesión del crédito de liquidez, y el 4 de noviembre de 1998, se realizaron operaciones nuevas por un monto de 42.3 miles de millones de sucres de los cuales alrededor de 432 millones corresponden a operaciones con empresas vinculadas y subsidiarias (Anexo 13).» No se menciona ni concreta en que informe/s o documento/s constan esos datos, pues, por pedido del Presidente de la Corte Suprema, el Gerente General de ... mediante oficio

... **de 5 de diciembre de 2000**, luego de la revisión completa en relación con este tema, informa que, en el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, **la cartera de crédito de esta entidad decreció**, y que los créditos nuevos concedidos en el período comprendido entre el 28 de septiembre y el 4 de noviembre de 1998, que es el espacio de tiempo en que estuvo vigente la prohibición de conceder operaciones de crédito nuevas en la Regulación N° 001 del Directorio del Banco Central, fue de 19.195 millones de sucres y que a esa fecha esos créditos habían sido ya cancelados por los deudores de los mismos y que no existen operaciones de crédito nuevas para con empresas vinculadas, todo lo cual fue corroborado en el informe de los peritos ...expertos que fueron nombrados por el señor Presidente de la Corte Suprema, por pedido de otro sindicado. 8.- Al inicio del considerando DECIMO PRIMERO, se expresa: «La administración de ... ha llevado una contabilidad irregular, que podría calificarse de ilegal, lo cual se advierte del Informe de Auditoría Externa de ... que consta en el oficio remitido al EC. ...Superintendente de Bancos, de 15 de enero de 1999, en el cual señala,...». En el documento al que se hace referencia, realizado por la firma ...el 15 de enero de 1999, remitido al **Subgerente General del Banco Central del Ecuador, EC...**, en el punto 2. Claramente indica: «No fuimos contratados para realizar, y no efectuamos una auditoria de los estados financieros de...ni de ninguna de sus subsidiarias ni de ninguno de los componentes de dichos estados financieros, de acuerdo con normas de auditoría generalmente aceptadas. Por lo tanto, no estamos en condiciones de expresar y no expresamos una opinión sobre los referidos estados financieros o sus componentes, sus cuentas o sobre el sistema de control interno de ...ni de ninguna de sus subsidiarias.» Por lo indicado y especialmente por lo transcrito del informe de ... no existen razones valederas para calificar a este trabajo como un informe de Auditoría Externa, si claramente no lo es, puesto que no fueron contratados para ello. 9.- En el considerando VIGESIMO, pp. 71 y 72, textualmente señala el juez *a-quo*: «en virtud de que los directivos de ...incumplieron las condiciones de los créditos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador, que suministró dinero del Estado Ecuatoriano, para fines específicos; esto es, para que la mencionada entidad bancaria pueda atender al retiro de depósitos de sus clientes, así como para cubrir cartas de crédito y avales con insti-

tuciones del exterior; y los emplearon en su beneficio propio, conforme se encuentra probado en autos.» En homenaje y reconocimiento a la verdad procesal, tal afirmación está contradicha, tomando en consideración el informe pericial presentado por los señores ... (cuerpo 72 del proceso), nombrados por el señor Presidente de la Corte Suprema anterior, que versó sobre la utilización de los préstamos de liquidez otorgados por el Banco Central a ... y cuyas conclusiones principalmente fueron: **las necesidades de liquidez de ... en el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, fueron superiores al monto de los préstamos concedidos; que de los 2.7 billones de sucres de préstamo concedido, llegaron tan solo 1.7 billones a ... pues 1 billón lo retuvo el Banco Central por concepto de intereses y diferencial cambiario.** Este peritaje a su vez es corroborado por el oficio 200-443-GG de 5 de diciembre de 2000, suscrito por el Gerente General de ... a esa fecha, y que también obra de autos (cuerpo 60 del proceso). **10.-** En el literal b) del considerando OCTAVO, p. 27 del auto, el juez del primer nivel manifiesta: «Que a partir del 8 de mayo de 1998 y hasta el 2 de diciembre del mismo año, en forma continua y sistemática, se registran en la cuenta ... «Inversiones Varias» de ... una serie de débitos por diversos valores que ascienden a la cantidad de US\$ 107'324.726,81.» De estas expresiones surge con total claridad que se confunde el detalle de una serie de débitos con un saldo acumulativo de los mismos. Esto no puede ni debe confundirse jamás puesto que lleva a una conclusión errada. En el proceso constan los Balances diarios de ... de los que se desprende que el saldo de la Cuenta Inversiones al 14 de setiembre de 1998 era de US\$ 137.9 millones y que al 1 de diciembre era de US\$ 82.5 millones y al 2 de diciembre de ese mismo año era de US\$ 7.2 millones, por lo tanto es claro y evidente que hubo un decremento de las inversiones en la entidad Off Shore y consecuentemente se cumplió con las Regulaciones y Convenios suscritos con el Banco Central del Ecuador. Sin explicación ni justificación alguna, no se tomaron en cuenta los balances debidamente certificados de ... que constan del proceso (cuerpo 67) y que constituyen prueba documental fehaciente de la inexistencia del incumplimiento imputado.- **OCTAVO.-** La hipótesis típica que acusa la señora Ministra Fiscal General no es de peculado bancario, no obstante el juez del primer nivel se refiere a ella violentando el respeto al **principio de congruencia**. De acuerdo con este

principio al juez le está vedada la utilización de una figura penal agravada que no ha sido materia de la acusación fiscal. El juez puede resolver acorde con la pretensión del ministerio público o menos, al punto que puede dictar auto de sobreseimiento, pero nunca puede ir más allá que la pretensión de la fiscalía que es lo que ha ocurrido en el presente caso. Por otro lado es igualmente importante consignar en relación con el delito de peculado bancario que es el objeto jurídico del auto de llamamiento a juicio plenario que se discute en esta sala, que la forma modal del peculado bancario se encuentra vigente desde el 13 de mayo de 1999 como ya se ha analizado, y como se encuentra reconocido en la sentencia dictada el 22 de enero del 2009 a las 11h00, en el recurso de revisión deducido por ... y otro, en el caso ... cuyo fallo suscriben los doctores ... resultando inaplicable esta forma modal de peculado para hechos acontecidos entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, que son los que se investigan. Tanto el Art. 24 numeral 1 de la Constitución de 1998, como el Art. 76 numeral 3 de la Constitución del 2008 establecen que nadie puede ser juzgado por acto u omisión que no esté previsto como infracción, y consagran el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley existente al tiempo de los hechos que se imputan como infracción. Esta garantía que reconoce el **principio de legalidad o de tipicidad** y de un **derecho penal de acto** se encuentra igualmente reconocida en el Art. 2 del Código Penal y Art. 2 del Código de Procedimiento Penal del 2000 aplicables al caso. **NOVENO.-** En el caso de ... y no obstante el equívoco de haber solicitado que se le hiciera extensivo el autocabeza de proceso y la sindicación del 5 de diciembre del 2000 dictada a las 08h30, en el momento de emitir su opinión o criterio la señora MINISTRA FISCAL GENERAL lo excluye de la acusación fiscal y sugiere que de existir méritos, se inicie un proceso penal por cuerda separada para examinar si la negociación del 5 de marzo del año 2000 es o no constitutiva de delito (sic). El juez *a quo* ha actuado en franco desconocimiento de la vigencia del modelo acusatorio en el sistema penal ecuatoriano, que se encuentra plenamente vigente desde el 11 de agosto de 1998, con la nueva Constitución Política de la República de 1998, que en el Art. 219 determina en forma excluyente y privativa la titularidad del ejercicio de la acción penal en manos del Ministerio Público a quien confía la investigación pre procesal y procesal penal, otorgándole competencia para acusar a los presuntos culpables si encuentra mérito

para ello. En cualquier país en el que esté vigente el modelo acusatorio, es de competencia privativa del Ministerio Público acusar o no, y al juez le está vedado actuar de oficio y en contra de un dictamen no acusatorio como ha ocurrido al resolverse la situación procesal en que se incluye a ... en un auto de llamamiento a juicio plenario por el presunto delito de peculado bancario. Por el principio de la primacía de la Constitución Política de la República de 1998 previsto en el Art. 272, aplicable al caso y al tiempo de la resolución del primer nivel, mal podía actuar de oficio el juez a quo, y era de su obligación aplicar las normas de la Constitución pertinentes aunque no hubiesen sido invocadas por las partes, por expreso mandato del Art. 273 *ibidem*. Al resolverse de la forma o manera como consta en el auto resolutorio del 19 de marzo del 2003 dictado a las 16h30, se ha irrespetado el modelo acusatorio y la competencia del Ministerio Público prevista en el Art. 219 de la misma Constitución que es norma suprema en un Estado de Derecho. A falta de otros argumentos y de la inexistencia de indicios (hechos ciertos y probados) en contra de ... el juez de la causa al resolver, dice en el considerando **DECIMO SEXTO** (que corre de fojas 64 y siguientes) lo que transcribimos: «En relación a la situación jurídica y procesal de los procesados ... se ha establecido que con sus actuaciones, que han sido materia de análisis en un considerando anterior, existe vinculación con los actos que son materia de investigación en este proceso, en cuanto se refiere a la disposición arbitraria de fondos de ... y su Grupo Financiero...». De la revisión del auto resolutorio del primer nivel no aparece tal análisis anterior en cuanto a la situación de ... **DECIMO.- Requisitos del auto de llamamiento a juicio.** Cumpliendo el mandato constitucional todo acto o resolución de autoridad competente, tiene que estar debidamente fundamentado o motivado, esto responde a una exigencia de derecho a la seguridad jurídica, y a que posibilite la impugnación con el conocimiento previo de los fundamentos de una resolución que causa agravio. La petición que formule el fiscal en la acusación que es el presupuesto para el llamamiento a juicio debe tener soporte -vale decir fundamentación- en esto hay que reconocer una suerte de riguridad formal, pero es un mecanismo de respeto a la inviolabilidad de la defensa y del derecho al contradictorio. Podemos resumir los siguientes aspectos: **1.-** El proceso penal es una institución que se desarrolla a través de diferentes etapas procesales, que se llevan de manera conti-

nuada y progresiva. El **juicio previo** al que se refiere tanto la Constitución Política de la República como el Código de Procedimiento Penal debe someterse a reglas de procedimiento que tienen normativa expresa, respetando de manera absoluta los derechos de los justiciables. Incluso cuando se desestiman por ej. versiones rendidas durante la investigación e instrucción, es de obligación de la fiscalía y de la judicatura expresar porque se las desestimaban. Siempre se debe hacer un análisis crítico de lo sustanciado, sin limitarse como ocurre con frecuencia a repetir las versiones sin emitir juicio de valor alguno sobre su contenido y pertinencia con los hechos que se investigan. **2.-** El auto de llamamiento a juicio, es el auto resolutorio contenido en una declaración jurisdiccional de la presunta culpabilidad del imputado como partícipe de un delito, que se ha comprobado en su fase material u objetiva. En la etapa del sumario anteriormente, y hoy en la de instrucción fiscal, deben comprobarse los elementos materiales que permitan la adecuación del acto al tipo penal, produciéndose así el juicio de reproche con respecto al acto, y en la etapa del juicio se debe comprobar la culpabilidad del acusado como presupuesto para la imposición de una condena, con lo cual se produce el juicio de reproche o desaprobación al autor. El auto de llamamiento a juicio sólo puede estar legitimado, si se cumplen los presupuestos que el juez debe encontrar en la instrucción fiscal, como consecuencia del análisis crítico que debe hacer de la misma. El auto de llamamiento a juicio debe contener la declaración judicial de que el proceso debe continuar a la etapa siguiente en donde debe desarrollarse el juicio de atribución. El juez debe hacer una doble declaración, la de certeza sobre la existencia del acto adecuadamente típico, y la de relación causal entre éste y el imputado o imputados plenamente identificados, de donde va a surgir la declaración presuntiva de culpabilidad que recae sobre el o los acusados. El análisis que el juez debe hacer en la etapa intermedia, al resolver el llamamiento a juicio, se fundamenta en los medios de prueba que se hubiesen practicado durante la instrucción fiscal. Si nada de esto consta, la resolución del juez deviene en infundada. **3.-** No se puede desconocer que el auto de llamamiento a juicio (o del plenario) es una providencia judicial, que resuelve la situación jurídica del sindicado o del imputado, a quien se coloca en situación de procesado o acusado. Este auto debe ser motivado porque el juez se encuentra ante el ineludible deber de explicar en la parte lógica de

su providencia, cada uno de los fundamentos que llevan a la conclusión de que la instrucción fiscal (o el sumario) ha cumplido las finalidades, debiendo mencionar tanto los presupuestos objetivos como los subjetivos del mencionado auto. En el auto resolutorio deben analizarse cada uno de los temas que fueron debatidos en el proceso. Esto es, tanto los formales que tienen que ver con actos como una privación ilegal e inconstitucional de la libertad, como los sustanciales que están referidos a la existencia de elementos probatorios de cargo, igualmente deben valorarse con objetividad e imparcialidad todos los elementos de descargo que consten en un proceso. 4.- El juez actuante (el del auto resolutorio de llamamiento a juicio o del plenario) y el tribunal de alzada, en su momento como cuando se interpone el recurso de apelación, tienen la obligación de hacer un análisis crítico de la investigación del fiscal y del juez, así como de las exposiciones jurídicas de las partes procesales escuchadas en el proceso, para presumir razonablemente la existencia del delito, y la presunta participación en el mismo del sindicado o del imputado. El juez de garantías penales del sumario y de la instrucción está obligado a observar que en el dictamen acusatorio se cumpla con la determinación de los elementos de convicción que den sustento a la acusación, tanto en cuanto a la existencia del delito que se imputa, como del nexo causal de la conducta atribuida con dicho resultado típico. Uno de los requisitos de forma del auto de llamamiento a juicio y del plenario, es que se haga constar «la descripción clara y precisa del delito cometido», esto es, que debe existir la declaración formal de que el delito por el cual se pretende juzgar a una persona en el juicio de culpabilidad, jurídicamente existió. 5.- Al no existir elementos probatorios de la existencia del delito imputado, el juez que es juez de garantías penales, no puede ni debe dictar un auto de llamamiento a juicio, pues el mismo demanda como presupuesto de procedencia y de legitimidad, la certeza en el juez de la existencia jurídica del delito. Cuando los elementos en que se funda el dictamen acusatorio son insuficientes lo que procede es que el juez dicte el sobreseimiento, aun en el evento de que el juez tenga dudas sobre la existencia del delito. Solo la certeza judicial sobre dicha existencia, hace viable el llamamiento a juicio. El auto de llamamiento a plenario y a juicio tiene requisitos formales necesarios para su procedencia procesal, pues el mismo debe determinar con precisión el acto adecuadamente típico cometido, así como la explica-

ción sobre el nexo causal entre el acto y el imputado. Dicho auto debe ser debidamente fundamentado en el análisis del objeto y en el del sujeto activo, señalando así los límites dentro de los cuales debe ejercer su competencia el juez de garantías penales que es el juez del juicio y de la sentencia. Como el auto de llamamiento a juicio es un documento judicial que califica al objeto y al sujeto, debe cumplir rigurosamente con los requisitos que en forma expresa prevé la ley procesal. 6.- Un requisito para la procedencia y validez del auto de llamamiento a juicio, es que en el mismo se haga una valoración analítica y crítica de la actuación fiscal pues lo contrario sería convertir a la judicatura en dependiente de la fiscalía. La ley exige que el dictamen fiscal entregue los resultados de su actividad como titular de la investigación, los mismos que deben estar referidos a las finalidades de dicha etapa que se contraen a determinar la existencia jurídica del delito, así como la intervención del sindicado o imputado en la infracción que es objeto del proceso. El juez no puede limitarse a hacer una mera descripción de los actos procesales constantes en la investigación fiscal o del sumario como ocurre en más de una ocasión, con grave quebranto del derecho a la defensa. Los resultados a los que se refiere la ley procesal penal son los fines de esta etapa del proceso penal, que el juez debe analizar de manera prolija, es decir, de manera cuidadosa y esmerada, para concluir si la etapa del sumario o de la instrucción cumplió con las finalidades que prevé la ley procesal penal. Debemos admitir que en el presente caso, lamentablemente el juez a quo, no individualiza el grado o calidad en que llama a juicio a los presuntos culpables, pues no dice si es en calidad de autores, cómplices o encubridores. En definitiva y referido al presente caso, por cuanto no se ha establecido la presunción del nexo causal, en cuanto a la participación de los sindicados... en el delito de **peculado bancario**, se revoca el auto de llamamiento a juicio plenario dictado en su contra, y se dicta sobreseimiento definitivo a su favor de... dejándose sin efecto las medidas cautelares personales y reales ordenadas en contra de los mencionados sindicados. Que se oficie a las autoridades de Policía a fin de que se abstengan de detenerlos y cúrsense los oficios para dejar insubsistentes las medidas de apremio real dispuestas en contra de sus bienes. Notifíquese.-



## SENTENCIA COMO ENCUBRIDOR

No. 863-B- 2007

Corte Provincial de Justicia del Guayas

**SALA DE LO PENAL , ... del 2009; a las ...- VISTOS:** La presente causa penal se encuentra en estado de dictar el auto resolutorio que corresponde, en relación con el dictamen fiscal acusatorio presentado por el doctor ..., Ministro Fiscal Distrital del Guayas y Galápagos (e), en contra de los imputados.. como autores y cómplices del delito de tráfico ilícito de de drogas, tipificado y sancionado por el Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y una vez que se ha cumplido con la sustanciación de la audiencia preliminar, para resolver, se considera: **PRIMERO.-** Esta Tercera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver la presente instrucción de conformidad con la ley.- **SEGUNDO.-** El señor Ministro Fiscal Distrital del Guayas y Galápagos (e) , manifiesta en su dictamen acusatorio que ... y ... deben responder como cómplices del delito de tráfico de sustancias estupefacientes y sicotrópicas. **TERCERO.-** En la audiencia preliminar, el doctor Ministro Fiscal Distrital, subrogante, ha ratificado el dictamen acusatorio por el delito de tráfico ilícito de drogas, tipificado y sancionado por el Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en calidad de cómplices, en contra de ... y de ... **CUARTO.- LA SITUACIÓN DE ... 1.-** El señor... que presentó el dictamen acusatorio que obra del proceso, acusó a ... como cómplice del delito objeto del proceso, que es tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Al tiempo de la acusación fiscal no se encontraba probado en el proceso, el dominio o usu-

fructo que ejercía sobre el barco ... el ciudadano que se identifica como ... de nacionalidad colombiana, para darle credibilidad a la afirmación de ... de que había hecho revisar inclusive por abogado los documentos que le presentaba ..., previo a invertir 45 mil dólares, en un barco que conocía que era de propiedad de otro ciudadano. Con posterioridad a la audiencia preliminar y ejerciendo el derecho a la defensa que le asiste como una garantía inviolable por el mandato del Art.76, numeral 7, letra a) de la Constitución Política de la República, ... ha presentado los documentos justificativos otorgados por la Capitania del Puerto de Salinas de la autorización del zarpe para las faenas de pesca, del contrato de arrendamiento suscrito entre ... y ..., armador y propietario del buque, y del contrato de prenda industrial constituida sobre la red financiada por ...

**2.-** Debemos recordar que el auto de llamamiento a juicio, es el auto resolutorio contenido en una declaración jurisdiccional de la presunta culpabilidad del imputado como partícipe de un delito, que se ha comprobado en su fase material u objetiva. En la instrucción fiscal deben comprobarse los elementos materiales que permitan la adecuación del acto al tipo penal, produciéndose así el juicio de reproche con respecto al acto, y en la etapa del juicio se debe comprobar la culpabilidad del acusado como presupuesto para la imposición de una condena, con lo cual se produce el juicio de reproche o desaprobación al autor. El auto de llamamiento a juicio sólo puede estar legitimado, si se cumplen los presupuestos que el juez debe encontrar en la instrucción fiscal, como consecuencia del análisis crítico que debe hacer de la misma. El juez debe hacer una doble declaración, la de certeza sobre la existencia del acto adecuadamente típico, y la de relación causal entre éste y el imputado plenamente identificado, de donde va a surgir la declaración presuntiva de culpabilidad que recae sobre el acusado. El análisis que el juez debe hacer en la etapa intermedia, al resolver si procede o no el llamamiento a juicio, se fundamenta en los medios de prueba que se hubiesen practicado durante la instrucción fiscal. Este auto debe ser motivado porque el juez se encuentra ante el ineludible deber de explicar en la parte lógica de su providencia, cada uno de los fundamentos que llevan a la conclusión de que la instrucción fiscal ha cumplido las finalidades, debiendo mencionar tanto los presupuestos objetivos como los subjetivos del mencionado auto. Deben analizarse cada uno de los temas que fueron debatidos en la audiencia prelimi-

nar. Esto es, tanto los formales que tienen que ver con la constitucionalidad de las medidas de aseguramiento que fueron el antecedente para este proceso, así como los sustanciales que están referidos a la existencia o no de elementos probatorios de cargo, debiendo valorarse con objetividad e imparcialidad todos los elementos de descargo que han sido sostenidos en el proceso y en la audiencia preliminar. La parte lógica de un auto de resolución como el presente debe indicar razonadamente cada uno de los elementos de la instrucción fiscal que sirven de fundamento para concluir que el imputado debe ser llamado o no al juicio de atribución o de reproche de culpabilidad, y en qué grado de acuerdo con la teoría de la participación. Estamos obligados a observar si en el dictamen acusatorio se cumple con la determinación de las pruebas de que el delito que se imputa, se había efectivamente cometido; y, los acusados se encuentran en nexos causal con dicho resultado típico. Uno de los requisitos de forma del auto de llamamiento a juicio es que se haga constar «la descripción clara y precisa del delito cometido», esto es, que debe existir la declaración formal de que el delito por el cual se pretende juzgar a una persona en el juicio de culpabilidad, jurídicamente existió. Al no existir elementos probatorios de la existencia del delito imputado, el juez no puede dictar un auto de llamamiento a juicio, pues el mismo demanda como presupuesto de procedencia y de legitimidad, la certeza en el juez de la existencia jurídica del delito y de la presunta participación del imputado. Cuando los elementos en que se funda el dictamen acusatorio son insuficientes en la calificación de la fiscalía con respecto al grado de participación, lo que procede es que el juez haga la correcta adecuación típica. Solo la certeza judicial sobre dicha existencia, hace viable el llamamiento a juicio acorde con la acusación que formula la fiscalía. El auto de llamamiento a juicio tiene requisitos formales necesarios para su procedencia procesal, pues el mismo debe determinar con precisión el acto adecuadamente típico cometido, así como la explicación sobre el nexo causal entre el acto y el imputado de acuerdo con la teoría de la participación. Dicho auto debe ser debidamente fundamentado en el análisis del objeto y en el del sujeto activo, señalando así los límites dentro de los cuales debe ejercer su competencia el juez del juicio y de la sentencia. Como el auto de llamamiento a juicio es un documento judicial que califica al objeto y al sujeto, debe cumplir rigurosamente con los requisitos que en forma

expresa prevé la ley procesal. Los resultados a los que se refiere la ley procesal penal en su Art. 232 (**El análisis prolijo de los resultados de la instrucción fiscal**) son los fines de esta etapa del proceso penal, que el juez debe analizar de manera prolija, vale decir, de manera cuidadosa y esmerada, para concluir si la etapa de instrucción cumplió con las finalidades que prevé la ley procesal penal. **3.-** La Sala considera que en el caso sub júdice no hay certeza de la participación de ..., en calidad de cómplice del delito objeto jurídico de la presente instrucción fiscal. El Art. 76 numeral 5 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el Art. 4 del Código Penal, determina que la ley se aplicará en el sentido más favorable al encausado. Actuar fuera de este principio se convierte en un hecho que lesiona no sólo los intereses de los imputados sino los de la propia Constitución y Ley, ya que no se puede so pretexto de defender los intereses del Estado, actuar al margen de la Constitución y la Ley, violentando sus principios y disposiciones. Valorada la instrucción fiscal y sus resultados en conjunto, no se desprenden elementos de convicción suficientes que demuestran la presunta participación del imputado ... en calidad de cómplice en el delito de tráfico de estupefacientes tipificado y sancionado por el Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que le imputa el representante del Ministerio Público. **4.-** De acuerdo con la teoría de la participación, **cómplices** son los que participan en la comisión de una conducta típica ajena con respecto a la que un tercero es el autor material. El cómplice coopera a la ejecución con actos anteriores o concomitantes, sin realizar la conducta típica<sup>1</sup>, de manera que su intervención es coadyuvante de la conducta principal que corresponde al autor, esto nos permite decir que la participación del cómplice es accesoria ya que lo que hace es contribuir a que otro ejecute o cometa un acto ilícito. Aparece como uno de los requisitos la **accesoriedad** de la participación del cómplice, entendida en el sentido de no poder subsistir la complicidad sin la presencia de la autoría, esto es que no puede haber cómplices si no existen autores. Puede darse el evento de que una persona sea autor de un delito y no requiera de cómplices, pero es inaceptable reputar complicidad sin la autoría que es principal. El **cómplice** colabora con

<sup>1</sup> REYES, Alfonso, *La Tipicidad*, 1981, Universidad Externado de Bogotá, p. 221.

un **autor material**<sup>2</sup> pues el **autor intelectual** se vale de un ejecutor material para obtener el resultado, no pudiendo confluír la conducta de un cómplice con un **autor intelectual** a menos que se sume a ellos el **autor material**. Otro requisito es el de contribuir o cooperar en la comisión de una conducta típica ajena, la participación en una conducta típica propia lo podría convertir en coautor. Reconociendo la complejidad de diferenciar al **cómplice primario del coautor** «pues objetivamente los aportes de ambos aparecerán como integrantes de la consumación», el Prof. Sebastián SOLER<sup>3</sup> la considera sin importancia alguna por la asimilación punitiva en la responsabilidad penal de ambos partícipes, más a nosotros nos parece que la diferenciación técnica entre el **cómplice primario** y el **coautor** reside en la finalidad del **coautor** que es la de ejecutar y el cómplice la de ayudar a que otro ejecute. La cooperación tiene que ser con actos precedentes o concomitantes, la intervención subsiguiente o posterior al delito será realmente la figura autónoma del encubrimiento, aquí ya no hay realmente cooperación porque no se puede hacer aportaciones a la realización de un hecho ya concluido, según afirma el Prof. Enrique CURY<sup>4</sup>. La calidad de la colaboración tiene que ser apreciada en el hecho en concreto y no hacer formulaciones abstractas para calificar la complicidad como primaria o secundaria, éste es uno de los aspectos más serios por las repercusiones en la esfera de la punibilidad. Nos hace meditar la intervención, cometido el delito pero previo concierto con el autor, como cuando se le ofrece borrar las huellas que pudiere dejar en el sitio o se le ofrece la posibilidad de ocultarlo una vez que hubiere sido cometido el ilícito penal. Cualquiera de estas formas de intervención de *lege lata* las consideramos como encubrimiento cuando no medió el previo concierto. **5.-** Análisis de la conducta del **encubridor**. Habiendo definición legal en el Código Penal ecuatoriano en el art. 44, la transcribimos para mayor información y comentario: «Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite o lu-

<sup>2</sup> *Op. cit.*, p. 223.

<sup>3</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, t. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, p. 272.

<sup>4</sup> CURY, Enrique, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Valparaíso, 1969, p. 277.

gar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente». Nuestro antiguo código, trae una enumeración exhaustiva de las formas como se puede favorecer al sujeto activo de delito, y reputar ese acto posterior al de la comisión del delito, como de encubrimiento. Habíamos ya apuntado que el auxilio posterior en el encubrimiento no debe obedecer a un acuerdo previo, pues en esas circunstancias bien podríamos ubicar la conducta en una de las formas de complicidad o de autoría. Resultará ser el encubrimiento una intervención residual que se predicará de un sujeto que con el conocimiento previo de la perpetración de un delito, o de los actos que se ejecutan para llevarlo a cabo, sin participar como autor o cómplice, actúa posteriormente a su comisión o frustración adecuando su conducta en alguna de las hipótesis que previó el legislador. Hoy se niega que el encubridor sea un partícipe<sup>5</sup>, pues su intervención se presenta en la mayoría de los casos cuando el delito se ha cometido, o excepcionalmente se pena el encubrimiento por la sola circunstancia de proporcionar en forma reiterada escondite o sitio de reunión o ayuda a los sujetos activos de delito. La tendencia preponderante es de tratar el encubrimiento como un tipo penal con verdadera estructura y autonomía jurídica, advertimos que muchas hipótesis –aún las mencionadas por el legislador ecuatoriano– son delitos autónomos. La ocultación de los instrumentos o pruebas del delito, puede constituir delito contra la actividad judicial cuando se mueve a engaño al juez en el curso de un proceso. Como realmente el encubridor no es partícipe, calificación reservada a los que intervienen en la comisión del delito ejecutándolo (autores) o cooperando a su ejecución (cómplices); debe excluirse de la participación toda intervención que no consista en producir un delito o contribuir a ello<sup>6</sup>. Nada puede agre-

<sup>5</sup> Cf. CURY, «Orientaciones...», p. 279.

<sup>6</sup> SOLER, Sebastián, *op. cit.*, t. II, p. 239.

gar al delito ya cometido la conducta posterior del que auxilia al delincuente –para tomar las palabras del legislador–, como dice el Prof. SOLER<sup>7</sup> «con esta acción ulterior sólo puede alcanzarse a tornar imposible la acción de la justicia; contra ésta actúa en forma clara y autónoma, el encubridor». **Son presupuestos del encubrimiento**, la existencia de un hecho precedente y cierto, que es la comisión de un delito, con la excepción de lo que dispone el art. 44 en su parte inicial cuando afirma que son encubridores los que conociendo la conducta delictuosa, proporcionan habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión. De *lege ferenda* debe pensarse esta conducta como delito autónomo pero objetivamente aparece como inaplicable, pues el encubrimiento genera una pena de una cuarta parte de la aplicable a los autores del delito. El encubrimiento puede predicarse de un delito consumado o que se encuentre en fase de tentativa (dispositivo ampliador del tipo o forma ampliada de adecuación) y con respecto a cualquier forma de participación, esto es de un autor, de un instigador, de un cómplice, etc. Se demanda como condición negativa del encubrimiento, la ausencia de promesa anterior al delito de prestar auxilio una vez cometido, por las razones ya expuestas. Como se ha destacado el conocimiento previo de la participación en un delito, basta con que actúe el encubridor con dolo eventual, descartando la admisión de un encubrimiento culposo pues el favorecimiento, ocultación, destrucción de vestigios del delito, etc., se efectúa a sabiendas. El **favorecimiento** puede ser **real**, cuando se ocultan o destruyen los efectos o instrumentos del delito para evitar el descubrimiento («represión» dice nuestro código), pudiendo estar referido al objeto material del delito –cuerpo de la víctima–, a las huellas o vestigios, en ropas, muebles, etc., o a los instrumentos del delito, apreciados como las armas con que se lo hubiere cometido<sup>8</sup>. El **favorecimiento** puede ser **personal**, al que se lo subclasifica en **ocasional** y en **habitual**. Es **ocasional**, el contemplado en el art. 44 cuando se destaca como encubrimiento, proporcionar los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, y **habitual** cuando hay la repetición de actos

<sup>7</sup> *Op. cit.*, t. V, p. 248.

<sup>8</sup> Cf. ETCHEVERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, t. II, Editora Nacional, Santiago de Chile, 1976, p. 76.

de favorecimiento, suministrando alojamiento, escondite o lugar de reunión. 6.- La conducta de ..., analizada a la luz de la sana crítica, se adecúa en la hipótesis típica del encubrimiento del delito previsto en el Art. 60 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por la ayuda económica proporcionada a ..., autor del delito, en la elaboración de la red, para que pueda navegar el barco LA PORTADA y desarrolle las actividades ilícitas, que estaban camufladas por el zarpe autorizado del barco para las faenas de pesca. Con los antecedentes expuestos, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se impone a... la pena de un año de prisión por considerarlo encubridor del delito objeto del presente proceso penal... f) Juez de la... Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia. f) Juez de la... Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia.

## APUNTES SOBRE CASACIÓN PENAL

La casación es hoy un verdadero medio de impugnación, un recurso otorgado al particular como remedio procesal. Desde el punto de vista constitucional, el fundamento y finalidad de la casación es resguardar el principio de igualdad ante la ley asegurando la interpretación unitaria de la ley de fondo, sometiendo en definitiva su interpretación al mas alto tribunal de la Justicia Nacional, ante el cual la causa llega con los hechos del proceso definitivamente fijados, para que solamente se juzgue de la corrección jurídica con que han sido calificados, de una parte; y de la otra, preservar la observancia de las garantías de la libertad individual y en particular del juicio previo en el cual se asegure la defensa, haciendo efectiva la verdadera y amplia interpretación de la regla: juicio no sólo previo sino también legal.

Podemos afirmar, que el recurso e casación, es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal, por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva. Es considerado, como un medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión sin la necesidad del reenvío a nuevo juicio, como ocurre en Ecuador.

El recurso de casación, previsto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal vigente, es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio pre-

vio exigido por la Constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva.

Clariá OLMEDO, refiere «**Se trata de una apelación devolutiva, limitada en su fundamentación a motivos de derecho.** Estos motivos pueden ser tanto de juicio como de actividad: *in iudicando* como *in procedendo*. De aquí que queden excluidas todas las cuestiones de hecho sobre el mérito (el *in iudicando in factum*), en cuanto a su fijación y a la apreciación de la prueba». Es preciso aclarar que, en todos los casos existe una violación de la ley como genérica desobediencia al mandato del legislador; pero esa violación se refiere en unos casos a la ley que regula el fondo del asunto (ley sustantiva) y en otros a la ley que regula la actividad del juez y de las partes en procura de la sentencia (ley procesal).

En la sentencia, la actividad valorativa, volitiva y crítica que realiza el juez se cumple con un juicio lógico, pero el error en que incurra puede traducirse en un vicio *in procedendo* en la motivación de la sentencia o en un vicio *in iudicando* cuando no obstante la corrección formal del fallo existe error en la decisión del fondo del asunto. Lo que cuenta para decidir el tipo de error cometido es la naturaleza de la norma violada. Tanto la «inobservancia» como la «errónea aplicación» de la ley, quedan comprendidos en el concepto de violación de la ley sustantiva.

Ricardo NÚÑEZ afirma que, «la doble enunciación deja de aparecer como repetitiva o redundante, tan pronto como se advierte que la referencia no debe hacerse a la ley en su totalidad, sino a sus disposiciones en particular, pues así resulta clara la distinción entre la simple no aplicación de una disposición (inobservancia) y la aplicación errónea de una disposición sustituyéndola a otra o la incorrecta interpretación de la ley aplicada (errónea aplicación). En el primer caso, el interesado sólo aduce que el juez a quo debió aplicar una disposición que no aplica. En el segundo, aduce que el juez a quo aplicó mal una disposición, siendo que debía aplicar otra o que aplicó mal la disposición. **Inobservancia** significa desconocimiento, desobediencia o falta de aplicación de la norma jurídica. No se trata de un error en el modo de aplicarla, sino de una omisión de cumplirla.

**Errónea aplicación** es la inadecuación o falta de correspondencia de la norma aplicada con el caso concreto, es decir, una norma es observada o cumplida, pero no es la que debía aplicarse, o es aplicada con una mala interpretación de su mandato. En definitiva, la **errónea aplicación** implicaría siempre **una inobservancia**, y viceversa. Vincenzo MANCINI opina: «Inobservancia existe cuando no se aplica la ley sustantiva que debía aplicarse al caso, mientras que hay errónea aplicación cuando se ha aplicado una norma en lugar de otra o la norma justamente aplicable lo ha sido con una inexacta interpretación».

La garantía constitucional del juicio previo, en su verdadera y completa formulación, debe expresarse, como hemos visto, de esta manera: juicio previo y legal. Esto supone el respeto a las formalidades establecidas por la ley, para que el proceso pueda desembocar en una sentencia válida y a las propias de la sentencia misma, consideradas imprescindibles para que sea legítima. Es mediante las formas establecidas por la ley procesal como se aseguran los derechos de las partes y la rectitud del juicio. Las normas de derecho procesal instituyen reglas a las cuales las partes y el juez deben subordinar su actividad; la norma sustancial establece el derecho que al término de esa actividad ha de aplicar el juez con relación a las pretensiones de las partes.

La violación del derecho procesal se traduce en una contravención al comportamiento exterior que el juez o las partes debían observar al cumplir su actividad. En este caso, el tribunal de casación cumple un verdadero examen fáctico en tanto debe examinar la conducta concretamente observada en el proceso por los sujetos procesales a fin de decidir su conformidad o no con las normas de derecho procesal. Actúa en esto como juez del hecho para comprobar la materialidad de las circunstancias relativas a los actos de procedimiento.

La recepción de pruebas no está prevista expresamente en el juicio de casación, aunque esto implique la exclusión de motivos fundados en infracciones reales que por falsedad u omisión no consten en el proceso. No cualquier violación o desconocimiento de una norma procesal consiente el recurso de casación por este motivo. Debe tratarse ante todo de una norma que establezca o determine una forma procesal; la errónea aplicación o interpretación de una norma adjetiva, o sea, de un art. del C. Procesal que no determine formas, no autoriza el recurso. Ha dicho Hugo ALSINA: «Todos los vicios de procedimiento,

aunque hayan sido determinados por un error de juicio en la elección o aplicación de la norma procesal, quedan comprendidos en el concepto de errores *in procedendo*, porque en tales casos se da prevalencia a la actividad del juez».

La doctrina clásica se basa fundamentalmente en la afirmación que dice que mediante el recurso sólo se puede intentar una revalorización jurídica del material fáctico establecido en la sentencia. A diferencia del recurso de apelación, la casación no constituye una nueva instancia sobre los hechos, cual recurso de apelación, donde el tribunal *ad quem* está facultado legalmente para practicar un reexamen *ex novo* de todo el material probatorio. Al tribunal de casación sólo le corresponde el control de la aplicación de la ley sustantiva por los tribunales de mérito. Por eso se puede declarar con razón que el tribunal de casación, en el Ecuador y en el momento actual no es un tribunal de segundo grado con potestad para examinar «*ex novo*» la causa y corregir todos los errores de hecho y de derecho que pueda cometer el juez de sentencia, sino que es un «supremo guardián» del derecho sustantivo y procesal, tanto para evitar la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva como la inobservancia de las normas procesales.

Ricardo C. NÚÑEZ, expresa: «El de casación es un recurso extraordinario porque no implica la posibilidad del examen y resolución «*ex novo*» de la cuestión justiciable, en todos sus aspectos de hecho y de derecho, sino, únicamente, el examen y resoluciones por éste de la aplicación de la ley procesal o sustantiva hecha, en el caso, por el tribunal a quo». El error de hecho, o sea, la discordancia entre la verdad histórica y su reconstrucción contenida en la sentencia o la mayor o menor injusticia del fallo, no pueden abrir nunca la vía de la casación. Alfredo VÉLEZ MARICONDE, explica que «el error de hecho no abre jamás la vía de la casación. La Corte no puede corregir un pretendido error sobre el examen y la evaluación de los medios de prueba o sea sobre la comprobación positiva o negativa de los hechos materiales y psíquicos; que el hecho delictuoso existe o no, que ha tenido el acusado tal o cual intención y que al perpetrarlo se encontraba en tal o cual estado psíquico; todo ello es materia que resuelve definitivamente el tribunal cognitivo o de sentencia y que a la Corte le está vedada. Su misión es de valoración jurídica».

El recurso de casación debe respetar los hechos de la causa fijados por el tribunal de juicio, ateniéndose a ellos, dado que el recurso sólo procede sobre la base de la situación de hecho establecida por la sentencia. Los hechos fijados en la sentencia no pueden ser revisados en la casación abierta únicamente bajo la pretensión de que se ha incurrido en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. El no respeto a tales hechos, por la causal invocada, torna improcedente el recurso.

El punto más arduo, el problema central y más difícil de la casación, es el de la distinción entre hecho y derecho; Fernando DE LA RUA, no cree que la diferenciación deba ser establecida con un criterio teleológico, fundado en la finalidad de uniformar la jurisprudencia que se atribuye a la casación. Esta finalidad, que, como ya hemos visto, está en realidad en el origen político del instituto, es ajena a su estructura puramente procesal. Debe invertirse el ángulo de observación: no se distingue el hecho del derecho para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia, sino que esa uniformidad se obtiene, en mayor o menor medida, gracias a esa característica del recurso. El juez de casación resuelve casos concretos, donde se convierten intereses singulares. En cada uno de ellos debe examinar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas efectuadas por el tribunal de juicio a los hechos establecidos, no en cuanto esa interpretación y aplicación sean «susceptibles de reproducirse por imitación y contagio», sino en cuanto norma general y abstracta, contenida en el ordenamiento jurídico positivo y aplicable al caso concreto». La norma penal contiene una regulación abstracta de la conducta humana, y esa regulación abstracta es el derecho, la concreción de la conducta supuesta en un acontecimiento real, es el hecho. Y los hechos son los que determinan, ya en concreto y definitivamente, la sentencia del tribunal de juicio.

La norma penal, en cuanto describe fáctica e hipotéticamente una eventual conducta humana punible, suministra un concepto jurídico, entendido como regulación abstracta de la conducta, contenida en la ley penal. Dice Ricardo NÚÑEZ: «cada uno de esos conceptos constituye la abstracción generalizadora con que la ley penal atrapa una serie indefinida de modos probables de conductas humanas. A estas conductas, que constituyen el episodio histórico, se aplica o no el concepto correspondiente, según se den o no los presupuestos necesarios para configurarlo». Al tribunal de casación le está absoluta-

mente prohibido determinar los hechos de la causa. Estos llegan a él definitivamente fijados por el tribunal de juicio, pero por el contrario, el examen de la inobservancia o erróneas aplicaciones que de la ley sustantiva hagan los tribunales de juicio, sea por mala inteligencia, sea por mala consideración jurídica del caso resuelto, entra en el ámbito de las facultades del tribunal de casación.

La errónea aplicación de la ley sustantiva consiste en la inexacta valoración jurídica del caso, en síntesis, para deslindar lo que puede ser materia de casación (derecho) de lo que no lo es (hecho), debe enfocarse a la sentencia a la luz de los instrumentos dogmáticos indicados: el instituto y el concepto. Todo lo que sea valoración, inteligencia o interpretación de un concepto o de un instituto, constituye objeto de la casación. El objeto material alcanzado por el concepto o por el instituto, es decir, el hecho histórico y concreto, queda fuera de la posibilidad del recurso y definitivamente fijado en la sentencia (NUÑEZ).

Si, como repetidamente sostiene DE LA RUA, la función del juez es subsumir los hechos en la norma, es esencial entonces que esta tarea sea correctamente realizada. Revisar el razonamiento del juez, sin poder tocar la base fáctica en la que éste se asienta implica la imposibilidad de revisar lo sustancial de su decisión, creemos que es necesario resaltar que la función dikelógica es la que debe guiar los pasos del recurso de casación, y si ello implica la revisión de la base fáctica ésta deberá entonces ser llevada a cabo. Lo contrario implicaría una seria lesión a mandatos constitucionales y tratados internacionales. El derecho de recurrir el fallo ante el juez o el tribunal superior previsto por el Pacto de San José de Costa Rica, es una cláusula que se propone afirmar los principios de seguridad y justicia del debido proceso y dentro de este, asegurar la defensa en juicio, bienes que encuentran su tutela en el examen que efectúa la Corte mediante el recurso extraordinario de casación, que incluye la inspección que el alto tribunal realiza por medio de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, que reconoce precisamente su fundamento en la garantía de la defensa en juicio.

La motivación de sentencia puede ser apreciada como vicio *in procedendo*, la motivación, a la vez que un requisito formal que en la sentencia no se puede omitir, constituye el elemento eminentemente intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico. Es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su

decisión y que se consignan habitualmente en los «considerando» de la sentencia. Motivar es fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución. La sentencia, para ser válida, debe ser motivada; esta exigencia constituye una garantía constitucional prevista en el Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República de 1998, no sólo para el acusado sino también para el Estado, en cuanto tiende a asegurar la recta administración de justicia.

Reconocemos que hay un redimensionamiento de la Casación Penal, y trabajos importantes como los de Daniel PASTOR, llamado *La Nueva Imagen de la Casación Penal*, así como los importantes fallos como *Casal en Argentina*, el *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el *Gómez Vásquez vs. España* de la Corte Europea de Derechos Humanos, que establecen el derecho al doble conforme y sin duda un examen más amplio en casación penal, con el que estamos de acuerdo.



## ESCRITO EN RECURSO DE CASACIÓN

**Proceso Penal No. 342-2008-F**

**Señorita presidenta y señores jueces del ... Tribunal de Garantías Penales del Guayas**

..., en el proceso penal que se sigue en mi contra por un inexistente delito, de TENENCIA DE ARMAS, comparezco para exponer y solicitar:

Una vez que he recuperado mi libertad por la sentencia absolutoria dispuesta mediante fallo de mayoría de este tribunal, ha comparecido la señora o señorita fiscal Ab. ..., para proponer un infundado e improcedente recurso de casación, que con seguridad el tribunal de la alzada, deberá desestimar por indebido; y, al cual desde ya me opongo.

### **Apuntes sobre el Recurso de Casación penal**

1.- La casación es hoy un verdadero medio de impugnación, un recurso otorgado al particular o al ministerio público como remedio procesal. Desde el punto de vista constitucional, el fundamento y finalidad de la casación es resguardar el principio de **igualdad** ante la **ley** asegurando la interpretación unitaria de la ley de fondo, sometiendo en definitiva su interpretación al más alto tribunal de la **Justicia** nacional, ante el cual la causa llega con los hechos del **proceso** definitivamente fijados, para que solamente se juzgue de la corrección jurídica con que han sido calificados, de una parte; y de la otra, preservar la observancia de las garantías de la **libertad** individual y en particular del juicio previo en el cual se asegure la defensa, haciendo efectiva la verdadera y amplia interpretación de la regla: juicio no sólo previo sino también legal.

2.- Yo he sido celosamente juzgado al cabo de 10 meses de injusto secuestro institucional, y he sido declarado inocente como correspondía, en mérito de la verdad histórica y de la verdad procesal de los acontecimientos, PUES NO HE COMETIDO DELITO ALGUNO POR EL CUAL DEBA SER PERSEGUIDO, ENJUICIADO Y CONDENADO. Esto ha sido lamentablemente ignorado y desconocido por la fiscalía interviniente en el proceso y en la audiencia del juicio.

3.- Podemos afirmar, que el recurso de casación, es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la **constitución**, para asegurar el **respeto** a los **derechos** individuales y a las garantías de **igualdad** ante la ley e **inviolabilidad de la defensa en juicio**, así como también el **mantenimiento** del orden jurídico penal, por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva. Es considerado, como un medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia, y una nueva decisión sin la necesidad del reenvío a nuevo juicio, como ocurre en Ecuador.

4.- El recurso de casación, previsto en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal vigente, es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la **Constitución**, para asegurar el **respeto** a los **derechos** individuales y a las garantías de **igualdad** ante la ley e **inviolabilidad de la defensa en juicio**, así como también el **mantenimiento** del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva.

5.- Clariá OLMEDO, refiere «**Se trata de una apelación devolutiva, limitada en su fundamentación a motivos de derecho**. Estos motivos pueden ser tanto de juicio como de actividad: *in iudicando* como *in procedendo*. De aquí que queden excluidas todas las cuestiones de hecho sobre el mérito (el *in iudicando in factum*), en cuanto a su fijación y a la apreciación de la prueba». Es preciso aclarar que, en todos los casos existe una violación de la ley como genérica desobediencia al mandato del legislador; pero esa violación se refiere en unos casos a la ley que regula el fondo del asunto (ley sustantiva) y en otros a la ley

que regula la actividad del juez y de las partes en procura de la sentencia (ley procesal).

6.- En la sentencia, la actividad valorativa, volitiva y crítica, que realiza el juez se cumple con un juicio lógico, pero el error en que incurra puede traducirse **en un vicio in procedendo** en la **motivación** de la sentencia o en **un vicio in iudicando** cuando no obstante la corrección formal del fallo existe error en la decisión del fondo del asunto. Lo que cuenta para decidir el tipo de error cometido es la **naturaleza** de la norma violada. Tanto la «inobservancia» como la «errónea aplicación» de la ley, quedan comprendidos en el **concepto** de violación de la ley sustantiva.

7.- Ricardo NÚÑEZ afirma que, «la doble enunciación deja de aparecer como repetitiva o redundante, tan pronto como se advierte que la referencia no debe hacerse a la ley en su totalidad, sino a sus disposiciones en particular, pues así resulta clara la distinción entre la simple no aplicación de una disposición (inobservancia) y la aplicación errónea de una disposición sustituyéndola a otra, o la incorrecta interpretación de la ley aplicada (errónea aplicación). En el primer caso, el interesado sólo aduce que el juez a quo debió aplicar una disposición que no aplica. En el segundo, aduce que el juez a quo aplicó mal una disposición, siendo que debía aplicar otra, o que aplicó mal la disposición. **Inobservancia** significa desconocimiento, desobediencia o falta de aplicación de la norma jurídica. No se trata de un error en el modo de aplicarla, sino de una omisión de cumplirla.

8.- **Errónea aplicación** es la inadecuación o falta de correspondencia de la norma aplicada con el caso **concreto**, es decir, una norma es observada o cumplida, pero no es la que debía aplicarse, o es aplicada con una mala interpretación de su mandato. En definitiva, la **errónea aplicación** implicaría siempre **una inobservancia**, y viceversa. Vincenzo MANCINI opina: «Inobservancia existe cuando no se aplica la ley sustantiva que debía aplicarse al caso, mientras que hay errónea aplicación cuando se ha aplicado una norma en lugar de otra o la norma justamente aplicable lo ha sido con una inexacta interpretación».

9.- La garantía constitucional del juicio previo, en su verdadera y completa formulación, debe expresarse, como hemos visto, de esta manera: **juicio previo y legal**. Esto supone el **respeto** a las formalida-

des establecidas por la ley, para que el **proceso** pueda desembocar en una sentencia válida y a las propias de la sentencia misma, consideradas imprescindibles para que sea legítima. Es mediante las formas establecidas por la ley procesal como se aseguran los **derechos** de las partes y la rectitud del juicio. Las **normas de derecho procesal** instituyen reglas a las cuales las partes y el juez deben subordinar su actividad; la norma sustancial establece el derecho que al término de esa actividad ha de aplicar el juez con relación a las pretensiones de las partes.

10.- La violación del **derecho procesal** se traduce en una contravención al **comportamiento** exterior que el juez o las partes debían observar al cumplir su actividad. En este caso, el tribunal de casación cumple un verdadero examen fáctico en tanto debe examinar la **conducta** concretamente observada en el **proceso** por los sujetos procesales a fin de decidir su conformidad o no con las **normas de derecho procesal**. Actúa en esto como juez del hecho para comprobar la materialidad de las circunstancias relativas a los actos de **procedimiento**.

11.- La recepción de **pruebas** no está prevista expresamente en el juicio de casación, aunque esto implique la exclusión de motivos fundados en infracciones reales que por falsedad u omisión no consten en el **proceso**. No cualquier violación o desconocimiento de una norma procesal consiente el recurso de casación por este motivo. Debe tratarse ante todo de una norma que establezca o determine una forma procesal; la errónea aplicación o interpretación de una norma adjetiva, o sea, de un art. del C. Procesal que no determine formas, no autoriza el recurso. Ha dicho Hugo ALSINA: «Todos los vicios de **procedimiento**, aunque hayan sido determinados por una error de juicio en la elección o aplicación de la norma procesal, quedan comprendidos en el **concepto** de errores *in procedendo*, porque en tales casos se da prevalencia a la actividad del juez».

12.- La doctrina clásica se basa fundamentalmente en la afirmación que dice que mediante el recurso sólo se puede intentar una revalorización jurídica del material fáctico establecido en la sentencia. A diferencia del recurso de apelación, la casación no constituye una nueva instancia sobre los hechos, cual recurso de apelación, donde el tribunal *ad quem* está facultado legalmente para practicar un reexamen *ex novo* de todo el material probatorio. Al tribunal de casación sólo le corresponde el **control** de la aplicación de la ley sustantiva por los

tribunales de mérito. Por eso se puede declarar con razón que el tribunal de casación, en el Ecuador y en el momento actual no es un tribunal de segundo grado con potestad para examinar «ex novo» la causa y corregir todos los errores de hecho y de derecho que pueda cometer el juez de sentencia, sino que es un «supremo guardián» del derecho sustantivo y procesal, tanto para evitar la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva como la inobservancia de las normas procesales.

13.- Ricardo C. NÚÑEZ, expresa: «El de casación es un recurso extraordinario porque no implica la posibilidad del examen y resolución «ex novo» de la cuestión justiciable, en todos sus aspectos de hecho y de derecho, sino, únicamente, el examen y resoluciones por éste de la aplicación de la ley procesal o sustantiva hecha, en el caso, por el tribunal a quo». El error de hecho, o sea, la discordancia entre la verdad histórica y su reconstrucción contenida en la sentencia o la mayor o menor injusticia del fallo, no pueden abrir nunca la vía de la casación. Alfredo VÉLEZ MARICONDE, explica que «el error de hecho no abre jamás la vía de la casación. La Corte no puede corregir un pretendido error sobre el examen y la **evaluación** de los **medios** de prueba o sea sobre la comprobación positiva o negativa de los hechos **materiales** y **psíquicos**; que el hecho delictuoso existe o no, que ha tenido el acusado tal o cual intención y que al perpetrarlo se encontraba en tal o cual **estado** psíquico; todo ello es **materia** que resuelve definitivamente el tribunal cognitivo o de sentencia y que a la Corte le está vedada. Su **misión** es de valoración jurídica».

14.- El recurso de casación debe respetar los hechos de la causa fijados por el tribunal de juicio, ateniéndose a ellos, dado que el recurso sólo procede sobre la base de la situación de hecho establecida por la sentencia. Los hechos fijados en la sentencia no pueden ser revisados en la casación abierta únicamente bajo la pretensión de que se ha incurrido en inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva. El no **respeto** a tales hechos, por la causal invocada, torna improcedente el recurso.

15.- El punto más arduo, el problema central y más difícil de la casación, es el de la distinción entre hecho y derecho; Fernando DE LA RUA, no cree que la diferenciación deba ser establecida con un criterio teleológico, fundado en la finalidad de uniformar la **jurisprudencia** que se atribuye a la casación. Esta finalidad, que, como ya hemos

visto, está en realidad en el origen político del instituto, es ajena a su **estructura** puramente procesal. Debe invertirse el ángulo de **observación**: no se distingue el hecho del derecho para asegurar la uniformidad de la **jurisprudencia**, sino que esa uniformidad se obtiene, en mayor o menor medida, gracias a esa **característica** del recurso. El juez de casación resuelve casos concretos, donde se convierten intereses singulares. En cada uno de ellos debe examinar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas efectuadas por el tribunal de juicio a los hechos establecidos, no en cuanto esa interpretación y aplicación sean «susceptibles de reproducirse por imitación y contagio», sino en cuanto norma general y abstracta, contenida en el ordenamiento jurídico positivo y aplicable al caso **concreto**». La norma penal contiene una regulación abstracta de la **conducta humana**, y esa regulación abstracta es el derecho, la concreción de la **conducta** sujeta en un acontecimiento real, es el hecho. Y los hechos son los que determinan, ya en **concreto** y definitivamente, la sentencia del tribunal de juicio.

16.- La norma penal, en cuanto describe fáctica e hipotéticamente una eventual **conducta humana** punible, suministra un **concepto** jurídico, entendido como regulación abstracta de la conducta, contenida en la ley penal. Dice Ricardo NÚÑEZ: «cada uno de esos conceptos constituye la abstracción generalizadora con que la ley penal atrapa una serie indefinida de modos probables de conductas humanas. A estas conductas, que constituyen el episodio histórico, se aplica o no el **concepto** correspondiente, según se den o no los **presupuestos** necesarios para configurarlo». Al tribunal de casación le está absolutamente prohibido determinar los hechos de la causa. Estos llegan a él definitivamente fijados por el tribunal de juicio, pero por el contrario, el examen de la inobservancia o erróneas aplicaciones que de la ley sustantiva hagan los tribunales de juicio, sea por **mala inteligencia**, sea por **mala consideración jurídica del caso resuelto**, entra en el ámbito de las facultades del tribunal de casación.

17.- La errónea aplicación de la ley sustantiva consiste en la inexacta valoración jurídica del caso, en síntesis, para deslindar lo que puede ser **materia** de casación (derecho) de lo que no lo es (hecho), debe enfocarse a la sentencia a la **luz** de los instrumentos dogmáticos indicados: el instituto y el concepto. Todo lo que sea valoración, **inteligencia** o **interpretación** de un concepto o de un instituto,

constituye objeto de la casación. El objeto material alcanzado por el concepto o por el instituto, es decir, el **hecho histórico y concreto**, queda fuera de la posibilidad del recurso y definitivamente fijado en la sentencia (NÚÑEZ).

18.- Si, como repetidamente sostiene DE LA RUA, la función del juez es subsumir los hechos en la norma, es esencial entonces que esta tarea sea correctamente realizada. Revisar el razonamiento del juez, sin **poder** tocar la base fáctica en la que éste se asienta implica la imposibilidad de revisar lo sustancial de su decisión, creemos que es necesario resaltar que la función dikelógica es la que debe guiar los pasos del recurso de casación, y si ello implica la revisión de la base fáctica ésta deberá entonces ser llevada a cabo. Lo contrario implicaría una seria lesión a mandatos constitucionales y **tratados internacionales**. El derecho de recurrir el fallo ante el juez o el tribunal superior previsto por el Pacto de San José de **Costa Rica**, es una cláusula que se propone afirmar los **principios** de **seguridad** y justicia del debido proceso y dentro de este, asegurar la defensa en juicio, **bienes** que encuentran su tutela en el examen que efectúa la Corte mediante el recurso extraordinario de casación, que incluye la inspección que el alto tribunal realiza por medio de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, que reconoce precisamente su fundamento en la garantía de la defensa en juicio.

19.- La motivación de sentencia puede ser apreciada como vicio *in procedendo*, la motivación, a la vez que un requisito formal que en la sentencia no se puede omitir, constituye el elemento eminentemente intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico. Es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que se consignan habitualmente en los «considerando» de la sentencia. Motivar es fundamentar, exponer los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución. La sentencia, para ser válida, debe ser motivada; esta exigencia constituye una garantía constitucional prevista en el Art. 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República de 1998, y en el Art. 76 numeral 7, letra l, de la Constitución de Montecristi del 2008, no sólo para el acusado sino también para el **Estado**, en cuanto tiende a asegurar la recta **administración** de justicia.

20.- Reconocemos que hay un redimensionamiento de la Casación Penal, y trabajos importantes como los de Daniel PASTOR, llamado *La Nueva Imagen de la Casación Penal*, así como los importantes

fallos: *Casal* en Argentina, el *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el *Gómez Vásquez vs. España* de la Corte Europea de Derechos Humanos, que establecen el derecho al doble conforme y sin duda un examen más amplio en casación penal, con el que estamos de acuerdo.

21.- En el presente caso no existe violación de la ley en sentencia, pues no se ha contravenido expresamente a su texto, no se ha incurrido en una falsa aplicación de la misma, y menos aún se la ha interpretado erróneamente, por lo cual el recurso debe ser declarado improcedente al tenor del Art. 358 del vigente Código de Procedimiento Penal.

Señalamiento de casilla judicial para la alzada

Me reservo el derecho de comparecer nuevamente en ejercicio del derecho a la defensa que me asiste, para que se desestime esta indebida pretensión punitiva de la fiscalía, y solicitaré ser escuchado en estrados ante el pleno de la sala de la Corte Nacional de Justicia que debe conocer y tramitar el presente recurso.

Señalo como domicilio para futuras notificaciones la casilla judicial No. ... de la H. Corte Superior de Justicia de Quito.

A ruego del acusado, dignense proveer,

Dr. ...

Matrícula ...

## RECURSO DE CASACIÓN

### Señor Presidente del 4º Tribunal Penal del Guayas

M.L.C. en el proceso penal que se sigue en mi contra por un inexistente delito de **peculado**, ante usted comparezco para expresar y solicitar:

Legislación aplicable en materia de Recurso de Casación

Si bien es verdad que el presente proceso penal debe tramitarse de acuerdo con el fenecido CPP de 1983, deben aplicarse disposiciones del nCPP publicado en el RO.S 360 del 13 de enero del 2000, por mandato expreso de la **Disposición final** que dice en el párrafo 2 y 3, lo que transcribo «...Este Código entrará en vigencia luego de transcurrido dieciocho meses, desde su publicación en el Registro Oficial.

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

Con respecto al **recurso de casación** (y otros) el Art. 6 del nCPP aplicable en este proceso, dice: «Para el trámite de los procesos penales y la práctica de los actos procesales son hábiles todos los días y horas; excepto en lo que se refiere a la **interposición** y fundamentación de recursos, en cuyo caso correrán sólo los días hábiles».

Y en cuanto al recurso de casación, debe sustanciarse de acuerdo con el nCPP del año 2000 por mandato expreso de la transitoria final invocada y trascrita.

### Interposición de Recurso de Casación

Con los antecedentes brevemente reseñados, ejerciendo el derecho que me asiste, **estando dentro del plazo para hacerlo, IMPUGNO LA SENTENCIA CONDENATORIA EXPEDIDA EN MI CONTRA e INTERPONGO RECURSO DE CASACION** en contra de la misma, recurso que deberá ser conocido, sustanciado y resuelto por la Corte Suprema de Justicia a través de una de sus Salas Penales.

Denuncio, de parte del Cuarto Tribunal Penal del Guayas, que usted preside y del que forma parte, la inobservancia, así como la errónea aplicación de normas penales sustantivas y procesales que hacen recurrible una injusta condena.

Amparo la legitimidad y procedencia del recurso de casación, en la disposición contenida en el **Art. 349 del nuevo Código de Procedimiento Penal del 13 de enero del año 2000**, porque existe grosera y evidente **violación de la ley en sentencia**, resumiendo por de pronto que:

a.- Se **ha contravenido expresamente el texto del Art. 333 del Código de procedimiento penal de 1983** al omitir requisitos fundamentales del contenido de la sentencia, pues de conformidad con el numeral 3º la sentencia contendrá...» 3.- La forma en que se ha comprobado la existencia del delito...»; y el tribunal de su presidencia incumple tal exigencia, pues en el numeral **TERCERO**, de la pág. 10 vta. del fallo de condena, al referirse al análisis de la supuesta prueba dicen que se encuentra comprobada la existencia de la infracción, con los siguientes actos procesales: «**1. Convenios de préstamos suscritos en Guayaquil, el 30 de octubre de 1996 y el 1 de julio de 1997 entre el Banco ..., representando por su apoderado especial ... y la compañía « Riverts S.A.» representada por ..., por US \$ 9'500.000 y por US \$ 5'000.000 respectivamente, constituyéndose M.J.L.C., por sus propios derechos, como garante personal y codeudor solidario de la parte deudora...»** Lo antes aseverado es carente de veracidad y constituye una afirmación fraudulenta pues los préstamos de mutuo están permitidos por la ley civil. No me fueron otorgados a mí, y fui garante solamente en el segundo préstamo del 1 de julio de 1997, cuando yo no era funcionario del Banco... (Ecuador), pues me había retirado por renuncia, el 29 de mayo de 1997. Y tanto o más importante que lo anterior es ocultar en la sentencia el hecho de que el prestamista es el Banco ..., y no el Banco...

b.- Se menciona el acta de la sesión del directorio del 22 de julio de 1.997, y se afirman hechos falsos que por lo demás no constituyen prueba de delito alguno. Se menciona en la misma pág. 10 vta. de la sentencia de condena «...**2. Acta de sesión del directorio del Banco... S.A. del 22 de julio de 1997, de la que se establece que M L de W Presidente del Banco ... solicitó a su hijo M...**, que si quería continuar como gerente de la oficina de Guayaquil, debía desprenderse de sus negocios particulares, aceptando vender la hacienda Riverts S.A. representada por .... Que en la mencionada acta M L C asume toda la deuda mantenida con Banco..., por cuanto...resolvió separarse de la sociedad...». Yo no era gerente de la oficina de Guayaquil, como dice el IV Tribunal Penal, ni iba a continuar en funciones en la misma, pues voluntariamente me había separado del Banco... desde el 29 de mayo de 1997. Por ello insisto en que es falso que se haya cumplido con el mandato del numeral 3º del Art. 333 del Código de procedimiento Penal de 1983.

c.- El informe de los peritos Economistas ... invocado como supuesta prueba de cargo en la pág. 11 de la sentencia, está relacionado con la venta de cartera del Banco ..., al Banco... expresando los peritos que « el castigo a la operación de cartera comprada e intereses vencidos por cobrar por US \$ 10'043. 562. 73 no debió hacerse, de acuerdo con lo que dispone la Resolución de la Superintendencia de Bancos No. SB- 94- 1532... Esta empresa (se refieren a Riverts S.A.) con domicilio en la ciudad de Guayaquil, en su opinión tiene la categoría de persona jurídica vinculada por gestión...». Sin ser un sabio o erudito, de la simple lectura de la parte del acta a que se refiere la sentencia, **NO** aparece intervención alguna de mi parte, pues se trataba de un negocio de Banco a Banco, el del... y el..., en el que el primero representado por Jjr. (sobreseído de cargos) ofreció en venta una cartera al segundo representado por ..., que la aceptó. Hechos ocurridos el 30 de octubre de 1998, cuando M.L.C. ya no era funcionario del Banco...Menciono de paso que la Superintendencia de Bancos de Ecuador aceptó el castigo de la cartera, lo cual contradice la opinión de los peritos de que se trataba de una cartera de una empresa vinculada.

d.- En el informe de la perito C.P.A. ..., que tenía como objeto, la inspección de la totalidad de los asientos contables correspondientes a los créditos otorgados por el Banco...a la compañía Riverts S.A.,

menciona la compra de cartera del 30 de octubre de 1998, ...» con la autorización de ..., Presidente del Banco... Que el 30 de octubre de 1998 se realizó el castigo de la cartera de Riverts S.A. por el mismo valor que pagó el Banco... cuando a esa fecha aún no había vencido dicho préstamo...» En este examen pericial, igualmente NO aparezco en la negociación, que se afirma produjo una posición deficitaria de patrimonio técnico del Banco... Se trataba de una negociación entre el Banco...y el Banco... .

e.- En la sentencia condenatoria que impugno mediante recurso de casación, igualmente se ha violado la ley, por haberse hecho una **falsa aplicación de los artículos 9 y 263 del Código de Procedimiento Penal de 1983**, que le conceden competencia territorial, para tramitar el plenario y dictar sentencia, siempre que el hecho materia del proceso hubiese ocurrido en Ecuador. El Art. 333 del CPP *ibidem*, en el segundo párrafo del numeral 9 dice: «La sentencia necesariamente analizará los fundamentos de derecho presentados por las partes», y el IV Tribunal Penal, violó la ley **al omitir deliberadamente el análisis y discusión, de la excepción procesal penal perentoria de falta de competencia territorial**, propuesta antes y durante la audiencia de juzgamiento:

Me permito recordar que para determinar la falta de competencia territorial, de cualquier Tribunal Penal de Ecuador, para conocer, resolver y juzgar, los préstamos de mutuo que se concedieron en Panamá, los días 30 de diciembre de 1996 y 1 de julio de 1997, solicité a usted disponer que se agreguen a los autos procesales, la documentación que en 30 folios útiles y debidamente autenticados por el Notario Público, doctor ... acompañé con un breve memorial, mismos que contienen:

1.- La Licencia Bancaria Internacional, concedida al BANCO..., el 29 de septiembre de 1980.

2.- La comunicación del 15 de septiembre de 1999, de la Superintendencia de Bancos de Panamá, suscrita por el titular de dicha Superintendencia, que dice en lo principal que el Banco...está excluido de cualquier intervención de autoridades de control que no fuesen panameñas, pues está sometido «al régimen bancario de Panamá y a la Supervisión de esta Superintendencia de Bancos...» como dice la propia comunicación.

3.- La comunicación del 9 de diciembre de 1997, que el señor ..., Director Ejecutivo de la Comisión Bancaria de Panamá, dirige al señor M.J.L., mediante la cual se le niega cualquier información relacionada con el Banco..., porque se insiste en la competencia de las autoridades panameñas, porque el «BANCO ...es una entidad constituida y establecida al amparo de la legislación panameña...»

4.- La resolución No. 7-80 de la Comisión Bancaria Nacional de Panamá del 2 de junio de 1980.

5.- La documentación relacionada con los estatutos del Banco ...

6.- La documentación relacionada con la subrogación del pacto social, mediante Acta de la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad Anónima, BANCO ... del 18 de junio de 1998, en la que no aparezco como accionista de dicho banco.

f.- En el numeral **CUARTO de la sentencia impugnada** se sigue violando la ley, llegándose inclusive a contravenir expresamente el texto del Art. 257 del Código de Procedimiento Penal, pues en el fallo se manifiesta: «Que el Art. 257 del Código de Procedimiento Penal, señala como elementos constitutivos del delito de peculado. En primer término que el sujeto activo del acto delictual, sea un funcionario público o servidor bancario. En cuyo poder se hallaren los bienes o recursos en razón de su cargo. En segundo término, el objeto material, consistente en dineros públicos o privados, efectos que lo representen, piezas, documentos o efectos mobiliarios. Y en tercer término, la conducta que estriba en `abusar` de tales bienes, forma que radica siempre en actos de apropiación o distracción, cometidos en beneficio propio o de terceros...». El Artículo 257 del CPP que se invoca tiene otro contenido, pues dice: «Dictado el auto de apertura del plenario, el Secretario del Juzgado sacará copia de dicho auto para el archivo antes de efectuar las notificaciones correspondientes».

g.- En la sentencia que impugno se omite considerar los fundamentos de derecho tanto doctrinarios como jurisprudenciales presentados en patrocinio de mi defensa en relación con el delito de **peculado** imputado, que me permito transcribir y que deben constar en el acta de la audiencia, con lo cual se vuelve a violar el mandato del Art. 333 numeral 9, segundo inciso del CPP de 1983:

### Elementos constitutivos del delito de peculado

Debemos recordar y para una comprensión racional del acto adecuadamente típico y antijurídico merecedor del reproche de culpabilidad, bajo la forma modal de **peculado**, que el mismo requiere para su conformación al tenor del Art. 257 del CP invocado, los siguientes **elementos objetivos del tipo penal**:

1.- Que el sujeto activo tenga la calidad de empleado público o persona encargada de un servicio público.

2.- Que hubiese abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo.

3.- El abuso, que puede consistir en desfalco, apropiación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

En este tipo penal, se pretende sancionar la falta de fidelidad del funcionario o empleado público que vulnera la confianza que en él deposita el Estado. En verdad y como sustrato de fondo, hay que reconocer que hay un ejercicio abusivo del cargo o si se prefiere un abuso de la confianza que el Estado deposita en el funcionario, servidor o encargado de un servicio público.

Expresamos que en la legislación penal ecuatoriana se requiere como **elemento subjetivo del tipo**, actuar en forma dolosa, vale decir, que el agente obre «con el querer de un resultado típico», esto es que se represente el resultado dañoso como cierto o como probable y que actué voluntaria o intencionalmente en su consecución.

Aunque conocemos que doctrinariamente se busca la tipificación del *peculado culposo* e incluso el *peculado de uso*, en el que no hay ánimo de apropiación sino de usar y gozar la cosa –bien mueble o inmueble– como si fuese propia, el hecho cierto e irrefutable es que aún si se cometiese peculado por imprudencia, descuido o negligencia, tal conducta sigue siendo atípica y por ende no constitutiva de delito en el Ecuador del 2004. El tipo vigente y constitutivo de delito requiere y exige un obrar a sabiendas o con plena conciencia y voluntad.

Aún más, para la plena adecuación del acto imputado al tipo penal sancionador, se demanda la presencia de un **elemento normativo del tipo penal** que es la *funcionalidad*, esto es que el funcionario público abuse de bienes que se encuentran bajo su custodia y con

ocasión del cargo. Esta es la erudita posición doctrinaria de D. Sebastián SOLER<sup>1</sup>, para quien, «será preciso que el cargo, dentro de las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, lleve consigo la custodia de los fondos malversados. Este requisito es tanto más imperativo, cuanto que la **expresión teniendo a su cargo**, hace en este delito las veces de las expresiones abusando de su oficio u otras semejantes que se emplean en otros delitos...».

Tal posición, es igualmente sostenida por el profesor español Federico PUIG PEÑA<sup>2</sup> mismo que nos ilustra expresando, «la expresión por razón de sus funciones, debe interpretarse en el sentido de que el funcionario tenga los caudales por disposición de la ley: si los recibe de alguien que voluntariamente se los entrega –aunque lo haga por la confianza que le inspire el cargo– no comete este delito...». En sentido similar se pronuncia el profesor y jurista colombiano, Antonio José CANCINO MORENO, quien manifiesta, «para que el delito de peculado se estructure es absolutamente necesario que el sujeto activo administre los bienes en razón de funciones claramente expresadas en la ley. La orden, la costumbre, el hábito no pueden tenerse como fuente de esa funcionalidad concreta...»<sup>3</sup>.

Otro gran jurista colombiano, el Prof. Luis Carlos PÉREZ nos ilustra con el siguiente párrafo: «cualquiera que sea la clase, el peculado solo puede ser cometido por un funcionario público en el ejercicio de las funciones encomendadas a él, por ley, reglamento, contrato u órdenes especialmente impartidas por quien tiene autoridad para hacerlo. Las dos exigencias, esto es la del título de empleado y la de actuar dentro de la órbita de su competencia funcional, son inseparables e inmodificables, y no delinquen por el aspecto indicado quienes carezcan de dicho título como los usurpadores, o quienes poseyendo legítimamente, obran mas allá de aquello que expresamente les estaba encomendado. En esta última situación el delito puede presentar la situación de abuso de confianza»<sup>4</sup>. No queda duda alguna señor Presidente de este H. Tribunal Penal, que yo no he abusado de ninguna forma de dineros públicos, pues **jamás** estuvieron bajo mi custodia

<sup>1</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, t. V, Tipográfica Argentina, 1960.

<sup>2</sup> PUIG PEÑA, Federico, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, 1960, pp. 87 y ss.

<sup>3</sup> CANCINO MORENO, Antonio José, *El Peculado*, Temis, 1983, pp. 78 y ss.

<sup>4</sup> PÉREZ, Luis Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, Temis, 1968, pp. 180 y ss.



tales bienes, ni tuve la posibilidad de abusar de los mismos de manera consciente, deliberada y voluntaria, como ha quedado expresado y probado en la audiencia de juzgamiento. La verdad histórica de los acontecimientos, me excluye de tal abuso.

#### **Precedente jurisprudencial que excluye del peculado al particular**

Como ha quedado demostrado M.L.C., no era funcionario del Banco..., y por ende mal podría cometer el delito de peculado, como no era funcionario del Banco ..., el 30 de octubre de 1998 en que el señor ... decide comprar una cartera en mora, que la castiga al día siguiente.

Citamos los siguientes fallos jurisprudenciales cuya correcta lectura debe permitir excluir a M.L.C. en el delito de Peculado:

1.- Resolución publicada en la Gaceta Judicial Serie XI. No. 14, p. 2078, del 18 de mayo de 1972, en la que se manifiesta que «si el dinero o efectos se encuentran en poder de estas personas no a consecuencia del cargo que ejercen sino como simples particulares para que hagan un uso determinado y hacen uno distinto del que les fue encomendado, podrá haber el delito de abuso de confianza...».

2.- Resolución publicada en la Gaceta Judicial Serie XIV, No. 5, p. 1084, del 4 de abril de 1984, en la que mencionándose en cita al erudito Don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, se expresa «el objeto jurídico es un derecho subjetivo patrimonial de los entes públicos al uso determinado de sus bienes y que es lesionado por el sujeto activo cuando se apropia de la cosa que recibió para ser usada determinadamente o devuelta cuando se lo pidiese. En el presente caso no asoma, por parte alguna que T.E.C. en razón de su cargo haya tenido en su poder ningún dinero al mismo que lo haya 'usado mal' que es, al fin y al cabo lo que significa la palabra 'abuso'...».

3.- Resolución publicada en la Gaceta Judicial Serie XIV, No. 9, p. 1999, del 23 de julio de 1985, en que se menciona «... de entre los tres sindicados, según los autos, tan sólo uno de ellos puede ser sujeto activo del delito cuyo tipo se traza en el Art. 257 ya invocado, y los otros se excluyen de éste, por cuanto su calidad es la de coautores y no la de partícipes, y sólo respecto de estos se admite una extensión accesoria del requisito exigido para ser sujeto activo... es decir mientras el primero incurrió en el delito establecido por el Art. 257 de la citada ley, los otros dos, en delito contemplado por su Art. 563».

4.- En resolución publicada en el Registro Oficial 233, del 14 de julio de 1999, del 17 de marzo de 1999, se hace conocer el criterio de que « Por lo dispuesto en el Art. 257 del Código Penal peculan los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios **que estuvieren en virtud o razón de su cargo...** en la especie no se ha probado el cargo desempeñado por la recurrente M.P... En el presente trámite las pruebas que la sentencia describe y el proceso articula, tipifican el delito contra la propiedad reprimido por el Art. 560 del Código Penal...».

h.- Es igualmente violatoria de la ley la sentencia del 7 de diciembre del 2004, dictada a las 17h25, por expresa contravención del numeral 5 del Art. 333 del CPP de 1983, pues se me impone el máximo de la condena de **ocho años de reclusión** por el delito de **peculado**, sin ningún análisis para calificar la mayor o menor peligrosidad de cada procesado, ignorándose las circunstancias atenuantes previstas en el Art. 29, numerales 6 y 7 del Código Penal probadas documentadamente en mi caso, mismas que aplicando correctamente el Art. 72 del Código Penal –que igualmente se viola en sentencia contraviniendo expresamente su texto– debían conducir a una aplicación racional de la sustitución de una pena de reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, por una de reclusión menor de tres a seis años.

No existe justificativo para que se omitan en la sentencia, las pruebas documentales que determinaban la ninguna peligrosidad del procesado M.L.C., con anterioridad y posterioridad a los hechos que se le imputan, así como la conducta ejemplar observada, antes y después de los hechos imputados, al tenor de lo previsto en el Art. 29 numerales 6 y 7, del Código Penal vigente.

Los documentos contentivos de las certificaciones de los Tribunales Penales del Guayas, de los que se infiere que no se ha dictado sentencia condenatoria en contra de M.J.L.C., fueron presentados el lunes 22 de noviembre de 2004 a las 12h00. Con la misma finalidad mencionada en el párrafo precedente, se entregaron certificaciones privadas, con el memorial del 22 de noviembre de 2004 a las 12h00.

i.- Sin sustento probatorio alguno, y por ende violando la ley por una falsa aplicación de la misma, al ignorar lo que determina como

Peculado el Art. 257 del Código Penal, en la sentencia de condena se afirma « (p. 13 ): « c) En la especie, los actos desarrollados por el acusado M.L.C., esto es los exagerados préstamos que obtuvo del Banco... subsidiaria del Banco..., aprovechándose de su calidad de Vicepresidente Ejecutivo, y utilizando una compañía a la cual estaba vinculado, lo hacen responsable penalmente del ilícito acusado, pues es evidente que se benefició de los dineros de los depositantes, en forma dolosa y fraudulenta...» Tan grave es la violación de la ley sustantiva penal en la sentencia, que el Tribunal se inventa el hecho de que yo hubiese obtenido exagerados préstamos, cuando en el considerando **TERCERO** del mismo fallo (p. 10 vta.) se refiere a los préstamos concedidos a «Riverts S.A.», siendo yo garante del segundo préstamo, y no del primero que es en definitiva el que negocian Banco... con Banco..., el 30 de octubre de 1998.

j.- A las evidentes violaciones a leyes penales y procesales penales en sentencia, ya expresadas, debo manifestar que se vuelven a violar tanto los numerales 4, 5 y 9 segundo párrafo del Art. 333 del Código de Procedimiento Penal de 1983, tanto por contravenir expresamente su texto, como por una falsa aplicación y por una interpretación errónea, del concepto de la **inimputabilidad**, previsto en el Art. 34 del Código Penal.

En el proceso se han agregado y reproducidos en mi favor: el certificado médico otorgado por el doctor ..., especializado en psiquiatría en Barcelona-España, el informe médico que suscribe el doctor José Rodríguez ...especialista en psiquiatría y con estudios superiores en la Universidad de Londres y en la Universidad de Yale. Ambos han sido mis médicos tratantes y descubrieron que estaba afectado de un *Trastorno afectivo bipolar II* que es un trastorno mental, de tipo maniaco depresivo, con un cuadro etiológico desencadenado por una alteración del cromosoma 11, calificado como crónico y con tratamiento de por vida, por los desajustes de serotonina y dopamina que son neurotransmisores cerebrales. Estos documentos constan en el escrito del lunes 22 de noviembre del 2004, presentado a las 12h00.

Igualmente se agregaron y para demostrar además la inimputabilidad de M L C, la documentación en 8 folios, que contiene la historia clínica que elaborara el Departamento de Psiquiatría del HOSPITAL JOHNS HOPKINS realizada el 6 de octubre de 1998, que

confirma el diagnóstico de *Trastorno bipolar II*. Esta documentación está debidamente autenticada, y posteriormente traducida al español, en el Consulado de Estados Unidos de Guayaquil. Este documento fue presentado el lunes 22 de noviembre del 2004, a las 12h00.

Se agregó también la literatura científica sobre el *trastorno afectivo bipolar II*, presentada el 22 de noviembre del 2004 a las 12h00.

Toda esta documentación y su contenido probatorio de descargo, no han sido analizados en la sentencia condenatoria, colocándome en situación de indefensión, con abierto desprecio a las garantías propias de un Estado de Derecho, previstas como salvaguardas del debido proceso.

No me queda la menor duda de que el IV Tribunal Penal resolvió sin analizar toda la prueba de descargo, y vulnerando la inviolabilidad de mi defensa prevista en el Art. 24, numeral 10, de la Constitución Política de la República, como una de las garantías del debido proceso, al igual que ha violado el derecho a la seguridad jurídica que me asiste, con una resolución inmotivada, incumpliendo el mandato del numeral 13 del Art. 24 de la propia Constitución Política vigente.

Tan cierto es que se ha menospreciado el derecho a la defensa que me asiste, que usted desatendió el requerimiento oportuno que formulara, mi defensor, mismo que solicitara previo a la sentencia, que dispusiera el examen psiquiátrico de mi personalidad expresando a usted:

El CPP del año 1983 dispone en el Art. 253, la EVALUACION PSIQUIÁTRICA DE LA PERSONALIDAD DEL IMPUTADO SI FUERE POSIBLE, cabe decir si se encuentra detenido o a disposición del juez. En el caso presente, M L C, se encuentra detenido en Ecuador, por lo que usted debe cumplir con la disposición antes invocada, previo a resolver lo que corresponda.

4.- Solicito en consecuencia, por ser legal y procedente que previo a resolver la situación procesal de M.L.C., usted disponga la EVALUACIÓN PSIQUIÁTRICA DE SU PERSONALIDAD, prevista en el Art. 253 del CPP de 1983...»

Igualmente se menospreció e ignoró el contenido del informe médico psiquiátrico, elaborado científicamente por el doctor ROBERTO SOLORZANO MIÑO, durante mi permanencia en cárceles colombianas.

### Despacho inmediato del recurso

De conformidad con la disposición del Art. 350 del Código de Procedimiento Penal del año 2000, interpuesto oportunamente el Recurso de Casación, debe ser proveído y ordenada la remisión de inmediato a la Corte Suprema de Justicia. Hecho que pido cumpla usted sin dilación alguna.

### Señalamiento de domicilio

Señalo como domicilio para las futuras notificaciones durante la sustanciación del **Recurso de Casación**, la casilla judicial No. 1297 de la H. Corte Superior de Justicia de Quito.

A ruego del peticionario, le pido proveer.

Dr...

Mat...

## EL RECURSO DE REVISIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO

Estimado axiomáticamente que el procedimiento penal tiene como finalidad llegar a la imposición de una pena, a quien resulta penalmente responsable de un acto adecuadamente típico y antijurídico, si el cumplimiento de esa finalidad guarda uniformidad con la existencia real del acto delictivo, no hay reparos que formular al proceso.

Surge la preocupación frente al contenido de una sentencia condenatoria a firme, que como epílogo de la tragedia procesal que es en ocasiones el juicio penal, se dicta en desarmonía con la prueba actuada, sumada a la posibilidad histórica de que aparecieran elementos post condenatoriamente, que lleven al convencimiento de reparar el error judicial procesal cometido.

Encontraremos una serie de factores que explican –aun cuando no justifican– una sentencia de condenación injusta, los de orden humano, pues no puede hombre alguno considerarse facultado para sostener válidamente que es el dueño de la verdad absoluta, y menos sostener que es infalible. Sumemos a ello la falta de capacitación y de especialización de los jueces y las causas más graves que tienen que ver con actos de corruptela procesal, derivados de compromisos políticos personales e inclusive los económicos, actos que entrañan en ocasiones un concurso de cohecho y de prevaricato.

Vista así la situación, se torna imperiosa la necesidad de encontrar un mecanismo idóneo que permita reparar el error o mala fe que inspiró una sentencia condenatoria, sin que esto signifique irrespeto a la institución de la cosa juzgada, de la que el maestro uruguayo Eduardo J. COUTURE expresara: «Es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existe contra ella medios de impugnación que permitan modificarla».

## Fundamentos de Derecho Procesal Civil

Vale decir en otros términos que en virtud de la cosa juzgada la sentencia a firme es generalmente inatacable e impugnable cuando se han agotado los términos para la interposición de los recursos, o cuando habiendo sido éstos interpuestos, el tribunal de alzada ha ratificado la resolución del Juez a quo. Frente a la posibilidad cierta del error judicial, ¿será justo que el condenado pague las consecuencias del error del juzgador?

Conscientes de que el hombre, incluyendo al que circunstancialmente es Juez, no es refractario al error y lo negativo que resulta el error en materia penal, encontramos justificada la existencia de una vía de impugnación, mediante la REVISIÓN, manteniendo el respeto para el Instituto de la Cosa Juzgada.

### La revisión: Contenido

El profesor Clariá OLMEDO en su *Derecho Procesal Penal*, objeta considerar a la revisión, como un recurso en sentido estricto, expresando que: «mejor parece considerarlo como una acción impugnativa que persigue la revocación de una sentencia firme y anulación del proceso en que se pronunció, fundándose en circunstancias nuevas para la causa por ser recién conocidas o haberse presentado con posterioridad».

El expositor Giovanni LEONE en el *Tratado de Derecho Procesal Penal*, le da la calidad de «remedio judicial mediante otra sentencia». Participamos de considerar a la **revisión** como un verdadero recurso, que permite rever una sentencia condenatoria que se encuentra a firme, que no puede ser normalmente impugnada, y que sustanciado y declarado procedente revoca la sentencia y anula el proceso en el que se hubiere dictado, en atención a la reconsideración que se hace del fallo condenatorio.

El Prof. Hugo ALSINA en su *Derecho Procesal*, la ubica en el Capítulo de los Recursos, al estudiarla como un medio de revocación de la sentencia en el proceso civil que ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

### La revisión en el Procedimiento Penal ecuatoriano. Generalidades

La Constitución Política, norma suprema del Estado, garantiza en el Ecuador la reparabilidad del error judicial, y en la actual publicada en el RO 449 del 20 de octubre del 2009 así lo prevé.

Dice la normativa constitucional, «**Art. 11 n. 9** El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos».

El recurso de revisión en el procedimiento penal ecuatoriano ha soportado una cambiante apreciación legislativa, habiendo sufrido este excepcional medio de impugnación y de vulneración de la cosa juzgada reformas que van desde los motivos que lo fundamenten, periodo de caducidad, procedimiento de sustanciación y reenvío, hasta titularidad de su ejercicio y del cobro de los perjuicios irrogados, así como la vía de reclamación de éstos.

Apreciado como un recurso, consideramos acertada la definición que del mismo da el profesor Juan José GONZÁLEZ BUSTAMANTE en su obra *Principios de Derecho Procesal Penal mexicano*, quien expresa: «Medios de impugnación otorgados a las partes para atacar las resoluciones judiciales que les causen agravio, con el fin de que se haga un nuevo examen de la resolución impugnada. Su naturaleza jurídica se funda en la necesidad de corregir las providencias torcidas y de reparar el derecho violado».

En la Codificación de 1968, encontrábamos la revisión en la Sección II que se refería al *Trámite de los juicios por delitos reprimidos con reclusión*, a continuación del Recurso de Casación, limitando la revisión a las condenas en procesos que habían tenido como objeto delitos penados con reclusión.

Como causales en la citada Codificación, encontrábamos: 1º Si se comprueba la existencia o identidad de la persona que se creía muerta; 2º Si por error se condena a un inocente en lugar del culpable; 3º Si hay simultáneamente dos sentencias condenatorias pronunciadas sobre el mismo delito contra diversos individuos, sentencias que no pueden conciliarse y son prueba de la inocencia de uno de los condenados; y, 4º Si la sentencia se ha pronunciado en virtud de documentos o testigos falsos.

En el Capítulo VII del Título IV del CPP, codificación de 1971 está considerada la revisión como un verdadero Recurso (del italiano «recorsi» que quiere decir volver a tomar curso), pero se ampliaron las cláusulas para la procedibilidad de esta excepcional medida de impugnación.

Finalmente, mediante la Ley N° 64 de la H. Cámara Nacional de Representantes, se publica en el R.O. 439 de 14 de mayo de 1981

la denominada *Ley de Reformas al Código de Procedimiento Penal*, que se refiere en realidad al **Recurso de Revisión**, motivándose en los considerandos, «que es necesario aclarar que se lo puede interponer tanto en los delitos sancionados con reclusión como en los sancionados con prisión de acuerdo con lo dispuesto en el ya citado art.11 de la Constitución».

### Apreciación jurisprudencial contradictoria

A raíz de la codificación de 1971, en la que el Recurso de Revisión está complementado por la Ley 64 se producen fallos jurisprudenciales contradictorios en diferentes salas de la H. Corte Suprema de Justicia, en cuanto al objeto sobre el cual debe versar la revisión, no obstante de haber estado limitada la impugnación únicamente a los casos de condena por delitos reprimidos con penas de reclusión.

De estos fallos transcribimos algunos por la importancia que tienen: G.J. Serie XIII, N° 9, p. 1.958 y siguientes, en fecha 3 de julio de 1975 encontramos esta resolución: «La revisión de una sentencia con-

denatoria en una institución jurídica establecida para neutralizar los efectos de posibles errores que pueden cometer los Tribunales en materia penal. Es la contraposición de dos intereses fundados con los del Estado: El mantenimiento de la integridad del procedimiento jurisdiccional de la sentencia dictada por el tribunal y el interés que prevalezca la justicia como fin esencial del mismo».

En este fallo se declaró procedente la revisión de un proceso penal en el que se había dictado sentencia condenatoria por el delito de estafa, reprimido con pena de prisión correccional.

En el N° 12, de la Serie XII de la G.J., p. 2626 de 5 de julio de 1976, se desestima la revisión de un proceso por delito de imprenta, no por tener como objeto un delito de imprenta –reprimido con prisión correccional–, sino porque siguiendo el criterio de FENECH, «No puede ser objeto de revisión la sentencia dictada en el procedimiento por delito de imprenta. La razón es obvia. Este juicio penal comienza por una etapa investigativa. La averiguación de quién es el autor del libelo difamatorio. Y si éste admite la paternidad de la publicación, de hecho y de derecho admite la autoría del remitido inculcado».

El criterio fue el de negar la revisión por la admisión de autoría del escrito reputado injurioso, al momento de deducir excepciones.

En fallos posteriores insertos en la G.J. Serie XIII, N° 3 de 2 de julio de 1978, y de 18 de julio de 1978 se deniega el recurso en el primer fallo porque: «No hay lugar para la revisión si se trata de sentencia recaída en juicio que versa sobre delito penado con prisión correccional».

En el segundo fallo los argumentos desestimatorios son los de que entraña este recurso una fase: «De carácter simplemente formal, relativa a los requisitos que deben concurrir en él, para que tenga acceso al trámite, tales como: Existencia de sentencia condenatoria ejecutoriada que se invoque algunas de las causales taxativamente determinadas en el art. 360: que la pena sea de reclusión».

Y en fallo de la G.J. Serie XIII N° 4, p. 831 de 14 de diciembre de 1978 se establece que: «Mediante la reforma antes indicada (el fallo se refiere a las reformas de 17 de marzo de 1975), se cambió el sistema de los recursos, estableciéndose la apelación y la tercera instancia y en el art. 4º de la reforma se dice que se suprimen los recursos de nulidad y casación, es decir, que sólo quedó vigente el recurso de revi-

sión pero obviamente en tratándose de delitos reprimidos con reclusión. Como en el caso que se juzga el asunto se refiere a infracción reprimida con prisión no procede el recurso interpuesto».

Una equívoca y evidentemente contradictoria apreciación de nuestro más alto tribunal de justicia, en cuanto a la procedencia del Recurso de Revisión, ha venido sacrificando la finalidad y fundamento que anima a esta excepcional institución que pretende la reivindicación del reo y el restablecimiento de la justicia, aun en función de la reparabilidad del error judicial. Ni siquiera en el antiguo derecho romano se consagró la irrevocabilidad de la cosa juzgada, pues allí también cedía ésta si se demostraba que había habido fraude procesal por *prevaricatio* o *tergiversatio*, llegándose a la rescisión de la sentencia y a la *inintegrum restitutio*.

Nos encontrábamos –antes de la Ley 64 de la H. Cámara Nacional de Representantes– con la gran interrogante insoluta ¿Podía intentarse el recurso de revisión en todo tipo de sentencias condenatorias, tanto en los procesos por delitos reprimidos con pena de prisión correccional como en los que son reprimidos con reclusión?

### **La revisión en su momento actual en el Procedimiento Penal ecuatoriano**

Estamos en condiciones de considerar a la revisión en su momento actual dada la forma cambiante como ha venido siendo tratada, tanto por la Función Legislativa como por la Jurisdiccional en los fallos dictados por las diferentes salas de la H. Corte Suprema de Justicia.

#### **Resoluciones impugnables o revisables**

En el procedimiento penal ecuatoriano únicamente pueden ser objeto de este medio excepcional de impugnación, las sentencias condenatorias, estableciéndolo así el art. 360, inc. primero del CPP.

En el aspecto sustancial esa sentencia condenatoria debe haberse dictado por delito y no por contravenciones, a diferencia de lo que acontece en el procedimiento penal colombiano, en el que pueden ser objeto de tal medida también las condenas contravencionales, con el argumento valioso de que esta impugnación extraordinaria tutela la inocencia del condenado.

Aparece desestimada en la realidad ecuatoriana la revisión de una sentencia de absolución, considerando por nuestra parte que es

un acierto la limitación de la revisión de la sentencia a firme. Se garantiza así el respeto al no bis in ídem (no ser juzgado dos veces por lo mismo) pues el Estado agotó el camino que escogió como medio de tutelar determinados bienes jurídicos protegidos por leyes penales (el procedimiento penal), manteniéndose además el respeto a la cosa juzgada, definida por el eximio maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA en la obra *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, «como la calidad de inmutable y definitiva que la ley le otorga a la sentencia en cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica en cada caso concreto».

Es generalmente inmutable la sentencia a firme como trasunto de la certeza con que se ha aplicado la ley en un caso concreto, y resulta de ordinario irrevocable como expresión de ser firme y definitiva.

Defendiendo esta posición se expresa FLORIAN al sostener: «Se excluye la revisión de las sentencias absolutorias y, en general la revisión en perjuicio del inculpado».

Realmente mediante la revisión se busca la protección de la inocencia antes que de la verdad, por ello Giovanni LEONE<sup>1</sup>, oportunamente anota: «La revisión se disciplina únicamente como remedio encaminado al triunfo de la inocencia y no ya, como parecería lógico, al triunfo en todo caso por la verdad. Por eso solamente las sentencias de condena están sujetas a revisión, y no lo están las de absolución que, una vez hechas irrevocables, nunca pueden ser impugnadas».

Agregamos que no cabe revisión de autos resolutorios aunque se estimen que causan agravio como los de automotivación o de formación de causa plenaria, o auto de llamamiento a juicio plenario.

Hoy no quepa duda de que habrá lugar al recurso de revisión de la sentencia condenatoria pronunciada tanto en los delitos sancionados con prisión como en los sancionados con reclusión, en los casos previstos en el Art. 360 del CPP vigente.

Resta considerar que la sentencia de condena que es motivo de este recurso y acción de impugnación, debe ser privativa de libertad y que el reo hubiere estado detenido, esto se interpreta de la forma en

<sup>1</sup> LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho procesal penal*.

que está redactada la disposición transcrita y por la expresa alusión que se hace al **tiempo que hubiere estado privado de la libertad**, para efecto de calcular las indemnizaciones.

Estimamos que debe ampliarse el ámbito de acción de la revisión y considerar también como objeto de la misma, las sentencias condenatorias contravencionales, cualesquiera que fuere la sanción impuesta, sin que se considere como requisito de procedibilidad la prisión del sujeto, ya que existen otras penas que limitan y afectan derechos de la persona que deben ser justamente reivindicados, en función de la reparabilidad del error judicial.

### Efectos del recurso

Declarado con lugar el recurso, en el sistema procesal penal ecuatoriano, hoy la Corte Nacional tiene la doble consideración; actúa como Juez rescindente y como Juez rescisorio. Actúa como Juez rescindente, al reconocer en el caso concreto la procedencia de la impugnación, ya que anula parcialmente el proceso, y no hay actualmente el reenvío que sí contemplaba al art. 333 de la Codificación de 1960 del Código de Procedimiento Penal. La misma Corte Nacional debe fallar.

Cuando la Corte Nacional declare con lugar al recurso de revisión conocerá ella misma del asunto y fallará con amplio criterio judicial de equidad, revocando o reformando la sentencia recurrida, mediante el trámite que creyere conveniente en cada caso, y de acuerdo con los altos intereses de la justicia.

El reenvío a que hacíamos referencia precedentemente significaba que, declarado procedente el recurso culminaba la función de la Corte Suprema como Juez rescindente, y anulando el proceso condenatorio mandaba a que otro Tribunal resuelva. Este Tribunal tenía la calidad de rescisorio, pues expedía la sentencia de mérito con que culminaba el proceso parcialmente reconstruido en razón de la revisión.

Hoy la misma Corte Nacional asume la condición de Juez rescisorio, resolviendo ella misma la revocación o reforma de la sentencia condenatoria materia de la revisión (cf. Art. 367 del Código de Procedimiento Penal vigente).

### El fallo rescisorio

La resolución contenida en el fallo rescisorio, podrá ser favorable al reo sea que intente la impugnación personalmente o por interpues-

ta persona, o que provenga del Juez o del Ministerio Público. Puede ser también desfavorable si niega la revocación, pero jamás habrá lugar a imponer una sentencia condenatoria más grave que la que se busca rever, en atención a la prohibición de la *reformatio in peius*.

La filosofía de la impugnación es la de conseguir una mejora para quien hace uso del derecho a impugnar un probable error judicial, y se desnaturalizaría la esencia del recurso de llegar a imponerse una pena más gravosa que la objetada.

En códigos anteriores, se establecía incluso la posibilidad de imponer sanción pecuniaria al recurrente y al abogado patrocinante del recurso, cuando se consideraba que había obrado en forma «maliciosa». Esta disposición fue derogada.

### Causales para el procedimiento revisorio

En forma taxativa están contempladas en el art. 360 del CPP, y son las siguientes:

1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta;
2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelen que una de ellas está errada;
3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados;
4. Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó;
5. Cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna; y,
6. Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia.

Excepto el último caso la revisión sólo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada.

### Comentario de las causales Causal Primera

Se establece que debe tratarse de delito contra las personas, con el resultado de muerte, y dentro de este delito tipo cualquiera de los tipos de delito que constituyen sus diferentes especies, como ser homicidio simple, culposo, ultraintencional o preterintencional, homicidio agravado por la presencia de determinadas circunstancias que

califican el acto adecuadamente típico, transformándolo en asesinato, parricidio, etc.

Debe justificarse *ab initio* la supervivencia de la persona que se estimaba había sido sujeto pasivo de homicidio, lo que permite colegir que hay razones para intentar la revisión y la consecuente renovación del fallo condenatorio injusto.

La redacción de esta causal puede prestarse a equívocos, en cuanto a lo de comprobar la existencia o identidad de la persona que se creía muerta, pues no bastará que se compruebe la supervivencia de la persona que se creía muerta, sino que además no existiere ninguna otra persona a la que se hubiere dado muerte, por error (*error in personae*) por ejemplo.

Puede presentarse esta hipótesis: Ticio mata a un sujeto que cree que es Cayo (a quien quiere matar), y luego se descubre que Cayo está vivo y que por error mató realmente a Sempronio. No habrá lugar a pedir la revisión pues la responsabilidad penal queda subsistente, podrá llegar a probarse que vive Cayo a quien se creyó muerto como consecuencia del acto homicida, pero la sola comprobación de la existencia del mismo no será suficiente para la revocación de la condena.

El art. 13 del Código Penal determina «el que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varía el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender».

Tiene valor apodíctico la supervivencia de la supuesta víctima – cuando hay además ausencia del error *in personae*–, pues revela la imposibilidad fáctica de que el homicidio se hubiera consumado. Debe estar viva la persona *post delictum*, aun cuando pudiere darse el caso de que falleciera con posterioridad por causas ajenas, sin la existencia del nexo causal con la conducta del injustamente agravado con la condenación.

### Causal Segunda

Conocemos doctrinariamente a esta causal como la INCONCILIABILIDAD DE COSA JUZGADA en dos sentencias condenatorias. Las dos han hecho tránsito a cosa juzgada, son consecuencia de dos procesos penales en los que hay plena identidad obje-

tiva (mismo delito), pero la incompatibilidad surge por no haber identidad subjetiva en los condenados, ya que en los dos procesos por el mismo hecho, se pena a personas diferentes.

La *res iudicata* aparece como injusta en alguno de los dos procesos condenatorios, insistiendo en que debe tratarse de procesos penales diferentes y no de sentencias condenatorias de las diferentes instancias de un mismo proceso, como ser de primera y segunda instancia.

El Prof. LEONE nos dice que la inconciliabilidad tiene que presentarse entre la sentencia cuya revisión se pide y otra sentencia irrevocable.

Consideramos imprescindible estimar que al haber dos condenas en procesos penales diferentes por el mismo delito –contra diversos reos–, la imposibilidad de coexistir las dos condenas revela la no culpabilidad de uno de los reos, y procede que se declare el trámite revisorio.

### Causal Tercera

Factor de procedibilidad y admisión del recurso lo constituye el que la condena se hubiere dictado a base de fraude por prueba documental o testimonial falsa, sancionándose con la revocación de la condena el fraude procesal que le dio asidero a la misma.

Debe haber relación causal entre la prueba falsa y la sentencia condenatoria cuya revisión se demanda, en el sentido de que debió ser influyente y decisiva en la condenación. De tal manera que sin el fraude no habría habido lugar a la condena, clarificando que no es lo mismo la prueba falsa que prueba falsamente interpretada, ya que ésta es una verdad mal apreciada por el juzgador.

Para la procedibilidad del recurso no es suficiente la simple falsificación o falsedad sino que ella hubiere modificado sustancialmente la verdad, y que esa distorsión afecte en forma incriminatoria la sentencia impugnada con este medio excepcional.

Considera Giovanni LEONE<sup>2</sup> que no es preciso que la falsedad fuera causa exclusiva sino que bastará que hubiere influido en la decisión (*sic*).

<sup>2</sup> LEONE, Giovanni, *op. cit.*



Esto es que aun siendo falso el testimonio o el documento o peritación, si el Juez ha desestimado el valor de los mismos en los recaudos probatorios, la revisión será improcedente.

No hay uniformidad doctrinaria en la demostración de este factor de revisión, considerando los penalistas colombianos en referencia expresa al Código de Procedimiento Penal colombiano, que «como no se enjuicia al falsario sino que se juzga la prueba, no se requieren sentencias previas que declaren la falsedad»<sup>3</sup>.

Otra corriente afirma que es necesario como presupuesto de procedibilidad para la revisión por esta causal, que exista sentencia condenatoria a firme de que el documento, peritaje o testimonio ha sido falso y que además hubiere influido decisivamente en la condena, vale decir en otros términos que se requiere que exista sentencia declaratoria de la falsedad y que la misma hubiere influido decisivamente en la decisión impugnada en forma tal que de no haber existido el fraude el fallo hubiere sido absolutorio.

#### Causal Cuarta

Esta causal, puede implicar una nueva instancia pues de que manera se va a cumplir el presupuesto de procedencia? Vale decir, como se va a demostrar que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó? Tal vez con nueva prueba testimonial, con prueba documental superviviente a la sentencia condenatoria, con una nueva prueba material o de peritos que establezcan por ej. en un caso que hubo la interrupción del nexo causal, etc.

Hace referencia a nuevos hechos, entendiendo por tales aquellos que aparecen post condenatoriamente por haberse ignorado su existencia de parte del reo, o que habiendo sido conocidos por el condenado al tiempo del proceso, fueron desconocidos por el Juez del fallo impugnado al tiempo de resolver.

Se trata de hechos sobrevinientes al momento de la condena, que justifican la reparación de la injusticia procesal, si aceptamos que la revisión tiene como fundamento jurídico la eliminación del error judicial.

No escapa al buen criterio que en esta causal, pueden considerarse como causa eficiente, la existencia del que se creía fallecido,

<sup>3</sup> CALDERÓN BOTERO, Fabio, *Casación y Revisión en Materia Penal*.

el error de hecho, y la falsedad o fraude probatorio que se conocen post condena.

#### Causal Quinta

Pretende hacer efectivo el respeto al debido proceso aplicando el concepto de la retroactividad de la ley penal más benigna o del favor *rei*, que está previsto en el Art. 2 del Código Penal que en el inc. 4 e inc. 5 prevé:

«si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada»

Parece más útil y práctico que sea el propio juez del fallo el que resuelva la aplicación de la ley más benigna sin necesidad de recurrir al procedimiento de la revisión.

#### Causal Sexta

Este motivo de revisión no es aceptado por la moderna doctrina que acepta la revocación por error judicial, compartiendo la opinión de que siendo este recurso extraordinario y excepcional que vulnera el instituto de la cosa juzgada, jamás debe fundarse en una nueva valoración de las pruebas que fueron ya valoradas por el Juez del fallo impugnado, debiendo respetar normalmente la inatacabilidad del mismo.

Tienen que haber nuevos elementos de valoración y no una nueva evaluación de los que sirvieron como antecedente y fundamentación de la sentencia condenatoria, dice G. LEONE<sup>4</sup>: «El iter lógico recorrido por el Juez y con él, todo el material sometido a su examen no pueden ser objeto de revalorización, porque destruiría la certeza jurídica que está en la base del fallo».

Es contradictoria esta causal con el sistema de valoración de la prueba consagrado en el procedimiento penal ecuatoriano, que es el de la libre valoración de la prueba y la íntima convicción razonada del Juez: «Toda prueba, especialmente la testimonial, será apreciada

<sup>4</sup> LEONE, Giovanni, *op.cit.*

conforme a las reglas de la sana crítica» (art. 109 del CPP). No debiendo por ende revocarse una sentencia condenatoria por una nueva evaluación de lo que sirvió de fundamentación en el criterio valorativo que hizo el titular del órgano jurisdiccional penal.

El profesor Claria OLMEDO<sup>5</sup> formula una certera observación al sostener: «no puede motivarse –la revisión– en vicios resultantes de la labor crítica del juzgador sobre el asunto sometido a su decisión ni en los defectos del trámite para obtener o llegar al pronunciamiento condenatorio».

En la codificación de 1971 se incorporó esta causal que es una desafortunada innovación, que permite fundamentar la anulación de una sentencia condenatoria afectando el criterio judicial de la valoración de la prueba y la convicción en que el Juez dicta la sentencia.

Sin asidero jurídico se vulnera con este factor la cosa juzgada siendo suficiente estimar que la existencia de la infracción penal no está debidamente comprobada, para que el Tribunal rescindente y rescisorio que es la Corte Nacional, con el criterio íntimo y subjetivo que le asiste deje sin efecto la condena por falta de adecuación típica.

### Precedente histórico

Apareció ya hace algunos años en Ecuador, la posibilidad de la **reforma** de la sentencia condenatoria y no únicamente su revocación y consiguiente anulación. Se permitía la modificatoria de la sentencia condenatoria por ERROR DE DERECHO, lo que es ajeno a la revisión y factor propio del recurso de casación.

La necesidad justificó esta causal de revisión -pugnando con la estimación doctrinaria-, en razón de haber desaparecido el recurso de casación en el procedimiento penal ecuatoriano, casación que permitía la reparación del error de derecho en la calificación del tipo delito que se hacía en la sentencia condenatoria.

Se consagra con esta causal el principio de la benignidad que es de la esfera de la casación, afirmando con acierto el Prof. Clariá OLMEDO<sup>6</sup> «la aplicación de la ley más benigna después de la condena no puede ser motivo de impugnación que permite rever la sentencia».

<sup>5</sup> OLMEDO, Clariá, *Derecho Procesal Penal*.

<sup>6</sup> *Op. cit.*

El mismo distinguido expositor y maestro argentino fundamenta la crítica a esta motivación de la demanda revisoria, afirmando luego: «Debe ser atacada la condena en su totalidad con respecto al acontecimiento criminoso que motivó, para eliminar la culpabilidad y no tan sólo como sería, por ejemplo, la pretendida eliminación de una circunstancia calificativa o demostración de una causal de privilegio».

En el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano por un desatino legislativo de quienes usurparon esta función, se derogó el recurso de casación ignorando que el fundamento del mismo es la revocabilidad del fallo impugnado por ERROR DE DERECHO, *in procedendo e in iudicando*, como ser la equivocada estimación de un delito que siendo penado con prisión correccional se lo sancione con reclusión. Esta imperdonable derogatoria justificó la presencia de la causal comentada.

**Nota:** Había una causal segunda en anteriores Códigos de Procedimiento Penal en Ecuador, que se contraía a lo siguiente:

### Causal Segunda

Se puede producir un error de hecho por falta de fuentes de conocimientos, a las que se accede tardíamente o post condenatoriamente. Esta causal es demasiado genérica, pues el error en la imposición de la condena puede ser motivado por desconocimiento del Juez de determinados hechos, que bien pudieron incluso ser conocidos por el reo o que no siendo conocidos por éste al tiempo de expedir sentencia, lo fueron con posterioridad. Creemos que bien puede estar estimada o comprendida en el numeral que trata a la sobrevivencia de nuevos hechos.

### Miguel Fenech (Derecho Procesal Penal)

Se refiere a la necesidad de reparar este error judicial por causas que se conocen post condenatoriamente, expresando: «Si se llega al conocimiento de datos suficientes para demostrar que la verdad es otra distinta de la declarada en la sentencia, siendo esta por tanto injusta, no debe prevalecer la verdad procesal –por declarada en un proceso– sobre la verdad real y extraprocesal».

**Requisitos de la demanda de revisión. Tramitación de la misma. Criterio de valoración de la prueba en este recurso**

Actualmente, el Juez destinatario la Corte Nacional de Justicia, pero el requisito de procedencia se cumple con la presentación de

la demanda revisoria ante el Juez de Derecho que dictó la sentencia condenatoria, el que dictó la sentencia condenatoria, el que limita su intervención a la remisión de los autos a la Corte Nacional. La naturaleza excepcional de este recurso justifica que no exista en el procedimiento penal ecuatoriano, un período de caducidad que lo torne en prescriptible. No está limitado el requisito temporal, consagrándose expresamente en el art. 359 en el primer inciso que:

El recurso de revisión por cualquiera de las causales previstas en el podrá intentarse **en cualquier tiempo** de ejecutoriada la sentencia.

Este es un progreso en la concepción de la revisión, que es actualmente un recurso imprescriptible bastando la sola interposición ante el Juez *a quo*. En la codificación de 1960 se establecía la caducidad de su ejercicio cuando habían transcurrido dos años contados desde el descubrimiento del error, desde la ejecutoria de la segunda sentencia *res iudicata* **inconciliable** con la primera, o desde la declaratoria a firme del falso testimonio o de la falsedad instrumental. No había caducidad sólo cuando se trataba del primer motivo, o sea cuando aparecía la persona que se había considerado muerta.

Hoy la sustanciación tiene que cumplirse de manera oral y en audiencia pública y contradictoria conforme lo señala el Art. 366 reformado mediante Ley publicada en el RO 555 del 24 de marzo del 2009. Debiendo sustanciarse igualmente de esta manera la prueba que se pretenda utilizar, siendo el legítimo contradictor el ministerio público a través del Fiscal General de la República o su delegado.

Aun, cuando se goza de completa libertad en la apreciación de la prueba al momento de resolver, puede válidamente desestimarse la demanda revisoria, cuando llega a conocimiento de la Corte Nacional la existencia de causas perentorias, entendidas como las de carácter sustancial que son insubsanables por contrariar los fundamentos del recurso.

Con respecto al contenido de la demanda se guarda silencio, por lo cual no encontramos posible una desestimación del libelo revisorio por causas dilatorias, esto es aquéllas de carácter formal subsanables con la redacción antitécnica de la demanda, omisión del articulado que le dé fundamentación, de la vía de sustanciación, etc.

### Titulares en el ejercicio de la revisión

Por la causal primera –cuando vive la persona a la que se creía muerta– podrá deducir la impugnación revisoria el reo, una tercera persona cualquiera, o el mismo Juez de oficio reclamará la revisión a la Corte Suprema. (art. 361 *ibídem*).

En forma injusta se limita la titularidad del ejercicio revisorio en los demás casos al condenado, y si ha fallecido pueden ejercer este derecho, su cónyuge, sus hijos, sus parientes o sus herederos.

En otros momentos históricos, cuando se trataba de fraude procesal –medio para la obtención de la sentencia de condena que va a ser impugnada excepcionalmente–, podían promover su ejercicio el Juez, el reo y el Fiscal que representa al Ministerio Público.

Fallecido el reo, podrán en cualquier tiempo la cónyuge, hijos, parientes o herederos, pedir la revisión de la causa post mortem, con el fin noble de rehabilitar la memoria del agraviado con la condena injusta.

Acepta FLORIAN esta finalidad ya que, «los fines de la revisión de elevada moralidad quedan conseguidos igualmente con reivindicar la buena reputación de un difunto».

### Conclusiones

1º El recurso de revisión siendo excepcional y extraordinario permite la reparación del error judicial –sacrificando la cosa juzgada–, en beneficio particular del reo y en general de una correcta administración de Justicia.

2º Actualmente en el procedimiento penal ecuatoriano procede frente a las sentencias condenatorias por delitos –no en las condenas contravencionales–, sean reprimidos con prisión correccional o reclusión.

3º La Corte Suprema de Justicia ha mantenido una apreciación jurisprudencial contradictoria, en cuanto al objeto de la revisión, aceptándola y negándola en condena por delitos reprimidos con prisión correccional.

4º Es inaceptable la revisión fundada en una nueva valoración de la prueba que sirvió de fundamento a la condena, porque vulnera el criterio de valoración de la prueba en el proceso penal.

5° No tiene período de caducidad en el procedimiento penal ecuatoriano ni aun con la muerte del reo, con la finalidad de rehabilitar la memoria por el agravio causado en la injusta condena.

6° La Corte Nacional que es tribunal rescindente y rescisorio, tiene amplia facultad para resolver la procedencia del recurso, atendiendo a los altos intereses de la Justicia que busca la reparación del error judicial.

7° Se ha consagrado como causal de revisión en el Ecuador el error de derecho, que es motivación o fundamentación propia del recurso de casación, y no de la revisión que tiene como contenido el error de hecho. Y,

8° La sustanciación del recurso se produce en una audiencia oral, pública y contradictoria, al término de la cual se pronuncia la resolución, y posteriormente se redacta por escrito la sentencia debidamente motivada para ser notificada.

## RECURSO DE REVISIÓN

**Juicio Penal No. 116-2002**

**Interposición de recurso de revision**

**Señor Presidente del Tercer Tribunal de Garantías Penales  
Del Guayas**

Nosotros, **A E P H** y **E F A M**, ecuatorianos, mayores de edad, actualmente privados de la libertad en el Centro de Rehabilitación Social de Guayaquil, comparecemos para exponer y solicitar:

### **Antecedentes de hecho**

Consta en el proceso, y así será apreciado por el tribunal de la alzada, que en contra de la verdad histórica y procesal, hemos sido víctimas de un proceso injusto en el que somos víctimas de la criminalización de la pobreza, pues hemos sido condenados a pena de reclusión mayor extraordinaria, de VEINTE AÑOS, mediante sentencia condenatoria hoy ejecutoriada, sin prueba alguna de nuestra culpabilidad. El Tribunal de sentencia no recibió la prueba para acreditar la materialidad del delito como era su obligación, mucho menos prueba alguna de un actuar culpable de nuestra parte, y se limitó a tomar como elementos de prueba las conclusiones de un informe policial igualmente contradictorio, con supuestos hipotéticos no probados, e hizo el propio tribunal elucubraciones de una presunta culpabilidad por tener nosotros, la calidad de potenciales infractores.

### **Fundamentos de derecho**

1.- Se nos ha impuesto una condena de tal magnitud, de conformidad con el Art. 450, circunstancias 1 y 7, como responsables de un asesinato que no fue perpetrado por los comparecientes, y sin que en

el proceso se hubiese presentado pruebas de tal hecho delictivo. Ante el incumplimiento del *onus probandi* o carga de la prueba que le correspondía al Ministerio Público y subsidiariamente al acusador particular, el Tribunal de su presidencia, se limita a manifestar en el considerando «SEPTIMO» de la sentencia condenatoria: «Analizado en su conjunto las pruebas aportadas y existiendo el convencimiento y la certeza de que los acusados en la presente causa son los autores del delito denunciado...».

2.- La afirmación precedente no tiene sustento probatorio alguno, pues se desestimó que nuestras versiones extraprocesales y las procesales son contestes en afirmar que no conocemos en verdad quien o quienes son los autores responsables de la muerte de nuestro amigo, ...ocurrido el domingo 7 de octubre del 2001, con quien habíamos jugado pelota y consumido bebidas alcohólicas. Se ha ignorado así que el testimonio del imputado y del acusado son medios de prueba y de defensa a favor de quienes los rinden, conforme lo prescribe el Art. 143 del vigente Código de Procedimiento Penal, siendo igualmente inexcusable que el Tribunal haya ignorado en sentencia, que el **testimonio del acusado es indivisible**, y que el tribunal estaba obligado a hacer uso de toda la declaración o de ninguna de sus partes, excepto cuando hubiesen graves presunciones contra la parte favorable al acusado (sic).

3.- El argumento truculento que presenta la policía en su informe investigador, lamentablemente es recogido por el Tribunal en la sentencia, que admite la versión policial de que « existen indicios de la responsabilidad de la muerte del ciudadano quien en vida llamó ..., por cuanto admiten haber estado libando con el hoy fallecido el día domingo 7 de octubre del 2001, encontrándose incluso juntos al momento que según ellos han sido disparados en la obscuridad de la noche por sujetos no identificados, por lo que se han separado sin haber dado aviso a nadie hasta el momento en que han sido detenidos para investigaciones. Que hasta el momento no se ha podido confirmar la veracidad de sus versiones como tampoco se ha podido descartar la posibilidad de que ellos hayan cometido el delito materia de la presente investigación...» A este pobre argumento policial que transcribe el Tribunal como verdad inconcusa en la sentencia condenatoria, se suma la insostenible elucubración del propio terminal que consta en el numeral SEXTO en la parte final que transcribimos «...

Además, el hecho de que cargaban un arma que se les cayó y en completo estado ético según ellos, los convierte en potenciales infractores...».

4.- El Tribunal de su presidencia, recuerda en la sentencia que el Art. 85 del nCPP prescribe que la prueba, debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado. PERO el hecho cierto es que ninguno de tales fines se han cumplido, pues ni siquiera se ha probado como correspondía la materialidad de la infracción, recordando que la prueba debe ser practicada ante el Tribunal Penal, y no consta en el proceso que en la etapa del juicio hubiesen comparecido peritos a la audiencia del Tribunal para probar la materialidad de la infracción. Así lo determina el Art. 291 del nCPP, que señala la obligación del Presidente del Tribunal para la recepción de la prueba de peritos, que en nuestro caso se violó por omisión.

5.- Sin duda no existe legalmente practicada prueba material en este caso, pues el Tribunal incumplió con la obligación de recibir la prueba material en la audiencia de juzgamiento en la etapa del juicio. El Art. 91 del nCPP al referirse a la prueba material dice: «La prueba material consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios o en los instrumentos con los que se la cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa del juicio y valorado por los tribunales penales».

6.- El Tribunal Penal incumple en la redacción de la sentencia con el contenido del numeral 2 del Art. 309, que dispone «La enunciación de las pruebas practicadas y la relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del acusado que el tribunal estime probados». No menciona pruebas practicadas en la etapa del juicio simple y llanamente porque no se practico ninguna!

En un delito de resultado material como el resuelto, ni la denuncia ni la acusación particular constituyen prueba alguna. Es verdad que no puede haber juicio sino hay una acusación previa de parte del Ministerio Público, pero esa **acusación** no puede quedar librada al criterio arbitrario del agente fiscal, sino que debe estar fundamentada en un análisis prolijo de los hechos investigados y probados, conforme lo dispone expresamente el artículo 66 del nCPP, mismo que dice «el fiscal debe formular sus requerimientos y conclusiones

motivadamente, mediante un análisis prolijo de las pruebas y de los puntos de derecho».

De acuerdo con el artículo 79 *ibidem*, las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales penales correspondientes, salvo los anticipos jurisdiccionales de prueba, que está limitada a la prueba de testigos; y por la otra, que las investigaciones y las pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio.

7.- Una pericia que ha sido practicada durante la instrucción fiscal, JAMÁS PODRÁ CONVERTIRSE EN PRUEBA EN LA ETAPA DEL JUICIO, por muy importante que fuese la pericia sino es presentada y valorada en la etapa del juicio. La pericia y cualquier otra diligencia de investigación que se practiquen durante la instrucción fiscal, no constituyen aún prueba pues para ser tales deben practicarse ante el Tribunal Penal en la etapa del juicio.

No obstante siempre que hayan sido actuadas por el Ministerio Público. El Art. 214 del nCPP, aplicable al caso, manifiesta: «Las diligencias investigativas actuadas por el Ministerio Público, con la cooperación de la Policía Judicial constituirán elementos de convicción y servirán para que fiscal sustente sus actuaciones».

8.- El Fiscal Penal frente a un delito de resultado material, está en la obligación inexcusable de designar peritos, pudiendo actuar como tales los que se encuentran acreditados en el Ministerio Público, según lo que dispone el artículo 94 *ibidem*. Y la disposición imperativa de designar peritos consta en el artículo 95 del mismo CPP. En el artículo 98, último inciso, de la ley de procedimiento vigente, se establece el derecho del imputado y del acusado de conocer oportunamente el informe pericial, a formular observaciones y a solicitar aclaraciones al perito, sin perjuicio de su derecho a interrogarle en la audiencia.

9.- El comportamiento del Tribunal Penal del juicio y de la sentencia, es contrario a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal que se han mencionado y transcrito, y es además contrario a la propia Constitución por violatorio de garantías del debido proceso que están previstas *in extenso* en el artículo 24 de la Constitución Política de la República de 1998. Para fundamentar lo dicho, dejo constancia de que en el artículo 192 de la Constitución se reitera el respeto a las garantías del debido proceso, y en el artículo 194, se reconoce el

derecho al contradictorio que no es otra cosa que el ejercicio del derecho a la réplica, a la oposición fundamentada, al cuestionamiento motivado, etc., que está igualmente reconocido en el artículo 98 de la ley de procedimiento invocado *up supra*.

10.- Entre las garantías del debido proceso del artículo 24 de la Constitución aplicable al caso, irrespetadas en el caso consultado, expreso: a.- La limitación del derecho de defensa (numeral 10), al no cumplir el fiscal con la designación de peritos cuyo informe pudo ser contradicho por el imputado. b.- La ineficacia probatoria de la investigación policial y del contenido de la instrucción fiscal, que debió ser así declarada por el Tribunal, en el momento de emitir su sentencia. c.- La limitación del derecho al contradictorio (numeral 15) al no haber comparecido los peritos, para ser interrogados por las partes, así como el impedimento para que las partes puedan tener la oportunidad de examinar los documentos relacionados con el procedimiento pericial. d.- La falta de motivación en la sentencia, (numeral 13) pues no habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. **El tribunal no pudo motivar ni fundamentar la sentencia condenatoria por la inexistencia de pruebas de nuestra culpabilidad.**

#### Interposición de recurso de revisión

Con los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que anteceden, en ejercicio de nuestro derecho a que se repare el agravio inferido con una sentencia condenatoria injusta, **proponemos el presente recurso de revisión** de la sentencia condenatoria ejecutoriada que pesa en contra nuestra, con la finalidad de que se declare procedente el recurso y se nos absuelva de cargos, declarándonos inocentes de culpa y con derecho a ser puestos en libertad.

La causal que invocamos como requisito de procedibilidad para que se acepte al trámite el recurso, es el **numeral 6 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal** vigente, pues no existe legalmente practicada por el Tribunal Penal prueba de la existencia del delito, tratando de incorporar la misma por simple lectura, y se nos ha condenado sin prueba alguna de nuestra culpabilidad.

**Solicitamos como prueba,** en cumplimiento de lo que dispone el Art. 362 del CPP, que se incorpore al proceso, el acta de la audiencia

de juzgamiento del Tribunal, o **acta del juicio** a que se refiere el Art. 307 del Código de Procedimiento Penal, en la que debe constar:

«... El desarrollo del juicio, con mención del nombre y apellidos de los jueces, de las partes, testigos, peritos, y los **elementos de prueba producidos durante la audiencia** ...»

Sírvase dar cumplimiento al mandato contenido en el Art. 362 del CPP, y remitir sin dilación alguna el proceso a la Corte Nacional de Justicia, a efectos de que conozca del mismo la Sala Penal correspondiente.

### **Designación de defensor y señalamiento de domicilio**

Designamos como nuestro defensor al doctor ..., quien ha aceptado estudiar nuestro caso y asumir nuestro patrocinio sin costo profesional de nuestra parte, y señalamos como domicilio para las notificaciones que nos correspondan en el Tribunal de la Alzada ( Sala Penal de la Corte Nacional), la casilla judicial No. 1797 de la H. Corte Superior de Justicia de Quito.

Provea el recurso,

Dr...

Mat... Col. Abog.

## **REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN**

En la perpetración de los delitos no siempre se da la situación de la intervención de un solo sujeto, produciéndose en más de una ocasión la intervención de un concurso de voluntades con identidad criminosa. En determinados tipos penales la colaboración de más de uno es necesaria como acontece con el duelo y la bigamia, en otros ese concurso es eventual<sup>1</sup>.

La intervención o colaboración en la comisión de un delito nos permite predicar de tales sujetos la condición de **partícipes**, limitando esa categoría para quienes confluyen en calidad de **autores** o de **cómplices**, debiendo por de pronto apuntar que es equivocado darle condición de partícipe al encubridor pues la intervención de éste se evidencia cuando el delito ha sido ya cometido por la gestión de los autores y la colaboración de los cómplices, y técnicamente **no participa** en la comisión. Se hace presente cuando el acto típico es ya histórico, con ese previo conocimiento con miras a beneficiar a los partícipes; significa afirmar que no es ni siquiera un auxiliar en la comisión porque interviene posteriormente.

En la finalidad sancionadora del Derecho Penal surgen las dificultades por la presencia accesoria de personas que en forma anterior o simultánea coadyuvan en el proceso delictual con el sujeto principal, para aprehender penalmente dichas conductas surge la creación de un dispositivo ampliatorio de la adecuación típica que permitirá la sanción penal, por la figura de la **coparticipación**. Las normas de orientación para la ubicación de los partícipes en una u otra categoría son proporcionadas

<sup>1</sup> Cf. REYES, Alfonso, *Derecho Penal*, p. 183.

por el legislador, con la salvedad anticipada de no haber uniformidad doctrinaria en el estudio de las formas de participación.

El concurso delictivo supone una pluralidad de sujetos que forman parte en la ejecución (autores y cómplices), una participación orientada a la obtención de un determinado resultado y una adecuación en un mismo tipo penal, sin estos requisitos no cabe aceptar el concurso.

Podemos sentar como premisa que en la estructura de la **participación** encontramos a los **autores** y a los **cómplices**, que con respecto a los primeros suélese denominarlos como **autores materiales e intelectuales, mediatos y coautores**, y de los segundos afirmamos una subclasificación en **cómplices primarios o necesarios y secundarios**.

### Autor

Es la persona que ejecuta la conducta típica<sup>2</sup>, agregando a esto el Prof. Enrique CURY que debe intervenir siquiera parcialmente en el proceso ejecutivo y poseer el dominio subjetivo del acto<sup>3</sup>.

Autor de un delito es igualmente el inimputable aún cuando no tenga la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento y de determinarse conforme a esa comprensión, lo que acontecerá es que su actuar será inculpable, y como consecuencia de la falta de juicio de reprochabilidad o de desaprobación de la conducta no se le impondrá pena. El autor puede realizar la conducta típica en forma directa o inmediata, o valiéndose de un tercero inimputable o no.

### Autor material

Podemos así denominar a aquel que de manera directa o indirecta adecua su conducta en la hipótesis prevista como delictiva, debiendo observarse que estudiaba la participación dentro del esquema de la tipicidad, un sujeto puede ser autor de una conducta típica y obrar amparado por una causal de justificación que opera como aspecto negativo de la antijuridicidad, puede ser autor de una conducta típica y antijurídica y estar amparado en una causal de inculpabilidad, pero no por ello dejará de ser autor.

<sup>2</sup> REYES, Alfonso, *La Tipicidad*, Universidad Externado de Bogotá, 1981, p. 209.

<sup>3</sup> CURY, Enrique, *Orientación para el estudio de la Teoría del Delito*, Valparaíso, 1969, p. 272.

Cuando el sujeto actúa en forma inmediata o personal lo llamamos **autor material directo**, como cuando Juan sustrae fraudulentamente una cosa ajena con ánimo de apropiación.

**Autor material indirecto** es aquel que se vale de medios como por ejemplo, los mecánicos o animales, de suerte que su actividad no será objetivamente personal, sino mediando el uso de medios como los preindicados. Dentro de la formulación de autores **inmediatos y mediatos** el Prof. SOLER<sup>4</sup>, considera como inmediato al que ejecuta la acción en forma directa y por sí mismo y como autor mediato al «que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es culpable, o no es imputable, pero es autor». Esto nos lleva a concluir que si el autor se vale de un inimputable será **mediato** y en el evento de emplear un instrumento mecánico o un animal será **autor material indirecto**.

### Autor intelectual

Es el sujeto que realiza el comportamiento típico valiéndose de un tercero que será el autor material, a fin de evitar equívocos destacamos que el **autor material** debe ser sujeto imputable, esto es dotado de la capacidad genérica de comprender la ilicitud de su conducta aún cuando en la situación concreta pudiere encontrarse impedido de comprender la ilicitud del comportamiento, como cuando media un error de prohibición inducido por un tercero, que será el autor intelectual.

Al **autor intelectual** se lo denomina también instigador o determinador dándole la calificación de **inductor**; CURY<sup>5</sup> expresa que, «es el que de manera directa, forma en otro sujeto la resolución de ejecutar una acción típica y antijurídica».

Realmente la autoría intelectual no puede ser ajena a la instigación, dado que se crea en el tercero el ánimo o propósito de delinquir induciéndolo a cometer materialmente el delito o más propiamente el acto típico, que le pertenece igualmente al primero. Si no hubiere la decisión de delinquir en el inducido esto es que no ejecute el acto, el inductor dejará de ser autor intelectual, podría eventualmente responder como autor material de la instigación que es delito con autonomía estructural.

<sup>4</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, pp. 244 y ss.

<sup>5</sup> CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 276.



El **autor intelectual** puede emplear como medios la **orden**, como cuando el superior jerárquico exteriorizando su voluntad le impone al subordinado que actúe en cierta forma que es constitutiva de delito, caso en el que este último será autor material eventualmente inculpable por la no exigibilidad de otra conducta.

Puede ser **autor intelectual por mandato**, cuando surge el acuerdo de voluntades que contratan una actividad criminal habiendo estrecha relación entre el mandante cuya autoría es intelectual y el mandatario o ejecutor material, que ejecuta el acto confiado en beneficio del primero. No hay evidentemente una división de trabajo como ocurre en la **coautoría impropia** (tratada separadamente) sino un encargo delictivo aceptado por el tercero, por un beneficio que bien puede ser cuantificado económicamente o por otra causa como la oferta de cumplir una promesa futura.

**Autor intelectual por coacción** es el sujeto que mediante un acto de constreñimiento físico o psicológico apremia a otro para que ejecute un delito, el mismo que debe tener la condición de ser capaz de comprender el injusto del actuar, pero encontrarse en la situación concreta con la voluntad coacta, lo que le impide determinarse libremente. Si se da la situación de un miedo insuperable el actuar del ejecutor material será inculpable, por la circunstancia anotada. Contrario a nuestra formulación se pronuncia el Prof. CURY, quien afirma que «si el ejecutor material no realiza una acción sino que es forzado, o si mediante engaño se lo resuelve a la realización no dolosa del acto, no hay inducción sino autoría mediata»<sup>6</sup>. Sebastian SOLER considera el autor intelectual por coacción, en la que no existe intervención alguna de la subjetividad libre del coacto, como autor inmediato, mencionando los ejemplos de la violencia y de la orden irrecusable en los que se desplaza la calidad de autor al que ejerce la violencia o da la orden<sup>7</sup>.

La disconformidad doctrinaria la apreciamos por la ubicación que se le dé a la obediencia debida, ora como causa de justificación o como causa de inculpabilidad, pareciéndonos apropiado resolver la situación del autor material en el juicio de culpabilidad en el que el reproche se le formulará al autor intelectual únicamente.

<sup>6</sup> CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 277.

<sup>7</sup> SOLER, Sebastián, *op. cit.*, t. II, pp. 245 y ss.

**Autor intelectual por consejo** es a nuestro entender propiamente el instigador, esto es aquel que convence por medios persuasivos –diferentes a los anteriores–, a un sujeto para que tome una resolución delictiva, siendo el tercero igualmente culpable pues hay en éste la realización dolosa de un tipo, la labor del instigador consigue minar la resistencia natural al delito en el instigado que se resuelve a actuar voluntariamente una vez que fue persuadido para hacerlo.

Al **autor intelectual por consejo o instigador** podemos denominarlo también, motor. El empleo de los medios persuasivos puede efectuarse en forma expresa o en forma tácita, valiéndose de cualquier artificio para conseguir la resolución criminal del **autor material** que podría en una situación fáctica actuar inculpablemente como cuando media un engaño determinante para conducirlo al error de prohibición. En el evento contrario de haberse convencido libremente (sin error), será consecuentemente culpable al igual que el instigador. Tal sería el caso de quien induce a otro a tomar para el primero algo que es ajeno, con el conocimiento del tercero de la ajenidad de la cosa, aquí habrá plena responsabilidad penal. Pero si se lo persuade que tome algo, que afirma el inductor que le pertenece y en ese convencimiento errado se produce la sustracción, responderá penalmente el inductor pues el inducido habrá actuado creyendo que lo que hacía era lícito por tener derecho a la cosa el instigador, obrando atípicamente el instigado.

#### **Autor mediato**

Es el que ejecuta la acción por medio de otro que no es culpable o no es imputable<sup>8</sup>, que se vale de la acción de un tercero que es atípica para ejecutar un acto típico<sup>9</sup>. Hay en el **autor mediato** el dominio final del referido acto apareciendo en cierto modo la conducta del tercero como un mero instrumento.

Aceptando la condición de ser inculpable el tercero, la inculpabilidad en términos generales es consecuencia de tratarse de un inimputable, de obrar en circunstancias de error de prohibición o de no exigibilidad de otra conducta. El Prof. REYES ECHANDÍA<sup>10</sup>, con-

<sup>8</sup> SOLER, Sebastián, *op. cit.*, t. II, p. 245.

<sup>9</sup> CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 274.

<sup>10</sup> REYES, Alfonso, *op. cit.*, p. 214.

cluye afirmando que el autor mediato no es más que el autor material que utiliza instrumentalmente –o como instrumento– a un ejecutor que podría obrar atípicamente, o se trata de un autor intelectual que se vale de un autor material que estará amparado en una causal de justificación o de inculpabilidad. Solución que nos parece apropiada para ubicar la conducta del autor mediato dentro de la estructura de la participación.

Parece prudente reservar la calidad de ejecutor material al tercero que obra en circunstancias de error de tipo (ajenidad de la cosa sustraída), para diferenciarlo del autor material y obtener de esa manera el desplazamiento de la autoría a quien debe responder penalmente.

### Coautores

Son los sujetos que teniendo individual y separadamente la calidad de autores, toman parte en la ejecución de un mismo acto típico en forma inmediata y directa. Lo hacen por acto propio sin valerse de terceros<sup>11</sup>, la acción y responsabilidad no dependen de la acción y responsabilidad de otros sujetos<sup>12</sup>.

Se toma como criterio para darle la calidad de coautor, al autor que no deja de ser tal cuando se suprime hipotéticamente la participación de los demás autores.

Exígense requisitos objetivos y subjetivos para aceptar la coautoría como forma de participación: a) Identidad en el mismo tipo de delito de manera que haya confluencia en la ejecución de un evento criminoso, debe haber vinculación entre los copartícipes y el mismo hecho, por ej. matar, o coquechar. b) La voluntad de todos se dirige al mismo delito, destacándose la identidad dolosa esto es el querer de un mismo resultado típico. De no existir esta dualidad se observará la actividad de cada uno en forma separada, siguiendo el viejo aforismo de que «cada cual responde de su propia culpa». Consecuentemente con lo anterior debe haber capacidad de autoría en cada uno de los copartícipes, de manera que cuando se exige una determinada calidad en el sujeto activo esta calidad debe predicarse de todos<sup>13</sup>, esto no

<sup>11</sup> ETCHEVERRY, Alfredo, *Derecho Penal chileno*, t. II, p. 68.

<sup>12</sup> SOLER, Sebastián, *op. cit.*, t. II, p. 251.

<sup>13</sup> REYES, Alfonso, *op. cit.*, p. 215.

significa afirmar que la actividad de los que intervienen con el sujeto activo calificado resulte impune sino que la participación no será en calidad de coautores sino de cómplices.

No es necesaria sino eventual la convergencia de voluntades para cometer un mismo tipo delictivo, en los casos en que la exigencia legal determina una pluralidad de sujetos, son únicamente **autores**. La **coautoría** se pone de manifiesto tanto cuando los sujetos intervienen por igual realizando en forma total y al mismo tiempo la conducta típica que fue acordada, como cuando convienen en una división de la empresa criminal, obra que en su totalidad es unitaria, pues se trata de una actividad en común por la que responderán todos en la misma calidad. En el primer caso se sostiene que la **coautoría es propia**, como cuando varios sujetos acuerdan matar a Juan y lo consiguen disparándole. Será **impropia** la coautoría, cuando los coautores realizan por separado y previa división actos que en visión unitaria son parte de un gran todo, que es el delito. Ocurre así cuando para robar se planifica lo que hará cada uno de los copartícipes de manera que uno por ejemplo, conduce el vehículo, otro violenta las seguridades de acceso y los demás se sustraen las cosas que son llevadas en el vehículo conducido por el primero, aquí responderán como coautores.

El Prof. REYES ECHANDÍA<sup>14</sup>, formula una importante consideración cuando afirma la distinción entre **coautoría intelectual** y **coautoría material**, puede darse la hipótesis de que algunos sujetos acuerden una empresa delictiva, pero para la ejecución de lo acordado contraten a otro u otros. Así serán coautores intelectuales tres individuos que deciden matar a Pedro, si en la ejecución del delito buscan y obtienen el consentimiento –previo paga– de Juan y José, sea que en forma mancomunada y por igual ejecuten el contrato como si lo apuñalan (**coautores materiales directos**), o se dividen el trabajo, el uno lo imposibilita para que se defienda, lo golpea y el otro le dispara, obteniendo el resultado previsto y querido (**coautores materiales indirectos**).

Otro aspecto de importancia es que la conducta de los coautores debe subsumirse en el mismo tipo penal y en las mismas condiciones, atendiendo a las exigencias del tipo con relación a la calidad que se

<sup>14</sup> REYES, Alfonso, *op. cit.*, p. 215-216.

requiere en los autores pues esta circunstancia personal es **incomunicable**, de manera que el particular no será coautor del delito de peculado por faltarle la condición de funcionario público, aún cuando deberá responder penalmente por la participación que hubiere tenido. Igual ocurre en el infanticidio *honoris causa* en el que el privilegio de la madre no se extiende a los particulares que coparticipan, los que serán penados por homicidio.

Fórmula de solución es que habiendo pluralidad de sujetos uno cualquiera de ellos debe tener la condición cualificante requerida en el tipo, de manera que deberá intervenir un funcionario público en el peculado o en el caso del cohecho. La situación de los copartícipes podría ser la de cómplices o instigadores, pero no pueden ser coautores, porque la autoría se determina por una circunstancia que no puede comunicarse por ser personal, como ocurre también en el delito de parricidio en el que el parentesco es incomunicable y sólo podrá ser autor quien tenga tal calidad. Si hay coparticipación el tercero responderá por el delito de homicidio o asesinato si actuó de manera coejecutiva con el autor del parricidio. De haber cooperado responderá por parricidio si tenía conocimiento de esa situación (relación de parentesco entre ofensor y ofendido) pero no como coautor sino como cómplice.

### El agente provocador

Es aquel que instiga a otro que actúa como autor material, para que cometa un delito con la finalidad de que sea descubierto y sancionado por la justicia<sup>15</sup>. La responsabilidad penal del autor material parece ser incuestionable más el examen particularizado de la forma como proceda el inductor merece algunas consideraciones, bien porque podría darse la hipótesis de un actuar atípico, o porque el inductor deba responder también penalmente.

Situación compleja es la intervención del provocador con actos de verdadera instigación, consejo, proposición, etc., que pretende que se cometa un delito para que se sancione al provocado. En este caso distinguimos dos hipótesis, si el provocado se resiste debe responder el provocador como **instigador**, esto es por un tipo delictivo autónomo,

<sup>15</sup> ETCHEVERRY, Alfredo, *Derecho Penal chileno*, t. II, Editora Nacional, Santiago de Chile, 1976, p. 72.

mo, y si el provocado comete el delito éste responde como **autor material** y el primero como **autor intelectual**.

Cuando se trata de bienes indisponibles como la vida carece de relevancia jurídica la situación del agente provocador o inductor y si el provocado lo mata responderá penalmente.

En determinados delitos como el cohecho, cuando la provocación proviene del *intraneus* (el funcionario público) debe considerarse que de *lege lata* el provocador y el provocado son sujetos activos del cohecho, siendo el sujeto pasivo el Estado y el bien jurídico protegido la fidelidad del funcionario público. La justificación del funcionario público de preconstituir una prueba del delito del *extraneus* **no es solución pacífica**, debe entenderse racionalmente que el provocado **necesita** de un determinado servicio de dependiente estatal y la actitud de éste –de prestarse a la coima o forma asimilada de ella–, lo resuelve a la proposición de la corrupción. Bien puede argumentarse que el funcionario público se aprovechó de la necesidad del provocado para inducirlo al delito debiendo responder por igual los dos. Requiere que la instigación se haga públicamente (art. 386 del Código Penal).

El Prof. JIMÉNEZ DE ASÚA advierte una diferencia entre el **instigador** (aquel que mueve el ánimo de otro hasta hacer que se convierta es autor de un delito) y el **agente provocador**, pues la intención de éste es la de que se cometa un delito sino la de que el agente sea descubierto<sup>16</sup>, apareciendo como criterio diferenciador: la finalidad de determinar la comisión del acto ilícito, o de ponerlo al provocado en circunstancias de aprehensión o de requerimiento judicial.

De acuerdo con la teoría de la participación, **cómplices** son los que participan en la comisión de una conducta típica ajena con respecto a la que un tercero es el autor material. El cómplice coopera a la ejecución con actos anteriores o concomitantes, sin realizar la conducta típica<sup>17</sup>, de manera que su intervención es coadyuvante de la conducta principal que corresponde al autor, esto nos permite decir que la participación del cómplice es accesoria ya que lo que hace es contribuir a que otro ejecute o cometa un acto ilícito. Aparece como

<sup>16</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 508.

<sup>17</sup> REYES, Alfonso, *La Tipicidad*, p. 221.

uno de los requisitos la **accesoriedad** de la participación del cómplice, entendida en el sentido de no poder subsistir la complicidad sin la presencia de la autoría, esto es que no puede haber cómplices si no existen autores. Puede darse el evento de que una persona sea autor de un delito y no requiera de cómplices, pero es inaceptable reputar complicidad sin la autoría que es principal. El **cómplice** colabora con un **autor material**<sup>18</sup>, pues el **autor intelectual** se vale de un ejecutor material para obtener el resultado, no pudiendo confluír la conducta de un cómplice con un **autor intelectual** a menos que se sume a ellos el **autor material**. Otro requisito es el de contribuir o cooperar en la comisión de una conducta típica ajena, la participación en una conducta típica propia lo podría convertir en coautor. Reconociendo la complejidad de diferenciar al **cómplice primario del coautor** «pues objetivamente los aportes de ambos aparecerán como integrantes de la consumación», el Prof. Sebastián SOLER<sup>19</sup> la considera sin importancia alguna por la asimilación punitiva en la responsabilidad penal de ambos partícipes, más a nosotros nos parece que la diferenciación técnica entre el **cómplice primario** y el **coautor** reside en la finalidad del **coautor** que es la de ejecutar y el cómplice la de ayudar a que otro ejecute. La cooperación tiene que ser con actos precedentes o concomitantes, la intervención subsiguiente o posterior al delito será realmente la figura autónoma del encubrimiento, aquí ya no hay realmente cooperación porque no se puede hacer aportaciones a la realización de un hecho ya concluido, según afirma el Prof. Enrique CURY<sup>20</sup>. La calidad de la colaboración tiene que ser apreciada en el hecho en concreto y no hacer formulaciones abstractas para calificar la complicidad como primaria o secundaria, éste es uno de los aspectos más serios por las repercusiones en la esfera de la punibilidad. Nos hace meditar la intervención, cometido el delito pero previo concierto con el autor, como cuando se le ofrece borrar las huellas que pudiere dejar en el sitio o se le ofrece la posibilidad de ocultarlo una vez que hubiere sido cometido el ilícito penal. Cualquiera de estas formas de intervención de *lege lata* las consideramos como encubrimiento cuando no medió el previo concierto.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 223.

<sup>19</sup> SOLER, Sebastián, *op. cit.*, t. II, p. 272.

<sup>20</sup> CURY, Enrique, *op. cit.*, p. 277.

### Análisis de la conducta del Encubridor

Habiendo definición legal en el Código Penal ecuatoriano en el art. 44, la transcribimos para mayor información y comentario: «Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente». Nuestro antiguo código, trae una enumeración exhaustiva de las formas como se puede favorecer al sujeto activo de delito, y reputar ese acto posterior al de la comisión del delito, como de encubrimiento. Habíamos ya apuntado que el auxilio posterior en el encubrimiento no debe obedecer a un acuerdo previo, pues en esas circunstancias bien podríamos ubicar la conducta en una de las formas de complicidad o de autoría.

Resultará ser el encubrimiento una intervención residual que se predicará de un sujeto que con el conocimiento previo de la perpetración de un delito, o de los actos que se ejecutan para llevarlo a cabo, sin participar como autor o cómplice, actúa posteriormente a su comisión o frustración adecuando su conducta en alguna de las hipótesis que previó el legislador. Hoy se niega que el encubridor sea un partícipe<sup>21</sup>, pues su intervención se presenta en la mayoría de los casos cuando el delito se ha cometido, o excepcionalmente se pena el encubrimiento por la sola circunstancia de proporcionar en forma reiterada escondite o sitio de reunión o ayuda a los sujetos activos de delito. La tendencia preponderante es de tratar el encubrimiento como un tipo penal con verdadera estructura y autonomía jurídica, advertimos que muchas hipótesis –aún las mencionadas por el legislador ecuatoriano– son delitos autónomos.

La ocultación de los instrumentos o pruebas del delito, puede constituir delito contra la actividad judicial cuando se mueve a enga-

<sup>21</sup> Cf. CURY, *Orientaciones...*, p. 279.

ño al juez en el decurso de un proceso. Como realmente el encubridor no es partícipe, calificación reservada a los que intervienen en la comisión del delito ejecutándolo (autores) o cooperando a su ejecución (cómplices); debe excluirse de la participación toda intervención que no consista en producir un delito o contribuir a ello<sup>22</sup>. Nada puede agregar al delito ya cometido la conducta posterior del que auxilia al delincuente –para tomar las palabras del legislador–, como dice el Prof. SOLER<sup>23</sup> «con esta acción ulterior sólo puede alcanzarse a tornar imposible la acción de la justicia; contra ésta actúa en forma clara y autónoma, el encubridor». **Son presupuestos del encubrimiento**, la existencia de un hecho precedente y cierto, que es la comisión de un delito, con la excepción de lo que dispone el art. 44 en su parte inicial cuando afirma que son encubridores los que conociendo la conducta delictuosa, proporcionan habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión.

De *lege ferenda* debe pensarse esta conducta como delito autónomo pero objetivamente aparece como inaplicable, pues el encubrimiento genera una pena de una cuarta parte de la aplicable a los autores del delito. El encubrimiento puede predicarse de un delito consumado o que se encuentre en fase de tentativa (dispositivo amplificador del tipo o forma ampliada de adecuación) y con respecto a cualquier forma de participación, esto es de un autor, de un instigador, de un cómplice, etc. Se demanda como condición negativa del encubrimiento, la ausencia de promesa anterior al delito de prestar auxilio una vez cometido, por las razones ya expuestas. Como se ha destacado el conocimiento previo de la participación en un delito, basta con que actúe el encubridor con dolo eventual, descartando la admisión de un encubrimiento culposo pues el favorecimiento, ocultación, destrucción de vestigios del delito, etc., se efectúa a sabiendas. El **favorecimiento** puede ser **real**, cuando se ocultan o destruyen los efectos o instrumentos del delito para evitar el descubrimiento («represión» dice nuestro código), pudiendo estar referido al objeto material del delito -cuerpo de la víctima-, a las huellas o vestigios, en ropas, muebles, etc., o a los instrumentos del delito, apreciados como las armas con que se lo

<sup>22</sup> SOLER, Sebastián, *op. cit.*, t. II, p. 239.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, t. V, p. 248.

hubiere cometido<sup>24</sup>. El **favorecimiento** puede ser **personal**, al que se lo subclasifica en **ocasional** y en **habitual**. Es **ocasional**, el contemplado en el art. 44 cuando se destaca como encubrimiento, proporcionar los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, y **habitual** cuando hay la repetición de actos de favorecimiento, suministrando alojamiento, escondite o lugar de reunión.

### Reflexiones finales sobre la teoría de la participación

En la versada opinión del Prof. Eugenio Raúl ZAFFARONI, el penalista más importante de esta parte del mundo hispano parlante, al referirse a la configuración jurídica de la concurrencia de personas, «como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación (concurrencia o concurso) de personas en el delito*, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad.

Cabe precisar que la expresión *participación*, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, *participación* es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas *toma parte en el delito*, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por *participación* el fenómeno por el que una o más personas *toman parte en el delito ajeno*, siendo *partícipes* sólo los *cómplices* y los *instigadores*, con exclusión de los autores»<sup>25</sup>.

Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad. Se consideran autores a quienes cometen el delito de propia mano, como bien dice el profesor Günther JAKOBS, «autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir quien ejecuta de propia mano la acción fáctica

<sup>24</sup> Cf. ETCHEVERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, t. II, p. 76.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735.

dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito»<sup>26</sup>.

El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por sí mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración. Como expresa el propio JAKOBS, «El Derecho Penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo»<sup>27</sup>. En la dogmática penal se llega a considerar a un partícipe con el mismo nivel de culpabilidad y de responsabilidad que el autor, pues en ocasiones la participación es de tal gravedad que sin su concurso el hecho no se habría producido.

En el ordenamiento penal ecuatoriano de acuerdo con el Art. 44 del Código Penal, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido, esto es lo que denominamos *cómplices primarios* o *necesarios*, vale decir que sin ser técnicamente autores se los reputa como tales para efectos de la determinación de la pena; como dice E.R. ZAFFARONI, «quienes hacen el aporte necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los cooperadores necesarios, a quienes se les depara el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesarios»<sup>28</sup>; y, se reserva la calidad de *cómplices secundarios* o *accesorios* a aquellos cuya participación es intrascendente, es decir que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso; la *complicidad secundaria* es aquella a la cual se refiere el Art. 43 del Código Penal ecuatoriano.

En el concepto del Prof. JAKOBS, uno de los iconos más importantes del Derecho Penal en el siglo 21, «cuantas más personas tomen

<sup>26</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, p. 745.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, pp. 736-737.

parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta *una aportación de la medida de las demás aportaciones*; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe»<sup>29</sup>. Esto es, que el cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de ejecución, se convierte en coautor.

Cabe recordar lo que el mismo JAKOBS enseña con respecto a la denominada **prohibición de regreso** que significa decir que cada cual responde por lo que hace y por lo que deja de hacer de manera consciente y deliberada, y no más allá. JAKOBS apunta a que el carácter de un comportamiento no se imponga de modo unilateral y en forma arbitraria, ya que **quien asume con otro sujeto un vínculo de forma estereotipada e inocua, no quebranta su rol como ciudadano (ni la confianza en la norma), aunque el otro sujeto incardine dicho vínculo para delinquir**. Para responder penalmente: a) **Se necesita favorecer un delito**: La prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto, no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir que puede ser «*distanciado*» de él. Como el «aporte» del sujeto es inocuo y cotidiano, mal podría caer sobre su persona una imputación. Por eso, al encuadrar esta idea sistemáticamente, JAKOBS establece que la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento.

La sugerencia jakobiana ubica a la prohibición de regreso sistemáticamente en la teoría de la participación. b) **Distanciamiento**: Al intentar configurar los límites de la participación punible, JAKOBS dirá: «hay que distanciar el comportamiento del sujeto, en base a su significado objetivo, que favorece a otro sujeto que sí participa». Es que para entender mejor esta idea hay que resaltar que delinque quien incumple con el rol. El rol de portarse como una persona en el derecho, es simplemente hacer lo que uno hace cotidianamente como ciudadano. Lo dicho significa *respetar a los demás y exigir ese respeto para con uno*.

<sup>29</sup> JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 751.

## ALEGATO EN CASO BANCARIO

### Proceso 391-05

### Señores magistrados de la Primera Sala Penal de la Excm. Corte Suprema de Justicia del Ecuador

Yo, B. P. E., ciudadano ecuatoriano de la tercera edad, de ocupación agricultor y empresario bananero, ante ustedes comparezco en el proceso penal conocido como CASO ..., que se sigue en contra de los señores ... y otros, para exponer y solicitar:

#### Introducción

Este proceso penal se inicio como 57-2000 en el despacho de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, y posteriormente fue conocido como el proceso penal No. 381-03, mientras se sustanciara en el despacho de la segunda sala de lo penal de esta alta Corte, sin que hubiese precluido, siquiera la etapa de sumario conforme se conocía a la primera etapa del proceso penal de acuerdo con el sistema procesal del Código de 1983 aplicable al caso.

La falta de resolución de la etapa del SUMARIO que dura MÁS DE OCHO AÑOS, violenta sin duda el derecho que me asiste para que se respeten las garantías del debido proceso, en relación con las que debo expresar lo que sigue:

#### El debido Proceso Penal

Cuando nos referimos al **debido proceso** entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento.

El **debido proceso penal** por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La **legalidad del debido proceso penal** es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado<sup>1</sup>.

Hablar del **debido proceso penal** es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entran en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial-penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado conforme dijimos precedentemente.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se hace referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, el derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc.

Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, han ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales que en los últimos años, se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa

<sup>1</sup> Es recomendable estudiar la obra de ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El debido Proceso Penal*, Edino, 2002, 351 pp., que contiene un profundo y exegético estudio sobre las exigencias del debido proceso, referidos al ámbito penal.

Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969). A más de otros casos, podemos aquí consignar el **caso de los siete del Putumayo**<sup>2</sup>, en que once campesinos del oriente ecuatoriano fueron privados de la libertad en 1993, bajo la imputación de un ataque a una patrulla militar ecuatoriana, y mediante la tortura se les arrancó confesiones de responsabilidad en el ataque. Probada sin lugar a dudas la tortura de la que fueron víctimas, fueron puestos en libertad mediante el recurso de casación por una sala penal de la Corte Suprema de Justicia en septiembre de 1996, aunque aun no son indemnizados, pero existe la decisión política del Estado ecuatoriano en la hora presente, de atender a un justo pago indemnizatorio por el crimen de Estado del que fueron víctimas.

### Contenido del debido Proceso Penal

En un Estado de Derecho el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe ser el titular del ejercicio de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como acontece en los denominados delitos de acción penal privada.

La **necesidad de juicio previo** es importante para la legalidad del debido proceso, de manera que no se pueda condenar a nadie si no se ha tramitado un juicio respetando el procedimiento previo, esto es aquel previsto en las leyes. Participamos de la necesidad de que se separen las funciones de investigar o indagar, que debe quedar en manos del Ministerio Público, de la función de juzgar que debe seguir siendo de competencia de los jueces, que deben ser al mismo tiempo los encargados del control de la instrucción o investigación fiscal.

El constituyente ecuatoriano tuvo mucho cuidado al enunciar los **principios generales** de la derechos, garantías y deberes, pues dice en el artículo 11 N. 9 de la Constitución del 2008: «El mas alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.». El derecho a la libertad previsto como garantía constitucional, para el preso sin sentencia en el Ecuador, es uno más de los derechos humanos que le asisten, al igual que

<sup>2</sup> Se pueden revisar los Informes de AMNISTÍA INTERNACIONAL de los años 1995, 1996 y 1997, en este último la p. 166.



el derecho a la vida, a la honra, a la intimidad, a la propiedad, a la libertad sexual, a la libertad de credo religioso, etc.

Es suficientemente sabido que el Estado debe garantizar a todos sus habitantes (incluyendo a los que están en la cárcel), sin discriminación alguna (cualquiera que fuese el tipo de delito), el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos (Pacto de Costa Rica) convenios y mas instrumentos internacionales vigentes (El Pacto de San José está vigente).

Dice el art. 11 n. 3: «Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte...».

**Directa e inmediatamente aplicables**, significa la imposibilidad que se hable de plazos, y aquí en forma expresa se establece que no hay plazos, al afirmar que los derechos y garantías serán de aplicación directa e inmediata!

Y si esto no es suficiente, la misma Constitución expresamente consigna que, *en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que mas favorezca a su efectiva vigencia* (n. 5 *ibidem*), el *indubio pro reo* o la interpretación más favorable al reo, es un principio de legislación universal que lo entiende incluso el no abogado. En el momento en que haya duda, oscuridad o dificultad para aplicar una ley, tiene siempre que aplicarse en el sentido más favorable al reo. **Irrefutablemente**, la interpretación en favor del reo debe cumplirse de manera estricta.

Como se infiere de la propia Constitución, *no puede alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos* (n. 3 *ibidem*).

El Art. 76 de la Const. de 2008, que contiene también esta garantía (que es un derecho humano en general y en este caso particular del ecuatoriano) habla de asegurar el debido proceso, con lo cual se hace referencia a **un juicio justo, un juicio imparcial, ágil, expedito, que requiere de una justicia que actúe con celeridad y en la que se respeten las garantías y derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho.**

El Estado ecuatoriano es responsable por los supuestos de violación de las normas establecidas en el art. 76 *in fine*, y en cualquier momento ante requerimiento de legítimo interesado va a tener que responder nuevamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene competencia sobre el Estado ecuatoriano desde el año 1.984, en que Ecuador se allanó sin reserva a la competencia de la Corte. Por esta razón es que se indemnizó en el caso de los hermanos Restrepo (negociando), y se indemnizó en el caso de la profesora Consuelo Benavidez, (negociando). La responsabilidad no está limitada solo a los actos de terrorismo de estado o de un ejercicio abusivo de la fuerza pública que viola derechos humanos, sino que el Estado también es responsable por la violación de las Garantías Constitucionales que tienen que ver con el **debido proceso**.

Como prueba de lo dicho nos remitimos al fallo de la Corte Interamericana de DD.HH. dictado en diciembre de 1997 en el que frente a la reclamación del ciudadano Suarez Rosero, detenido en Quito por el Operativo «Ciclón» y sometido a prisión preventiva durante más de 20 meses, condenó al Estado ecuatoriano a indemnizar al detenido por el abuso con la prisión preventiva, aunque al final los jueces ecuatorianos lo hubiesen condenado, pues como dice la Corte Interamericana, es irrelevante si es culpable o inocente, pues de lo que se trata es de sancionar al Estado por una justicia lenta y morosa.

#### **Referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos y el caso Suárez Rosero vs. el Estado ecuatoriano**

Recordemos que el Art. 8, inciso 2, primer párrafo, de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que, «Toda persona inculpada de delitos tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad».

Citamos como un importante referente el caso *Suárez Rosero*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado ecuatoriano, por el manifiesto abuso con la *prisión preventiva*. Este fallo fue expedido el 12 de noviembre de 1997, y la CIDH consignó, lo que se transcribe:»... 76. La Corte pasa a analizar el alegato de la Comisión de que el proceso contra el señor Suárez Rosero violó el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. Dicho artículo dispone que «toda

persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad... 77.

«Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (Art. 9.3).

En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos...».

En el mencionado caso *Suárez Rosero* la Comisión Interamericana sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, en perjuicio del señor Rafael Iván Suárez Rosero, por parte del Ecuador, de los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) todos ellos en relación con el artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención, como resultado del arresto y detención del Sr. Suárez en contravención de una ley preexistente. Al resolver la Corte Interamericana expresó:

«**LA CORTE**, por unanimidad 1. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 38 a 66 de la presente sentencia. 2. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en

concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 57 a 83 de la presente sentencia. 3. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 84 a 92 de la presente sentencia. 4. Declara que el Estado del Ecuador violó, en perjuicio de Rafael Iván Suárez Rosero, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, en los términos señalados en los párrafos 61 a 66 de la presente sentencia. 5. Declara que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma. 6. Declara que el Ecuador debe ordenar una investigación para determinar las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta sentencia y, eventualmente sancionarlos. 7. Declara que el Ecuador está obligado a pagar una justa indemnización a la víctima y a sus familiares y a resarcirles los gastos en que hubieran incurrido en las gestiones relacionadas con este proceso. 8. Ordena abrir la etapa de reparaciones, a cuyo efecto comisiona a su Presidente para que oportunamente adopte las medidas que fuesen necesarias...».

En ejercicio del derecho de comparecencia y petición que me asiste, pongo en vuestra consideración el presente memorial de descargo, frente a una injusta, equivocada e improcedente resolución en mi contra, dictada en el proceso penal que me causa agravio reparable ante el tribunal de la alzada. Mi descargo se encuentra concretado en los siguientes considerando:

#### **Antecedente histórico y objeto jurídico del presente proceso penal**

Conforme se conoce y está dicho en el proceso penal N° 57 - 2000 que se sustanciara en el nivel de la Presidencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia por el fuero de algunas autoridades de control del Banco Central del Ecuador y de la Superintendencia de Bancos, ... S.A. bajo la presidencia y vicepresidencia de los señores ..., en ejercicio de su derecho accedió a créditos de liquidez que le otorgó el Banco Central del Ecuador, entre el 14 de septiembre y el 2 de diciem-

bre de 1998, por el valor (aproximado) de 423 millones de dólares, los mismos que según certificación del propio Banco Central que suscriben en su momento, el Ec. Miguel Dávila Castillo y Ec. Leopoldo Báez, se encuentran pagados o cubiertos en su totalidad.

Según la excitativa de la señora Ministra Fiscal General (de fs. 3058 a 3073) y su ampliación (fs. 3088), se pretendía investigar una presunta mala utilización de los créditos de liquidez por parte de los administradores y directivos de ... S.A., institución en la que B P no ha sido Presidente, Vicepresidente, Gerente General, Gerente, accionista, director, auditor, contador, apoderado o dependiente en relación alguna ni de ... S.A. ni del ... TRUST & BANKING CORP, por lo que resulta por calificarlo de alguna manera **insólito** que se me incluía en este proceso penal.

La presunta mala utilización de los créditos de liquidez que se constituiría en el *objeto jurídico* del proceso penal iniciado, se podía haber producido porque dichos recursos se hubiesen mal utilizado para operaciones de crédito nuevas, para incrementar los saldos de cartera, o porque en general se hubiese abusado de los mismos, dándoles un destino no autorizado mediante un abuso de la función propia de los administradores de ... S.A.

En homenaje a la verdad histórica, yo no tenía ni he tenido vinculación alguna con ... S.A, ni con sus subsidiarias como el Trust & Banking Corp., pues mi actividad como empresario bananero la he desarrollado al cabo de más de cinco décadas, gracias a mi propio y honesto esfuerzo, reconocido en el medio en el que sigo desempeñando mis acciones generadores de empleo y de una actividad productiva para mis trabajadores.

#### **La verdad histórica y procesal con respecto al compareciente**

Por mi actividad de trabajo, contaba con la disponibilidad de dinero para invertirla en ahorros, misma que se cumplió con el BANCO ..., institución bancaria que entró en **proceso de saneamiento**. Por un error inicial y en mérito de un informe de la Price Waterhouse del 30 de diciembre de 1998, y oficio del 18 de marzo de 1999, que suscribe el administrador temporal del Banco del ... se me considera persona vinculada al indicado Banco, con lo cual los certificados de ahorro a la vista no tenían la garantía de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD). Ante mi justo reclamo se reconsideró la calificación inicial

como vinculado, y se me otorgó una certificación en el sentido de que mis certificados si estaban garantizados por la AGD lo cual me habilitaba para poderlos negociar en el mercado de valores, pues se trataba de mi dinero adquirido en forma honesta, cuya constancia en CDR podía ser lícita y honestamente materia de una negociación.

Conforme consta en mi testimonio indagatorio que debe ser apreciado como medio de prueba y de defensa en mi favor, al tenor del Art. 127 del Código de Procedimiento Penal de 1983, aplicable al caso, en ejercicio legítimo de mis derechos procedí a negociar mis certificados de ahorro, sin saber ni interesarme por el destino final de los mismos.

Yo negocié y efectué la cesión de mis certificados (que eran parte de mi patrimonio) con el señor... el 21 de marzo del año 2000. Debo puntualizar que para aquella época... S.A. se encontraba en manos de la AGD que era una agencia del propio estado ecuatoriano. Vale decir, que no hice negocio alguno con los señores ... ni con ninguno de los otros cosindicados de manera personal, directa, o por interpuesta persona, en circunstancia en que se encontraba vigente la correcta utilización de los créditos de liquidez otorgados entre **el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998**. La cesión por venta de mis certificados de ahorro se produce en el mes de marzo del año 2000, y el 5 de abril del 2000 se hace el pago por parte de CERVESURSA (Cervecería Sudamericana S.A.) para cubrir obligaciones pendientes.

Mediante el documento de fs. 7.720, que obra de autos, la señora Economista..., administradora temporal del Banco de ... en saneamiento, deja expresa constancia de que «... el señor P E B portador de la cédula de ciudadanía No. 0700519358 mantiene las siguientes acreencias emitidas por el BANCO DE ... (en saneamiento)... Estos valores se encuentran garantizados por la Agencia de Garantía de Depósitos y no está incurso en ninguna de las causales de exclusión determinadas en el artículo 21 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el área Tributario-Financiera...»

En ejercicio legítimo de mis derechos, lo cual es excluyente de cualquier juicio de reproche o antijuridicidad conforme el Artículo 18 del Código Penal, negocié mis certificados de ahorro con..., siendo desconocido por mí y al mismo tiempo irrelevante la aplicación de los mismos a cualquier pago futuro. Ya no es de mi incumbencia la fecha en que se utilizaron en pago mis certificados de ahorro, ni debe ser

materia de mi responsabilidad saber que hasta el 23 de junio del año 2000 era permitido el pago con los mismos, PUES lo más grave que podría haber ocurrido es que se reversara una operación, y que el inicial beneficiario de la misma me devolviera mis certificados y me pidiera el reintegro de lo invertido.

En el propio auto resolutorio que he impugnado, y que con respecto al compareciente constituye un acto contrario a derecho para una administración de justicia honesta y oportuna, se deja constancia de la asesoría legal del doctor ... que sugiere que se aplique el pago a la fecha de recepción, que es el 5 de abril del año 2000. Si se aceptó o no tal sugerencia legal tampoco es de mi incumbencia y menos aún que se me pretenda hacer responsable de la misma. Dicho de otra manera, a mí, B P E se me imputa una presunta corresponsabilidad en el delito de PECULADO por haber negociado en el año 2000 unos certificados de ahorro, no obstante que este proceso penal, investiga hechos presuntamente delictivos ocurridos entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998.

#### **Inexistencia del delito de peculado con respecto A.B.P.E.**

No obstante las reflexiones que preceden, e insistiendo en que en la *excitativa fiscal* se menciona el objeto jurídico materia de la investigación y prueba procesal, diciéndose «... S.A durante el periodo de vigencia de los créditos concedidos por el Banco Central del Ecuador con cargo a los artículos 24 y 26 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado incumplió con las restricciones previstas en las disposiciones pertinentes de las Regulaciones 001-98 y 008-98, básicamente porque desembolsó operaciones de crédito nuevas; incrementó los saldos de carteras en sures por parte de los administradores de S.A. en el periodo comprendido entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998. Que existe también encubrimiento sobre las irregularidades de ... S.A. por parte de los personeros del Banco Central del Ecuador, a la fecha de los préstamos. Que se presume la falsedad de los estados financieros en relación con la cuenta Inversiones Varias, en la que ... Trust registró transferencia de recursos de US \$ 107.3 millones, hecho que se adecua al delito tipificado en el Art. 131 literales a) y b) de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF) –añade el Ministerio Público–, que al ocultar información se incurrió también en el delito previsto en el Art. 363 del Código Penal, siendo su responsable el señor ... Que las daciones en pago que han sido

observadas por la Superintendencia de Bancos (caso ... y ... Trust, instrumentada el 2 de diciembre de 1998) igualmente constituyen perjuicio al patrimonio del Estado, así como la instrumentada el 21 de esos mismos mes y año. Que estas daciones perjudiciales para el Estado acarrearán además responsabilidad en contra de los miembros de la AGD que las aceptaron...».

Sin otros antecedentes y sin el más mínimo indicio incriminatorio, esto sin ningún hecho cierto y probado que me relacionara con los delitos que se investigaban, se llegó a la injusticia e ilegalidad de hacerme extensivo el autocabeza de proceso el 5 de diciembre del año 2000, a las 08h30, sin motivos ni fundamentación incriminatoria alguna.

Es grave lo ocurrido con B P Es pues se han soslayado principios y garantías constitucionales inherentes al *debido proceso*, con una injusta e inmotivada sindicación y una injusta, ilegal e improcedente, resolución de apertura del plenario en mi contra, por la grave imputación del delito de PECULADO. El juez de la causa ignoró que la Constitución de la República de 1998, en el Art. 24 preveía en el numeral 1, **el principio de la tipicidad o legalidad** como una de las garantías del *derecho a un debido proceso*, estableciendo que:

«Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento».

**Comentario.-** Los hechos imputados que se configuran por la venta o cesión de unos certificados de ahorro que tenía el aval o la garantía de la AGD, transacción ocurrida en el mes de marzo del año 2000, JAMÁS podrían constituir una forma modal del delito de peculado que se pudo haber perpetrado entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998 ¡Es simplemente un hecho imposible de ser adecuado típicamente como peculado.

Igualmente desconoció el juez del primer nivel de Corte Suprema la obligación de motivar su resolución de sindicación y su resolución de auto de apertura del plenario, en lo que respecta a mí, pues el mismo Art. 24 en el numeral 13, disponía:

«Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...».

**Comentario.-** En ejercicio legítimo de mis derechos procedí a negociar en marzo del 2000, certificados de ahorro garantizados por la AGD, no sabiendo en principio quien o quienes los iban a utilizar o a aplicar. Sé ahora que se los utilizó en pago de obligaciones de CERVESURSA que se afirma es vinculada a ... S.A. En el evento de que la operación no se perfeccionara o que perfeccionada se la declare sin valor, simplemente sigue debiendo tal valor Cervesursa, y el beneficiario del documento o documentos puede ejercer el derecho de repetición por la operación reversada, caso en el que debieran retornar a mi poder, pero por lo que conozco del proceso, JAMAS se reversó la operación de pago de Cervesursa utilizando los documentos negociados por mí, B.P.E.

Lamentablemente el juez de la causa ha desconocido que no comete infracción alguna, quien obra en ejercicio legítimo de un derecho, el mismo que enerva cualquier predicado de *ilicitud* o *antijuridicidad* de la conducta, que se la considera por el contrario, apegada a derecho. Siendo esta mi situación histórica y procesal, pues yo no me he beneficiado con operaciones de crédito nuevas provenientes de los fondos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador a ... S.A. entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, no he propiciado un incremento de los saldos de cartera, no he desviado recursos del Banco Central en provecho mío o de mis empresas, no he perjudicado a los clientes de ... S.A., no he gestionado auto préstamos abusando de cargo alguno en el ... S.A., no he cometido fraude creando *empresas fantasmas* o *de papel* para obtener beneficios ilícitos mediante un desvío doloso de los dineros del Banco Central del Ecuador, ni he participado en la creación de fideicomisos de dudosa legitimidad, ni he efectuado daciones en pago con bienes muebles e inmuebles presumiblemente sobrevalorados, ni he conseguido que se reestructuren obligaciones pendientes de pago con tasas de interés preferencial mediante un ejercicio abusivo del cargo o función en ... S.A., etc.

Igualmente ustedes se dignarán apreciar con vista de autos, que no he sido autoridad de monitoreo o de control en el nivel de Banco

Central del Ecuador, ni de Superintendencia de Bancos, a quien se le pueda imputar una forma modal de *delito de comisión por omisión*, atento a lo que dice el Art. 12 del Código Penal, que expresa que «no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo».

Como persona natural he sido totalmente ajeno a la utilización de los créditos de liquidez, a los que accedió ... S.A. entre el 14 de septiembre y 2 de diciembre de 1998, de los que yo no era custodio ni tenía la capacidad funcional para disponer de los mismos, PUES como queda dicho, negocié en el mes de marzo del año 2000 unos certificados de ahorro de los que era legítimo beneficiario. No existe objetivamente probado en el proceso ningún otro hecho, que permita ni la más mínima o remota relación con los delitos que se han investigado.

Si nada de lo antes reseñado me puede ser imputado, resultó una grave violación a mi derecho de ciudadano inocente, que se me imputara el delito de PECULADO o cualquier delito conexo con el mismo, con ocasión del manejo de recursos de liquidez entre el 14 de septiembre y 2 de diciembre de 1998 en ... S.A. (administración de los señores ...). Si es verdaderamente ilógico e incongruente, que se invente en mi contra una presunta participación sindicándome en el delito de peculado; hiere a la sana crítica, a la lógica y a la razón, que sin una sola prueba testimonial, documental o material, se dicte igualmente en mi contra un auto de apertura del plenario, por abuso de dineros públicos.

### Referencia a los elementos constitutivos del peculado

Ejerciendo mi derecho a la defensa debo recordar, que conforme al Art. 257 del Código Penal que contiene los elementos estructurales del delito de peculado, tal disposición es aplicable a « los servidores de los organismos públicos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubiese abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante... Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la

Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa...».

Surgen como elementos:

**1.- Sujeto activo**, que sólo puede serlo el servidor o servidores que manejen fondos de los bancos estatales o privados y funcionarios de la Superintendencia de Bancos o del Banco Central que hubieren intervenido en el seguimiento, monitoreo o control del manejo de dichos recursos. Es válido que por **servidor** se entienda a todos los empleados del sistema financiero sin distinción alguno, vale decir a los funcionarios, administradores, ejecutivos, empleados y a aquellos que ejercen funciones de administración y dirección.

**2.- Sujeto pasivo**, es el Estado, pues como persona jurídica sufre el impacto depredador en sus bienes o efectos que lo representen, como consecuencia de un manejo doloso o abusivo de las funciones por parte de quienes administran los recursos del Estado bien de manera directa porque los tienen bajo su poder o custodia, o porque pueden disponer de los mismos en razón de la función que desempeñan. Es igualmente sujeto pasivo, el público o ciudadanía en general, que pierde sus recursos por el manejo abusivo de los administradores bancarios a quienes se ha confiado sus depósitos, ahorros o inversiones.

**3.- El objeto material**, se constituye por los dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo.

**4.- El verbo rector**, al que la doctrina del tipo penal identifica como el núcleo del tipo, se constituye por el abuso de los fondos públicos o privados por cualquiera de sus formas modales, esto es mediante desfalco (que es el faltante en la rendición de cuentas), disposición arbitraria (que es el destino no autorizado), o cualquier otra forma semejante de abuso, con lo cual se crea una especie de **tipo penal abierto** que debe ser completado en cada caso en particular.

Abusa quien hace un mal uso, o un uso excesivo, injusto, impropio o indebido de algo o de alguien.

**5.- El resultado**, se configura por el efecto o consecuencia del ejercicio abusivo del cargo o función que determina una apropiación o distracción en beneficio propio o de terceros. No quepa duda que la

acción de apropiarse o distraer en provecho propio o ajeno el dinero, o las cosas muebles, o valores, etc., que se encuentran físicamente en su poder o custodia o de los que puede dar la orden de disposición por razón del cargo o servicio, y que pertenecen a la administración pública (al Estado), deviene en un perjuicio que es el **resultado material objetivamente cuantificable**.

Se apropia quien toma una cosa ajena como si fuese propia o abusa de la misma en beneficio de un tercero.

**6.- El actuar con dolo**, vale decir que el agente actúa con plena conciencia y voluntad. Es decir que se representa el resultado como cierto o razonablemente probable (**elemento representativo**) y dirige su actividad para la consecución inequívoca del resultado propuesto (elemento volitivo). Es admisible que actúe dolosamente quien a sabiendas le da un uso o destino no autorizado a los dineros o efectos que los representen, los mismos que se encuentran bajo su poder o custodia o de los que puede disponer en razón de la función que ejerce, (criterio de la **funcionalidad**).

**7.- El bien jurídico protegido**, está constituido por la fe pública es decir por la confianza o credibilidad que deposita el Estado en el funcionario o servidor público. Sin duda se sanciona la falta de probidad o fidelidad del funcionario o encargado de un servicio público que abusa de la función, bien en provecho propio o de un tercero, el mismo que se traduce en un perjuicio para el Estado que le confió la función o administración. Es por ello que el delito de peculado ha sido ubicado por la doctrina penal como un delito contra la administración pública de la que se abusa por parte de la persona en quien el Estado ha depositado su fe o confianza.

Los dineros materia del perjuicio son disponibles por parte del funcionario o encargado de su administración, sin que fuese necesario que se encuentren físicamente entregados a su custodia. La facultad de disposición no exige que se encuentren materialmente en sus manos, sino que se pueda abusar de los dineros públicos mediante por ejemplo la orden, el consejo o el mandato.

**Comentario.-** B.P.E., no ha tenido la calidad de Presidente, Vicepresidente, Gerente o administrador de ... S.A. ni del ... TRUST & BANKING CORP., ni he sido contador ni auditor, ni accionista ni director de dicha institución. No he ejercido cargo alguno de control,

monitoreo o seguimiento de la correcta utilización de los créditos de liquidez concedidos entre el 14 de septiembre y 2 de diciembre de 1998 a ... S.A., ni en el Banco Central del Ecuador ni en la Superintendencia de Bancos, que permita presumir **un actuar doloso de comisión por omisión**. Esto para el evento de que se hubiese producido efectivamente un abuso de los créditos de liquidez.

Los dineros concedidos mediante la utilización de los créditos de liquidez a ... S.A. entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, no han estado bajo mi poder, custodia o administración, ni he podido disponer de los mismos mediante un ejercicio abusivo o doloso de la función, ni me he beneficiado como tercero o persona ajena al banco por un acto de connivencia (acuerdo doloso) con los administradores, para ser beneficiario de un destino no autorizado de dichos fondos mediante la concesión de una operación de crédito nueva no autorizada.

Yo no he suscrito un balance de los reputados como falsos (bien por falsedad ideológica o material), ni he ocultado datos ni falseado información para evitar el seguimiento o control en la utilización de los créditos de liquidez, ni me he beneficiado de manera directa, indirecta o por interpuesta persona de los recursos o créditos de liquidez, ni finalmente he constituido «empresas de papel» o constituido fideicomisos cuyas daciones en pago fuesen materia de cuestionamiento alguno por inexistentes o sobrevaloradas.

Entonces, si es tal mi situación histórica y procesal, como entender que se pretenda hacer responsable del delito de peculado a una persona de la tercera edad, como es el caso de B.P.E., que al igual que muchas otras negoció sus certificados de ahorro, y en mi caso en marzo del año 2000, cuando los señores... ya no tenían la calidad de accionistas de ... S.A., y el mismo se encontraba administrado por el propio Estado ecuatoriano a través de la AGD.

#### **El dictamen fiscal y la competencia del Ministerio Público**

No obstante el equívoco de haber solicitado que se me hiciera extensivo el autocabeza de proceso y la sindicación del 5 de diciembre del 2000 dictada a las 08h30, en el momento de emitir su opinión o criterio la señora **Ministra Fiscal General** me excluye del tipo penal peculado y sugiere que de existir méritos, se inicie un proceso penal por cuerda separada para examinar si la negociación del 5 de marzo del año 2000 es o no constitutiva de delito.

El juez *a quo* en mi caso en particular, ha actuado en franco desconocimiento de la vigencia del **modelo acusatorio en el sistema penal ecuatoriano**, que se encuentra plenamente vigente desde el 11 de agosto de 1998, con la nueva Constitución Política de la República de 1998, que en el Art. 219 determina en forma excluyente y privativa la titularidad del ejercicio de la acción penal en manos del Ministerio Público a quien confía la investigación preprocesal y procesal penal, otorgándole competencia **para acusar** a los presuntos culpables si encuentra mérito para ello.

En cualquier país en el que esté vigente el modelo acusatorio, es de competencia privativa del Ministerio Público acusar o no, y al juez le está vedado actuar de oficio y en contra de un dictamen no acusatorio como lamentablemente ha ocurrido al resolverse mi situación procesal en que se me incluye en un improcedente auto de llamamiento a juicio plenario por el presunto delito de peculado.

Por el **principio de la primacía de la Constitución Política** de la República de 1998 previsto en el Art. 272, aplicable al caso y al tiempo de la resolución del primer nivel, mal podía actuar de oficio el juez *a quo*, y era de su obligación aplicar las normas de la Constitución pertinentes aunque no hubiesen sido invocadas por las partes, por expreso mandato del Art. 273 *ibidem*. Al resolverse de la forma o manera como consta en el auto resolutorio del 19 de marzo del 2003 dictado a las 16h30, se ha irrespetado el modelo acusatorio y la competencia del Ministerio Público prevista en el Art. 219 de la misma Constitución que es norma suprema en un Estado de Derecho.

#### **Necesidad de que se repare el agravio inferido**

A falta de otros argumentos y de la inexistencia de indicios (hechos ciertos y probados) en mi contra, el juez de la causa al resolver, dice en el considerando **DECIMO SEXTO** (que corre de fojas 64 y ss.) lo que transcribo:

«En relación a la situación jurídica y procesal de los procesados B. P. E. y T. C. C., se ha establecido que con sus actuaciones, que han sido materia de análisis en un considerando anterior, existe vinculación con los actos que son materia de investigación en este proceso, en cuanto se refiere a la disposición arbitraria de fondos de ... S.A. y su Grupo Financiero...».

Con la minúscula reflexión que se transcribe *up supra*, se me hace víctima de un acto de inequívoco **abuso de poder** de parte del juez de origen, pues no existe tal análisis anterior en cuanto a mi situación histórica y procesal. Muy por el contrario yo no he pertenecido al grupo financiero relacionado o vinculado con los señores..., ni he incumplido las condiciones de los créditos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador, suministrados para atender el retiro de depósitos de los clientes de... S.A., así como para cubrir cartas de crédito y avales con instituciones del exterior. A lo ya dicho en párrafos precedentes, **agrego** que yo no he cometido fraude de ninguna clase autorizando operaciones de crédito o financieras ilegales, ni he constituido fideicomisos ilegales o efectuado operaciones bancarias sin el respaldo de documentos de crédito, ni he realizado operaciones ilícitas de intermediación de créditos, ni he prestado mi nombre para que se consolide alguna operación constitutiva de delito pues no he sido ni funcionario ni administrador ni he tenido relación de dependencia alguna con... S.A., ni con sus ex accionistas.

Ninguna vinculación tengo por otra parte, con los problemas de iliquidez que pudo afectar a... S.A., por el eventual destino de recursos a activos de los cuales no existan documentos de respaldo, ni soy parte de alguna empresa vinculada a ... S.A., o a sus administradores, directivos o accionistas, de las que se reputa que no se les exigió garantías o que estas fueron insuficientes, o que la falta de pago de tales créditos hubiese sido la causa de la iliquidez del banco y de las pérdidas que se le atribuyen al 2 de diciembre de 1998. Si existieron pérdidas al 2 de diciembre de 1998 en... S.A., B.P.E. no es responsable de las mismas, ni me he beneficiado de ellas con empresas vinculadas o empresas de papel, que hubiesen obtenido dolosa y fraudulentamente recursos que nunca han sido pagados.

Les corresponde a ustedes señores magistrados honrando el alto ministerio encomendado, devolver la confianza en la justicia como un mecanismo para la realización del derecho y que rectificando un equívoco procedimiento del juez de origen, REVOQUEN EL INJUSTO AUTO DE APERTURA DEL PLENARIO DICTADO EN CONTRA DE B P E, cuya seguridad jurídica se encuentra seriamente amenazada por un error del juez del primer nivel, que aunque actuando de buena fe, se equivocó.

A los hombres de bien y honestos que vivimos en el Ecuador del siglo XXI, nos alienta la esperanza y confianza en la probidad y conocimientos de jueces especializados como vosotros, a quienes corresponde sobrepasar definitivamente la causa en mi favor y a favor de cualquier otro ciudadano inocente.

Que se me continúe notificando en la casilla judicial N°. 1797, y en la casilla 1107, de la H. Corte Superior de Justicia

Por el peticionario, su defensor autorizado.

Dr... Mat... Col. Abog.



## ALEGATO PARA SOBRESEIMIENTO

**Causa penal No. 269-08**

**Señores jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas**

..., en el proceso penal que se sigue en mi contra por un inexistente delito, de TENENCIA ILEGAL DE ARMAS, ante ustedes comparezco para exponer y solicitar:

Este proceso penal es parte de lo que con razón ha llamado mi defensor *crónica de una persecución anunciada*, que empezó el 5 de septiembre del 2007 y que por ahora culminó el día 17 de enero del 2008. Ha habido un connubio entre algunos policías, fiscales y jueces, para propiciar mi *secuestro institucional*.

En el presente caso está lejos de toda duda que yo no portaba arma alguna, pues estoy impedido de hacerlo por una resolución del Comando Conjunto de las FF.AA desde hace algunos meses antes de mi última detención. Al momento de ser privado de la libertad no me encontraron arma alguna en mi poder (portándola), como declaran de manera uniforme testigos del acto de la privación inconstitucional de mi libertad, pues no se trataba de un caso de delito flagrante; las armas (dos) que se encontraban en el vehículo que yo conducía son de propiedad de dos personas jurídicas y tienen sus correspondientes permisos; yo llegué de Quito en vuelo de Tame en el vuelo 302 a las 16h56 del referido día; y, el señor Capitán de Policía P.B.N., Oficial de la Central de Radio Patrullas, manifiesta que no existió la llamada de auxilio que fue el justificativo para la agresión policial de la que fui víctima.

Resumo la violación de garantías constitucionales que he sufrido, y por cuyo ejercicio abusivo de poder, me encuentro aun privado de la libertad.

1. La Constitución Política de la República, publicada en el RO 449: 20-Oct.-2008, contiene el *sumun* de las garantías del debido proceso, y dice:

«**Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

«**Art. 76.-** Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

1. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las

normas o principios jurídicos en que se funda, y si no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallo que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre».

2.- Al momento de ser detenido yo no portaba ningún arma, pues las dos encontradas estaban en el interior del vehículo por mi conducido, siendo tales armas de propiedad de las compañías T.S.A., y, O.C.P. Cía. Ltda., con sus respectivos permisos. Esta afirmación, de que yo no portaba armas al momento de mi detención, ha sido corroborada de manera irrefragable e irrefutable, mediante las versiones testimoniales de los señores B.O.M.A., L.E.S.P., y L.R.A.C., quienes expresan que en ningún momento habían observado que me encontraba provisto de arma alguna. Tanto la señorita fiscal como la jueza actuante, han omitido referirse a las indicadas versiones testimoniales de descargo, en su dictamen fiscal y en el auto de llamamiento a juicio, deliberadamente en mi perjuicio.

3. No era un caso de delito flagrante por lo cual la privación de mi libertad deviene en inconstitucional. El auto de prisión preventiva dictado por juez de origen irrespetó el mandato constitucional del Art. 76 numeral 7 letra l, pues su resolución no es motivada, y no existe tal motivación porque no enuncia los elementos de convicción en que fundamenta una medida limitativa de mi derecho a la libertad, prevista en el Art. 66, como uno de los derechos civiles, ni las razones por las cuales ni el fiscal ni el juez, me vinculan con el delito que se investiga. El auto de llamamiento a juicio es igualmente inmotivado.

4. El juez a-quo deliberadamente incumplió con la disposición del Art. 76 numeral 5 de la Carta Magna de la República, en virtud de la cual debió pronunciarse por la ley menos rigurosa y aceptar la caución de excarcelación oportunamente ofrecida. Es evidente el conflicto entre lo que dispone el Código Penal en el Art. 162 y el Art. 31 de la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, y debió resolverse la aplicación del tipo penal menos riguroso, incluso en el llamamiento a juicio si éste fuese procedente.

5. Se tomaron las versiones de los oficiales Mayor de Policía E.F.N.C., Capitán de Policía W.M.C.P., y el Subteniente de Policía F.V.V.F., sin la presencia de los abogados de los sujetos procesales imputados. Aparecen declarando los tres oficiales, el mismo día y a la misma hora, 18 de enero a las 10h30 (lo cual es físicamente imposible), irrespetando el **derecho al contradictorio** previsto en el Art. 76, numeral 7, literal h de la misma Constitución. Tales declaraciones carecen de eficacia probatoria alguna, por expreso mandato de los Arts. 76 numeral 6 de la Constitución Política, y deben los jueces cumplir con lo previsto en los artículos 5 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el RO-S-544: 9-mar-2009, declarando sin valor tales testimonios.

6. La señorita Fiscal dispuso la iniciación de la instrucción el 17 de enero a las 22h45, pero el mismo día a las 18h30 ya había sido recibido en la Policía Judicial del Guayas el oficio mediante el cual disponía el peritaje y avalúo de las armas incautadas en el operativo para privarme de la libertad, es decir que el oficio que suscribe la señorita fiscal había sido redactado y recibido antes de que se inicie el proceso. Agrego a lo dicho que la Sargento Primero de Policía R.C.M., que actúa como perito para el reconocimiento de las armas y su avalúo, presentó el informe mediante oficio N° 015-PTJ-GUAYAS, el mismo día 17 de enero del 2008, a las 22h00.

7. El Art. 219 de la Constitución del 10 de agosto de 1998, decía:

«El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal...», vale recordar que ya desde el 16 de enero de 1996, por el tercer paquete de reformas constitucionales, la policía nacional carece de legitimidad constitucional para conducir las indagaciones previas y promover la investigación procesal penal, PERO lo sigue haciendo con la anuencia de jueces y fiscales que siguen ignorando lo que es el respeto a la **legalidad del debido proceso**, y lo perverso y contradictorio que significa darle carta de ciudadanía a los «frutos del árbol envenenado», alimentando así una cultura de irrespeto a un discurso medianamente garantista .

La Constitución del 2008, dice en el Art. 195: «La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción penal pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal...».

La labor y finalidad del ministerio público es la de buscar la **verdad**, como punto de equilibrio entre su actuación y la actuación del juez. Esto es tan cierto y responde a un cambio del paradigma que en el **sistema acusatorio** propio del sistema procesal penal moderno, **sin la acusación fiscal no hay proceso**. La labor del ministerio público tiene que dejar de ser dependiente y tributaria de la instancia policial y debe cumplir con el mandato constitucional para que no se afecte la **legalidad del debido proceso penal**.

8. La verdad se busca a través de la **prueba debidamente practicada o prueba lícita** sin importar a quien favorezca y es por eso que el fiscal, en el **sistema acusatorio** busca la prueba de cargo –si ella es factible– para formular la acusación; o presenta las pruebas de descargo, abogando inclusive por la libertad del injustamente detenido, en cuyo favor puede hasta interponer recursos.

La tarea de custodio de los derechos humanos y de las garantías procesales, que le corresponde al ministerio público, no puede ser groseramente olvidada, pues en el vigente Código Orgánico de la Función Judicial, se ha consignado al menos formalmente, su calidad de institución de contención del abuso en el Estado de Derecho, y de custodio del respeto a los derechos humanos, desde el momento en que dispone su intervención para que dirija la investigación preprocesal y procesal con el auxilio de la policía judicial. El Código Orgánico de la Función Judicial, dispone que se asegure el **respeto al debido proceso garantizando el ejercicio del derecho a la defensa**, permitiendo la presentación de las pruebas de descargo durante la fase de investigación pre-procesal.

La antes citada garantía constitucional y procesal penal, en el caso de J.E.T.Z., no ha sido respetada real y materialmente por policías, fiscal y jueza.

9. El ministerio público debe dirigir la investigación a través de la llamada **instrucción fiscal**, y el juez penal debe controlar dicha instrucción así como reservarse la competencia para dictar las medidas de aseguramiento tanto personales como reales, disponer allanamientos, registros, incautaciones, decomisos y resolver la etapa intermedia. El ministerio público está obligado a cumplir lo que dice la Constitución y el propio Código Orgánico de la Función Judicial para hacer efectivo el respeto al debido proceso, garantizando la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por infracciones perseguibles de oficio, debiendo citar a los abogados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, y que cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria. Yo jamás fui convocado para tales declaraciones como consta del contenido de las mismas.

10. En la audiencia preliminar se dedujeron excepciones procesales perentorias como la inexistencia de delito y la privación ilegal de la libertad porque no se trataba de un caso de flagrancia. Así mismo en dicha audiencia, se objetó la recepción de versiones de los oficiales que dirigieron un operativo para detenerme, sin la presencia de los sujetos imputados o sus abogados defensores, para ejercer el derecho al contradictorio; se cuestionó la presentación de un informe pericial antes de que exista el proceso penal; se puso en evidencia que J.E.T.S. se encontraba en Quito, el...del..., a las 14h00, en que supuestamente se atendió la llamada de la Central de Radio Patrulla para investigar la presencia de sujetos que portaban armas de fuego; se leyó el oficio del Jefe de la Central de Radio Patrulla que expresa que el mencionado día no se reportó la novedad con la que se pretende legitimar la abusiva privación de la libertad de T.Z.; y, se ignoró tanto por la fiscalía como por la jueza actuante, los testimonios de descargo rendidos por B.O.M.A., L.E.S.P., y L.R.A.C., quienes expresan que a J.E.T.Z. no se le encontró arma alguna, como se dice -faltando a la verdad- en el parte de novedades que suscriben el Mayor de Policía ..., Capitán de Policía ..., y el Subteniente de Policía ....

Era de obligación de la fiscal y de la jueza actuantes examinar dichas declaraciones, y expresar porque se las desestimaban. En el caso de la señorita jueza debió hacer un análisis crítico de lo sustan-

ciado, y omitió hacer tan análisis, limitándose a repetir las versiones de los antes mencionados oficiales de la policía que son una copia o calco sin variación alguna.

Ningún examen o juicio de valoración crítica ha merecido el hecho cierto y probado, de que las armas encontradas en el vehículo que yo conducía, tenían sus correspondientes permisos concedidos a las personas jurídicas que son sus propietarias, con las que tengo suscrito contratos de prestación de servicios para mi seguridad personal y familiar; y, de servicios profesionales compensados en parte con el servicio de guardianía y protección. Se encuentran agregados al proceso los respectivos contratos suscritos con mucha anticipación a los hechos ocurridos el 17 de enero a partir de las 17h45. Nada de esto ha sido apreciado ni por la fiscalía ni por la judicatura!

11. El señor Capitán de Policía..., Oficial de la Central de Radio Patrullas del CP-2, mediante Memo No. 130-XRP-CP-2, de fecha 18 de febrero ..., le hace conocer al señor Capitán de Policía ..., Jefe Investigador GAO-PJG, encargado de las investigaciones en el presente caso, que «una vez verificada la base de datos de la Central de Radio Patrullas no existe reporte de auxilio, relacionado a la novedad suscitada el día ... del ..., donde fue detenido el señor J.T.Z.».

Esta información fue soslayada por la señorita fiscal en su dictamen, y por la señorita jueza en su auto resolutorio de llamamiento a juicio que estoy impugnando.

12. La Compañía TAME (TRANSPORTES AEREOS MILITARES ECUATORIANOS), extendió el certificado de boletos utilizados No. ..., el ... del ..., de su archivo general, y en el mismo hace constar que J.E.T.Z., utilizó el vuelo 302 para viajar de Guayaquil a Quito, el ... del ..., a las 08h04, llegando a su destino a las 08h35; y, que retornó el mismo día ... en el vuelo 317, en la ruta Quito-Guayaquil, saliendo a las 16h21, llegando a esta ciudad a las 16h56. Es decir que a las 14h00 del mentado día ..., yo no estaba en Guayaquil y mal me podrían haber visto portando o blandiendo a la vista del público, un arma de fuego.

Esta información ha sido igualmente ignorada por la fiscalía y por la judicatura que han actuado con abierto desconocimiento de la realidad histórica y procesal, causándome un gravamen que debe ser reparado por el tribunal de la alzada.

### **Insistencia en petición de sobreseimiento**

Corresponde a ustedes señores jueces de esta H. Corte Provincial, honrando el ejercicio de su alto cargo, reparar el agravio inferido y proveer a mi sobreseimiento.

Acompaño con este memorial copia debidamente certificada del sobreseimiento dictado por esta Segunda Sala en el proceso penal 681-07, por un caso de tenencia de armas en el que no obstante haber sido sorprendido con un arma un ciudadano, la Sala estima que no se cumplen los elementos objetivos del tipo penal. En mi caso yo no portaba arma alguna!

A ruego del peticionario, su defensor,

Dr. A.Z.P.

Matrícula...

### **ALEGATO SOBRE PRUEBA ILÍCITA 1**

**Instrucción Fiscal 06- 2006**

**Antecedente: Indagación previa N° 134-2006**

**Señora Ministra Fiscal General**

Yo, doctor ... en la instrucción de mi referencia, comparezco para exponer y solicitar:

Oportunamente deduje la **excepción procesal penal perentoria**, de *ineficacia probatoria* por manifiesto *vicio in procedendum* de las grabaciones de audio y video proporcionadas por el ciudadano ..., que las realizó violando el mandato constitucional del Art. 24 numeral 14 de la Constitución de 1998 ( aplicable al caso); y, que inobservó el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal, pues si pretendía actuar correcta y legalmente debió acudir a un juez, para que éste a su vez autorice por escrito a un fiscal penal tales grabaciones. Si esto no se hizo, se han incumplido los presupuestos de procedencia indispensables e insubsanables para la validez de tales grabaciones.

Voy a sustentar en doctrina constitucional y procesal la FALTA DE VALOR PROBATORIO ALGUNO DE LAS GRABACIONES DE AUDIO Y VIDEO que han servido como objeto jurídico de la presente instrucción fiscal. Me debo referir inicialmente al marco normativo constitucional y procesal de Ecuador, para luego referirme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996 y al Pacto de San José de Costa Rica de 1999. Agregaré el soporte doctrinario ecuatoriano e internacional especializado, así como fallos de Salas de la Corte Suprema de Ecuador en casos de violaciones a garantías del debido proceso.

## El marco normativo constitucional y procesal sobre los Derechos Humanos y el debido proceso

### Constitución Política de la República (1998)

La cito por ser la Constitución vigente al tiempo de los hechos.

### De los principios fundamentales

**Art. 1.-** El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural, y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.

### Capítulo 1

#### Principios Generales

**Art. 16.-** El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.

**Art. 17.-** El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.

**Art. 18.-** Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

#### De los derechos civiles

**Art. 23.-** Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

8. El derecho a la honra, a la buena reputación y a la **intimidad personal** y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona.

27. El **derecho al debido proceso** y a una justicia sin dilaciones.

**Art. 24.-** Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, **con observancia del trámite propio de cada procedimiento.**

7. Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada.

14. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna.

17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

### Capítulo VI

#### De los tratados y convenios internacionales

**Art. 163.- Jerarquía Jurídica.-** Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

### Título XIII

#### Capítulo I

#### De la supremacía de la Constitución

**Art. 272.- Jerarquía de la Constitución. Conflicto de Leyes.-** La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposi-

ciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo estuvieren en contradicción ella. O alteraren sus prescripciones.

Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.

**Art. 273.- Aplicación obligatoria de la Constitución.-** Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas **tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente** (la negrilla es nuestra).

*Ergo:* Lo anterior quiere decir y así debe ser interpretado con criterio de lógica y racionalidad, que ni el Presidente de la Corte Suprema ni el pleno de la misma, tenían competencia o facultad para darle valor constitucional y procesal a grabaciones de video y de audio, que habían sido obtenidas violando la Constitución Política del Ecuador, que proclama como uno de los derechos humanos, el **derecho a la intimidad** y que permite mediante la aplicación del procedimiento previsto en el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal, la autorización previa y por escrito de un juez penal a un fiscal, para que éste haga la respectiva grabación de audio o de video.

Si lo anterior no se cumplió, carecen de eficacia y valor alguno tales grabaciones de audio y de video!

### **Código de Procedimiento Penal del 2000**

**Art. 80.- Ineficacia probatoria.-** Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas las pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la vulneración de tales garantías.

**Art. 83.-** La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de éste Código... Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito.

## **Capítulo IV**

### **La prueba documental**

**Art. 146.- Valor probatorio.-** La valoración de la prueba documental se hará por la calidad de documentos públicos o privados, así como por su relación con el conjunto de las demás pruebas que obren en el proceso.

**Art. 155.- Interceptación o grabaciones.-** El juez puede autorizar por escrito al fiscal para que intercepte y registre conversaciones telefónicas **o de otro tipo**, cuando lo considere indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar la existencia de uno ya cometido, o la responsabilidad de los partícipes.

### **El marco internacional en materia de Derechos Humanos**

#### **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

**Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966**

**Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49**

### **Parte II**

#### **Artículo 2**

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

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

#### **Artículo 12**

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

#### **Artículo 14**

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

#### **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

**Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.**

#### **Parte I - Deberes de los Estados y derechos protegidos**

#### **Capítulo I - Enumeración de deberes**

#### **Artículo 1. Obligación de respetar los Derechos**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

#### **Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal**

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

#### **Artículo 8. Garantías Judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra



ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

**2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.** Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

### **Artículo 25. Protección Judicial**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

### **Artículo 29. Normas de Interpretación**

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

### **Capítulo VI - De los órganos competentes**

#### **Artículo 33**

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

#### **Artículo 44**

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

#### **El principio de exclusión absoluta de la prueba ilícita**

De conformidad con el Art. 24 numeral 14 de la Constitución Política del Ecuador de 1998 aplicable al caso, se sigue y se aplica el **principio de la exclusión absoluta de la prueba ilícita por respeto al debido proceso**, previsto igualmente en el Art. 23 de la misma carta fundamental.

En el marco legislativo internacional se discute si debe primar el interés público frente al interés particular, y que en cada caso que se presente resuelvan los jueces de acuerdo a ese interés, pero en el caso de Ecuador el vigente Código de Procedimiento Penal, cuyo anteproyecto presentado por la CLD de Quito al Congreso había sido redactado por Edmundo DURÁN DÍAZ (+), Walter GUERRERO VIVANCO y Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, se ha normado la forma o manera en que se puede vulnerar el **derecho a la intimidad** cuya violación constituye delito, y es precisamente lo que prevé el Art. 155 del vigente código procesal que convierte al juez penal en titular de la facultad o compe-

tencia para **autorizar por escrito a un fiscal** a efectos de que éste haga la interceptación o grabación si fuese el caso de audio y de video. Si no se cumple este presupuesto de procedibilidad carece de valor alguno tal grabación o grabaciones, mismas que constituyen lo que la doctrina califica como **prueba ilícita**. En el caso que es de su conocimiento no hay forma o manera de convalidar lo que tiene un origen ilícito y delictivo, pues se irrespetó el presupuesto de procedencia.

La prueba que vulnera garantías constitucionales o derechos fundamentales tiene el nombre de **prueba ilícita**, y se identifica como un medio que atenta contra la dignidad de las personas. Tal concepto lo desarrollan doctrinarios como Manuel MIRANDA ENTRAMPES<sup>1</sup>, Arsenio ORE GUARDIA<sup>2</sup>. Nuestro vigente Código de Procedimiento Penal recoge este concepto en el Art. 80 antes citado, pues concebimos como **prueba ilícita**, a la que se obtiene como resultado de la violación de un derecho fundamental, en este caso el derecho a la intimidad. Esta ha sido incluso la posición jurisprudencial del Tribunal Supremo de España y del mismo Tribunal Constitucional de dicho país. La Segunda Sala del Tribunal Supremo se expresó en fallo del 18 de junio de 1992, de la siguiente manera: «Nadie niega en España la imposibilidad constitucional y legal de la valoración de las pruebas obtenidas con infracción de Derechos Fundamentales por la colisión que ello entraría con el Derecho con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE) y con el art. 11.1 de la LOPJ. No toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de las pruebas puede conducir a esta imposibilidad, hay que concluir que solo cabe afirmar que existe prueba prohibida cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales».

Las garantías básicas del **debido proceso** se encuentran previstas en los artículos 23 y 24 de la Const. de 1998, así como en los tratados, convenios o pactos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Ecuador, que son igualmente vinculantes y de respeto absoluto de parte del Ecuador y de su administración de justicia.

<sup>1</sup> El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Barcelona, 1999, p. 17.

<sup>2</sup> Manual de Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Lima, 1999.

Como dice el reconocido jurista y Magistrado Presidente de la Segunda Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, doctor Luis Humberto ABARCA GALEAS en una de las obras que dedica al tema<sup>3</sup>, la invalidez por violación de garantías del debido proceso se produce ex tunc, es decir por el Ministerio de la Ley. Agregamos que tanto la norma constitucional del Art. 24 numeral 14 (hoy Art. 76 n. 4 de la Const. del 2008), como la norma procesal penal del Art. 80, guardan una sola interpretación: la imposibilidad jurisdiccional de valorar prueba ilícita pues, todo acto de obtención de información o evidencia que violente garantías constitucionales se sanciona por la propia Constitución con la invalidez y para todos los efectos de esa prueba ilícita y de los llamados *frutos del árbol envenenado*, sin que exista posibilidad alguna en Ecuador de darle carta de ciudadanía o de legitimarla. Este ha sido el criterio sostenido por la Corte Suprema de Ecuador en Casación Penal, citando por de pronto el fallo dictado en el proceso 401-03, publicado en el RO 294 del 17 de marzo del 2004.

El tratamiento de las exclusiones probatorias es indefectible, y se ha ido imponiendo ya desde hace mucho tiempo. La exclusión probatoria (*exclusionary rule*) es el equivalente en nuestro país a la falta de valor de la prueba ilícita. Esta regla tuvo su nacimiento en los Estados Unidos y la doctrina de los frutos del árbol envenenado, fue conocida en 1920 en el caso Silverthorne Lumber Co. Vs United State. La preponderancia de esta regla deviene de la estrecha relación con las garantías fundamentales, a las cuales protege, especialmente en el proceso penal, así como con las reglas de exclusión probatoria, como dice José CAFERATTA NORES, se buscan hacer operativas en el proceso penal las garantías constitucionales, de suerte que se debe privar de valor, no solo a las pruebas que constituyan el corpus de su violación,

sino también a aquellas que sean la consecuencia necesaria e

inmediata de ella, descalificando así tanto sus quebrantamientos palmarios, como los larvados o encubiertos<sup>4</sup>. Otro destacado autor

<sup>3</sup> El Debido Proceso Penal Acusatorio Ecuatoriano, La Función Persecutoria y el Non Bis in Idem en el Proceso Penal Acusatorio del Ecuador, Corte Suprema de Justicia y Consejo Nacional de la Judicatura, Quito, 2006, pp. 31 y 91.

<sup>4</sup> CAFERATTA NORES, José, Temas de derecho procesal penal. La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales, Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 197-198.

argentino Fabricio GUARIGLIA sostiene que se debe excluir siempre la prueba ilícita y sus efectos o consecuencias, «esto implica necesariamente la exclusión de la prueba adquirida. Lo contrario representaría fundar un principio *in dubio pro prueba*, naturalmente en contra del perseguido penalmente»<sup>5</sup>.

En el sistema constitucional y procesal ecuatoriano se aplica el principio de la exclusión de la prueba ilícita, y se le quitan igualmente valor a los frutos del árbol prohibido o envenenado, sin importar si ha sido practicada por un particular, por un policía o por un fiscal; pues de lo que se trata es de preservar el respeto al debido proceso siempre y sin excepción alguna. Claro, salvo el caso de que se cumpla con el presupuesto de procedencia que es la autorización previa y por escrito de un juez penal. No existe otra posibilidad! Ni siquiera se puede invocar la buena fe de quien obtiene una prueba por medios ilícitos, pues si alguien quiere actuar respetando el Estado de Derecho, debe cumplir con lo que dispone el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal. En el caso que motiva esta exposición, **R B hizo tabla rasa del respeto al debido proceso!**

#### **Algunos criterios doctrinarios sobre la prueba ilícita y debido proceso**

Empiezo en este segmento, recordando y reproduciendo el versado y erudito criterio expuesto por el doctor Luis Humberto ABARCA GALEAS, Presidente de la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en su obra *La defensa penal oral*<sup>6</sup>, tomo VI. LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN Y LOS FRUTOS ENVENENADOS CUANDO LAS INVESTIGACIONES SON INCONSTITUCIONALES, dice:

«... en todo caso de inobservancia de una cualquiera de las garantías del debido proceso, la actuación investigativa que lo contiene se afecta de validez jurídica y consecuentemente el juez penal que conoce en la etapa intermedia del proceso penal la acusación fiscal, debe excluirla de entre los resultados de la instrucción fiscal, porque en su condición de garante del cumpli-

<sup>5</sup> GUARIGLIA, Fabricio, *Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. (compilación), Fundación Myrna Mack, Serie Justicia y Derechos Humanos, p. 144.

<sup>6</sup> ABARCA GALEAS, Humberto, *La defensa penal oral*, t. VI, quien dice «los medios de investigación y los frutos envenenados cuando las investigaciones son inconstitucionales», *Jurídica del Ecuador*, 1ª ed., Quito, 2006.

miento de las garantías constitucionales, necesariamente debe rechazar toda actuación investiga en que se contenga la trasgresión de una garantía del debido proceso, de conformidad con los artículos 17,18 y 273 de la Constitución Política y al Art. 80 del Código de procedimiento penal...»<sup>7</sup>.

Del mismo autor:

«... si el fiscal o sus auxiliares de la policía judicial, en las investigaciones y experticias practicadas tanto en la indagación previa del delito como en la instrucción fiscal no han observado las garantías constitucionales, los resultados de las investigaciones afectadas no pueden servir de fuente de prueba, porque al ser introducidos en el juicio carecen de validez jurídica o eficacia probatoria, de conformidad con la garantía del debido proceso contemplada en el numeral 14 del artículo 24 de la Constitución Política vigente y el artículo 80 del código de procedimiento penal, porque toda vulneración de garantías constitucionales constituye un acto ilícito y consecuentemente todo lo que se origina en este es ilícito, por provenir de la vulneración de una garantía constitucional; por lo cual, si de hecho las investigaciones afectadas por la violación de una garantía constitucional son utilizadas por el fiscal como fuente de prueba, el tribunal penal, necesariamente debe excluirlas como garante de la observancia de las garantías constitucionales, en aplicación de los artículos 16, 17, 18 y 273 de la Constitución Política vigente. A estas pruebas se las denomina en doctrina frutos envenenados porque provienen de una fuente ilícita por inconstitucional... en efecto investigar no significa otra cosa que descubrir la verdad sobre determinado fenómeno de la realidad que constituye el objeto de la investigación; por lo cual, cada medio de investigación legal ha sido concebido para descubrir la verdad respecto de un determinado hecho, en consideración a su naturaleza y características, lo cual significa que no todo hecho puede ser investigado con cualquier medio de investigación, de ningún modo, porque la naturaleza del hecho u objeto de la investigación exige el empleo de un adecuado medio de investigación...»<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> ABARCA GALEAS, Humberto, *op. cit.*, p. 16.

<sup>8</sup> ABARCA GALEAS, Humberto, *op. cit.*, pp. 27-28.

El mismo autor, jurista y magistrado que vengo citando, nos dice respecto a la ineficacia jurídica de cualquier acto violatorio de garantías constitucionales –que es el caso de la actuación delictiva de ...– lo que sigue:

«... la práctica de los medios de investigación debe desarrollarse dentro de los límites que le imponen al fiscal las garantías del debido proceso, es decir, que en el ejercicio de las atribuciones investigativas en el caso delictivo concreto para esclarecerlo, el fiscal no tiene mas límites que los impuestos por las garantías constitucionales y los derechos de las personas reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico. Así es, no solo porque cuando los actos investigativos que ejecuta el fiscal contienen violaciones de garantías constitucionales carecen de validez o eficacia frente al titular del órgano jurisdiccional penal, porque éste antes de ejercitar la función jurisdiccional específica que le corresponde de acuerdo a la etapa del proceso penal por el caso delictivo concreto, debe necesariamente analizar si en las investigaciones practicadas por el fiscal se han cumplido las garantías constitucionales y en el caso contrario, necesariamente debe excluirlas o rechazarlas en aplicación de los artículos 16,17,18 y 273 de la constitución política vigente, sino también porque al fiscal se le impone la obligación jurídica de solicitar al titular del órgano jurisdiccional penal la respectiva autorización para la práctica de actuaciones investigativas que conllevan la restricción de algún derecho garantizado constitucionalmente como ocurre por ejemplo en los casos de los artículos 95 y 195 del código de procedimiento penal, que se refieren a la autorización judicial para incautar evidencias y a la autorización judicial para el allanamiento del domicilio en que se encuentran, el fiscal actúa fuera del control jurisdiccional, distrayendo a la persona investigada o imputada del delito objeto de la investigación, de su juez competente, transgrediendo la garantía del debido proceso contemplada en el numeral 11 del artículo 24 de la Constitución Política y consecuentemente, por haber sido tal evidencia incautada con trasgresión de garantías del debido proceso no pueden ser utilizadas contra el acusado en el juicio como prueba de cargo, porque constituyen un fruto envenenado por tener su origen en su gravísimo acto ilícito como es la

trasgresión de garantías constitucionales, que en ningún caso pueden constituir fuente de prueba ni convalidarse en ninguna forma y por tanto, todo lo que se origine en la trasgresión también es inconstitucional y debe ser rechazado o excluido como prueba, en aplicación de la garantía del debido proceso prevista en el numeral 14 del artículo 24 de la Constitución Política y en el artículo 80 del código de procedimiento penal.

De igual forma el juez penal que conoce la etapa intermedia del proceso, en aplicación de la citada garantía constitucional debe excluir de entre los resultados de la instrucción fiscal, los resultados de las actuaciones investigativas que contienen la trasgresión de la garantía constitucional.

Al control jurisdiccional del ministerio público como órgano investigador en la fase de la indagación previa del delito se refiere el inciso segundo del artículo 215, el numeral 9 del artículo 216 y el artículo 39 del referido código procesal.

Durante la etapa de la instrucción fiscal el control jurisdiccional del fiscal como titular del órgano procesal investigador, se realiza en aplicación del numeral 1 del artículo 27 del numeral 9 del artículo 216 del mismo código procesal...»<sup>9</sup>.

Del mismo autor, Luis Humberto ABARCA GALEAS, cuya cita es un referente sin duda importante, por su calidad de jurista y magistrado, reproduzco lo que lapidariamente dice en otro apartado de esta obra:

« ... No importa cómo se haya violado la Constitución o la ley en la obtención de la evidencia, la sanción de invalidez que le afecta es fatal y absoluta porque tanto el medio de obtención como la evidencia obtenida carecen de valor, y deben ser rechazadas en todas las etapas del proceso penal, ya que lo que viola la Constitución o la ley es ilícito y lo ilícito no admite convalidación ni puede servir de fuente de prueba...» (p. 123).

Y para concluir con las citas –por de pronto de Luis Humberto ABARCA GALEAS– menciono lo que dice:

<sup>9</sup> ABARCA GALEAS, Humberto, *op. cit.*, pp. 30-32.

«... como quiera que se conculquen las garantías constitucionales, las garantías del debido proceso o los derechos humanos para obtener información de los titulares de los derechos conculcados, sean sospechosos, imputados, acusados, testigos o peritos, la información así obtenida es ilícita y por tanto, se encuentra afectada de invalidez en aplicación del numeral 14 del artículo 24 de la Constitución Política vigente, que contempla como garantía del debido proceso dicha sanción de invalidez para los resultados de todas las actuaciones que con violación de la constitución o de la ley, se las obtiene para ser utilizadas en función probatoria dentro de un proceso, cualquiera que fuese su naturaleza; motivo por el cual cuando esta garantía del debido proceso se la aplica al proceso penal, se sanciona con la invalidez a todas las actuaciones preprocesales o procesales que vulneran garantías constitucionales; precisamente en los artículos 80 y 83 del código de procedimiento penal que, carecerán de eficacia probatoria, lo cual significa que, no pueden ser utilizadas en el curso del proceso penal en función probatoria, tanto los resultados obtenidos con las acciones preprocesales o procesales que vulneran la Constitución como los resultados de las actuaciones investigativas que se originan en aquellos, es decir, que la invalidez afecta a la cadena causal de resultados que se origina en la acción vulneratoria de una determinada garantía constitucional, esta misma norma procesal expresa que: ' la ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la vulneración de tales garantías' ... (p. 127).

Debo mencionar la opinión de un erudito y versado jurista como es el profesor<sup>10</sup>, por lo atinente al tema:

«... el conocimiento por parte del juez de la infracción, su entorno y los autores sólo puede ser posible a través del medio de prueba que, llevado al proceso cumpliendo con todos los presupuestos y requisitos establecidos por la ley de procedimiento, entregan al juzgador el panorama mas o menos exacto de lo que sucedió en el mundo de los fenómenos en el momento del surgimiento de la conducta antijurídica.

El Art. 24, N° 14, CPR (hoy Art. 76 n. 4 de Const. 2008), establece como uno de los principios imperativos del debido proceso el que la prueba que ingrese al proceso por el camino regular, legal, previsto por las leyes de procedimiento. Así dice: 'Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna'. Dejando a salvo que las pruebas se obtienen pero no se actúan, pues los que se actúan son los medios de prueba, que son los que permiten al proceso obtener la respectiva prueba, se debe destacar la importancia del principio antes transcrito, pues garantiza a los sujetos procesales el cumplimiento estricto de los principios generales que inspiran la introducción y práctica de los medios de prueba de manera indiscriminada en beneficio de la verdad histórica, que es la que debe llegar al proceso para conocimiento del juez. De acuerdo con el mandato constitucional transcrito anteriormente, las pruebas que hayan llegado al proceso violando en su obtención y en su práctica, las normas constitucionales o legales establecidas para el debido proceso no son válidas, esto es, carecen de la eficacia jurídica prevista para dichos actos. Son actos procesales nulos porque carecen de la fuerza jurídica que sólo las pruebas obtenidas y actuadas conforme a los mandatos constitucionales y legales la tienen.

No se trata de la inexistencia jurídica de un acto procesal, sino de la nulidad de un acto procesal revestido con ilegalidades en su obtención o práctica.

El acto existe, pero carece de eficacia jurídica por los vicios que ostenta en su introducción y práctica. No necesita para su esterilidad jurídica que medie un pronunciamiento jurisdiccional que, de manera expresa, lo declare nulo. Por el mandato constitucional que estamos examinando, obtenida o practicada la prueba en contra de los mandatos constitucionales o legales, *ipso jure*, es ineficaz jurídicamente. Los vicios de introducción y actuación de la prueba fulminan de manera inmediata la eficacia jurídica del acto, sin necesidad que medie una sentencia que declare nulo el acto. El juez no puede asumirlo y valorarlo porque constitucionalmente carece de valor, 'no tiene validez alguna', como reza el N° 14 del art. 24, CPR. Por lo tanto, en el caso

<sup>10</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El debido proceso penal*, Edino. Guayaquil, 2002.

de nuestro estudio se enerva el principio por el cual un acto viciado es eficaz hasta tanto no haya sido declarado expresamente sin eficacia jurídica en providencia expresa de nulidad. En el mandato constitucional de nuestro examen se proclama intrínsecamente la nulidad, esto es, la ineficacia jurídica *ipso jure* de la prueba obtenida y actuada en contra de los principios del debido proceso. Lo expuesto se ratifica en los arts. 80 y 83, CPP...» (pp. 248-249).

El destacado jurista ecuatoriano ZAVALA BAQUERIZO en esta misma obra, nos ilustra con posterioridad, al expresar:

«... el principio contenido en el N° 14, del art. 24 CPR, se refiere al caso de las pruebas 'obtenidas y actuadas' en contra de expresas disposiciones constitucionales y legales, los cuales carecen de eficacia jurídica... el principio de nuestra preocupación actual se refiere únicamente al hecho de que los medios de prueba hayan sido llevados al proceso de manera ilegal, esto es, violando algunas normas constitucionales o legales, o algunos principios de la prueba expresamente reconocidos por las leyes de procedimiento. El art. 80, CPP, de manera precisa dispone que 'toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de las garantías'... La inocencia hemos dicho, no se destruye sino a base de los medios de prueba que se presenten dentro del proceso. Pero estos medios de prueba, a su vez, deben ser llevados al proceso con respeto a las garantías constitucionales y legales que informan al debido proceso. Tal es la razón por la que el art. 83, CPP, dispone que 'la prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión de un delito'... el medio de prueba que se lleve al proceso debe caracterizarse por su legitimidad, esto es por no contrariar las disposiciones del CPP que regulan el debi-

do proceso penal. En este aspecto nuestra legislación penal es muy rígida. No concede valor alguno al medio de prueba que haya sido obtenido mediante violencia, coacción o fraude que limite la voluntad de la persona. De la misma manera, en forma expresa, excluye la valoración jurídica del medio de prueba que haya sido el resultado de la inducción a la comisión de un delito. Se refiere la ley al llamado agente provocador...»<sup>11</sup>.

En otra cita del destacado maestro ZAVALA BAQUERIZO, nos dice:

«... los tribunales de justicia no pueden utilizar los medios de prueba obtenidos mediante la intervención del agente provocador, pues es un procedimiento que 'constituye seducción a la comisión del delito' lo que rechaza expresamente la ley y la moral. Se trata, en definitiva, de una prueba ilegalmente actuada y, por ende, inválida jurídicamente, como lo dice el art. 24, N° 14, CPR.

El ámbito del principio de admisibilidad de la prueba es universal, esto es, comprende no sólo el medio de prueba que debe ser llevado al proceso penal, sino que también comprende a todos los procesos, sin excepción alguna, pues el principio constitucional se refiere 'a las pruebas' en general sin que importe en que clase de procesos debe incidir dicha prueba. Lo que importa es que la práctica de los medios de prueba que sean llevados a cualquier proceso cumplan con las normas constitucionales y legales que han sido previamente establecidas en las leyes de procedimiento, bajo la sanción de que, si no se someten al procedimiento legal, carecerán de eficacia jurídica, o, como dice el precepto constitucional, 'no tendrán validez alguna'...»<sup>12</sup>.

El reconocido constitucionalista, catedrático de la materia y actualmente Magistrado en funciones de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Hernán SALGADO PESANTES en una de sus obras<sup>13</sup> nos ilustra, al referirse a los *principios constitucionales procesales para la protección de los derechos humanos*, con párrafos como los que transcribo de seguido:

<sup>11</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *op. cit.*, pp. 253-254.

<sup>12</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *op. cit.*, p. 256.

<sup>13</sup> SALGADO PESANTES, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corporación Editora Nacional, Universidad Carlos III. Comisión Europea. Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2005.

«... es importante tener presente que una Constitución del Estado tiene los valores y principios superiores de la sociedad, los cuales giran-esencialmente- en torno al ser humano, individual y colectivamente considerado. La protección persona humana es la razón de ser de toda organización estatal, es el fundamento de la autoridad que manda y la legitimación moral y política de todo gobierno...

La Constitución recoge esta concepción que mira a la persona humana como sagrada, tomando la expresión de Séneca (*homine res sacra est*) y consta en su parte dogmática, en donde junto a los derechos fundamentales están los principios y valores de la comunidad, de los cuales debemos ser conscientes...»<sup>14</sup>.

Posteriormente dice el constitucionalista y magistrado SALGADO PESANTES:

«... La Constitución ecuatoriana, en el párrafo final de su Preámbulo, al determinar las tres cuestiones fundamentales que serán materia de la normatividad constitucional, señala como la primera la protección de los derechos y libertades. Luego el artículo 3 al establecer los deberes primordiales del Estado, coloca entre ellos, el 'asegurar la vigencia de los derechos humanos' (numeral segundo); este deber del Estado es nuevamente reiterado en el artículo 16, bajo el mandato de 'respetar y hacer respetar los derechos humanos'... La norma constitucional establece una amplia garantía para el goce y ejercicio -'libre y eficaz'- de los derechos fundamentales (art. 17), además precisa que estos derechos pueden estar establecidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales vigentes. Es decir, se ensancha el mundo de los derechos, del ámbito jurídico interno, se avanza al contexto internacional...»<sup>15</sup>.

Y en otros párrafos pertinentes dice el doctor Hernán SALGADO:

«... Uno de los puntos nuevos y altamente positivos que trae nuestra Constitución vigente es el relativo a que los derechos humanos, una vez reconocidos por el Estado y positivizados en

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 89.

<sup>15</sup> SALGADO PESANTES, Hernán, *op. cit.*, p. 90.

el texto constitucional, no requieren de otras normas para su efectiva aplicación o, *sensu contrario*, un juez o autoridad no puede invocar la falta de un ordenamiento jurídico para aplicar ese derecho fundamental.

Este importante principio ha sido acogido y desarrollado por la doctrina internacional sobre los derechos humanos. En esta materia existe un criterio generalizado de que las normas de un tratado sobre derechos humanos deben ser ejecutables por sí mismas, es decir, son de aplicación o utilización inmediata en el Estado que es parte de ese tratado (*self executing* o autoejecutable); por tanto en dicho Estado no hace falta que se dicten normas internas de -adecuación legislativa- que permitan la aplicación...

La Constitución ecuatoriana afirma textualmente que los derechos humanos: 'serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, Tribunal o autoridad' (art. 18, inciso primero). Lo cual se complementa con el inciso tercero del mismo artículo (que en realidad debía constar como segundo inciso) y dice: 'No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos'.

Y también, nuestro texto constitucional precisa que el ejercicio de los derechos no queda subordinado a 'condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley'; en consecuencia las autoridades -con inclusión de los jueces- no pueden exigir tales condiciones o requisitos, que ni el constituyente ni el legislador determinaron (art. 18, inciso segundo, *in fine*)...

Otro de los principios recogidos en 1998 y que la práctica y jurisprudencia de la mayoría de países han reconocido, es el relativo al método de interpretación que debe primar en el ámbito de los derechos y las garantías consagradas en la Constitución. Estos deben ser interpretados de la manera 'que mas favorezca su efectiva vigencia', al decir de nuestra Carta Política (art. 18, inciso segundo)...»<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> SALGADO PESANTES, Hernán, *op. cit.*, pp. 91-92.

## Apuntes sobre el necesario respeto al debido proceso

### La nueva Constitución Política del Ecuador

Cuando cabalgamos los primeros años de fin del siglo veintiuno, Ecuador tiene una Constitución Política, incubada en la matriz de una Asamblea Nacional auto proclamada como **constituyente** y que cohabitó sin menoscabarlo, con el poder **constituido**. Vigente desde el 10 de agosto de 1998, la nueva Constitución ha experimentado serios embates de diferentes sectores ciudadanos, que han cuestionado desde su legitimidad hasta la real y efectiva aplicación de la serie de instituciones nuevas. Admitiendo la dificultad operativa de la Constitución vigente no estamos en la línea de quienes afirman que « no sirve para nada», o que no significa ningún avance en la consolidación del Estado de Derecho, antes por el contrario, como toda obra humana es perfectible, PERO en nuestra opinión significa una notable avance, para hacer viable la realización de la utopía.

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

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

El Estado de Derecho no es aquel que tenga un ordenamiento jurídico que aplicar, sino el Estado sometido al Derecho, esto es el Estado cuyo poder y actividad en relación con el respeto al hombre, a

la persona humana y a sus derechos fundamentales está limitado y regulado por la ley, entendida la ley como la expresión de la voluntad soberana y democrática. El Estado de Derecho es entonces el Estado bajo el imperio de la ley, esta es la diferencia entre el Estado de Derecho con poder regulado y limitado por la ley, y cualquier forma de Estado absoluto y totalitario con poder ilimitado.

Se podrá decir de cara a la historia, que el control jurídico no es y no ha sido el único control presentado al poder del Estado, pues aun en los sistemas absolutistas de Estado, existen controles no jurídicos que operan como limitantes del poder del Estado, como en el mundo antiguo y medieval en el que hasta las exigencias religiosas y morales aparecieron como mecanismos de contención frente al abuso del Estado. Por nuestra parte, creemos que antes del nacimiento de las instancias de control jurídico no hay propiamente Estado de Derecho sino formas de Estado más o menos absolutos, y que no bastan las limitaciones de carácter religioso, ético o jusnaturalista para dar lugar a un auténtico Estado de Derecho. Este surge a partir de los controles y regulaciones que se dirigen al Estado por la ley positiva y que se institucionaliza gracias a la revolución francesa y al implante del Estado Liberal, vinculándose así en su origen y desarrollo las formas de Estado de Derecho y del Estado Liberal.

Como características del Estado de Derecho destacamos:

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



para mencionar algunas de las modalidades de control social perverso no existe independencia del poder judicial, y mucho menos se puede hablar de un Estado de Derecho.

Cuando nos referimos a la **legalidad de la administración**, estamos expresando que el principio de la legalidad de la administración consiste en el sometimiento de la administración a la ley, esto es que la administración en su ejercicio deberá siempre respetar la ley, garantizándose este sometimiento a través de un sistema de control y responsabilidad de la administración, por medio del control jurisdiccional, esto es por lo que se refiere a los actos reglados; los actos discrecionales y los actos políticos o de gobierno tienden a reducirse en los Estados de derecho a sus justos términos, ampliándose al mismo tiempo las posibilidades de fiscalización jurídica en ambas esferas, es decir en la esfera de los actos reglados y en la esfera de los actos discrecionales, políticos o de gobierno.

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

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

El Estado Social de Derecho, somete a crítica y revisión, el individualismo y el abstencionismo del Estado, y propugna por un ejecutivo fuerte decididamente intervencionista; por una primacía del ejecutivo y una crítica al parlamentarismo y a los partidos políticos fundamentalmente; sin embargo, difiere de los totalitarismos fascistas, en el hecho de que esta concepción sigue manteniendo las exigencias del Estado de Derecho, como son: el sometimiento del ejecutivo al imperio de la ley. Se propugna por un ejecutivo fuerte pero controla-

do, a diferencia del ejecutivo de los Estados totalitarios; admite la separación y distribución de poderes; propugna por la legalidad de la administración y garantía de los derechos y libertades fundamentales. Son estos atributos los que le merecen el calificativo de Estado de Derecho, y lo social está determinado por la incorporación de los llamados **Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, en donde la administración se propone incrementar el desarrollo económico-social con vista a la consecución de una sociedad de bienestar, sosteniendo que para llevar a cabo esa función se demanda de un Poder Ejecutivo asesorado por especialistas y técnicos, antes que de un parlamento lento y poco especializado.

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

#### **Antecedentes del debido proceso**

El **principio del debido proceso ( o proceso debido )** es de origen anglosajón («*due process of law*»)<sup>17</sup>, que se encuentra formulado por escrito por primera ocasión en el capítulo XXXIX ( 39 ) de la Carta Magna de Inglaterra del año 1215, allí se dispone « ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra ». Esta declaración alimentada por los barones normandos pretendía frenar los abusos del Rey Juan Sin Tierra, imponiéndole reglas de juego limpio, castigando la arbitrariedad política y sometiendo al proceso las extralimitaciones. Esta conquista se mantiene desde entonces en el «*common law*» británico.

<sup>17</sup> GÓMEZ COLMENAR, Juan Luis, en prólogo a la obra, *El Principio del proceso debido*, Iñaki Esparza Leibar, Bosch, Barcelona, 1995, p. 15.

El paso a EE.UU fue inevitable y se hace presente en las diez primeras enmiendas de la Constitución americana de 1787 conocida como la «Declaración de Derechos» («*Bill of Rights*»). El punto más alto puede ser encontrado en la enmienda V. En los Estados Unidos el **principio del debido proceso** debe entenderse de acuerdo con el sistema jurídico del «*common law*» o derecho consuetudinario, opuesto al continental codificado y escrito («*civil Law*»). En el derecho consuetudinario el **proceso debido** actúa y es la manifestación un Estado de Derecho tal y como la jurisprudencia norteamericana lo desarrolla en sus aspectos procesal y material, derivado esencialmente para el entendimiento del proceso penal, «particularmente desde el prisma constitucional, como por ejemplo la regla del juego limpio o <fair trial>, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales»<sup>18</sup>.

Aunque ya existían tanto en nuestro ordenamiento constitucional como en las leyes de procedimiento un conjunto de garantías y derechos para el ciudadano frente a la intervención del Estado y de su sistema policial y judicial, que siendo garantías fundamentales tenían que ser respetadas en un proceso y particularmente en el penal, no creemos que esté demás que haya sido expresamente consignado pues se suma a las demás tutelas constitucionales con las que está indisolublemente vinculado. Admitimos que el principio del **debido proceso** es un principio general del derecho, y por tanto fuente del derecho procesal y del derecho sustantivo o material, informador de todos los órganos jurisdiccionales, y vinculante al legislador y la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

### El debido proceso penal

Cuando nos referimos al **debido proceso** entendemos por tal, a aquel en el que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento.

El **debido proceso penal** por su especificidad, tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que

<sup>18</sup> GÓMEZ COLMENAR, Juan Luis, en prólogo citado, p. 16.

es sometido a un proceso penal. La **legalidad del debido proceso penal** es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado<sup>19</sup>.

Hablar del **debido proceso penal** es referirnos igualmente al respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que como sabemos se refieren a aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que, por una u otra razón, justa o injustamente entra en contacto con los sistemas de justicia penal en un país, refiriéndonos a un concepto de justicia penal en sentido amplio; es decir teniendo en cuenta no solo la fase judicial - penal, sino que cubre la actividad de los órganos represivos del Estado conforme dijimos precedentemente.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, se reconocen ya una serie de derechos estrechamente vinculados con la administración de justicia penal, pues se consagra el derecho a la vida, la seguridad e integridad personales, el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se hace referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley, al derecho de recurrir a una autoridad competente en caso de considerarse violados los derechos fundamentales, el derecho a no ser arbitrariamente detenido o encarcelado, etc. Pero, para hacer efectivo el respeto a esos derechos fundamentales, han ido surgiendo una serie de instrumentos internacionales que en los últimos años, se han venido aplicando con marcada eficacia en el caso particular de nuestro país, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969). A mas de los casos que citamos posteriormente, podemos aquí consignar el **caso de los once del Putumayo**<sup>20</sup>, en que once campesinos del

<sup>19</sup> Es recomendable estudiar la obra *El debido proceso penal*, 351 pp., del Prof. Dr. Jorge ZAVALA BAQUERIZO, Edino, 2002, que contiene un profundo y exegético estudio sobre las exigencias del debido proceso, referidos al ámbito penal.

<sup>20</sup> Se pueden revisar los Informes de AMINISTÍA INTERNACIONAL de los años 1995, 1996 y 1997, en este último la p. 166.

oriente ecuatoriano fueron privados de la libertad en 1993, bajo la imputación de un ataque a una patrulla militar ecuatoriana, y mediante la tortura se les arrancó confesiones de responsabilidad en el ataque. Probada sin lugar a dudas la tortura de la que fueron víctimas, fueron puestos en libertad mediante el recurso de casación por una sala penal de la Corte Suprema de Justicia en septiembre de 1996, aunque aun no son indemnizados, existe la decisión política del Estado ecuatoriano, de atender a un justo pago indemnizatorio por el crimen de Estado del que fueron víctimas.

### Contenido del debido proceso penal

En un Estado de Derecho el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que debe ser el titular del ejercicio de la acción penal, sin que se menoscabe su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en cierto tipo de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como acontece en los denominados delitos de acción penal privada.

La **necesidad de juicio previo** es importante para la legalidad del debido proceso, de manera que no se pueda condenar a nadie si no se ha tramitado un juicio respetando el procedimiento previo, esto es aquel previsto en las leyes. Participamos de la necesidad de la separación de las funciones de investigar o indagar, que ha quedado en manos del Ministerio Público, en tanto que la función de juzgar sigue siendo de competencia de los jueces, que son al mismo tiempo los encargados del control de la instrucción o investigación fiscal.

El constituyente ecuatoriano tuvo mucho cuidado al enunciar los **principios generales** de los derechos, garantías y deberes, en la Constitución de 1998, pues dice en el artículo 16: «...El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución»... (Cf. Art. 11 n. 9 de la Const. Del 2008). El derecho a la libertad previsto como garantía constitucional, para el preso sin sentencia en el Ecuador, es uno más de los derechos humanos que le asisten, al igual que el derecho a la vida, a la honra, **a la intimidación**, a la propiedad, a la libertad sexual, a la libertad de credo religioso, etc.

Por una parte el art. 17 señala que «...El estado garantizará a todos sus habitantes (incluyendo a todos los que están en la cárcel), sin discriminación alguna (cualquiera que fuese el tipo de delito), el

libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos (Pacto de Costa Rica) convenios y mas instrumentos internacionales vigentes (El Pacto de San José esta vigente)».

Dice el art. 18: . . . Los derechos y garantías determinados en esta Constitución (la del 10 de agosto de 1998) y en los instrumentos internacionales vigentes (Pacto de San José de Costa Rica), serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad...». **Directa e inmediatamente aplicables**, significa la imposibilidad que se hable de plazos, porque dice la propia transitoria 45 «...a menos que se determine lo contrario en forma expresa...», y aquí en forma expresa se establece que no hay plazos, al afirmar que los derechos y garantías serán de aplicación directa e inmediata.

Y si esto no es suficiente, la misma Constitución expresamente consigna que «...En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia. . .», el indubio pro reo o la interpretación más favorable al reo, es un principio de legislación universal que lo entienden incluso los no abogados. En el momento en que haya duda, oscuridad o dificultad para aplicar una ley, tiene siempre que aplicarse en el sentido más favorable al reo. **Irrefutablemente**, la interpretación en favor del reo debe cumplirse de manera estricta.

Cuando el constituyente ecuatoriano creyó conveniente que se dicte una ley para que se haga efectiva la aplicación de una disposición constitucional así lo dice en forma expresa, como cuando se refiere a las comunidades indígenas (Art. 191 ) a quienes se les reconoce el derecho para aplicar normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de acuerdo con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes, estableciéndose la necesidad de que se dicte la ley que « hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial ecuatoriano».

Como dice la Constitución de 1998 y la del 2008, *no podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.*

El art. 24 que contiene esta garantía (que es un derecho humano en general y en este caso particular del ecuatoriano) hablaba de: «asegurar el debido proceso. . .», con lo cual se hace referencia a un juicio justo, un juicio imparcial, ágil, expedito, que requiere de una justicia que actúe con celeridad y en la que se respeten las garantías y derechos fundamentales inherentes al Estado de Derecho.

El primer párrafo del Art. 24 de la Constitución de 1998, dice:

**«Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia...».**

El Estado ecuatoriano es responsable por los supuestos de violación de las normas establecidas en el art. 24, y en cualquier momento ante requerimiento de legítimo interesado va a tener que responder nuevamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene competencia sobre el Estado ecuatoriano desde el año 1984, en que Ecuador se allanó sin reserva a la competencia de la Corte. Por esta razón es que se indemnizó en el caso de los hermanos Restrepo (negociando), y se indemnizó en el caso de la profesora Consuelo Benavidez, (negociando). La responsabilidad no está limitada solo a los actos de terrorismo de estado o de un ejercicio abusivo de la fuerza pública que viola derechos humanos, sino que el Estado también es responsable por la violación de las Garantías Constitucionales que tienen que ver con el **debido proceso**.

Como prueba de lo dicho nos remitimos al fallo de la Corte Interamericana de DD.HH. dictado en diciembre de 1997 en el que frente a la reclamación del ciudadano Suarez Rosero, detenido en Quito por el Operativo «Ciclón» y sometido a prisión preventiva durante más de 20 meses, condenó al Estado ecuatoriano a indemnizar al detenido por el abuso con la prisión preventiva, aunque al final los jueces ecuatorianos lo hubiesen condenado, pues como dice la Corte Interamericana, es irrelevante si es culpable o inocente, pues de lo que se trata es de sancionar al Estado por una justicia lenta y morosa

Otro caso es el del ciudadano francés DANIEL TIBI que en el año 2004 consiguió que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fallo vinculante u obligatorio, condene al Estado ecuatoriano a indemnizarlo con cerca de medio millón de euros por violaciones del

**debido proceso**, pues las garantías constitucionales del ciudadano Tibi no fueron respetadas<sup>21</sup>.

Con la nueva Constitución se le da un golpe de muerte a la falta de respeto a las garantías fundamentales y a los derechos humanos, cuya vulneración era práctica institucionalizada; y, la impunidad era una coraza de protección para violar el **debido proceso**.

### **Ministerio Público y debido proceso**

La propuesta del nuevo Código de Procedimiento Penal, es que debemos ir de un proceso inquisitivo propio del Código de Procedimiento Penal de 1983, lento y escrito, tortuoso y secreto, que no es transparente ni contradictorio, a un procedimiento mucho más dinámico, porque iríamos a la oralidad que está prevista en la Constitución; dirigiendo el ministerio público la investigación, buscando las pruebas de manera lícita el fiscal y presentándolas al juez para que resuelva, ese es el punto de equilibrio que se pretende buscar, con esto se produce un giro copernicano en la justicia ecuatoriana!

En la administración de justicia de finales de siglo se aprecia una ruptura epistemológica, que pretende incluso llegar a un modelo de sistema procesal penal acusatorio cuyos principios básicos son los de la acusación, contradicción, oralidad, publicidad, intermediación y concentración, y con la instrucción fiscal de la que debe depender la indagación policial<sup>22</sup>. No obstante el avance constitucional en la búsqueda de mecanismos de control de las garantías constitucionales en el proceso penal, la experiencia forense nos hace mirar a veces con preocupación la labor tributaria y dependiente de la instancia policial, que sigue cumpliendo en algunos momentos el ministerio público ecuatoriano.

El Art. 219 de la Constitución del 10 de agosto, dice a la letra:

«El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante

<sup>21</sup> Se puede consultar el fallo en la web en [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com) en el link, «casos».

<sup>22</sup> Ya estaba prevista esta carga para el ministerio público desde el 16 de enero de 1996 en la reforma constitucional y consta en la Constitución Política codificada y publicada en el RO N° 2 de 13 de febrero de 1997.

los jueces y tribunales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal...», vale recordar que ya desde el 16 de enero de 1996, por el tercer paquete de reformas constitucionales, la policía nacional carece de legitimidad constitucional para conducir las indagaciones previas y promover la investigación procesal penal, PERO lo sigue haciendo con la anuencia de jueces y magistrados que siguen ignorando lo que es el respeto a la **legalidad del debido proceso**, y lo perverso y contradictorio que significa darle carta de ciudadanía a los «frutos del árbol envenenado», alimentando así una cultura de irrespeto a un discurso medianamente garantista.

En ocasiones escuchamos decir a improvisados comentaristas que la labor del ministerio público es la de **acusar**, expresión que es más fruto del desconocimiento que de la mala fe, pues la labor y finalidad del ministerio público es la de buscar la **verdad**, como punto de equilibrio entre su actuación y la actuación del juez. Esto es tan cierto y responde a un cambio del paradigma que en el **sistema acusatorio** propio del sistema procesal penal moderno, **sin la acusación fiscal no hay proceso!** La labor del ministerio público tiene que dejar de ser dependiente y tributaria de la instancia policial y debe cumplir con el mandato constitucional para que no se afecte **la legalidad del debido proceso penal**.

La verdad se busca a través de la **prueba debidamente practicada o prueba lícita** sin importar a quien favorezca y es por eso que el fiscal, en el **sistema acusatorio** busca la prueba de cargo –si ella es factible– para formular la acusación; o presenta las pruebas de descargo, abogando inclusive por la libertad del injustamente detenido, en cuyo favor puede hasta interponer recursos.

Cuanto bien haría a los legos y a quienes mantienen a ultranza una falsa legitimidad de un ministerio público acusatorio –que nació así hace más de cien años– leer las sabias reflexiones de Claus ROXIN, profesor de derecho penal y de derecho procesal penal de la Universidad de Munich en Alemania, que en una erudita conferencia con ocasión de los cien años del ministerio público de Hamburgo nos habla sobre la posición jurídica y tareas del ministerio público, tanto presentes como futuras<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> ROXIN, Claus, *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, compilador J.B.J. Maier, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 39-57.

La tarea de custodio de los derechos humanos y de las garantías procesales, que le corresponde al Ministerio Público, no puede ser groseramente olvidada pues en la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público se ha consignado al menos formalmente, su calidad de institución de contención del abuso en el Estado de Derecho, y de custodio del respeto a los derechos humanos, desde el momento en que dispone su intervención para que dirija la investigación pre-procesal y procesal con el auxilio de la policía judicial. La Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone que se asegure el **respeto al debido proceso garantizando el ejercicio del derecho a la defensa**, permitiendo la presentación de las pruebas de descargo durante la fase de investigación pre-procesal.

La antes citada garantía constitucional y procesal penal, debe ser respetada real y materialmente por policías, jueces y fiscales.

Todavía resulta difícil para el ministerio público ecuatoriano asimilar lo que significa el **principio de oportunidad**, y la necesidad de reconocer que hay que propugnar la vigencia de un **derecho penal mínimo**, esto es que el derecho penal y el sistema penal debieran ser de *última ratio*. Esta propuesta de que el derecho penal debiera ser el último recurso del Estado y no el primero, es llamada por los organismos internacionales como de *extrema ratio*<sup>24</sup>, como nos recuerda el Prof. Juan BUSTOS RAMÍREZ.

El Ministerio Público debe dirigir la investigación a través de la llamada **instrucción fiscal**, y el juez penal debe controlar dicha instrucción así como reservarse la competencia para dictar las medidas de aseguramiento tanto personales como reales, disponer allanamientos, registros, incautaciones, decomisos y resolver la etapa intermedia. El ministerio público está obligado a cumplir lo que dice la Constitución y la propia Ley Orgánica del 19 de febrero de 1997, que en el Art. 26 expresa, para hacer efectivo el respeto al debido proceso; que, el ministerio público garantizará la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por infracciones perseguibles de oficio, debiendo citar a los abo-

<sup>24</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, «Principios fundamentales de un derecho penal democrático», en *Revista de Ciencias Penales*, Costa Rica, Marzo de 1994, año 5, N° 8, p. 16.

gados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, y que cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria.

### Debido proceso y seguridad jurídica

No obstante lo que se viene comentando, e insistiendo en que la Constitución vigente consagra en el **Art. 23** como parte de los derechos civiles:

«Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

«... 26. La seguridad jurídica.

27. El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones».

Se puede creer equivocadamente que el concepto de **seguridad jurídica** está limitado a la idea de la seguridad ciudadana frente al aumento de la criminalidad, o frente a la intervención formal de los tribunales de justicia. La **seguridad jurídica** es mucho más y tiene que ver con el derecho de un ciudadano a no ser atropellado en sus derechos y garantías frente a la intervención de la fuerza pública, de la policía, de los particulares, etc.

El **debido proceso** es mejor respetado si se separan efectivamente las funciones de investigar y juzgar, y por ello la nueva constitución crea un **Ministerio Público** como un órgano a nivel constitucional que tiene como función la persecución penal pública: para ello está facultado para investigar los delitos que se cometan, dirigir y coordinar a los organismos policiales en el marco de tales investigaciones. Asimismo, deberá formular las acusaciones cuando corresponda y fuese legalmente procedente; y sostener la pretensión penal ante el tribunal penal correspondiente.

También existe el órgano encargado del **control de la instrucción** que es el juez penal cuyo objetivo es el de controlar las actuaciones del ministerio público en el marco de las investigaciones penales, en la medida que ellas puedan importar la afectación de derechos constitucionales. De esta forma, si el ministerio público decide detener, o someter a prisión preventiva, u ordenar un allanamiento, o **vulnerar el derecho a la intimidad** necesitará la autorización de un

juez del poder judicial, un juez penal que será precisamente el juez de control de la instrucción. Esto es perfectamente válido cuando se trata de hacer grabaciones de audio y de video, en que debe un juez penal autorizarlas previamente y por escrito, para que las realice el **ministerio público**, como dice el Art. 155 del CPP. Como está acreditado en el presente caso, las grabaciones de audio y de video que hizo... son sin duda inconstitucionales y carecen de eficacia alguna conforme al Art. 24 numeral 14 de la Constitución Política del Ecuador de 1998, que se ha citado en forma reiterada pero necesaria.

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

La Ley o enmienda Miranda es un sólido pilar en la estructuración del **debido proceso penal** que no puede ser tal, sino aquel en el que se han respetado los derechos y garantías que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una investigación o en contra de quien se ha iniciado un proceso penal para juzgar su conducta<sup>25</sup>.

Referido a la necesidad de la motivación que es también una garantía constitucional del debido proceso (art. 24, numeral 13 CPR de 1998, y Art. 76 n. 7, letra l) de la Const. Del 2008), como anota con erudición el Profesor Jorge ZAVALA BAQUERIZO: «La motivación constituye un juicio lógico que se desarrolla alrededor de la pretensión. El juez al momento de sentenciar debe exponer a las partes y a la sociedad, las razones que ha tenido para resolver en la forma constante en

<sup>25</sup> Cf. CHIESA APONTE, Ernesto, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Nomos, Bogotá, 1995, t. I, pp. 35 - 61.

la parte dispositiva de la sentencia... Para estimar o desestimar la pretensión punitiva, el juez debe ponerla en relación con el derecho objetivo... Pero, además en el caso que el juez estimare la pretensión punitiva, la motivación o parte lógica de la sentencia debe comprender también las causas de la calidad y de la cantidad de la pena, es decir las razones por las cuales se impone el máximo o no se admite la variación o, en su defecto, se atenúa la pena. Por otro lado, si se estima la pretensión se debe incorporar en la motivación el fundamento para establecer la calidad de la pena, o en su caso, la razón para que proceda la imposición de ciertas medidas de seguridad proyectadas inclusive para el tiempo posterior al de la ejecución de la condena»<sup>26</sup>.

Por nuestra parte agregamos, que es de exigencia y obligatorio cumplimiento la fundamentación de las resoluciones y fallos judiciales tanto para atender la necesidad de garantizar la defensa de las partes en el **debido proceso**, como para atender el respeto a uno de los pilares básicos del Estado de Derecho y del sistema republicano, que fundado en la publicidad de los actos de gobierno y de sus autoridades y funcionarios que son responsables por sus decisiones, demanda que se conozcan las razones que amparan y legitiman tales decisiones.

Como nos ilustra CAFFERATA NORES «la fundamentación de las resoluciones judiciales, para ser tal, requiere la concurrencia de dos condiciones. Por un lado, debe consignarse expresamente el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba, *describiendo* el contenido de cada elemento de prueba. Por otro, es preciso que éstos sean merituados, tratando de demostrar su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se admitan en el fallo. Ambos aspectos deben concurrir *simultáneamente* para que pueda considerarse que la sentencia se encuentra motivada. Cualquiera de ellos que falte (tanto el descriptivo como el intelectual) la privará de la debida fundamentación».<sup>27</sup>

La motivación exige además el razonamiento de los elementos probatorios que sirven de base o premisa para las conclusiones a que

<sup>26</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El proceso penal*, t. IV, Edino, Guayaquil, 1990, pp. 234-235.

<sup>27</sup> CAFFERATA NORES, José, *op. cit.*, p. 284.

llega el juez. Como dice CAFFERATA NORES, «la mera enunciación o descripción de los mismos no satisface este requisito, porque no proporciona los elementos de juicios necesario para verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez para arribar a determinada conclusión ha sido cumplido con respecto por las reglas de la sana crítica racional».<sup>28</sup>

Para que se pueda ejercer el respectivo control y hacer efectivo el **respeto al debido proceso** se requiere que en la resolución o en la sentencia se precise el contenido de la prueba, enunciando, describiendo o reproduciendo en concreto el indicio probatorio, a efectos de que sea posible verificar si la conclusión a que llega el jurisdicente surge lógicamente y racionalmente de las pruebas que se invocan en su sustento.

Como un significativo avance en la consolidación del respeto al **debido proceso** en un Estado de Derecho, a través de la condena a la tortura, debemos recordar el **caso de los siete del Putumayo**, y un fallo de la Corte Suprema de Justicia, publicado en el Registro Oficial N° 5 de 17 de agosto de 1998, en el que la Primera Sala de Casación Penal resuelve por mayoría de votos casar la sentencia condenatoria, disponiendo la libertad de un encartado por el delito de homicidio, expresando:

«sostiene correctamente el Tribunal Penal que la declaración preprocesal rendida por el encausado que no lleva su firma, ni la de un fiscal, ni se ha rendido en presencia de un abogado del procesado, carece de valor probatorio, así como la indagación policial previa a la apertura del proceso, y el testimonio referencial del policía A.R.O., quien dice haber escuchado al encausado declararse autor del homicidio. Los testimonios propios de la señora L.M.A., y del menor de edad A.A. son insuficientes, como apropiadamente estima el Tribunal Penal, para acreditar que B.C. fue quien disparó el arma homicida... El Tercer Tribunal del Azuay ha obrado conforme a derecho al no admitir como prueba de responsabilidad la indagación policial y la declaración preprocesal del sindicado, por no habérselas realizado con asistencia de un abogado que le represente; requisito establecido por la Constitución Política de la República para garantizar el dere-

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 284.

cho de defensa, y sin el que cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa... carecerá de eficacia probatoria, según manda imperativamente el literal f), del inciso tercero, del numeral 19, del Art. 22 de la Carta Política...».

La numeración citada en el fallo de casación penal, corresponde a la Constitución anterior codificada el 13 de febrero de 1997 y en la Constitución de 1998 consta en el Art. 24 numeral 5, siendo ratificado en el numeral 14 *ibidem*. Un fallo como en el que se transcribe en su parte resolutive es meritorio y representa un significativo aporte y avance en el respeto al **debido proceso** y en la consolidación del Estado de Derecho, siendo un saludable precedente y un buen ejemplo a imitar por jueces y magistrados ecuatorianos!

Reservando la presentación de cuanto memorial estime necesario en ejercicio del derecho inviolable a la defensa que me asiste; ruego a usted señora Ministra Fiscal General, tome en consideración la presente exposición en el momento en que deba pronunciarse, desestimando un pronunciamiento acusatorio en este proceso.

Atentamente,

Dr...

Mat. 1242 Col. Abog.

## ALEGATO SOBRE PRUEBA ILÍCITA 2

**Instrucción Fiscal 06- ...**

**Antecedente: Indagación previa N° 134-...**

**Señor Ministro Fiscal General**

**Yo, ...** en la instrucción de mi referencia, comparezco para exponer y solicitar:

Me ratifico en la improcedencia de la llamada **prueba ilícita** como la que ha servido de objeto de este proceso penal, porque se ha vulnerado el **principio de exclusión absoluta** previsto en el Art. 76 numeral 4 de la Constitución Política del Ecuador, con inobservancia de lo señalado en el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal que dispone que solamente un juez penal puede conceder por escrito autorización previa a un fiscal para que haga grabaciones de audio y/ o de video, COMO LAS QUE HAN SIDO INCLUSO PERITADAS.

La prueba ilícita y los llamados «frutos del árbol envenenado» (como los peritajes que se han practicado) carecen de valor alguno para todos los efectos, por vulnerar garantías del **debido proceso**. El respeto al Estado de Derecho demanda el respeto a la normativa constitucional prevista en los artículos 10, 11, 66 n. 20 y 21, 75, 76, 82, 169 y 417 de la Carta Magna, así como a los artículos 80 y 83 del Código de Procedimiento Penal que establecen la ineficacia probatoria de la prueba ilícita.

En aval de lo que vengo sosteniendo debo recurrir a citas doctrinarias de autores de reconocido prestigio académico, así como a importantes citas jurisprudenciales de Tribunales Nacionales de diferentes países incluyendo el ámbito constitucional, así como de Tri-



bunales Supranacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, e informes u opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que son incluso vinculantes para el Estado ecuatoriano, de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica ratificada por Ecuador.

La Constitución Política de nuestra República reconoce el efecto vinculante de la normativa supranacional (Art. 3 n.1, Art. 10), y en cuanto a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e informes previos de la Comisión, son ya muchos los casos en que nuestro país cumpliendo con el sometimiento a la competencia de la Corte I.A.D.H y de la Comisión I.A.D.H., ha indemnizado en casos como «Suárez Rosero», «Consuelo Benavides», «Daniel Tibi», etc., solamente para mencionar unos cuantos, que pueden ser consultados en la web; en [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com)

Menciono lo expresado de la forma que sigue:

1.- Un extraordinario y preclaro jurista, que ejerció con honores el cargo de Ministro Fiscal General del Ecuador, el Prof. Edmundo DURÁN DÍAZ (+) coautor del nuevo Código de Procedimiento Penal, había expresado<sup>1</sup> en su momento:

«Los medios de prueba y la forma de practicarlos están señalados en la ley... Como regla general, la omisión de las formalidades trae como sanción la nulidad del acto o de todo el proceso...»

Walter GUERRERO VIVANCO, procesalista y jurista ecuatoriano, de reconocido prestigio que honró la Corte Suprema en calidad de Presidente, dice en su obra fundamental<sup>2</sup>, al referirse a **La Legalidad de la Prueba**:

«El art. 24 numeral 14 de la Constitución (hoy corresponde al art. 76 numeral 4 de la Cont. de 2008), dispone que las pruebas actuadas con violación de la Constitución o de la ley, no tienen valor probatorio de ninguna naturaleza. Inclusive la misma carta fundamental declara que el Estado es civilmente responsable

<sup>1</sup> DURÁN DÍAZ, Edmundo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, V. I, Edino, 1992, p. 23-134.

<sup>2</sup> GUERRERO VIVANCO, Walter, *Derecho Procesal Penal*, t. III, La Prueba Penal, Pudeleco, Quito, 2004, p. 29 al 31.

en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas contenidas en el artículo 24. El Estado tiene derecho de repetición contra el juez o el funcionario responsable.

El nuevo Código de Procedimiento Penal agrega que la prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las reglas previstas en ese mismo Cuerpo de Leyes; que no se puede utilizar información obtenida por medio de torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad; y que tampoco se puede utilizar información obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito. La doctrina nacional y extranjera es unánime al respecto»

«La norma respectiva del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por Naciones Unidas, dispone que esos funcionarios deben cumplir en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión».

3.- El constitucionalista y profesor universitario Jorge ZAVALA EGAS<sup>3</sup>, nos ilustra expresando:

«Cuando hay contradicción entre un principio o disposición que resguarda los derechos subjetivos o las libertades constitucionales y otro que defiende un derecho social o comunitario, la interpretación constitucional universal dispone que debe prevalecer el que se refiere a los derechos individuales y las libertades humanas. Por tanto, los principios que consagra el art. 19 de la Constitución no pueden supeditarse a otra disposición en el orden de valoración de las pruebas o en el orden procesal, norma ésta que deben tener presente, como obligación, los jueces y en primer lugar, por razones obvias, lo jueces de lo penal. Por otro lado, según el art. 204 del Código Penal ecuatoriano, obtener un testimo-

<sup>3</sup> ZAVALA EGAS, Jorge, *Justicia y Derechos Humano*, ALDHU, Revista, Quito s/f, p. 81.

nio bajo presión o coacción entraña un supuesto de conducta, una hipótesis penal que no puede constituir jamás un elemento de prueba en un proceso penal, porque entonces se incurre en una contradicción o antítesis con normas procesales y normas sustantivas que prohíben, en ambos casos, la tortura e incluso la coacción».

4.- El jurista colombiano, Pedro Pablo CAMARGO<sup>4</sup>, en obra atinente al **debido proceso**, cuestiona la forma como se utilizaron inconstitucionalmente, en el conocido «proceso 8000», interceptaciones telefónicas, grabaciones con aparatos de videos sin autorización judicial, etc., manifestando:

«Se da una nulidad constitucional *ipso iure* o de efectos inmediatos que deja sin vigor legal una prueba recaudada con violación del debido proceso público, o sea obtenida por encima o con desconocimiento de las garantías procesales a que tiene derecho todo acusado. Por ejemplo un allanamiento no autorizado por autoridad judicial competente o una grabación de conversaciones sin la autorización judicial, tal como sucedió con las grabaciones magnetofónicas o conversaciones interceptadas a **Miguel Rodríguez Orejuela** con el periodista **Alberto Giraldo** y que fueron utilizadas por la Fiscalía General de la Nación para abrir el ‘proceso 8000’ contra el Presidente **Ernesto Samper Pizano** y varios Congressistas. En fin, la casi totalidad de los procesos penales de la justicia regional o de excepción fueron abiertos con pruebas obtenidas en violación del debido proceso: informes espurios de agentes secretos o de ‘inteligencia’, interceptación ilegal de teléfonos y otros aparatos electrónicos de video, utilización de la práctica ilegal del ‘delito provocado’ o ‘agente provocador’, pruebas ilegalmente trasladadas, testimonios obtenidos en el exterior por la Fiscalía General de la Nación sin la presencia del acusado y su defensor, testimonios arreglados de ‘testigos arrepentidos’, etc. Es decir, toda la perversión de la ley sustancial y procesal puesta en marcha para lograr rápidas condenas, en aras del efficientismo, sin respeto al debido proceso del inculpado» (citado por Walter GUERRERO VIVANCO, en *op. cit.*, p. 30).

<sup>4</sup> CAMARGO, Pedro Pablo, *El debido proceso*, Leyer, Bogotá, 2000.

5.- El jurista y procesalista César MARTÍN CASTRO en una obra importante de su autoría<sup>5</sup>, se refiere al tema específico de *la prueba ilícita*, y nos orienta diciendo:

«CONCEPTO. Trasladando esta base teórica a la actividad probatoria, aún cuando la terminología no es unívoca, se define por prueba prohibida (así la denominó en 1903 Erns Beling) aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiéndose por obtención aquella labor tendiente a allegar un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales: aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en si mismo viola un derecho esencial. Es de entender siguiendo a Giovanni Conso que las normas relativas a la prueba son normas de garantía con fundamento constitucional, pues están dirigidas a asegurar la garantía de defensa del acusado (Art. 139.14 Const.). Ello viene a significar, apunta Jacobo López Borja de Quiroga, que las prescripciones legales sobre la prueba tienen directo amparo constitucional, y que de ellas se deduce, tanto que solo es posible la realización de las pruebas en la forma expresamente prescrita por la ley, en tanto que ésta sea compatible con los derechos fundamentales, cuanto que su actuación ha de sujetarse a las normas que con tal fin ha de existir. FUNDAMENTO. Erns BELING desde el año 1903 sostenía que el **medio de prueba prohibido no puede ser en forma alguno utilizado** (el resaltado es nuestro), ni puede ser tenido en cuenta por el juez en la sentencia, pues había que considerarlo como no realizado. Esta posición significa que la prohibición de prueba tiene la misión de tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado. La violación o vulneración de las reglas sobre la prueba, determinan su exclusión del universo probatorio que debe valorar el juez. Tiene un carácter imperativo»<sup>6</sup>.

6.- Los profesores de la prestigiosa Universidad Externado de Bogotá, Jaime BERNAL CUÉLLAR y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, exponen su reconocido criterio doctrinario sobre la *constitucionalización*

<sup>5</sup> MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, v. I, Grijley, Lima, 1999.

<sup>6</sup> MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, pp. 643 y ss.

de las garantías del proceso penal, en la 4ª edición de una de sus obras<sup>7</sup>, de la que transcribimos lo que sigue:

«IV. EFECTOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL (105)

La elevación a canon constitucional de las garantías procesales genera consecuencias de gran importancia para las partes involucradas en la investigación y sanción del delito. Altera de manera radical las normas que han de observarse y los mecanismos de protección a disposición, tanto del procesado como de las víctimas de los hechos punibles. Todas estas consecuencias se derivan de la fuerza normativa de la Constitución y de la existencia del control constitucional.

A. APLICACIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE EL PROCEDIMIENTO

La Constitución como precepto y, además, norma de normas es vinculante para todas las autoridades y los asociados e integra el ordenamiento. Entre las normas constitucionales, algunas requieren de desarrollo legislativo, y en esa medida su eficacia normativa está medida por el legislador. Es decir que, si bien constituyen un límite a la actividad legislativa, no pueden aplicarse de manera plena sin dicho desarrollo legal. Ello no implica que la Constitución en conjunto y sus valores, principios y derechos no deban ser considerados por el operador jurídico. Por el contrario, al incorporarse al ordenamiento jurídico y dejar de ser una simple declaración o discurso político la eficacia normativa de la Carta queda establecida.

**Las garantías del proceso y aquellas directamente relacionadas con el proceso penal, incorporadas a la Constitución, por su estructura normativa no requieren desarrollo legal para su aplicación. La Carta misma les reconoce dicha eficacia directa.**

De ello se deriva que la ausencia de un desarrollo legislativo de tales disposiciones no puede, en ningún caso, servir de excusa

<sup>7</sup> BERNAL CUÉLLAR, Jaime / MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *El Proceso Penal, Fundamentos Constitucionales del Sistema Acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, 2004.

para impedir la aplicación directa del debido proceso desde la óptica constitucional: 'El derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, lo que significa que para alegarlo, hacerlo valer, aplicarlo, reivindicarlo y exigir las sanciones pertinentes por su violación no se necesita de ley alguna que lo establezca o permita. En otros términos. La certidumbre y eficacia de la garantía constitucional no está supeditada a normas de orden legal que conduzcan a hacerla material y actualmente exigible'<sup>8</sup>.

La supremacía y el carácter normativo de la Constitución obligan a inaplicar en el caso concreto y con efecto *inter partes* la norma de procedimiento que sea contraria a la Carta (art. 4º) o de otra parte, ya con eficacia *erga omnes*, a ejercer las citadas acciones de inexecutableidad o nulidad por inconstitucionalidad, cuando no sea posible una declaración interpretativa que pudiera acomodar la norma legal a la Constitución. Subráyese que aquella debe ser interpretada judicialmente en el sentido más amplio y favorable al ejercicio de los derechos constitucionales fundamentales, tales como la libertad personal y el debido proceso.

La primacía y la naturaleza normativa de la Constitución, además de concebirse como poder vinculante respecto de los sujetos públicos y privados, deben entenderse como orientación del ordenamiento, que conduce a que los jueces deban apreciar, interpretar y aplicar las leyes y demás normas conforme a los dictados de las reglas y principios consagrados en la Carta<sup>9</sup>. En este sentido se dejarán de aplicar normas incompatibles con la Constitución, y entre las modalidades de aplicación e interpretación se escogerá la que mas se ajuste al espíritu y texto constitucional. Es decir que se impone al operador jurídico la interpretación de la ley procesal de conformidad con la Constitución. No debe olvidarse que de acuerdo con el artículo 4º C.N. el omitir la aplicación del Derecho legislado conforme a la Constitución y la omi-

<sup>8</sup> Sentencia C-217 de 1996, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>9</sup> Característica de supremacía y valor normativo que se expresan en sus artículos 4º y 95, al señalar que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales, a las cuales quedan sometidos los nacionales y extranjeros, y que acatarlas es un deber y una obligación de todas las personas.

sión en aplicar la Constitución misma son fuente de responsabilidad. La validez de la actuación procesal está condicionada al respeto por la primacía constitucional»<sup>10</sup>.

**Comentario nuestro:** Los comentarios expresados por los profesores de la Universidad Externado de Bogotá, uno de ellos (J. Bernal Cuellar) ex Ministro de Justicia y actual Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología del Externado, son plenamente aplicables en el presente caso, para declarar sin valor alguno las grabaciones de audio y de video presentadas por el ciudadano Borbúa Espinel, pues al igual que en Colombia existe expresa normativa constitucional que declara sin valor tal actuación (art. 76 numeral 4), la misma Constitución nuestra establece por principio la primacía constitucional y su aplicación obligatoria -aunque no fuese invocada por parte interesada- (art. 11 n. 3), así como la responsabilidad del Estado por su incumplimiento (n. 9 *ibidem*).

Coincidente con la normativa procesal colombiana, el código de procedimiento penal ecuatoriano, ha previsto en el art. 80 la ineficacia probatoria de cualquier actuación preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales, misma que se extiende a todos sus efectos; este **principio de ineficacia probatoria** lo recoge igualmente el art. 83 *ibidem*. Por su parte el art. 155 del CPP de nuestro país, ha normado la forma o manera en que se debe proceder para que una grabación de audio o de video tenga valor, y como presupuesto de procedencia ha establecido la autorización por escrito que debe hacer un juez a un fiscal (sic). Si aquello no se ha cumplido como es de toda evidencia en el presente caso, tales actuaciones violatorias de una garantía y derecho fundamental como es el **derecho a la intimidad** previsto en el art. 66 numerales 20 y 21, de nuestra Carta Magna, carecen de valor alguno por tratarse de «frutos del árbol envenenado».

Debo agregar que el art. 11 (n. 3) de la Constitución de nuestro país expresamente determina que los derechos y garantías determinados en ésta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables, por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad; y, que en materia de derechos y ga-

<sup>10</sup> BERNAL CUÉLLAR, Jaime / MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *op. cit.*, pp. 70-72.

rantías se debe estar a la interpretación que mas favorezca su efectiva vigencia, y que ninguna autoridad podrá exigir requisitos o condiciones no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos (sic).

7.- El jurista argentino Sergio Gabriel TORRES<sup>11</sup> en la 4ª edición de una obra relacionada con el tema, y sus consecuencias; sustentado además, con un sólido precedente jurisprudencial argentino, dice lo siguiente:

### III. LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

#### 1. *Nacimiento. Alcances*

El primer antecedente en nuestro país de esta teoría la encontramos en 1891<sup>12</sup>, en el que la Corte decidió la exclusión de unos documentos incorporados al juicio contrariando las Ordenanzas vigentes en la Aduana, que prohibían expresamente las pesquisas en casas particulares que no fueran depósitos, por haber sido el resultado de sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito porque la ley, en interés de la moral, y la seguridad y por respeto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles.

Pero la incorporación definitiva de esta interpretación en nuestro país como tal y en forma sistemática, se efectuó en el caso 'Fiorentino. Diego', resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 27 de septiembre de 1984 (*Fallos*, 306:1752).

Esta doctrina se fundamenta, genéricamente, en la imposibilidad de utilizar como elementos convictivos en un proceso penal, pruebas obtenidas mediante la violación de garantías constitucionales.

Pero tal como advierte José CAFFERATA NORES<sup>13</sup>, se relaciona con la invalidez del uso en el proceso de elementos probatorios que sin ser el *corpus* de la violación constitucional (por ejemplo, el allanamiento ilegal, la confesión forzada, etc.), se pudieran co-

<sup>11</sup> TORRES, Sergio Gabriel, *Nulidades en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

<sup>12</sup> Caso «Charles Hnos. y otros», septiembre 5 de 1891, *Fallos*, 43-36.

<sup>13</sup> CAFFERATA NORES, José, «Los frutos del árbol venenoso», en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires.

nocer y utilizar por ella. De lo expuesto se desprenden dos aspectos: uno, vinculado con la prueba propiamente dicha, llevado a cabo con violación a las normas constitucionales, y otro relacionado con las restantes pruebas obtenidas mediante aquella actividad ilegal.

De la primera, pocas consideraciones pueden realizarse ya que ninguna duda cabe que dicha prueba es nula, de nulidad absoluta y, por consiguiente declarable de oficio.

Sólo cabe señalar que, tal como venimos sosteniendo en este trabajo, el vicio debe contener, en forma actual o potencial, un perjuicio ya que no es posible declarar la nulidad en el sólo beneficio de la ley.

De la restante, mas allá de distintas posiciones que se han elaborado, creemos que se deben seguir las pautas generales enumeradas en el punto 2 de este capítulo: se requiere una relación de dependencia entre el acto irritado y los otros que son su consecuencia: esta relación debe determinarse no solamente desde el aspecto jurídico –procesal, sino además desde un punto de vista fáctico (como dijimos *supra*).

Así, si desaparece la confesión prestada bajo apremios, también lo hace la declaración propiamente dicha y con ella todo el proceso que se funda en dicho acto (prisión preventiva, acusación, defensa, sentencia) o en un secuestro realizado sin orden judicial –dejando de lado los permisos legales o jurisprudenciales– afecta el acta labrada y todo lo secuestrado, **al igual que los peritajes**, exhibiciones, etc., ya que como sostuvo la Corte ‘... la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el punto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medio ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales, lo cual no solo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito.’<sup>14</sup>

<sup>14</sup> ‘Fiorentino, Diego’, publicado en Rev. LL, 1985 – A– 160.

Esta es pues, la enunciación de la doctrina de la Corte, a la que adherimos...

## 2. Evolución

Esta doctrina alcanzó su conceptualización integral en el fallo ‘Reginald Rayford’<sup>15</sup>.

En dicho caso la mayoría del Alto Tribunal estableció como lo había hecho en ‘Fiorentino’ que la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso legal que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías acordadas por la Constitución Nacional.

Mas adelante, el Tribunal dio pautas para la aplicación de la doctrina señalando que debe analizarse la proyección de un acto o procedimiento viciado sobre cada uno de los elementos probatorios incorporados a la causa»<sup>16</sup>.

8.- El profesor español Manuel MIRANDA ESTRAMPES, en una importante ponencia<sup>17</sup> presentada en reunión en el Perú en el II Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología del 22 al 25 de junio del 2005, hace una aportación de legislación comparada que implica lo previsto en textos internacionales de derechos humanos, así como jurisprudencia constitucional y penal de Perú, España, Estados Unidos, Alemania e Italia. De dicha ponencia nos permitimos reproducir en nuestra defensa los siguientes párrafos:

«En la teoría de la prueba ilícita está siempre latente el conflicto entre la averiguación de la verdad y la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Para la solución de dicho conflicto cobra protagonismo la fase acuñada por el Tribunal Supremo Alemán (B.G.H.) de que ‘la verdad no puede obtenerse a cualquier precio’, esto es, de que no todo es válido en la obtención de la ‘verdad’, sino que deben cumplirse las exigencias derivadas

<sup>15</sup> Resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1986 (Fallos, 308: 733).

<sup>16</sup> CAFFERATA NORES, José, *op. cit.*, pp. 71-73.

<sup>17</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *Las pruebas ilícitas, fundamento y alcance de la regla de exclusión*, Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Perú, 2005.

del derecho a un proceso justo o equitativo (*proceso debido*) reconocido en los textos internacionales de derechos humanos (art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos, y art. 8 Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica). El derecho a la presunción de inocencia reconocido también en los textos internacionales de derechos fundamentales y en las Constituciones nacionales, exige en su consideración como regla probatoria, que únicamente puedan ser tenidas en cuenta a los efectos de formar la convicción acerca de los hechos objeto de enjuiciamiento en un proceso penal, aquellas pruebas obtenidas y/o practicadas con respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales. El art. 11 del nuevo Código Procesal Peruano de 2004 se refiere expresamente a este significado cuando establece que la presunción de inocencia requiere de una ‘suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales’.

El reconocimiento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas diseña el proceso penal como un auténtico instrumento de garantía para el acusado, frente a la actuación arbitraria de los poderes públicos...»<sup>18</sup>.

Al comentar el *Fundamento y finalidad de la regla de exclusión*, dice el profesor español MIRANDA ESTRAMPES, con referencia al *Modelo norteamericano*:

«En el modelo norteamericano, si bien en un principio la doctrina del TS Federal trató de conectar la teoría de la prueba ilícita con el contenido de la IV (protección de la intimidad y prohibición de registros o detenciones ilegales) y V (derecho al silencio y a la no auto incriminación forzada) Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos (casos **WEEKS vs. US**, de 1914; y **MAPP vs. OHIO**, de 1961), pronto se configuró más como una medida reparadora de la violación detectada. Rápidamente el punto de inflexión se situó en la finalidad disuasoria (*deterrent effect*) de la regla de exclusión (*exclusionary rule*). Dicha regla encontraba su fundamento en la finalidad de disuadir a la policía

de realizar actuaciones contrarias a los derechos fundamentales de las personas... En palabras de la sentencia dictada en el caso **US vs. JANIS** de 1976 ‘el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, sino el único es evitar las conductas policiales ilícitas... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como un derecho constitucional de la parte agraviada’. La regla está calculada para evitar, no para reparar. Su propósito es disuadir, imponer el respeto de la garantía constitucional de la única manera efectivamente disponible, mediante la remoción del incentivo para ignorarla...»<sup>19</sup>.

En referencia a los *Modelos continentales europeos*, MIRANDA ESTRAMPES, nos ilustra con lo que sigue:

«A diferencia del modelo norteamericano, la jurisprudencia de algunos países de la Europa continental diseña la exclusión de las pruebas ilícitas como una garantía objetiva de naturaleza constitucional. En Italia la **STCI 34/1973**, en un tema de intervenciones telefónicas, proclamó la *inutilizabilidad* en el proceso, de las pruebas obtenidas mediante métodos o comportamientos realizados en desprecio de los derechos fundamentales de los ciudadanos garantizados en la Constitución, acuñando el término *prove inconstituzionali*. La doctrina italiana estima que dicha sanción de la *inutilizabilidad* de la prueba ilícita obedece a un principio de rango constitucional que deriva de lo dispuesto en el art. 13.3 de la Constitución italiana, que sanciona cualquier tipo de violencia física o moral sobre la persona sometida a investigación o a restricción de libertad. El propio art. 188 del *Codice di Procedura Penale* italiano de 1988 consagra el principio de libertad de la persona en la práctica de los medios de prueba declarando que no podrán ser utilizados, tampoco con el consentimiento de la persona interesada, técnicas o métodos capaces de influir en la libertad de autodeterminación o de alterar la capacidad de recordar o de valorar los hechos. El actual art. 191 del *Codice di Procedura Penale*

<sup>18</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *op. cit.*, p. 30.

<sup>19</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *op. cit.*, p. 31.

italiano proclama que las pruebas adquiridas con violación de las prohibiciones establecidas en la ley no podrán ser utilizadas ni a los fines del enjuiciamiento ni a los fines de la inculpación.

En la misma línea, el TCF alemán proclamó la exclusión absoluta de toda prueba que violara los derechos más fundamentales de la persona, con indiferencia de la gravedad de la acusación. Por su parte el TS Alemán, por la denominada 'teoría del entorno jurídico' prohíbe el aprovechamiento del material probatorio que pueda llegar a lograrse cuando la violación afecta de *forma esencial* el ámbito de los derechos del acusado, y no cuando tenga sólo una importancia secundaria. La prohibición de valoración de la prueba se ha aplicado especialmente en supuestos de vulneración de la garantía de no auto inculpación prevista en el párrafo 136 de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO), cuyo apartado 3º establece que aquellas declaraciones obtenidas transgrediendo las prohibiciones contempladas en dicho precepto no podrán ser aprovechadas aunque el inculpado aprobara su utilización.

En España la doctrina de la prueba ilícita tiene su origen en una construcción constitucional del TCE, concretamente en la **STCE 114/1984**, en un supuesto planteado en el ámbito de un proceso laboral de despido, en donde la prueba aportada consistía en la grabación subrepticia de una conversación por uno de los interlocutores que fue utilizada como causa de despido, cuya doctrina se extendió rápidamente al proceso penal. La doctrina del TCE se construye en un momento en que no existía en el ordenamiento jurídico español una regla legal expresa que excluyera la utilización procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, sin embargo, esta ausencia de una regla legal expresa no fue obstáculo para que el TCE estimara que la imposibilidad de una prueba de tales características derivaba de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición de inviolables. La recepción procesal de tales pruebas conlleva, además, una violación de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE), así como una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 CE). Aunque en dicha sentencia no faltan referencias a la jurisprudencia norteamericana, cierto es

que el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita se sitúa al margen del *deterrent effect* y se entronca directamente con el carácter preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y en su condición de inviolables. En su origen la regla de exclusión española se presenta por tanto, con un sólido anclaje constitucional.

Al año siguiente de dictarse la **STCE 114/1984**, la regla de exclusión de la pruebas ilícitas recibió el refrendo del legislador mediante su plasmación normativa en el art. 11.1 COPJ, al proclamar que 'no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales'.

Según la concepción del TCE, la regla de exclusión no tiene como finalidad última disuadir los comportamientos policiales ilícitos, sino que es una consecuencia necesaria que deriva de la propia posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, con lo cual dicha regla adquiere la condición de garantía objetiva de naturaleza constitucional...»<sup>20</sup>

«... La *inutilizabilidad* de la prueba ilícita término que debe preferirse al de nulidad, debe ser entendida con un doble alcance: como prohibición de admisión y como prohibición de valoración. El art. 155.2 del nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004 consagra la inadmisión de las pruebas prohibidas por la ley, entre las que de deben incluirse las obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, conforme lo previsto en art. VIII 2. También el art. 159 del mismo texto procesal penal, prohíbe al Juez utilizar dichas pruebas a efectos de valoración. El control jurisdiccional de la ilicitud debería realizarse no sólo a instancia de parte, sino también de oficio por el propio órgano jurisdiccional y en cualquier estado o fase del procedimiento penal. Esta es la situación italiana cuando el art. 191.2 CPP italiano de 1988 admite que la *inutilizabilidad* de la prueba podrá denunciarse en cualquier estado y grado del procedimiento...»<sup>21</sup>.

Y en cuanto a *La eficacia refleja de la prueba ilícita*, agrega el autor español MIRANDA ESTRAMPES, citado en los párrafos precedentes:

<sup>20</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *op. cit.*, pp. 32-33.

<sup>21</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *op. cit.*, pp. 34.

«Otra de las cuestiones problemáticas que presenta la teoría de la prueba ilícita es el reconocimiento de efectos reflejos. Dicha doctrina también tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, mediante la formulación de la denominada doctrina de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*). Así en el caso **SILVERTHORNE LUMBER Co vs. US**, de 1920, referente a la aprehensión ilícita de documentos por parte de agentes federales cuyo examen permitió el descubrimiento de nuevas pruebas de cargo, el Tribunal Supremo Federal norteamericano consideró que no sólo los documentos sino que el resto de las pruebas obtenidas o logradas a partir de los mismos no eran utilizables... la eficacia refleja de la prueba ilícita puede formularse, por tanto, de la siguiente forma: la exclusión alcanza no sólo a la prueba originaria practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas (*derivadas*) que aunque han sido obtenidas lícitamente, esto es, constitucionalmente tienen su origen en informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación ilícita inicial.

En España la regla de exclusión plasmada en el mencionado art. 11.1 LOPJ, recoge dicha eficacia refleja cuando afirma que 'no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente con violación de derechos fundamentales'. Un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia estiman que el término *indirectamente* empleado en el precepto implica el reconocimiento de la eficacia refleja de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico. Es evidente la influencia de ésta fórmula legal en el nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004 cuyo artículo VIII 2 declara que 'Carece de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona' Aunque la ley nacional no utilizara éste término *indirectamente*, el reconocimiento de eficacia refleja es una consecuencia que deriva necesariamente de la admisión de la regla de exclusión (así lo reconoció en un primer momento el propio TCE). Por su parte el TSE declaraba en su **sentencia de 4 de julio 1997** (f.s.2<sup>a</sup>) que '... la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya declarado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido ilícitamente se basan, apoyan o derivan de la anterior (directa

o indirectamente), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surte efecto alguno en el proceso. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente surtirían efecto...»<sup>22</sup>.

9.- Una importante jurista uruguaya, BERNARDETTE MINVIELLE, hace una aportación sobre el tema<sup>23</sup>, el prólogo del libro corre a cargo del notable procesalista argentino, Prof. José I. CAFFERATA NORES, mismo que expresa:

«El tema que aborda la joven profesora uruguaya, Bernardette Minvielle, es de suma actualidad e interés... He tenido oportunidad antes de expresar mi pensamiento sobre el tema, señalando en síntesis, que los actos practicados vulnerando garantías constitucionales, carecerán de toda actitud probatoria, y que su ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella...»

De la obra de esta última cita (Prof. MINVIELLE), extraemos los siguientes párrafos:

«Nuestra posición se orienta en el sentido de la inadmisibilidad de la prueba obtenida extra-procesalmente, mediante la comisión de un acto de violación de los derechos sustanciales consagrados por la Carta, ya sea a título expreso, como los que se infieren de los principios generales del derecho»<sup>24</sup>.

«A pesar de ser evidentes las relaciones entre Constitución y Derecho Procesal, nuestra problemática continúa aun sin solución, puesto que la denominada prueba ilícita no implica la vulneración de derechos procesales constitucionalmente garantizados, sino de verdaderos derechos sustanciales o materiales, tales como el derecho a la intimidad, etc.

Estimamos que la cuestión se haya en determinar la imperatividad de las normas constitucionales, fundamentalmente de las relati-

<sup>22</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *op. cit.*, pp. 35-36.

<sup>23</sup> BERNARDETTE MINVIELLE, *La prueba ilícita en el derecho procesal penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1987.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 31.



vas a las declaraciones de derechos y garantías en ellas contenidas, cuando no han sido completadas por la legislación ordinaria. La doctrina constitucional contemporánea, tiende a considerar las Constituciones (inclusive, las declaraciones de derechos) como textos enteramente positivos, y no como mera formulación de principios extraños al ordenamiento jurídico en tanto no sean concretizados por el legislador; temperamento este del cual, nos permite afirmar, participa el constituyente uruguayo, al disponer en el art. 332: 'Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios del derecho y a las doctrinas generalmente admitidas'<sup>25</sup>.

Como afirma RUI BARBOSA<sup>26</sup>, 'las declaraciones constitucionales de derecho actúan *ipso iure*, por el mero hecho de su existencia en las Constituciones que se consignan. Esto es, por tres motivos: primero, porque **la declaración de un derecho individual por la Constitución importa la inmediata adquisición del derecho asegurado, y la prohibición general, a los particulares y a las autoridades públicas de violarlo** (las negrillas son de nuestra autoría). Segundo, porque, aún cuando el Poder Legislativo no establezca medidas especiales en su defensa, ese derecho por el simple hecho de existir, encuentra en los medios generales del derecho común, las vías para el desagravio, la reparación y el mantenimiento... La tercera consideración, en fin, por la cual los derechos proclamados en la Constitución no son dependientes de la ley para efectivizarse, está en que, siendo la principal finalidad de las declaraciones constitucionales cercar esos derechos de una trinchera inaccesible al arbitrio; ya sea del gobierno, como de los parlamentos, quedaría totalmente anulada la garantía, allí

<sup>25</sup> Comentario de Alfonso ZAMBRANO: La disposición que cita la profesora BERNARDETTE MINVIELLE, es similar a la que contiene la Constitución Política de Ecuador; que en mi concepto es mucho mas expedita en la exigencia del respeto a las garantías constitucionales, y entre ellas las del respeto al **debido proceso**.

<sup>26</sup> RUI BARBOSA, *Comentarios á Constituicao*, vol. II, 1933, pp. 483-485.

recogida, si tales derechos no se pudieran reivindicar sino cuando estuvieran contenidos en actos legislativos...'.<sup>27</sup>

Si los derechos constitucionales expresa o implícitamente consagrados, constituyen derecho positivo o imperativo, vinculante y limitador de la actividad de los poderes del Estado –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– y de los particulares, cada vez que se pretenda introducir en el proceso el medio probatorio obtenido extra-procesalmente con violación a tales derechos, el juez debe rechazarlo por inadmisibile. De esta forma el derecho declarado se convierte en derecho garantizado. La garantía resulta de la aplicación de la regla de exclusión; existe una actuación jurisdiccional tutelando el derecho en función del rechazo del fruto de su violación, pues en caso contrario, su aprovechamiento, se resolvería en una nueva y sucesiva lesión de aquel»<sup>27</sup>.

La Prof. MINVIELLE, nos ilustra posteriormente así:

«En definitiva en la expresión 'medio no prohibido por la ley' contenida en el art. 173 del C.P.P., debe considerarse comprendida, además de la prueba prohibida expresa o implícitamente así como la irritual, el medio de prueba obtenido fuera del proceso con lesión a los derechos constitucionales, posición ésta, que no es totalmente ajena a la sostenida por procesalistas uruguayos.

La teoría de la inadmisibilidad procesal por nosotros sostenida, no es excluyente de las sanciones penales, civiles y disciplinarias aplicadas al agente del hecho ilícito, a pesar que, es del caso señalarlo, su efectividad como forma de garantía de los derechos humanos es sumamente dudosa»<sup>28</sup>.

«Una efectiva forma de garantía contra los abusos cometidos en la actividad de búsqueda de prueba, está representada por la valoración procesal negativa, ya que el saber que la prueba obtenida mediante un acto ilegítimo no podrá ser usada para probar la culpabilidad del indagado, hace perder al sujeto ejecutor todo incentivo en separarse de la disciplina dictada por la ley para su actividad»<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, pp. 34-37.

<sup>28</sup> BERNARDETTE MINVIELLE, *op. cit.*, p. 39.

<sup>29</sup> BERNARDETTE MINVIELLE, *op. cit.*, pp. 40-41.

**10.-** Voy a referirme a un importante opúsculo denominado, *LA PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL TIPO PARA AMÉRICA LATINA*, cuyos autores son el Dr. Luis PAULINO MORA, Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica; y, el Dr. Daniel GONZÁLEZ ALVAREZ, Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Puede ser revisado en nuestra página web, en [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com), en el link DOCTRINA PENAL.

Los referidos autores y magistrados dicen:

### 1. Aspectos Introdutorios

El sistema probatorio adoptado en el proceso penal constituye un termómetro del nivel de desarrollo democrático de una concreta comunidad. La relación entre proceso penal y sistema constitucional es excepcionalmente evidente al observar cómo los principios básicos que inspiran la justicia penal deben obtener una referencia en la carta política<sup>30</sup>. En realidad el régimen procesal es reflejo fiel del sistema político, y da más o menos atribuciones al juez, a la defensa y a los ciudadanos, según el sistema político imperante. Así como el sistema procesal es reflejo del régimen político ideológico, el sistema probatorio es a su vez la columna vertebral del sistema procesal. La historia de los métodos de valoración de la prueba es prácticamente, la historia del enjuiciamiento penal<sup>31</sup>. Por ello, el sistema probatorio es condicionado por las concepciones ideológicas que imperan en una sociedad y esa vinculación no se oculta tampoco en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina (CPPT). La prueba penal «ha seguido los vaivenes de los sistemas políticos vigentes en los distintos momentos de la historia»<sup>32</sup> reflejando diferentes posturas.

En el Código Tipo no se oculta esa referencia que en el fondo constituye la verdadera justificación de su existencia. Ya en la exposición de motivos se afirma, con buen tino, que en nuestros países latinoamericanos «la justicia penal ha funcionado como una caja negra, alejada del control popular y de la transparencia democrática. El

<sup>30</sup> Bástenos hacer referencia a esa excelente recopilación de trabajos, del Prof. C. CONSO, *Costituzione e proceso penale*, Milano, 1969, en especial pp. 67 y ss.

<sup>31</sup> MAIER, J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, 1989, t. I., pp. 434 y ss.

<sup>32</sup> CAFFERATA NORES, J. I., *La prueba en el proceso penal*, 1986, p. 4.

apego a ritualismos antiguos, a fórmulas inquisitivas, que en la cultura universal ya son curiosidades históricas, la falta de respeto a la dignidad humana... tornan imperioso comenzar un profundo movimiento de reforma en todo el continente. Este Código Tipo busca servir de base a esta política transformadora, imposterizable»<sup>33</sup>. Es por esa razón que muchos institutos procesales incluidos en el Código, que para los países de la Europa Continental son obvios mecanismos de administración de justicia, en el contexto cultural y política, que trasciende el campo de lo jurídico.

Esta situación se pone particularmente de relieve cuando abordamos el tema probatorio, el principio de libertad de la prueba, sus limitaciones legales y constitucionales, así como los sistemas para apreciar y valorar esa prueba, con todas sus implicaciones. En estas líneas pretendemos exponer en forma muy general el sistema probatorio adoptado en el Código Tipo, referido principalmente a la etapa del juicio.

### 2. Libertad probatoria

Asumiendo una concreta posición política, el Código Tipo reconoce en forma clara y directa el principio de libertad de la prueba, según el cual en el proceso penal «...se podrá probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba permitido... (art. 148). Con ello soluciona un problema debatido por la doctrina sobre la existencia de tal principio<sup>34</sup>, y aclara algunas confusiones terminológicas. En efecto, de acuerdo con esa formulación normativa,<sup>35</sup> «en materia penal, todo hecho, circunstancia o elemento, contenido en el objeto del procedimiento y, por tanto, importante para la decisión final, puede ser probado y lo puede ser por cualquier medio de prueba...»<sup>36</sup>.

En consecuencia, el principio afincado en el Código está admitiendo la posibilidad (garantía) de que cualquier hecho o circunstan-

<sup>33</sup> *Exposición de motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, edición del Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1990, pp. 218 y 219.

<sup>34</sup> En posición contraria a la doctrina dominante, se inclina por desconocerlo, LEONE, C., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1963, v. II., p. 175 y ss.

<sup>35</sup> CAFFERATA NORES, J. I., «La prueba...», *cit.*, pp. 25 y s. FLORIAN, E., *De las pruebas penales*, Bogotá, 1982, t. I., 3ª ed., pp. 223 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. MAIER, J., *Derecho Procesal Penal*, *cit.*, pp. 465 y s.

cia que de alguna manera afecte la decisión del Tribunal, puede ser probado, incluyendo desde luego las situaciones invocadas por el acusado y su defensa. Se trata de un primer aspecto relacionado con el objeto de la prueba, que responde a la pregunta ¿Qué probar?

El segundo término, el principio admite la posibilidad de utilizar cualesquiera medios de prueba lícita<sup>37</sup> para cumplir con el objetivo de averiguar la verdad real, sin que al efecto deba escogerse sólo los medios de prueba mencionados en el Código<sup>38</sup>. A lo anterior se llega respondiendo a ¿Cómo probar? Ambas fases de esa libertad (en relación con el objeto de prueba y en relación con los medios de prueba) encuentran en el Código importantes limitaciones y prohibiciones, que podemos calificar de absolutas cuando se trata de hechos o circunstancias que la ley no permite verificarlos (por ejemplo la inadmisibilidad de la prueba de la verdad), y relativas cuando la ley indica qué medios de prueba deben utilizarse para acreditar ciertos hechos (sobre el estado civil, por ejemplo), o cuando se priva de efectos probatorios a determinados medios de prueba. En ésta última categoría ingresan las limitaciones probatorias de origen constitucional.

Para esos efectos la fórmula del art. 148 del Código Tipo señala, en principio, que esa libertad probatoria existe «salvo previsión expresa en contrario de la ley», admitiendo la existencia de las limitaciones. Luego, en el párrafo segundo se apresura a indicar que «un medio de prueba, para ser admitido, debe referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para el descubrimiento de la verdad», finalizando el párrafo con una concreta exclusión (inadmisibilidad) de los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido. Posteriormente, el articulado se encarga de señalar algunas de estas situaciones básicas, dejando otras para las leyes civiles, la respectiva Constitución y los pactos internacionales de Derechos Humanos aprobados por los países de la región. (Sobre las prohibiciones y las limitaciones véase *infra* N° 5).

El Código se encarga de estatuir y reglamentar diferentes medios de prueba, tales como el registro, el secuestro, la prueba testimonial,

<sup>37</sup> MAIER, J., «Derecho Procesal...», *cit.*, pp. 586 y ss.

<sup>38</sup> Es interesante el tema de la libertad probatoria. Cf. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Estudio Introductorio a las reformas al CPP*, Corporación de estudios y Publicaciones, 2009, pp. 83 y ss.

la pericial, la documental, los reconocimientos, los careos, (arts. 150 a 195), pero se pronuncia por la no taxatividad de los medios de prueba, al precisar que «además de los medios de prueba previstos en este Capítulo, se podrá utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas en este Código o afecten el sistema Institucional» rt. 148 *in fine*), así todo se puede probar y por cualquier medio siempre que no se irrespeten los derechos fundamentales de los ciudadanos...»

Posteriormente dicen los autores costarricenses citados:

«... **5. Prohibiciones o limitaciones referidas a la producción de prueba**

Indicamos que el Código Tipo sigue el principio de libertad probatoria, según el cual todo hecho, circunstancia o elemento de interés para la decisión se puede probar, y puede hacerse por cualquier medio (art. 148). Asimismo señalamos como ese cuerpo normativo también sigue el principio de la libre convicción, porque no se le asignan criterios al juzgador para establecer el valor de cada prueba, sino que ello debe hacerlo de acuerdo con las circunstancias de cada caso, realizando una motivación suficiente y eficiente.

Estos dos principios básicos, rectores de toda la actividad probatoria realizada en el proceso penal, no implican ausencia de regulaciones, requisitos, y formalidades en el ofrecimiento, la recepción y la valoración de la prueba. En efecto, esos dos sistemas no son absolutos, ni conllevan a una prepotente arbitrariedad del tribunal juzgador. Existen claras limitaciones que provienen de todo el ordenamiento jurídico, comenzando por los Derechos Fundamentales establecidos en las respectivas Constituciones Políticas y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por los países de la región, hasta llegar al propio Código Tipo, que establece las condiciones de admisibilidad (oportunidad y pertinencia), regula el Procedimiento para introducir las pruebas al proceso, señala las limitaciones en ese sentido, así como también establece las prohibiciones relativas a la valoración de la prueba, complementando un cuadro garantístico cuyo objetivo principal lo constituye el respeto a los derechos básicos de los ciudadanos como límite de la coactividad que caracteriza la investigación en el proceso penal.

Desde una primera perspectiva las limitaciones en general pueden ser clasificadas en absolutas y relativas. Estamos frente a limita-

ciones absolutas cuando la ley no permite que sean investigados ciertos objetos de prueba (hechos, circunstancias, calidades personales, relaciones, etc.). En estos supuestos la ley prohíbe el objeto o el tema sobre el que versa la prueba, como resulta de la limitación derivada del Código Tipo al excluir el testimonio de quien deba guardar secreto, sea particular u oficial (art. 172).

Las limitaciones relativas son aquellas que impiden verificar un objeto de prueba recurriendo a ciertos medios de prueba, o cuando se restringe la posibilidad de probar a determinados medios de prueba<sup>39</sup>. En este caso la ley prohíbe el uso de ciertos métodos, ya no el tema, como ocurre en el Código Tipo al prohibirse la tortura, los psicofármacos, «sueros de la verdad», la hipnosis, «los detectores de mentiras» etc. (arts. 45, 148).

Más que prohibiciones constituyen limitaciones probatorias por no tratarse de normas de deber, aunque algunas están apoyadas por mandatos o prohibiciones, son normas referidas a la admisibilidad o inadmisibilidad de un objeto, órgano método de prueba (normas potestativas).

Siguiendo una segunda clasificación, estas abarcan tanto las denominadas prohibiciones o limitaciones relativas a la producción o la práctica de la prueba, como las relativas a la utilización o valoración de la prueba<sup>40</sup>.

...c) Las limitaciones sobre la producción o práctica de la prueba pueden estar referidas también a declarar inadmisibles el uso de determinados métodos de prueba, constituyendo éstas un tercer subgrupo. Así observamos en el Código Tipo como estima inadmisibles «...los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados» (art. 148, párrafo segundo). En igual sentido se pronuncia al

<sup>39</sup> MAIER, J., «Derecho Procesal Penal», *cit...*, p. 598. LÓPEZ DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989, pp. 120 y ss.

<sup>40</sup> Sobre las limitaciones probatorias derivadas del respeto a los Derechos Fundamentales Cfr. BORGONON, B.P., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas», en *Justicia* 86, pp. 345 y ss. Sobre prácticas probatorias ilícitas Cfr. DÖHRING, E., *La investigación del Estado de los hechos en el proceso. La prueba*, Buenos Aires, 1972, pp. 192 y ss.

declarar inadmisibles, como método para obtener la declaración del imputado, la coacción, la amenaza, los malos tratos, el agotamiento, la tortura, el engaño, el psicoanálisis, los «sueros de la verdad» la hipnosis, los «detectores de mentiras» (Art. 45). Se trata de excluir el uso de prácticas lesivas de los derechos fundamentales, porque la actividad probatoria tiene un claro límite al mantener, en un Estado de Derecho, el respeto por la dignidad del ser humano. A estos valores fundamentales se agregan otros derechos básicos como la intimidad, la vida privada, la salud, el honor, etc., los cuales si bien pueden ser vulnerados durante la investigación penal, pueden serlo sólo bajo estrictísimas exigencias formales, con autorización del juez y bajo estricto control de sus consecuencias.

... ch.2) Por otro lado también constituyen un segundo segmento de este cuarto subgrupo de limitaciones, las reglas que establecen un procedimiento para practicar e incorporar las pruebas, puesto que sino se cumplen esos requisitos estaríamos frente a pruebas ilegales o al menos irregulares, las que en algunos casos imposibilitan al tribunal para que le asigne un valor, por no haberse cumplido con el procedimiento. Estas reglas son fijadas en el Código Tipo para la testimonial, la pericial, los registros, las inspecciones, los careos, la documental, etc. (arts. 150 a 195), sin pretender una enumeración taxativa, porque también se dispone que «además de los medios de prueba previstos en este capítulo, se podrá utilizar otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas reglamentadas en este Código o afecten el sistema institucional. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible» (art. 148 *in fine*). En consecuencia, existe libertad probatoria en cuanto la prueba sea útil (ch.1), pero también, podrá incorporarse al proceso siempre que se cumplan las reglas establecidas para ello (ch.2), constituyendo ambos aspectos limitaciones objetivas para el principio de libertad de la prueba. Esos cuatro segmentos de normas conforman, entonces, el primer grupo de limitaciones referidas a la producción o a la práctica de la prueba.

6. Prohibiciones o limitaciones referidas a la valoración de la prueba. Alcances de la prueba ilícita

Las limitaciones descritas anteriormente (*supra* N<sup>o</sup> 5) se refieren a la práctica y a la producción de prueba. Con base en dichas reglas normalmente se impide que la prueba se introduzca al proceso cuan-

do el tema está prohibido o bien que al practicarse e introducirse al proceso se haga cumpliéndose todos y cada uno de los pasos procedimentales estatuidos.

Sin embargo, cuando no obstante esas limitaciones la prueba se practica y se introduce al proceso, aunque no se hayan cumplido todos los supuestos establecidos, (prueba viciada), intervienen entonces el segundo gran grupo de limitaciones o prohibiciones, esta vez referidas a la utilización y a la valoración de esos elementos de prueba, no ya a su práctica y producción.

En efecto, este grupo de prohibiciones limitan el principio de la libre convicción del juzgador en la valoración de la prueba, porque si bien el juez selecciona el material probatorio para fundamentar la decisión y es libre para establecer el grado de credibilidad de cada prueba, esa libertad no se traduce en una facultad irrestricta para seleccionar cualquier elemento de prueba, aún aquellos viciados, como tampoco puede asignarles arbitrariamente un grado de convicción contrario a las reglas mismas de la sana crítica racional (la lógica, la psicología, la experiencia).

La solución de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia es simple cuando estamos frente a elementos de prueba directamente viciados: éstos deben ser excluidos de la valoración con el objeto de no darles ninguna utilidad en la decisión final del asunto<sup>41</sup>.

Frente a la prueba directamente ilícita, porque se transgredieron las limitaciones señaladas para su producción o práctica (descritas *supra* N° 5), estimamos que no surgen dos intereses en conflicto. Pareciera que en estos casos surge, por un lado, un interés privado de la defensa, al lesionarse un derecho particular con la obtención de la prueba, y por otro se ubica un interés superior y público, en cuanto interesa a la colectividad la aplicación del Derecho penal a quien cometió un hecho delictivo. Pero ese supuesto enfrentamiento es sólo aparente. En estos casos en realidad no colisionan dos intereses, sino que se trata del mismo interés doblemente inobservado. En efecto, existe una lesión al interés público tanto cuando se comete un hecho delictivo como cuando se lesionan otros fundamentales derechos en la investigación judicial motivada en un hecho delictivo. Ello sucede

<sup>41</sup> FLORIAN, E., *De las pruebas penales*, cit. t. I., pp. 245 y ss.

cuando no se observan las reglas básicas en la producción de la prueba. Piénsese, por ejemplo, en la declaración testimonial o la confesión obtenida bajo tortura, o el decomiso de documentos realizado durante un allanamiento de un lugar habitado, sin haberse obtenido previamente una orden judicial, etc. La comunidad está interesada en la represión penal, pero también es de legítimo interés público que el proceso penal seguido contra los ciudadanos acusados no lesione sus derechos fundamentales.

Esta línea garantística y democrática fue la adoptada por el Código Tipo al establecerse por un lado que «todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este Código», (art. 149); y por otro al señalar que «no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código...» (art. 225). En estas normas se establecen dos limitaciones generales para valorar los elementos de prueba incorporados al proceso, reduciendo la amplitud del principio de la libre convicción...»

«...y se entiende siempre como vicios no subsanables (defectos absolutos) concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías constitucionales o cuando afecte derechos previstos por los tratados suscritos por el Estado (art. 227)...»

«... en efecto, la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado la denominada tesis del fruto del árbol envenenado<sup>42</sup>, lo que también se conoce como la regla de exclusión<sup>43</sup> o la doctrina de la supresión, según la cual no puede aceptarse como válido que se utilicen pruebas directamente relacionadas con otros elementos de prueba ilícitos, para sustentar un posición contraria a la del imputado en el proceso penal.

<sup>42</sup> SCAPARONE, M., *«Common law» e processo penale*, Milano, 1974, pp. 161 y ss.

<sup>43</sup> MAIER, J., «Derecho procesal penal», *cit.*, pp. 462 y ss.; CAFFERATA NORES, J.I., «La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales», en *Temas de derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, 1988, pp. 193 y ss.; LÓPEZ QUIROGA, J., «Las escuchas...», *cit.*, pp. 88 y ss.; DE MARINO, «Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba», en *Primeras Jornadas de derecho Judicial*, Madrid, 1983, pp. 609.

En tales supuestos deben excluirse o suprimirse todos y cada uno de los elementos de prueba que hubieren sido obtenidos como consecuencia de una violación de los derechos fundamentales del acusado, aunque la relación sea sólo indirecta. En otras palabras, si el acto regular no hubiere existido sin la inobservancia anterior de una regla esencial, el conocimiento adquirido con base en el acto viciado también comprende el acto regular, como efecto reflejo, directo y necesario, del acto irregular, es decir como fruto del árbol envenenado. Para ello debe recurrirse a lo que en doctrina se señala como la supresión mental hipotética<sup>44</sup>. Mentalmente se suprime el acto viciado y se examina si siempre se hubiera arribado al acto regular y por tanto, al conocimiento que dio origen al acto mediato. Si suprimida la irregularidad, es posible concluir que también se hubiera arribado al conocimiento que se cuestiona, el elemento de prueba obtenido se puede valorar, de lo contrario debe suprimirse. Se trata de establecer o descartar una relación de causa-efecto, en donde el acto viciado tendría que ser la causa del acto cuestionado para excluirlo.

Nuevamente aquí tenemos que indicar que no existen dos intereses en conflicto, porque si bien es de interés de la comunidad que los delitos sean sancionados, así como también que en la administración de la justicia resplandezca la verdad, también interesa a la colectividad que la investigación y el juzgamiento penal se realicen sin lesionar arbitrariamente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

«La razón de ser de esta regla de exclusión parece evidente: desde que se reformó el procedimiento inquisitivo y se aceptó, políticamente, que, a pesar de que el procedimiento penal sirve, principalmente, a la meta de averiguar la verdad objetiva, él constituye un método reglado –no libre– para arribar a ese fin, con lo que se excluyeron, absoluta o relativamente, algunas formas de investigar la verdad<sup>45</sup>, debido a principios superiores que protegen la dignidad esen-

<sup>44</sup> Método descrito por F. DE LA RUA, «El recurso de casación», *cit.*, p. 175. Vittorio GREVI afirma que al declararse nulo el interrogatorio policial del imputado, la nulidad se comunica en general a todos los actos sucesivos ligados por un nexo de dependencia sustancial con el interrogatorio, en *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 360.

<sup>45</sup> MAJER, J., «Derecho Procesal Penal...», *cit.*, pp. 470 y ss.

cial del hombre el fin de arribar a la verdad histórica... no justifica los medios de investigación... La razón ética –el Estado no puede aprovecharse de lo que él mismo ha prohibido– de desalentar la utilización de métodos ilegales de investigación, fulminándose como ineficaces procesalmente, que postulan los tribunales para justificar la regla de exclusión, según se observó anteriormente, sólo son consecuencias beneficiosas de este modo de proceder...»

Desde luego, la regla de exclusión es sólo para la prueba que afecte al imputado, pues aquella que lo pueda favorecer puede ser utilizada aún cuando se hubiere practicado con inobservancia de las formalidades<sup>46</sup>, aspecto que se desprende en forma clara del Código Tipo al disponer ya en el artículo primero que «la inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio», lo que equivale a señalar que si puede invocarse en su favor...»

La jurisprudencia norteamericana ha aplicado la regla de la exclusión de las pruebas indirectamente viciadas<sup>47</sup>, lo mismo que la Argentina...»<sup>48</sup>.

...En Brasil la nueva Constitución Federal de 1988, expresamente establece que «son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos» (art. 5 inciso LVI), acogiendo un sentimiento nacional de los juristas de ese país...»<sup>49</sup>.

...Estimamos el tema de crucial trascendencia, y si bien en la mayoría de los países la solución se ha dejado en manos de los Tribunales, creemos que ello no debe ser así siempre. Ya la jurisprudencia perfila las bases para regular normativamente una solución. El ejemplo más claro en este sentido lo constituye sin duda la Constitución de 1987 de la Provincia de Córdoba, Argentina, la cual no sólo reguló el problema sino además lo hizo a nivel constitucional, señalando con una fórmula simple pero de un gran significado político jurídico que

<sup>46</sup> CORDERO, F., «Prove illecite nel processo penale», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1961, p. 54.

<sup>47</sup> SCAPARONE, M., «Common law e processo penale», *cit.*, pp. 161 y ss.

<sup>48</sup> BERTOLINO, J. P., «Prueba y juicio...», *cit.*, p. 5.; CAFFERATA NORES, J.L., «La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales», *op. cit.*, pp. 193 y ss.

<sup>49</sup> GAVIAO DE ALMEIDA, J.R. / VAGGIONE, L.F., «Aspetos do tema prova e juizo no direito brasileiro», *cit.*, pp. 10 y ss.

«Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella» (Art. 41, párrafo tercero). Así como esa Provincia fue pionera en acoger un sistema procesal mixto moderno de tendencia marcadamente acusatoria, y ha sido cuna de grandes procesalistas del área penal, hoy de nuevo primea al ofrecer una solución viable, que lleva mayor seguridad jurídica y certeza, al excluir del proceso penal e inutilizar cualquier práctica probatoria viciada, llevando sus efectos a los elementos de prueba que, aunque lícitos, se derivaron de la violación anterior...»<sup>50</sup>.

En efecto, creemos que la mejor manera de solucionar el problema es que el tema sea discutido en un foro político, donde se adopten las directrices generales que habrán de orientar al juzgador, y sino es factible incrustar el principio en la Constitución, al menos sería deseable que se disponga de una norma legal en el Código Procesal respectivo...»

Los magistrados costarricenses de nuestra cita, dicen en la parte conclusiva de su trabajo:

«...Poco a poco se llegaron a moldear una gama de principios básicos en tutela de los derechos del acusado, tales, como el *favor rei*, el *favor libertatis*, y el *indubio pro reo*, el derecho al silencio,(44) etc. Siguiendo esa orientación el Código Tipo acoge y desarrolla esos principios. Así, la inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no puede hacerse valer en su perjuicio, aún cuando él hubiere dado consentimiento expreso para infringir dicha regla (arts. 1, párrafo final y 52); se reconoce como principio un verdadero estado de inocencia, no ya una presunción (art. 3, párrafo primero); se estipula como restrictiva toda interpretación de una norma que coarte el derecho de libertad del imputado o el ejercicio de una facultad (art. 3, párrafo segundo, y 7); se le otorga carácter de excepcionales y taxativas a las medidas de coerción autorizadas por el Código (arts. 3, párrafo tercero y 196); se establece el derecho del imputado a

<sup>50</sup> Véase los comentarios de CAFFERATA NORES, J. I., «La prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales», *cit.*, pp. 193 y ss.

guardar silencio (arts. 41 y 42); se prohíbe expresamente el uso de métodos que menoscaben la libre decisión del imputado, tales como la coacción, amenazas, tortura, engaño, psicofármacos, «sueros de la verdad», «detectores de mentiras», hipnosis, etc. (arts. 45, párrafo segundo y 148); se señala que el imputado no está obligado a carearse (art. 51); ni tampoco en una reconstrucción (art. 159); que la prisión preventiva se puede aplicar sólo por razones procesales y no como un anticipo de la pena, debiendo tratarse al imputado como inocente (arts. 202 y 217); y en general, se prohíbe el empleo de prácticas probatorias que impliquen violación de derechos fundamentales, salvo los casos estrictamente autorizados (arts. 148); etc...».

...Al menos estimamos necesario establecer un principio rector según el cual al imputado no debe utilizársele como objeto, elemento, o fuente de prueba en perjuicio y sin su consentimiento, salvo los casos expresamente establecidos en la ley»<sup>51</sup>.

11.- El Ilustre y connotado Catedrático de la Universidad de Sevilla, Prof. Francisco MUÑOZ CONDE, en una importante obra de su autoría<sup>52</sup>, relacionada con el tema, expresa:

«La prohibición de valorar en un proceso penal determinados medios de prueba de los hechos que se juzgan, cuando estas se han obtenido mediante la violación de derechos humanos fundamentales está, pues, íntima y paralelamente vinculada a la proscripción de la tortura, y **es un principio jurídico fácilmente constatable tanto en las constituciones y leyes procesales penales de todos los países civilizados** (el subrayado es nuestro), como en las declaraciones universales de derechos humanos. También los índices de jurisprudencia están repletos de decisiones de tribunales, tanto nacionales como internacionales, en las que se anulan o no se valoran pruebas obtenidas mediante tortura o malos tratos de los acusados, lo que demuestra que a pesar de la vigencia jurídica universal de la proscripción de la tortura, ésta sigue siendo una práctica mas o menos habitual en la indagación policial en muchos países. Es más, incluso el

<sup>51</sup> *Op. cit.* p 16.

<sup>52</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

Tribunal Supremo israelí consideró en 1996 que ‘un cierto grado de violencia’ era admisible contra los sospechosos de terrorismo; y aun está por verse lo que decide la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la situación de los presos de guerra afganos en la base militar norteamericana de Guantánamo (Cuba), que, por las noticias que se tienen, se encuentran en una situación muy parecida a la tortura y privados de los derechos mínimos reconocidos en los convenios internacionales a los presos y, desde luego, no son ya ningún secreto las torturas infringidas a los presos iraquíes por las tropas estadounidenses (mayo 2004). En todo caso es de esperar que estos ejemplos de un auténtico ‘Derecho penal del enemigo’ no se generalicen hasta el punto de volver a situaciones procesales características del sistema inquisitivo y contrarias al Estado de Derecho» (*op. cit.* 25-26)<sup>53</sup>.

El Prof. MUÑOZ CONDE, hace una importante comparación entre la tortura y otro tipo de *prueba ilícita*:

«a diferencia de lo que sucede con la tortura, el empleo de los medios audiovisuales en la averiguación y, en su caso, prueba de un delito, no produce el mismo rechazo o repulsión moral, entre otras cosas porque no siempre lesiona un derecho fundamental y su utilización puede ser admitida, siempre, claro está, que ello sea compatible con los derechos fundamentales del ciudadano que garantizan la Constitución y los Pactos internacionales de derechos civiles y se lleve a cabo con determinados procedimientos y garantías.

La doctrina ha establecido varios criterios de distinción, pero ha sido sobre todo la jurisprudencia constitucional la que a través de una delimitación del ámbito de protección de los derechos fundamentales, cuya violación da lugar al recurso de amparo, ha

<sup>53</sup> Debemos recordar que la tortura es uno de los delitos de *lesa humanidad* que viola las garantías del debido proceso, cuya vulneración resta valor o eficacia probatoria alguna a cualquier acto preprocesal o procesal que fuese consecuencia de la misma; y, que cualquier otra violación a garantías del debido proceso, debe ser considerada igualmente como *prueba ilícita* y carente de eficacia alguna, como dice el art. 76 numeral 4 de la Constitución Política de la República.

establecido el principio general de que no pueden surtir efecto probatorio las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales» (*op. cit.* 28 30)<sup>54</sup>.

MUÑOZ CONDE, se refiere a las exigencias para la legitimidad y legalidad de las ingerencias en el ámbito privado:

«El principio del que se parte en esta materia es el de que las ingerencias en el ámbito privado por parte del Estado sólo están permitidas excepcionalmente en los casos previstos legalmente... Sólo que una vez más debe decirse que este derecho, legítimo desde el momento en que lo sea la existencia del propio Derecho penal, y en cuanto al proceso penal se centra en una ‘búsqueda de la verdad’ relativa, no puede ejercerse a toda costa o a cualquier precio, con merma de los derechos fundamentales, o al margen de los requisitos y presupuestos legales que regulan la posible injerencia de ellos. De ahí que en esta materia se hayan promulgado, desde el momento en que empezaron a utilizarse estos medios como recursos para la averiguación y prueba del delito en el proceso penal, una serie de normas que pretenden formalizar o protocolizar con todo lujo de detalles, precauciones y garantías, los casos en que pueden emplearse y utilizarse legítimamente como medios de prueba, creándose así una especie de ‘justificación por el procedimiento’, en la que, lo que justifica y legitima la actuación del órgano estatal es el cumplimiento de determinados requisitos formales, tales como la autorización judicial, como por ejemplo en los supuestos previstos en el art. 550 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello se deriva también de lo que dispone el art. 53.1 de la CE que obliga a regular por ley el ejercicio de los derechos y libertades que se recogen en el Título I, Capítulo II de la misma. Sólo en la medida en que se cumplan esos requisitos formales, la actuación, por

<sup>54</sup> El Código de Procedimiento Penal de Ecuador del 2000, señala en el art. 155 la forma como se debe proceder para que tenga valor una grabación audiovisual, y es la autorización por escrito que debe conceder previamente un juez penal a un fiscal, para que éste realice la grabación. Si esto no se cumple, de acuerdo con el Art. 76 numeral 4 de la Const. Pol., y Art. 80 del CPP citado, carece de eficacia probatoria alguna. La inadmisibilidad e ineficacia se extiende, a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.



ejemplo, de la policía, en una entrada o registro será correcta...» (*op. cit.* p. 42-43)<sup>55</sup>.

El Prof. MUÑOZ CONDE nos ilustra, con citas incluso del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional español:

«El requisito principal que se exige, también en el art. 579.22 y 3 de la *LECrim.*, es la autorización judicial motivada. A partir de ahí se añaden otros requisitos, tales como la existencia de un proceso penal abierto, la necesidad de revisión de la autorización judicial cada cierto tiempo, la limitación temporal de la medida y, además, aunque no viene exigido en la ley, el principio de proporcionalidad, que de algún modo limita la injerencia en el derecho a la intimidad a la investigación de delitos de cierta gravedad, aunque no se especifiquen exactamente cuales. Pero incluso cuando se trata de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el n 3 del art. 579 de la *LECrim.* podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

Una decisión importante a este respecto, que delimitó los requisitos exigidos en el art. 579, fue el Auto del Tribunal Supremo del 19 de junio de 1992 (caso 'Naseiro'; ponente: Ruiz Badillo), en el que una escucha telefónica autorizada judicialmente se anuló como prueba, sobre la base de que no hubo un control judicial permanente de su ejecución, pero sobre todo a que el delito que se detectó a través de la escucha podía ser todo lo más 'conspira-

ción a un cohecho' y no el de tráfico de drogas que era el delito por el que se había autorizado la misma.

Mas lejos aún llega la sentencia del Tribunal Constitucional, 18/2003, *en pleno*, del 23 de octubre (ponente: Casa Baamonde), en la que se anula la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla del 29 de diciembre de 1999 que condenó por cohecho y falsedad mercantil a unos funcionarios implicados en casos de cobro de 'comisiones ilegales', sobre la base de unas escuchas telefónicas decretadas judicialmente a partir de una denuncia anónima.

La sentencia del Tribunal Constitucional considera, tras un análisis detenido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y tras denunciar las insuficiencias de la regulación española sobre la materia, que:

'No puede sostenerse que en el momento en que se acordaron las primeras intervenciones telefónicas existiera una base real exteriorizada en la resolución judicial, la solicitud policial, o incluso en el escrito o en el escrito de denuncia anónimo, a partir del cual se iniciaron las diligencias preliminares'

...No cabe duda de que con ello el Tribunal Constitucional da un espaldarazo a la importancia del derecho a la intimidad, que no puede ser vulnerado simplemente sobre la base de simples conjeturas o sospechas de conducta delictiva, sin base objetiva alguna, o basándose en una denuncia anónima»<sup>56</sup>.

Hay una importante **sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGe) del 3 de marzo de 2004**, misma que comenta el catedrático Francisco MUÑOZ CONDE, de la manera que sigue:

«A la vista del estado con tradictorio y a veces con fuso de la jurisprudencia alemana, el legislador alemán quiso zanjar las dudas y vacilaciones jurisprudenciales, regulando expresamente el problema. En un principio, en 1992, se permitieron escuchas secretas de conversaciones llevadas a cabo fuera el domicilio; pero, posteriormente, en 1997, se añadieron al art. 13 de la Ley Fundamental de Bonn, cuatro nuevos párrafos (3 a 6), en los que se admite la posibilidad de que en casos de delitos especialmente graves se instalen sistemas técnicos de escucha en el inte-

<sup>55</sup> En el mismo sentido, el art. 8º. 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, después de reconocer en el ap. 1º que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», dice: « No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto ésta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad social, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

<sup>56</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, pp. 44-46.

rior de la vivienda en la que reside el sospechoso; **esta medida sólo puede ser acordada judicialmente y por tiempo determinado** (las negrillas y cursivas son nuestros<sup>57</sup>). A partir de la nueva normativa constitucional se aprobó, por el parlamento alemán el 4 de mayo de 1998, una ley para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada por la que se modificó la Ordenanza del Proceso Penal (StPO), introduciendo en ella el art. 100 c y ss., en los que se regulan los requisitos para acordar la medida de vigilancia acústica de un domicilio particular, siempre que esta sea aprobada por una Sala especial, o en caso de urgencia por su Presidente, durante un plazo determinado, en caso de sospecha de un grave delito (especificando en una larga lista los delitos en los que esta medida es posible) y cuando la investigación del hecho fuera de otro modo extraordinariamente difícil o imposible<sup>58</sup>.

Dos magistrados de dicho Tribunal, Jaeger y Omán Dennhardt, formularon voto particular, considerando que además debería haber sido declarada igualmente inconstitucional la reforma del art. 13 de la GG que dio lugar a la Ordenanza Procesal, por considerar que el derecho a la intimidad domiciliaria al afectar a los principios recogidos en los arts. 1º y 20 de la Ley Fundamental no puede ser objeto de ninguna intervención 'pues el desarrollo de la personalidad requiere de espacios reservados, en los que el individuo se pueda expresar autónomamente

<sup>57</sup> El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano prevé en el art. 155, la necesidad como presupuesto de licitud, de que un juez penal autorice por escrito a un fiscal para que haga o realice la grabación. Lo que no se ha determinado en la legislación ecuatoriana es el tiempo determinado para la vulneración del **derecho a la intimidad**. Debemos reconocer que tanto la Constitución ecuatoriana en el art. 24 numeral 14, como la normativa procesal penal ya citada y el art. 80 del mismo código, han establecido el marco normativo previo para que se pueda obtener lícitamente una grabación como medio de prueba, so pena de inconstitucionalidad sino se cumplen los presupuestos de procedencia.

<sup>58</sup> Por nuestra parte sostenemos que se norma de forma rigurosa, los casos y el tiempo por el cual se puede vulnerar una garantía constitucional, por razones de política criminal y aplicando el **principio de proporcionalidad**. Respetando este principio tanto la jurisprudencia como la doctrina alemana, de acuerdo con el art. 100 de la Ley Enjuiciamiento Criminal alemana, coinciden en que no pueden emplearse procesalmente las pruebas obtenidas a través de una intervención telefónica, cuando se trate de delitos respecto a los cuales no está permitida la intervención y sobre aquellos que no están en conexión con los delitos respecto a los cuales se ha autorizado la intervención (cf. MUÑOZ CONDE, *op.cit.*, p. 47).

sin miedo a ser vigilado y comunicar con fiadamente sus opiniones y sentimientos personales. Precisamente, en un mundo en el que ha llegado a ser posible perseguir y grabar cualquier movimiento o comunicación de una persona, la vivienda privada sirve al individuo como el último refugio, en el que puede manifestar sin ser observado la libertad de sus pensamientos. Ella (la vivienda particular) es, por lo tanto como lugar, medio para preservar la dignidad humana' El argumento principal en el que se apoyan los magistrados alemanes en su sentencia de mas de ciento cincuenta páginas para declarar inconstitucional la reforma procesal es que la 'dignidad humana protege el núcleo de la configuración privada de la vida' y, en consecuencia todo ciudadano tiene derecho a estar tranquilo en su casa» (*op. cit.* pp.50, 51, 52)<sup>59</sup>.

Francisco MUÑOZ CONDE, insiste en que:

«En España el problema no ha sido objeto de una especial regulación, lo que ya ha sido denunciado por el Tribunal Constitucional en sentencia 49/1999, reiterada en una más reciente 18/2003, del 23 de octubre anteriormente citada y comentada. En ellas se dice que 'la situación del ordenamiento jurídico español, puesta de manifiesto en la concreta actuación que aquí se examina, y sufrida por los recurrentes, ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución'.

De un modo general, el magistrado del Tribunal Supremo, Enrique BACIGALUPO, en una comunicación a la III Reunión del Proyecto Común Europeo de Lucha contra la Criminalidad Organizada, Programa Falcone de la Unión Europea, celebrada en la sede del Tribunal Supremo de España, del 15 al 18 de junio de 2000, propone una 'regulación del uso de medios técnicos para la interceptación de comunicaciones privadas' bastante coincidente con la regulación alemana, sobre todo en lo que se refiere a la necesidad de una lista en la que se especifiquen los delitos en

<sup>59</sup> La sentencia del Tribunal alemán, incluso establece que para comprobar que se ha actuado correctamente, una vez obtenida la grabación, esta tiene que ser analizada de nuevo por el tribunal que la autorizó, que es el que decide en última instancia, si puede ser admitida y presentada como prueba. A la vista de que la regulación no cumplía estos requisitos el Tribunal Constitucional emplazó al Gobierno Federal y a los gobiernos de cada uno de los Estados de la Federación para que antes del 1º de junio de 2005, adopten sus legislaciones a los principios y requisitos que se exponen en ese importante fallo. (cf. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 53).

los que cabe adoptar esa medida (que él de todos modos no menciona expresamente), el grado de sospecha requerido respecto a las personas cuyas conversaciones se quiere controlar, excluyendo en principio a las que tenga derecho al secreto profesional (salvo que haya sospechas de que cooperan con el delito) y una serie de cuestiones procedimentales (tribunal o juez competente para adoptar la medida, duración de la misma, etcétera). No obstante, salvo en lo que se refiere a la existencia de una lista de delitos en la que se permiten tales escuchas, la jurisprudencia española ha interpretado la regulación existente sometiéndola a estrictos requisitos, como anular la grabación por falta de control judicial suficiente, o por falta de proporcionalidad de la medida en relación con la gravedad del delito que se investigaba, o por haberse descubierto a través de la grabación un delito de menor gravedad que el delito para cuya investigación se había autorizado la grabación. A pesar de ello, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 30 de junio de 1998 'caso Valenzuela', consideró que en esta materia el Derecho español, 'escrito o no' no cumple los requisitos del art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> Este artículo, anteriormente transcrito, no se refiere expresamente a las escuchas telefónicas, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha tenido ningún problema en incluirlas dentro de la cláusula genérica de su ap. 1º que se refiere a la 'vida privada y familiar'; cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Madrid, 1991, p. 74, citando varias decisiones de este Tribunal (caso 'Huvig' y caso 'Kruslin-Amas' de 1990) en las que se dice expresamente 'las escuchas y otras formas de intervención de las conversaciones telefónicas representan un atentado grave al respeto a la vida privada y a su correspondencia. Por tanto, deben basarse en una 'ley' de una precisión especial. La exigencia de reglas claras y detalladas en esta materia parece indispensable'. Concretamente, la sentencia del tribunal del 30 de junio de 1998 en el caso 'Valenzuela c. España' dice que la ley que regule esta materia debe contener: 'la definición de categorías de personas susceptibles de poder dar lugar a la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el juez y la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad' (transcripto en ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, 2003, p. 179. Cfr. También STC 18/2003, del 23 de octubre).

Y es que realmente no puede admitirse, o por los menos no sin reservas y sometiendo la medida a estrictos requisitos formales y justificándola con criterios materiales en relación con la gravedad del delito y la urgencia y necesidad de aplicarla, que se pueda invadir el ámbito más estricto de la intimidad –como puede ser un dormitorio–, con la misma intensidad que cualquier otro ámbito menos intangible.

Pero aun en el caso alemán, donde la medida de las 'grandes escuchas' venía limitada, antes incluso que el Tribunal Constitucional la declarara inconstitucional (cfr. *supra* el comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 3 de marzo de 2004), por estrictos requisitos procedimentales y materiales, la norma incluida por la reforma de 1998 en el art.100 c y ss. *StPO*, había sido ya muy criticada, porque como decía ROXIN, 'no sólo perjudica puntualmente el ámbito privado doméstico... sino que lo anula por completo' considerándola 'un ataque a la dignidad humana' (*op. cit.*, 53, 54,55)<sup>61</sup>.

El Prof. MUÑOZ CONDE cierra esta parte de su diálogo, con el siguiente mensaje:

«A la vista de todo lo dicho en este párrafo, podemos establecer como principio que las injerencias estatales en la vida privada a través del empleo de medios audiovisuales sólo debe admitirse en los casos fijados legalmente, bajo control judicial y siempre de acuerdo con el principio de necesidad, intervención mínima y proporcionalidad. Incluso frente a determinadas manifestaciones del 'ámbito intangible de la intimidad' debería excluirse cualquier tipo de injerencia, siendo discutible si, incluso en los países en los que, bajo estrictos presupuestos, se permiten las llamadas 'grandes escuchas', estas serían compatibles con el derecho constitucional fundamental a la intimidad en su núcleo mas estricto y reservado. En todo caso, las grabaciones que no cumplan con estos requisitos deben considerarse que violan directamente el derecho fundamental a la intimidad y, por lo tanto de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11.1 de la *LOPJ* no pueden 'surtir efecto' como prueba»<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> ROXIN, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trad. De Gómez Rivero y García Cantizano, Valencia, 2000, p. 156.

<sup>62</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.* p. 62-63.

**12.-** La jurista, doctora María Antonieta SAENZ ELIZONDO, Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, en su opúsculo, *La prueba ilícita en el proceso penal*<sup>63</sup>, nos ilustra con las siguientes reflexiones:

«El examen del proceso penal, desde el punto de vista de un instrumento idóneo para la realización de la justicia en un sentido pleno, sea tanto para el imputado como para la sociedad que reclame a través de la figura del Ministerio Público; requiere indispensablemente ser enfocado no sólo desde su **idoneidad** técnica para lograr ese fin, sino del buen manejo que las partes y el órgano jurisdiccional hagan del mismo mediante la adecuada intervención conforme a una **fenomenología del acontecer procesal**, en relación indisoluble con las reglas del **debido proceso**, en lo relativo a la problemática de la prueba, toda vez que ella será quien, dada su **calidad**, determine contra quién, el juez inclinará la balanza y ‘empuñe la espada’<sup>64</sup>.

«De ahí que la prueba debe ser no sólo válida y efectiva sino que debe generarse conforme a la ley y las debidas garantías del imputado.

«El asunto pues, merece especial atención en lo que a **prueba ilegítima** se refiere puesto que dentro de esta óptica son muchas las injusticias que pueden cometerse.

«Encontramos dos formas para determinar cuándo estamos frente a la **prueba ilícita**:

- a. La prueba ilegítima por disposición legal;
- b. La prueba ilegítima así considerada por obra de la doctrina y la jurisprudencia.

<sup>63</sup> Publicado en la REVISTA DE LA ASOCIACION DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA, Año 1, N° 6, diciembre de 1992

<sup>64</sup> Ver FAZZALARI (E), *Instituzioni, di diritto processuale*, Padua 1975, pp. 167. El A., haciendo uso de una forma muy gráfica, expresa una idea sentida por todos (pero rara vez, exteriorizada) y es que necesariamente después de la cognición, es inevitable que el Juez abandone su imparcialidad para tomar partido y sentar responsabilidad en quien corresponde. En consecuencia, en el dispositivo, el juez se parcializa.

## II. Concepto

La prueba ilícita es aquella que en sentido absoluto o relativo, niega la forma acordada en la norma o va contra principios del derecho positivo.

Una definición más precisa habla no de **prueba ilícita**, sino de **prueba obtenida por medios ilícitos**.

«La prueba ilegítima (ilícita) tiene íntima relación con el concepto de **medio de prueba prohibido** que es aquel medio de prueba que resulta, por sí mismo capaz de proporcionar elementos que permiten llegar a constatar la existencia de un hecho deducido en proceso, pero que el ordenamiento jurídico, prohíbe utilizar<sup>65</sup>. La problemática al respecto pareciera partir como hemos enunciado, sea de una normativa que consagre la prohibición del uso de esas pruebas o de una condición derivada de la prueba misma.

Ahora bien, la característica de **ilícita** puede además, obedecer la **formación** de la prueba o su **utilización**. La consecuencia directa que resulta es la **inadmisibilidad** de estas pruebas, aspecto que desde luego, se da en cualquier tipo de proceso, pero que en el penal se vuelve más dramático<sup>66</sup>.

«Sabemos por otro lado, que dentro de cualquier sistema de pruebas las mismas pueden ser **orales o escritas, materiales y científicas, directa y mediata**. De todas ellas haremos una breve reseña.

## III. Examen de las pruebas ilícitas

Los criterios de determinación de las pruebas ilícitas, varían de país a país según se presenten los sistemas procesales adoptados y de acuerdo al desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia. Creemos en todo caso, que es a través de la doctrina y la jurisprudencia, que el sistema se agiliza y se acerca más a esa fenomenología

<sup>65</sup> Ver al respecto, NUVOLONE (P), «Le prove vitate nel processo penale nei paesi di diritto latino», en *Riv. Dir. Proc. V. XXI (II SERIE) 1966*, pp. 443-448. En cuanto a la segunda definición ver, VICORITI (V), «Prove illecite e Costituzione», en *Riv. Dir. Proc.*, 1968, p. 64, nota 2.

<sup>66</sup> Aquí el juez debe escoger entre el carácter decisivo de esa prueba y el respeto del acusado-culpable. VICORITI (V), *op. cit.*, p. 66.

propia de cada situación y conforme a una visión más cercana a las reglas del debido proceso. De ahí que el aporte de los estudios del Derecho, dentro de los cuales obviamente, incluímos a los jueces, sea de gran importancia, sobre todo porque en tratándose de los órganos jurisdiccionales, éstos tendrán la ocasión de aplicar directamente, sus posiciones<sup>67</sup>.

#### A. De los motivos de ilicitud

##### 1. Las pruebas ilícitas que se regulan mediante la ley.

Todos sabemos que desde el ámbito netamente de la ley procesal, la primera limitación de una prueba está determinada por la admisibilidad o no de la misma. Sea que la primera prohibición para utilizar la prueba es la **inadmisibilidad**. De modo que de este requisito podemos derivar las siguientes situaciones:

- a. En el caso de los **testigos**: la inadmisibilidad puede obedecer a vínculos de parentesco o afinidad, vínculos jurídicos sustanciales o procesales o a limitaciones a la hora del interrogatorio.
- b. En cuanto al imputado: la forma de realizar el interrogatorio se vuelve esencial, pues debe conformarse al respeto más estricto de las modalidades para ello establecidas.
- c. Por prohibición de obtener prueba documental sin observar las formas debidas.
- d. Por prohibición de practicar pericias acudiendo a ciertas personas o valorando ciertos objetos.
- e. Por práctica de actos tendientes a preconstituir prueba de manera irregular.
- f. Por reconocimientos practicados sin observar las reglas establecidas para su realización:

«Creemos que la prueba es el elemento procesal más susceptible de ser alterado. Su manipulación como vimos se da en varios momentos: uno es a la hora de formarla, otro al aplicarla y final-

<sup>67</sup> Sobre el tema de la fecunda labor que puede realizar un juez en el mejoramiento y adecuación del derecho a la justicia. Ver, LAZZARO(C), «La funzione del giudice», en *Riv. Dir. Proc. XXVI (II serie) 1971*, pp. 1 y ss. El autor define al juez como un creador de derecho siempre que debidamente capacitado, confiera al sistema de leyes, interpretaciones claras y coherentes.

mente en el momento de la decisión judicial. Es nuestra opinión que el fenómeno se da siempre que se ignore el significado de ella: La prueba en materia penal es sinónimo de garantía y como tal debe manejarse tanto en la fase de formación (normalmente en sede policial) como al introducirla en el proceso y finalmente al momento de apreciarla por parte del juzgador quien debe acudir a los más estrictos criterios dentro del esquema de la libre convicción (sana crítica) para no mancillar esa condición pues **la naturaleza de garantía la convierte en imperativa, de ahí que cada vez que la prueba venga vulnerada y se le niegue este carácter de garantía en el proceso penal, la consecuencia lógica es la nulidad absoluta de ésta. Y como es lógico, los efectos que de ella promanan** (las negrillas son nuestras).

«No podemos dudar de que cuando el juzgador basa su decisión en una prueba ilícita no viola la norma que disciplina el método para adquirir, aplicar o valorar la prueba sino que viola directamente la norma que lo vincula a juzgar conforme a pruebas legítimas. En conclusión, la valoración realizada en sede de decisión no es un mero acto de validez sino de un juicio que se apoya en la prueba válida» (*op. cit.*)<sup>68</sup>.

**13.-** Otro destacado jurista español, Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA, Profesor Titular de Derecho Procesal Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, en un trabajo sobre EL PROCESO PENAL ESPAÑOL Y LA PRUEBA ILÍCITA<sup>69</sup>, expresa:

«En pocos campos se materializa con tanta nitidez la naturaleza garantista del proceso jurisdiccional como en materia probatoria. El objetivo último, la Justicia, no es, en términos generales, un fin incondicionado ni exento de limitaciones y, por ello, cabe establecer (y, de hecho, existen) fronteras a su ejercicio, siempre sobre la base de la protección de intereses dignos de tutela jurídica de igual entidad a los que atañe la actuación de jueces y magistrados. El proceso, y muy singularmente el proceso penal, no

<sup>68</sup> Debemos insistir en la coincidencia doctrinaria, en el sentido de que la *prueba ilícita* es inadmisibile, y que en tal sentido se pronuncia igualmente la jurisprudencia extranjera que viene siendo consultada.

<sup>69</sup> Publicado en Revista de Derecho (Valdivia) *on line*, diciembre 2005, v. 18, N° 2, pp. 187-211.

es, por ende, territorio abonado a favor del todo vale, en pos del cumplimiento de los objetivos atribuidos a la jurisdicción. Como en este mismo sentido señaló COUTURE, configurado como garantía individual, 'el proceso (civil o penal) ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores'.<sup>70</sup>

La probatoria, que es una actividad genuinamente procesal, participa –como decimos– de esa misma naturaleza; con un énfasis especial en el proceso penal, que se concibe como medio único para la realización del Derecho penal sustantivo, y en la que la averiguación del hecho sucedido se inserta dentro del interés público predominante en la persecución jurídica del delito como medio de la consecución de la política criminal del Estado. La prueba, en un sentido lato –esto es, englobando en ella no solo los actos probatorios realizados dentro del juicio, una vez formuladas las pretensiones punitivas y defensivas de las partes, sino también todas las diligencias de investigación practicadas durante la instrucción preliminar (que en el Derecho español se denomina, según el tipo de procedimiento, fase de sumario, de diligencias previas o, genéricamente, de instrucción) y, en términos generales, todos los actos destinados a ser fuente de la prueba–, es materia esencial dentro del proceso penal, toda vez que solo a su través es posible llevar a efecto la reacción del Estado contra el hecho punible<sup>71</sup>; una reacción que debe ajustarse a la realidad del hecho determinada en el proceso y que se ha de proyectar contra el responsable penal, una vez desvirtuada, precisamente a través de la debida actividad probatoria de cargo, su presunción de inocencia.

Sin embargo, y como se indica, ese interés público propio del *ius puniendi* estatal se constriñe por el deber de respeto a los demás intereses públicos presentes en el proceso: no es sino expresión de la denominada garantía jurisdiccional (y procesal) en la imposición de penas. Si el proceso judicial se concibe como garantía es por el riesgo de extralimitación del Estado en el ejercicio de sus

atribuciones como titular único del derecho/ deber de perseguir el delito. Una extralimitación que, a lo largo de la Historia, ha sido especialmente patente en materia probatoria.

Por ese motivo el derecho a la prueba, dentro de los términos del Estado de Derecho, no puede ser catalogado como un derecho ilimitado, ni siquiera en un terreno en el que la búsqueda de la verdad material adquiere el interés público que tiene en el proceso penal. Aún reconociendo la presencia de ese interés, el ordenamiento reconoce limitaciones al ejercicio de la actividad probatoria en el proceso penal, pues, como se ha dicho, 'la verdad no puede indagarse a cualquier precio'<sup>72</sup>. La Historia del proceso penal ha sido la de la evolución hacia formas más civilizadas de tutela jurídica y, precisamente, las formas menos evolucionadas y menos garantistas de justicia penal suelen identificarse con períodos de imperio de medios probatorios que hoy entendemos como vejatorios o atentatorios contra los derechos más íntimos del individuo<sup>73</sup>.

14.- El profesor de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires (UBA), José SAEZ CAPEL, ya hace algunos años escribió un importante trabajo relacionado con el tema de las 'escuchas telefónicas'<sup>74</sup>, del que nos permitimos citar los siguientes párrafos:

**«Naturaleza, contenido, caracteres, ubicación y límites del derecho a la intimidad**

Este derecho de nuevo cuño, constituye una especie de los derechos personalísimos, prerrogativas de contenido extramatrimonial, inalienables, perpetuos y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde su nacimiento hasta la muerte, de lo que en modo alguno puede ser privado por la acción del Estado ni de terceros, sin menoscabo o desmedro a su personalidad.

<sup>70</sup> COUTURE, E.J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, ed. BdeF, Montevideo, 2002 (4ª ed.) p. 119.

<sup>71</sup> MITTERMAIER, Tratado sobre la prueba en materia criminal, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1877, pp. 1 al 7.

<sup>72</sup> GONZÁLEZ MONTES, J.L., «La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (El Derecho constitucional a la prueba y sus límites)», en *Revista de Derecho Procesal*, 1990, N° 1, p. 36; Schäfer, K., *Strafprozessrecht*, Berlín, 1976, pp. 271 y ss.

<sup>73</sup> *Op. cit.*

<sup>74</sup> SAEZ CAPEL, José, *El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas*, DIN, Buenos Aires, 1999, pp. 64-65.

Existen al menos tres categorías de estos derechos: a) los primordiales de la persona física; b) las libertades civiles; y, c) la igualdad civil.

Entre los primeros encontramos los derechos a la vida, a la integridad y a la intimidad a los que debe agregarse el derecho a la propia imagen, que importan una aplicación del derecho a la intimidad. Entre las libertades, el autor, alude a la libertad de la esfera doméstica, que también se vincula con la intimidad por cuanto pretende mantener libre de injerencias el domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados. Ello así, este derecho se trata de una especie dentro del género de los derechos personalísimos».

En párrafos posteriores, SAEZ CAPEL, se refiere a la *Intervención telefónica obtenida mediante quebrantamiento constitucional*, manifestando:

#### 1. Los frutos del árbol envenenado

La inadmisibilidad judicial de la prueba obtenida mediante conculcación del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones puede devenir de una interceptación ilegal practicada por particulares, bien de la vía de hecho de la administración, bien porque hubiera sido ordenada judicialmente la medida y que posteriormente haya sido declarada la nulidad de la misma.

La conocida doctrina de los frutos del árbol envenenado entronca con la imposibilidad de que se utilicen como prueba en el proceso penal, elementos obtenidos, violación mediante, de garantías fundamentales. Tiene vinculación con la invalidez de la utilización en el proceso de pruebas que sin ser corpus de la violación constitucional, se han colectado gracias a ella.

Con relación a la invalidez del corpus de la violación constitucional, existe, al decir de CAFFERATA NORES<sup>75</sup>, una generalizada corriente de opinión entre nosotros que niega la posibilidad de dar validez conviccional a cualquier elemento de prueba constitutivo de la violación constitucional en si misma. Tal por ejemplo en caso de confesión obtenida mediante apremios ilegales, cuya des-

calificación probatoria proviene de expresas disposiciones legales relativas a la libertad de declarar, a las cuales se suman otros argumentos, como los esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia en el caso 'Montenegro Luis B.'<sup>76</sup>, al referir que otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre el una sentencia judicial, compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la beneficiaria del hecho ilícito.

Es reiterada la doctrina de la Corte Suprema de la Nación, en el sentido de que resultan inadmisibles como elementos de prueba en el proceso penal, aquellos obtenidos mediante procedimientos condenados por la ley y por tanto inidóneos para fundar una condena por mas que hayan sido logrados con el propósito de descubrir y perseguir un delito» (*op. cit.* pp. 177,178, 179)<sup>77</sup>.

José SAEZ CAPEL, luego nos dice, al igual que los doctrinarios que vienen siendo citados, en cuanto a la falta de valor de las pruebas ilegales que son consecuencia de una primigenia prueba ilícita:

#### 2. Invalidez de las pruebas ilegales derivadas

Quienes nos expedimos por sostener la invalidez de aquellas, pensamos que toda prueba que así se obtenga, será necesariamente una consecuencia necesaria de ésta, y por ende, tan ilegítima como el propio quebrantamiento que la origina<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> CAFFERATA NORES, J.I., *Temas de derecho procesal penal*, p. 193, Buenos Aires, 1987. *Los frutos del árbol envenenado*, Doctrina Penal, julio/septiembre 1986, p. 491.

<sup>76</sup> Corte Suprema de La Nación, 'Montenegro Luis B.', diciembre 10 de 1981, L.L. 1 982-D-225, con nota de F. DE LA RUA sobre 'Un fallo sobre la confesión y la tortura'.

<sup>77</sup> FALLOS: 303:1938; 306:1752; 307:440; 308:244 y 311: 2045.

<sup>78</sup> En Ecuador, la inadmisibilidad o ineficacia, es la única respuesta constitucional y procesal posible, pues el Art. 76 numeral 4 de la Constitución dice que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna. El art. 80 del CPP, expresa, «**Ineficacia probatoria.**- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías». Este criterio de ineficacia se extiende, por ejemplo, a los peritajes que se hubiesen efectuado sobre las grabaciones de audio y de video obtenidas ilícitamente, esto es sin cumplir el mandato del Art. 155, que dice, «**Intercepción y grabaciones.**- El juez puede autorizar por escrito al fiscal para que intercepte y registre conversaciones telefónicas o de otro tipo, cuando lo considere indispensable para la comisión de un delito, o para comprobar la existencia de uno ya cometido, o la responsabilidad de los partícipes...».

Es que la eficacia, de por ejemplo, la garantía que prohíbe forzar la declaración del imputado (art.18 CN) no puede reducirse sólo a quitarle validez como prueba de confesión a los dichos obtenidos por ese medio, sino que debe derivarlos de cualquier otra idoneidad autoincriminatoria –aun indirecta– que de ellos pueda derivarse.

Reducir al ámbito de la invalidez sólo a lo que el imputado dijo bajo tormento, pero aprovechar esos dichos para lograr otras pruebas, admitiéndolas a éstas como válidas, significaría desnaturalizar la eficacia de las garantías, al punto de legalizar el fruto de su violación<sup>79</sup>. Permitir que la justicia, so pretexto de reprimir una infracción legal, se valga de una infracción constitucional, sería abiertamente contrario a la prevalencia normativa del art. 31 de la CN. y equivaldría a admitir que el orden jurídico puede mantenerse a costa de su propia vulneración, lo que configuraría una contradicción fundamental, destructiva de su esencia<sup>80</sup>.

Ello por cuanto el derecho procesal penal, dispone de instrumentos de coacción y de intervención que en otros procedimientos jurídicamente ordenados resultan inauditos. El procedimiento penal –justamente porque debe servir a la imposición de la protección de bienes jurídicos en ámbitos centrales de convivencia humana– está provisto de los medios más intensos con los cuales debe contar el ciudadano. Esto no rige recién en el procedimiento principal o en el procedimiento de ejecución, sino ya en el procedimiento instructorio, con los medios de coacción tales como la prisión preventiva o la intervención telefónica<sup>81</sup>. Lo que tiene sentido no sólo como la realización del derecho sustantivo, sino también como derecho constitucional aplicado o al decir de HASSEMER, ‘como indicador de la respectiva cultura jurídica o política, pues en el derecho procesal penal y su realización práctica se encuentran los signos que califican la calidad de la relación de un Estado con sus ciudadanos’.

En tal sentido la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional tiene dicho que si la base incriminatoria del procedimiento está sostenida en valoraciones derivadas de escuchas telefónicas no dispuestas

<sup>79</sup> CAFFERATA NORES, J.L., *op. cit.*, p. 196 y ss.

<sup>80</sup> CNCRIM. y CORREC., Sala IV, julio 4, 1996, L.L., 1997-C-416.

<sup>81</sup> HASSEMER, W., *Crítica al derecho penal de hoy*, p. 72. Trad. Patricia Ziff, Buenos Aires, 1995.

válidamente, sobre la base de la doctrina del ‘fruto del árbol envenenado’, corresponde extenderle la sanción de nulidad de los actos consecuentes al viciado<sup>82</sup>.

Y ello es así, por cuanto entre la prueba derivada y la prueba violatoria de garantías constitucionales, existe una relación de causa y efecto, por lo que negar esta relación, dándole valor al efecto de la aparente irregularidad formal, sin tener en cuenta su constitucionalidad evidente, resulta una forma encubierta de violar la garantía constitucional. Así proceder, importaría desnaturalizarla por cuanto el procedimiento penal y su concepción jurídica no deben ser vistos solamente como un medio para el esclarecimiento y persecución de los hechos punibles, sino también como un signo de la respectiva cultura jurídica. Su *ethos* y su legitimación surgen a partir de una superioridad moral frente al control social en principio no vinculante. Esta superioridad moral se apoya en la cuestión de cual son los límites y principios del derecho procesal penal que se pretende hacer valer. Solamente un proceso penal de principios firmes puede mantener la confianza y el respeto de la población<sup>83</sup>.

Cierto es que la operatividad propia de las garantías constitucionales priva de todo valor, tanto a la prueba que resulta el cuerpo de la violación, como también aquella que es la consecuencia necesaria e inmediata de la misma. Por cuanto ‘de la violación de una garantía constitucional no puede derivarse un perjuicio para el afectado, pues sería tanto como volver a desconocer aquella garantía, el aprovechar lo que resulta de su quebrantamiento’<sup>84</sup> (*op. cit.*, pp.182-183-184-185).

**15.-** El eminente jurista alemán, Dr. h.c. mult. Claus ROXIN, profesor ordinario de la Universidad de Munich, en su obra sobre Derecho Procesal Penal<sup>85</sup>, edición argentina, nos ilustra en el tema de las pruebas prohibidas, y las **medidas coercitivas e injerencias en los derechos fundamentales**, relacionadas con la afectación de garan-

<sup>82</sup> CN. CRIM. y CORREC., Sala IV. *In re* ‘Mille, Antonio’. Julio 4 de 1996, L.L., 1997-C-416.

<sup>83</sup> HASSEMER, W., *op. cit.*, p. 90.

<sup>84</sup> CAM. CRIM. De la Capital, 6/07/82, E.D., 20/10/82.

<sup>85</sup> ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, trad. la 25ª ed. alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.



tías constitucionales o fundamentales, mediante la grabación de telecomunicaciones, de la manera que transcribo de seguido:

«La vigilancia y la grabación de las *telecomunicaciones* en soportes de sonidos pueden ser ordenadas bajo los siguientes presupuestos (&& 100<sup>a</sup> y b):

a) *Circunstancias determinadas* deben fundar la sospecha de que alguien ha cometido como autor o partícipe un hecho punible político o militar, un delito del ámbito de la criminalidad mas grave, de estupefacientes u organizada o ciertos hechos punibles conforme a la ley de extranjería o a la ley de procedimiento de asilo; por tanto no son suficientes las meras suposiciones o conclusiones. Antes bien la sospecha correspondiente a uno de los hechos punibles mencionados debe haber alcanzado ya una cierta medida de concreción, a través del material fáctico concluyente del mundo externo e interno de los sucesos (cf. Boletín parlamentario, Consejo Federal- BR- Drucks. 163/67- 11<sup>a</sup> frase.

b) La vigilancia de las telecomunicaciones es, en principio, *subsidiaria*, esto es, ella sólo puede realizarse cuando, de otra manera, la investigación de las circunstancias o la averiguación del lugar de residencia del imputado, no ofrecería probabilidad alguna de éxito o se tornaría considerablemente mas difícil.

Según BGHSt 41,30, los presupuestos de la sospecha sobre la comisión del hecho punible, resultante de hechos determinados, así como los presupuestos de la falta de probabilidad de éxito y de la dificultad de otras averiguaciones deben poder ser examinadas por el juez de la causa y por el tribunal de casación, sólo en vista de la justificabilidad de su admisión por el juez de la investigación o por la fiscalía.

c) La orden se dirige, en primer lugar, contra el imputado. Empero en determinadas circunstancias, la orden también puede afectar a terceras personas no sospechosas cuando, en razón de circunstancias determinadas, se debe suponer que ellas reciben o transmiten comunicaciones dirigidas al imputado o procedentes de él o que el imputado utiliza su conexión telefónica...<sup>86</sup>.

<sup>86</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 306.

Al referirse al mecanismo operativo el Prof. Claus ROXIN, nos dice: «Sobre la orden decide el juez; en caso de peligro inminente en la demora, la fiscalía (& 100b, I). Ella debe constar por escrito, contener el nombre y la dirección del afectado, así como determinar el modo, la extensión y la duración de las medidas (& 100b, II, 1, 2 y 3). La duración máxima de la medida está limitada a tres meses; sin embargo, en ciertas circunstancias es posible la prolongación del plazo (& 100b, II, 4).

Las medidas de vigilancia son llevadas a cabo por el juez, por la fiscalía o por los funcionarios auxiliares de la fiscalía; el encargo de la instalación se limita a realizar la conexión telefónica respectiva con las autoridades de la persecución penal, competentes en el caso particular (& 100b, III).

Dado que, con frecuencia, en la vigilancia de las telecomunicaciones no se puede evitar la obtención de antecedentes que, desde un principio, se descartan como medios de prueba (por. Ej., comunicaciones con no partícipes) o cuya ineptitud como medio de prueba se manifiesta en el transcurso del procedimiento, el & 100b, VI, dispone que los antecedentes así obtenidos deben ser destruidos inmediatamente bajo el control de la fiscalía, tan pronto como ya no sean necesarios para la persecución penal; también deben ser destruidos en caso de un sobreseimiento o de condena firme. La StPO no proporciona fundamento alguno para la valoración de ese material por la policía con fines de defensa ante el peligro»<sup>87</sup>.

En cuanto a la forma de introducir esta prueba en el proceso, cumpliendo con el presupuesto previo de procedencia, el Prof. ROXIN, nos ilustra así:

«La ley no expresa como pueden ser introducidas en el proceso las informaciones obtenidas de conformidad con el & 100<sup>a</sup>. Según el BGHSt 27, 135, o bien se puede pasar la cinta magnetofónica, inspección ocular, o bien se puede utilizar las actas con el contenido de la grabación, a través de la prueba documental. Sin embargo no está permitido reproducir o leer meros extractos o resúmenes.

<sup>87</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 307.

Por supuesto, es presupuesto de una *valoración* semejante que la vigilancia de las telecomunicaciones se haya mantenido dentro del marco establecido por la ley. Es por eso que la grabación de una conversación no puede ser valorada cuando ha sido realizada sin orden judicial (& 100, I, 1). También se necesita una orden judicial cuando el interlocutor está de acuerdo con que un funcionario policial escuche la conversación. Si con motivo de la vigilancia legítima se toma conocimiento de la comisión de acciones punibles por las cuales no se podría haber emitido una orden conforme a los && 100<sup>a</sup> y 100b (por. Ej., falsificación de documentos), los elementos probatorios así obtenidos son invalores en el proceso penal...»<sup>88</sup>.

Luego agrega el profesor de Munich, Claus ROXIN:

«Fuera de ello, la G 10, (ley sobre el art. 10, GG, del 13/8/68, Sartorius No 7) establece otras facultades esencialmente más extensas para la vigilancia de las comunicaciones epistolares, postales y de las telecomunicaciones a través de las autoridades encargadas de la protección de la Constitución de la República Federal y de los estados federados, de la oficina para el servicio de contraespionaje militar y, en especial, del servicio federal de informaciones (BND).

a) Según el art. 1, & 1, I, no 1, y & 2, G 10, en caso de sospecha de planificación o comisión de determinados hechos punibles (en su mayoría delitos contra la seguridad del Estado) esas autoridades están autorizadas a efectuar restricciones individuales del secreto epistolar, postal y de las telecomunicaciones, frente al sospechoso o a las personas que se le equiparen, para la defensa ante peligros que constituyen una amenaza para el orden fundamental democrático-liberal o para la estabilidad de la seguridad de la República Federal o de un Estado federado...

b) En la actualidad, conforme al art. 1, & 3, G 10, a pedido del BND y bajo ciertos presupuestos, se puede ordenar medidas de vigilancia y de grabación referidas al tráfico de telecomunicaciones internacionales sin conexión con el servicio telefónico, para la obtención de informes sobre el peligro de un ataque armado a

la RFA y de la comisión de atentados terroristas internacionales en la RFA, así como sobre peligros en el ámbito del tráfico internacional de armas de guerra, del tráfico económico internacional ilícito, del tráfico internacional de drogas, de la falsificación de moneda cometida en el exterior y del lavado de dinero relacionado con tales actividades...»<sup>89</sup>.

16.- Importante es la publicación conjunta de los profesores de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Santiago de Compostela, Lotario VILABOY LOIS y Lourdes NOYA FERREIRO, referido a la *intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*<sup>90</sup>. Pues en este libro que es un referente importante sobre el tema, se recoge una copiosa jurisprudencia española y europea, que nos permite incluso conocer con mayor precisión el concepto del denominado *principio de proporcionalidad* que sirve para evitar los abusos, que a propósito de buscar la *verdad material* se puedan cometer en la interceptación de las comunicaciones.

Dicho de otra manera el *principio de proporcionalidad* le exige al juez que examine en el caso concreto, atendiendo a racionales principios de política criminal, la conveniencia o no de disponer una medida como presupuesto de procedencia indispensable. Resuelta su procedencia debe expedirla mediante una resolución debidamente fundamentada, pues debemos recordar que se está limitando el ejercicio pleno de una de las garantías fundamentales como es el *derecho a la intimidad* y su corolario que es el *derecho a la privacidad* (Art. 66 Const. Poli. N° 20 y 21). En Ecuador la **obligatoriedad de la fundamentación** es una de las garantías del debido proceso prevista en el Art. 76 numeral 7 letra l) que dice: «Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda, y si no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Lo actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados». El marco constitucional ecuatoriano es importante, porque ha eleva-

<sup>88</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp. 308-309

<sup>89</sup> ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp. 310-311.

<sup>90</sup> *La intervención de las Comunicaciones Telefónicas en el Proceso Penal*, Tórculo, Artes Gráficas, S.A.L., 2000.

do a la categoría de **principio del debido proceso** la obligatoriedad de la fundamentación de cualquier resolución que afecte al ciudadano o persona, y guarda estrecha relación o conexión con el numeral 3 *ibidem.*, que sanciona con la falta de valor o de eficacia actuaciones indebidas o ilícitas, al expresar: «las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna».

Los profesores españoles Lotario VILABOY LOIS y Lourdes NOYA FERREIRO, nos dicen que:

«Uno de los principios fundamentales del proceso penal en un Estado de Derecho es, como afirma el ATS de 18 de junio de 1992 (caso Naseiro), el que la verdad ‘material’ sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, es decir a través de los procedimientos legalmente establecidos conforme a la Constitución y en función de ellas interpretados y no a cualquier precio. **El proceso penal constituye el instrumento indispensable para la realización de la justicia penal por la vía de la legalidad** (las negrillas son nuestros). En un proceso de esta naturaleza el ciudadano puede estar sometido a restricciones de muy variada índole: privación de libertad, registros domiciliarios, intervención de comunicaciones, etc., pero el papel del Derecho radica en que estas restricciones respondan siempre a un principio de justicia, de proporcionalidad y de seguridad jurídica»<sup>91</sup>.

La Constitución española de 1978, consagra en el art. 18.3, el secreto de las comunicaciones, y la medida de intervención telefónica constituye una injerencia a dicha garantía fundamental, aunque hoy con el avance tecnológico es más fácil su vulneración. Hay una relación estrecha entre el secreto de las comunicaciones y el *derecho a la intimidad*, si nos referimos a la Constitución de Ecuador apreciaremos que en el mismo art. 66, numeral 21 está prevista la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia; y, dicha inviolabilidad se extiende «a cualquier otro tipo o forma de comunicación», pero podríamos convenir en que el derecho a la intimidad es de carácter *material* y con el mismo se protege el área de mayor reserva del ciudadano, en tanto que el secreto de las comunicaciones puede ser

<sup>91</sup> *Op. cit.* p. 10.

apreciado como más *formal*, pues se pretende proteger al proceso mismo de comunicación aunque su contenido sea o no reservado<sup>92</sup>. El mismo art. 18.3 CE (Constitución de España), junto a la protección del secreto de las comunicaciones, prevé su limitación que únicamente podrá tener lugar por medio de resolución judicial; en el caso de Ecuador, su limitación está prevista en el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal que faculta a un juez penal para que autorice previamente por escrito a un fiscal para que realice la interceptación o cualquier grabación de audio o de video.

En cuanto a los presupuestos constitucionales y requisitos procesales de la medida de intervención telefónica, que se demandan en el caso de España, que puede ser extrapolado para el caso de Ecuador; siendo una medida restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, debe ser adoptada por una autoridad judicial, que debe cumplir con la observancia del *principio de proporcionalidad* y de la *intervención judicial*.

Con respecto al *principio de proporcionalidad*, dicen los profesores españoles Lotario VILABOY LOIS y Lourdes NOYA FERREIRO:

«Dicho principio se fundamenta en dos presupuestos básicos, uno de carácter formal, como es el principio de *legalidad* y, otro, de carácter material, representado por el principio de *justificación teleológica*.

En virtud del primero, la medida de intervención telefónica ha de estar prevista legalmente, como dispone el art. 8.2 CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos); previsión que conforme a la STEDH (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) de 30 de julio de 1998 (Caso Valenzuela Contreras), exige que las condiciones y garantías que deben respetarse en la adopción y ejecución de la medida figuren con suficiente precisión en la legislación nacional (STC-Sentencia del Tribunal Constitucional- 49/1999, de 5 de abril).

<sup>92</sup> *Op. cit.* p. 11. Con el derecho al secreto de las comunicaciones puede protegerse el derecho a la intimidad en los supuestos en que las conversaciones desarrolladas afecten al área reservada de la persona (STC 114/84, de 29 de noviembre; SSTs de 18 de junio de 1993, 29 de junio de 1993, 15 de julio de 1993, 18 de abril de 1994, 11 de mayo de 1994, 15 de marzo de 1996).

Por su parte el principio de *justificación teleológica* requiere que la intervención telefónica responda a un fin legítimo en un Estado de Derecho. Consiguientemente, la norma procesal de desarrollo del art. 18.3 CR debería fijar que fines harían factible la adopción de la medida; fines que necesariamente han de relacionarse con los principios inspiradores de la norma constitucional, con los bienes y valores que en ella se protegen (SSTC-Sentencias del Tribunal Constitucional- de 8 de abril de 1981; 49/1999, de 5 de abril; 47/2000 de 17 de febrero) y que han sido considerados socialmente relevantes (STC-Sentencia del Tribunal Constitucional- 22/1984, de 17 de febrero; SSTs-Sentencias del Tribunal Supremo- de 18 de junio de 1993, 25 de junio de 1993, 20 de febrero de 1995, 28 de marzo de 1995, 2 de abril de 1996, 22 de junio de 1996, 24 de junio de 1996, 18 de julio de 1996, 8 de febrero de 1997, 6 de mayo de 1997, 7 de junio de 1997, 4 de febrero de 1998, 11 de mayo de 1998, 23 de septiembre de 1998, y 15 de junio de 1999).

El principio de proporcionalidad, entendido como la prohibición de exceso por parte de los poderes públicos, engloba a su vez otros tres sub principios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, debiendo el órgano jurisdiccional que pretenda acordar una intervención telefónica respetar cada uno de ellos.

La *idoneidad* supone que la adopción de cualquier medida limitativa de un derecho fundamental ha de ir precedida de un riguroso examen sobre su aptitud para la obtención del fin perseguido, ya que de otra manera no se justificaría la gravedad de la intromisión. La *necesidad* conlleva que de todas las medidas que el órgano jurisdiccional ha considerado aptas para el fin perseguido, se debe elegir aquella que cause menor lesión al sujeto afectado (STC 62/1982, de 15 de octubre; SSTs de 18 de junio de 1993, 25 de junio de 1993, 18 de abril de 1994, 27 de septiembre de 1994, 4 de noviembre de 1994, 12 de enero de 1995, 20 de enero de 1995, 22 de enero de 1996, 11 de marzo de 1996, 15 de marzo de 1996, 12 de abril de 1996, 24 de junio de 1996, 18 de julio de 1996, 29 de julio de 1996, 8 de julio de 1997, 14 de febrero de 1998 y 23 de febrero de 1998. Finalmente la *proporcionalidad en sentido estricto* significa que el órgano jurisdiccional deberá valorar a través de la ponderación de los intereses en conflicto, si

se justifica el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones de un individuo en relación con la entidad del interés estatal que se trata de proteger»<sup>93</sup> (*op.cit.* pp. 14-15).

Los profesores de la Universidad de Santiago de Compostela, Lotario VILABOY LOIS y Lourdes NOYA FERREIRO, al comentar la *intervención judicial*,<sup>94</sup> expresan:

«El segundo presupuesto constitucional que debe respetar una medida restrictiva del secreto de las comunicaciones es la intervención de la autoridad judicial, que aparece expresamente recogida en el art. 18.3 CE. De ordinario, los órganos judiciales, en virtud de los arts. 24.1 y 117.3 CE, actúan siempre como últimos garantes de los derechos y libertades de los ciudadanos, pero cuando se trata de limitar derechos fundamentales con protección privilegiada, la actividad de los jueces no puede ceñirse a enjuiciar *a posteriori* la validez o ilegalidad de un acto o comportamiento jurídico, sino mucho más allá, ostentan el monopolio para autorizar la adopción de medidas restrictivas de tales derechos; **autorización judicial que en el caso de la intervención telefónica ha de ser previa a la limitación del derecho** (las negrillas son nuestros)»<sup>95</sup>.

En Ecuador –sin duda–, debe preceder a la interceptación y registro o grabación de conversaciones telefónicas o de otro tipo (como las que contienen audio y video), la autorización por escrito que le de un juez penal a un fiscal, mismo que es responsable de la conservación y reserva sobre su contenido, al igual que el personal técnico que seguramente lo auxiliará en la tarea<sup>96</sup>. De acuer-

<sup>93</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España, 199/1987, de 16 de diciembre.

<sup>94</sup> VILABOY LOIS, Lotario / NOYA FERREIRO, Lourdes, *op.cit.*, p. 15

<sup>95</sup> VILABOY LOIS, Lotario / NOYA FERREIRO, Lourdes, *op.cit.*, p. 16.

<sup>96</sup> Código de Procedimiento Penal de Ecuador, **Art. 155.- Interceptación y grabaciones.** «El juez puede autorizar por escrito al fiscal para que intercepte y registre conversaciones telefónicas o de otro tipo, cuando lo considere indispensable para impedir la consumación de un delito, o para comprobar la existencia de una ya cometido, o la responsabilidad de los partícipes.

La cinta grabada deberá ser conserva por el fiscal, con la transcripción suscrita por la persona que la escribió.

Las personas encargadas de interceptar grabar y transcribir la comunicación tienen la obligación de guardar secreto sobre su contenido, salvo cuando se las llame a declarar enjuicio».

do con nuestra normativa procesal el juez penal *puede* autorizar por escrito a un fiscal para la interceptación y registro de una conversación telefónica o de otro tipo –como las de audio y video–, pero igualmente ese juez penal puede negarse a la autorización, de acuerdo con el *principio de proporcionalidad*, tomando en consideración la *idoneidad*, la *necesidad* y la *proporcionalidad en sentido estricto*. Como hemos analizado la *idoneidad* supone un examen riguroso en torno a la gravedad de la intromisión, la *necesidad* demanda tomar la medida que cause la menor lesión jurídica, y la *proporcionalidad en sentido estricto*, le exige al juez que pondere los intereses en conflicto previo a sacrificar el derecho del ciudadano frente al interés del Estado.

El juez penal *puede* negarse a conceder la autorización para vulnerar una garantía constitucional, y esto es de mayor preeminencia en un modelo acusatorio (como el ecuatoriano) en que el juez penal es juez de garantías y de control de la instrucción fiscal, en tanto que el fiscal es el titular de la acción penal y es el que dirige la investigación preprocesal y procesal. Tan cierto es lo dicho que solamente el juez penal puede disponer un auto de prisión preventiva, cuando en su opinión lo considere necesario, y previo el cumplimiento de las exigencias procesales, u otro tipo de medidas cautelares personales o reales. El art. 159 del Código de Procedimiento Penal, dice «**Finalidades.-** A fin de garantizar la inmediatez del imputado o acusado con el proceso, el pago de las indemnizaciones de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, **el juez podrá ordenar** medidas cautelares de carácter personal o de carácter real (las negrillas son nuestros).

Su aplicación debe ser restrictiva.

Se prohíbe imponer medidas cautelares no previstas en este Código».

La razón para que se le reconozca al juez penal la competencia para disponer o no una medida de aseguramiento –a mas de lo expresado de que es juez de garantías–, se encuentra en que con su decisión se está limitando una garantía constitucional y derecho fundamental como es el derecho a la libertad, imponiéndole al juez penal la obligación de la fundamentación hasta para una detención con fines de investigación (art. 164, numeral 1), y con mayor razón cuando se trata de la prisión preventiva (art. 168, numeral 3).

El Art. 27 del CPP de Ecuador se refiere a la **competencia de los jueces penales**, y en el numeral 1 se reconoce la competencia «para garantizar los derechos del imputado y del ofendido durante la etapa de instrucción fiscal, conforme a las facultades y deberes de este Código», en tanto que en el numeral 3, se le asigna competencia «para dictar las medidas cautelares personales y reales».

El art. 150 de nuestra ley procesal penal, dice expresamente y en lo que tiene que ver con el juez penal como garante de la constitucionalidad: «**Inviolabilidad.-**La correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cablegráfica, por telex o por cualquier otro medio de comunicación, es inviolable. Sin embargo **el juez podrá autorizar al fiscal** (las negrillas son nuestras) a pedido de éste, para que por sí mismo o por medio de la Policía Judicial la pueda retener, abrir, interceptar y examinar, cuando haya suficiente evidencia para presumir que tal correspondencia tiene alguna relación con el delito que se investiga o con la participación del sospechoso o del imputado». En este caso igualmente es de facultad discrecional del juez penal, conceder o no la autorización para que el fiscal con el auxilio de la Policía judicial pueda retener, abrir, interceptar y examinar la correspondencia.

En cuanto a las *medidas cautelares reales*, el art. 191 del CPP, le concede al juez penal **la facultad** para ordenar el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar, sobre los bienes de propiedad del imputado. Estas medidas sólo podrán dictarse cuando se encuentren reunidos los mismos requisitos previstos para la prisión preventiva.

Como la Constitución Política prevé como un derecho fundamental la inviolabilidad del domicilio en el art. 66, N° 22<sup>97</sup>, por razones de política criminal y atendiendo al caso concreto, **el juez penal puede autorizar** el allanamiento de una vivienda de un habitante en el Ecuador, para hacer efectivo un auto de prisión preventiva o una sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad (art. 194. N° 1), para recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan medios de prueba (art. 194. N° 4). La autorización del juez –en este

<sup>97</sup> **Art. 66.- (Derechos civiles).-** «Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a la inviolabilidad del domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley».

caso- debe expedirse mediante **auto fundamentado**, conforme lo dispone expresamente el art. 195 del CPP. No se requiere de formalidad alguna, en casos excepcionales a los que denominamos *en estado de necesidad*, como cuando se trata de aprehender a una persona que acaba de cometer delito flagrante, mientras es perseguida; y, cuando se trata de impedir la consumación de un delito que se está cometiendo o de socorrer a las víctimas (pensemos en los casos de impedir que se consume una violación o para liberar a quien ha sido secuestrado o plagiado), en que se debe actuar de inmediato prescindiendo de la previa autorización del juez.

La fundamentación o motivación suficiente de resoluciones que acuerden medidas restrictivas de derechos fundamentales, es igualmente exigible en España de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC de 17 de julio de 1981; 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero y 37/1989, de 15 de febrero), «obligación que tiene su reflejo en el art. 579.2º y 3º LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal) cuando regula las medidas de intervención postal, telegráfica y telefónica».<sup>98</sup>

Los profesores Lotario VILABOY LOIS y Lourdes NOYA FERREIRO, se refieren a la exigencia de la motivación de las decisiones judiciales, manifestando que:

«En efecto, si la exigencia de la motivación de las decisiones judiciales se extiende a todas las resoluciones que no sean de mera tramitación, con mayor razón ha de predicarse respecto de aquellas en las que se acuerde una intervención telefónica (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 56/1987, de 14 de mayo; 37/1989, de 15 de febrero; 85/1994, de 14 de marzo; 86/1995, de 6 de junio; 181/1995, de 11 de diciembre; 54/1996, de 26 de marzo).

La motivación de las resoluciones judiciales cumple una doble finalidad: posibilita la impugnación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales cuando no sean acordes con los

<sup>98</sup> Cf. VILABOY LOIS, Lotario / NOYA FERREIRO, Lourdes, *op.cit.*, p. 17. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, puede ser examinada en la página web, [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com) en el link *Códigos Procesales Penales*.

posicionamientos de las partes y evita la inseguridad jurídica que se produciría como consecuencia de una arbitraria actuación judicial<sup>99</sup>.

La motivación se convierte así en un requisito imprescindible para que la intervención telefónica acordada por la autoridad judicial pueda considerarse constitucional, puesto que así lo reclama el propio principio de proporcionalidad, en cuanto el incumplimiento del deber de motivación puede llevar a la creencia de que el órgano jurisdiccional no ha valorado suficientemente los intereses en conflicto (SSTC 49/1999, de 5 de abril; 47/2000, de 17 de febrero). No cabe confundir el deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales con la existencia de un hipotético derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación» (*op. cit.*, pp. 16-17-18).

«La exigencia de motivación de la resolución en que se autorice –o en su caso, prorrogue- la intervención telefónica, conlleva la necesidad de que la misma adopte la forma de autor, cuyo contenido debe estar presidido por los dos objetivos esenciales que se pretenden alcanzar con la motivación: garantizar al imputado el ejercicio del derecho de defensa y facilitar el control jurisdiccional de la medida.

De forma mas concreta, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en dicho auto deberán figurar necesariamente el número o números que han de intervenir; las personas cuyas conversaciones vayan a ser intervenidas; quienes realizarán la intervención y como; los períodos de tiempo en que haya de darse cuenta al juez para controlar la ejecución; y, finalmente la especificación de la ‘acción’ penal a la que va dirigida para vigilar la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Igualmente considera conveniente dicho Tribunal que el juez ordene la entrega de los soportes originales de las grabaciones efectuadas en el menor tiempo posible (ATS de 18 de junio de 1992; SSTS de 22 de enero de 1996, 2 de febrero de

<sup>99</sup> En Ecuador y de acuerdo con nuestra Constitución Política del 2008, se consagra como uno de los derechos con rango de derecho fundamental, tanto la seguridad jurídica, como el derecho al debido proceso. ( Cf. Art. 82 y Art. 76).

1996, 28 de febrero de 1996, 1 de marzo de 1996, 2 de abril de 1996, 24 de junio de 1996, 24 de junio de 1996, 7 de febrero de 1997, 18 de abril de 1997, 24 de septiembre de 1997, 3 de febrero de 1998)»<sup>100</sup>.

17.- El doctor Daniel GONZÁLEZ ALVAREZ, Magistrado de Casación Penal de la Corte Suprema de Costa Rica, y profesor de postgrado en Ciencias Penales en la Universidad de dicho país, es autor de un importante opúsculo, *Justicia constitucional y debido proceso*<sup>101</sup>, del mismo que citamos el párrafo referido a **la prueba ilícita**:

«El debido proceso en los fallos de la sala constitucional

Sería injusto identificar el pensamiento de la Sala Constitucional relativo al debido proceso en uno o pocos fallos. La verdad es que a lo largo de toda su producción en materia penal, la Sala ha venido delineando, desarrollando y fortaleciendo los principios e ideas básicas del debido proceso en el sistema penal costarricense.

Véanse las resoluciones citadas con anterioridad para darnos cuenta que el desarrollo de los principios del debido proceso es un tema muy vasto y complejo, que no puede reducirse a pocos fallos, sino a toda una orientación político-ideológica sobre la Constitución. Se trata de una toma de partido, con todas sus implicaciones, y la Sala lo hizo en favor de los derechos de los ciudadanos....

ch) Prueba ilícita:

Sobre este tema la Sala también ha brindado oportunas orientaciones para la justicia penal.

Muy ardua ha sido la discusión jurisprudencial sobre la prueba ilícita. Creo que es unánime (y así tenía que ser con base en nuestra Constitución Política) la posición que estima que la prueba directamente ilícita no tiene ninguna validez para sustentar una decisión jurisdiccional en ningún sentido, ya sea para absolver

ya sea para condenar. El verdadero problema lo constituye la prueba lícita (al menos recibida con respeto de las exigencias legales y constitucionales), pero de la cual se tuvo noticia y se llegó a ella por medio de una prueba ilícita. Se trata de prueba indirectamente viciada por su relación con prueba espuria, como ocurre, por ejemplo, con la captura en flagrancia de varias personas que querían traficar con droga, capturados en el momento mismo de realizar la transacción, pero de la cual se tuvo noticia por medio de una interceptación ilegítima de una conversación telefónica previa.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos desarrolló la teoría del fruto del árbol prohibido, según la cual los efectos del vicio se extienden incluso hasta la prueba relacionada. Esa misma solución la contiene la Constitución de la Provincia de Córdoba, al establecer en el artículo 41 que «...Los actos que vulnere[n] garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueren consecuencia necesaria de ella...». Evidentemente con estas soluciones, la nulidad o falta de validez de la prueba se extiende a las pruebas relacionadas<sup>102</sup>. El tema ha tenido particular interés en Costa Rica, sobre todo luego de la declaratoria de inconstitucionalidad sobre las interceptaciones de las conversaciones orales, ya que muchos casos –sobre todo en materia de drogas– fueron descubiertos por medio de esas interceptaciones.

<sup>100</sup> Cf. VILABOY LOIS, Lotario / NOYA FERREIRO, Lourdes, *op. cit.* p. 19.

<sup>101</sup> El opúsculo *Justicia constitucional y debido proceso*, puede ser consultado en nuestra página web, [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com), en el link Doctrina Penal.

<sup>102</sup> Hay que recordar y por lo que hemos dicho, en esta exposición, que la legislación procesal penal ecuatoriana, está no sólo inspirada en la Constitución de Córdoba, sino que el **Art. 80** de nuestro **Código de Procedimiento Penal**, dice exactamente lo mismo: « **ineficacia probatoria.**- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías». Por lo antes dicho, concluimos en que de acuerdo con la norma expresa del CPP citada, la nulidad o falta de validez de la prueba se extiende a las pruebas relacionadas (como es el caso de los peritajes), como dice el profesor y magistrado de Costa Rica, Daniel GONZÁLEZ ALVAREZ.

La Sala Constitucional en este campo no ha sido lo suficientemente precisa como para indicar que se inclina en favor de una u otra tesis en forma absoluta, lo que justifica que en su oportunidad deba hacerse una consulta expresa.

En una resolución se indica que «...La Sala, en los múltiples recursos de hábeas corpus presentados en contra de las resoluciones judiciales que tomaron en cuenta las pruebas obtenidas mediante intervenciones telefónicas, dijo que en tanto subsistieran otras pruebas independientes que demostraran razonablemente la probable participación del imputado en el hecho delictivo, la detención estaba ajustada a derecho. Sin embargo ese no es el caso, pues como se dijo no existen otras probanzas que inculpen a la amparada en el delito que no se deriven de las intervenciones telefónicas declaradas inconstitucionales por esta Sala...» y por esa razón declaró con lugar el recurso de hábeas corpus. Como se aprecia, la resolución no es concluyente, pero en esa ocasión se inclinaron por afirmar que la prueba relacionada también es ilícita y nula.

En igual sentido se pronunció la Sala en otra resolución, al afirmar que «...como puede constatarse, ante el problema de la prueba ilegítima, todavía se discute el alcance de su anulación dentro del proceso en el que fue utilizada. La Sala Constitucional ha sostenido que, en tanto sea determinante de una resolución del juzgador para procesar al imputado, tal prueba contamina el proceso y causa la nulidad de lo actuado y resuelto en él, al no existir otros elementos probatorios en la causa penal... Siendo que la citada interceptación fue la causa inmediata y directa de la detención del imputado..., la Sala encuentra que se ha mantenido en prisión ilegítimamente y en tales circunstancias, el recurso debe declararse con lugar..., pues, ciertamente, fueron las conversaciones telefónicas las que llevaron a la detención del actor, así como al decomiso de la droga y el dinero en poder de los coimputados...».

Sin embargo, en otras resoluciones se afirma que «...ha sido tesis mayoritaria en la Sala que la prueba ilegítimamente obtenida no tiene capacidad probatoria, pero su relación con otra prueba no demerita a esta para demostrar los hechos atribuidos...». En este último sentido, también afirmó que «...esta Sala con vista en la

prueba existente en autos, considera que aparte de las intervenciones telefónicas, existe prueba independiente que permite al juzgador tener como probable la acción delictiva que se acusa...», reiterando el criterio anterior.

Esta última opinión parece ser la que prevalece en la actualidad, aunque de una manera no muy firme, al afirmarse en otro fallo que esa «...Sala ha venido adoptando una posición, si no unánime, al menos constante, sobre la base de la supresión hipotética de la prueba espuria, en el sentido de que, amén de negarle todo valor probatorio en sí –sobre lo cual no parece haber ninguna discusión– se suprime del proceso, es decir, se suponga que no hubiere existido y, por ende, se invaliden también otras pruebas, no ilegítimas *per se*, en cuanto que hayan sido obtenidas por su medio. Las diferencias entre la mayoría y la minoría de la Sala han sido más bien de matiz y del grado atribuidos al dicho principio de supresión hipotética, por lo que puede decirse que éste es el criterio respaldado por el valor vincular *erga omnes* de los precedentes y jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional...».

#### Comentario nuestro

Tanto nuestra Constitución Política (Art. 76 numeral 4) como el Código de Procedimiento Penal (art. 80- 83 y 155) son celosos guardianes de la exclusión de la prueba ilícita y de todos sus efectos o consecuencias como es el caso de las pruebas relacionadas o derivadas, que son «frutos del árbol prohibido o envenenado». No obstante en Ecuador, el art. 155 del Código de Procedimiento Penal le concede competencia al juez penal para que autorice por escrito a un fiscal, para que realice la interceptación y grabación de audio o de video; estableciendo así el mecanismo que permite lesionar el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, siempre que lo autorice un juez penal por escrito y de manera previa, a un fiscal. Sin este presupuesto de procedencia, es inadmisibles cualquier valor probatorio de actos delictivos, como las escuchas telefónicas no autorizadas.

La ineficacia de valor probatorio alguno, es una consecuencia del respeto pleno a los derechos fundamentales y garantías ciudadanas, como el derecho al debido proceso, a la seguridad jurídica, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, etc., que demandan la exclusión de la prueba ilícita y de las pruebas derivadas o relacionadas que son, «fruto del árbol prohibido o envenenado».



Esta exclusión es igualmente demandada por la copiosa doctrina que se cita y por la misma jurisprudencia. Esta exigencia surge por la necesidad de fortalecer el respeto al Estado de Derecho, y a las garantías fundamentales, que no constituyen otra cosa que el respeto a los derechos humanos, previstos en nuestra Constitución del 2008, en nuestro Código de Procedimiento Penal del 2000; y, en la normativa supranacional como la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que habiendo sido ratificados por el Ecuador, son igualmente vinculantes y de respeto obligatorio.

18.- El Prof. Dr. José Ignacio CAFFERATTA NORES, eximio procesalista argentino, es autor de una obra erudita, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*.<sup>103</sup>

En el Capítulo «**Introducción**» de esta obra, hace una reseña magistral en torno al valor de los fallos de los Tribunales Supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte I.D.H.), las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión I.D.H.) y la obligación de los Estados que han suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de respetar sus preceptos, a través de sus Tribunales de Justicia al resolver las controversias sometidas a su competencia, todo lo cual es perfectamente aplicable y exigible a los Tribunales de Justicia de Ecuador.

El ilustre profesor de la Universidad de Córdoba, nos dice:

«La Corte Suprema de Justicia de la Argentina, ha sostenido que «la ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75 inc. 22 párr. 2 CN), esto es, tal como efectivamente rige en el ámbito supranacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación», por lo que «la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la

<sup>103</sup> Publicado por Editores del Puerto/ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Buenos Aires, 2000.

interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos»<sup>104</sup>, lo mismo que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>105</sup>. También acudiremos a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, criterio aceptado expresamente en materia de fuentes de interpretación normativa<sup>106</sup> por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la CADH<sup>107</sup>.

### 3. DERECHOS Y GARANTÍAS

La incorporación de la normativa supranacional a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 CN), influye fuertemente sobre las obligaciones del Estado y los límites a su poder penal pre-existent, a la vez que precisa mejor los alcances de los derechos y sus salvaguardas que reconoce a la víctima del delito y al sujeto penalmente perseguido. Dicho en términos más vulgares, muchas cosas *no podrán ser más como eran antes*.

<sup>104</sup> Cf. SCJN, Caso Giroldi, Horacio D. y otro, del 7/IV/95. «Acercas de la interpretación... de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya antes de la reforma constitucional, en el fallo Ekmekdjian c/ Sofovich, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que ‘la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica’...»

<sup>105</sup> SCJN, caso Bramajo, 12/IX/96. Es que la incorporación de la Convención A.D.H. al texto constitucional implica también el reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de aquella (arts. 75 Constitución Nacional, 62 y 64 de la Convención Americana y 2 de la ley 23.054) señala PALACIO, Lino Enrique, «Las limitaciones del recurso de casación en el proceso penal y el derecho acordado por el ‘Pacto de San José de Costa Rica’ a la persona inculpada de delito», en *LL*, T. 1995-D-461. Más recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acosta 22-XII-98, JA Nro. 6148) ratificó lo expuesto, precisando el valor de las interpretaciones de la Corte I.D.H. y de la Comisión I.D.H. sobre los derechos humanos insertados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos Al respecto señaló que “pese a no ser vinculantes para los jueces locales” estos “deben tener como guía a tales pronunciamientos”, no “pueden por ende desconocerlos” y “tienen que dar fundadas razones de peso para no aceptar a tales exégesis” (SAGÜES, Néstor, «Nuevamente sobre el valor para los jueces argentinos de los pronunciamientos de la Corte I.D.H. y de la Comisión I.D.H.» en *materia de interpretación de Derechos Humanos*, JA Nro. 6148).

<sup>106</sup> CNCP, Expte. 28.100, J. 7.5.14, Reg. Nro. 1050, 22/XI/96.

<sup>107</sup> Corte I.D.H., caso Schmidt, 13-XI-95

### 3. a. Fundamentos

Porque «tienen como fundamento los atributos de la persona humana» y emanan de su «dignidad inherente», estos derechos son reconocidos por el sistema constitucional, que establece instituciones políticas y jurídicas que tienen «como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre» (Preámbulo de la DADDH), y también procedimientos y prohibiciones para proteger, asegurar o hacer valer su plena vigencia, para resguardarlos frente a su posible desconocimiento o violación, y para asegurar su restauración y reparación, aún mediante la invalidación o la sanción de las acciones u omisiones violatorias, provengan o no de la autoridad pública en el ejercicio de su función penal. Estas garantías son de naturaleza jurídico-política, pues surgen de las leyes fundamentales, imponen obligaciones a cargo del Estado<sup>108</sup> y establecen límites a su poder. Por cierto, que «el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros»<sup>109</sup>.

### 3. b. Función de las garantías

Las garantías procuran asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado (por el delito) y reclamar su reparación (incluso penal) ante los tribunales de justicia, como así también que ninguna persona pueda ser sometida por

<sup>108</sup> «Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia» (Corte I.D.H. OC-8/87 del 30-I-87). Ya en Fallos: 239:459, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la sola circunstancia de la comprobación inmediata de que una garantía constitucional ha sido violada basta para que sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias ...» (SCJN, Ekmekdjian c/ Sofovich, JA-1992-III-194).

<sup>109</sup> Cf. Corte I.D.H. OC-8/87 del 30-I-87.

el Estado, y en especial por los tribunales, a (un procedimiento ni a) una pena arbitraria («acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho») en lo fáctico o en lo jurídico, tanto porque el Estado no probó fehacientemente su participación en un hecho definido (antes de su acaecimiento) por la ley como delito, como porque no se respetaron los límites impuestos por el sistema constitucional a la actividad estatal destinada a comprobarlo<sup>110</sup> y a aplicar la sanción. O sea que, en el proceso penal, las garantías se relacionan con quien ha resultado *víctima* de la comisión de un delito, a quien se considera con derecho a la «tutela judicial» (arts. 1.1, 8.1 y 24 CADH) del interés (o derecho) que ha sido lesionado por el hecho criminal<sup>111</sup>, y por lo tanto con derecho a reclamarla<sup>112</sup> ante los tribunales (art. 8.1 CADH) penales, actuando como acusador, aún exclusivo. También se erigen como resguardo de los derechos del *acusado*, no sólo frente a posibles resultados penales arbitrarios, sino también respecto del uso de medios arbitrarios para llegar a imponer una pena<sup>113</sup>.

<sup>110</sup> «La justificación de los métodos para averiguar la verdad depende de la observancia de las reglas jurídicas que regulan cómo se incorpora válidamente conocimiento al proceso, de manera tal que no todos los métodos están permitidos y que a los autorizados se los debe practicar según la disciplina de la ley procesal». (Comisión I.D.H. Informe Nro. 1/95, Caso 11.006).

<sup>111</sup> Cf. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, 29-VII-88.

<sup>112</sup> «La Convención Americana prescribe en el artículo 8.1 que toda persona tiene «derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley... para la determinación de sus derechos y obligaciones de ... cualquier ... carácter». El derecho a un proceso judicial independiente e imparcial... también incluye el derecho a tener acceso a los tribunales, que puede ser *decisivo* para determinar los derechos de un individuo... como «en el caso de un proceso penal en el cual se le niega a la parte lesionada la oportunidad de acusar. (Comisión I.D.H. Informe N° 10/95, Caso 10.580).

<sup>113</sup> «Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana». (Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29-VII-88). Agrega, ABREGÚ, Martín (*La sentencia*, en «El nuevo Código Procesal Penal de la Nación», BA, 1993, p. 200) que cualquier normativa procesal deberá ser interpretada de modo que se «favorezca un modelo de enjuiciamiento penal más respetuoso de los derechos humanos y los principios de un Estado de Derecho».

### 3. c. La «bilateralidad»

La interpretación que los organismos regionales de protección de los derechos humanos han realizado de la normativa supranacional incorporada a nivel constitucional (art. 75 inc. 22 CN) parte de la base de que «está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad» y que la «sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico»<sup>114</sup>, circunstancias que legitiman el «interés del estado en resolver presuntos casos penales»<sup>115</sup> a través del ejercicio de una «función pública»<sup>116</sup>; y que lo expuesto, tratándose «de delitos de acción pública... perseguibles de oficio»,... genera al Estado una «obligación legal indelegable e irrenunciable de investigarlos»<sup>117</sup>... «identificando a los responsables» e «imponiéndoles las sanciones pertinentes»<sup>118</sup>. Pero aquel virtual «bloque normativo-interpretativo» también deja perfectamente en claro otros dos conceptos. El primero es que la *razón principal* por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de «*garantizar el derecho a la justicia de las víctimas*»<sup>119</sup> a las que se reconoce la atribución de reclamarla ante los tribunales (derecho a la tutela judicial efectiva, arts. 1.1, 8.1 y 25 CADH); y el segundo, es que «por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercitarse *sin límite alguno* o que el Estado pueda valerse de *cualquier procedimiento* para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral»<sup>120</sup>.

Estos conceptos son los que basan nuestras estimaciones precedentes sobre que las obligaciones estatales de *respetar* los derechos humanos y *asegurar* su plena vigencia<sup>121</sup> impuestas por la

<sup>114</sup> Cf. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, , Sentencia del 29-VII-88

<sup>115</sup> Cf. Comisión I.D.H., Informe N° 12/96, Caso 11.245

<sup>116</sup> Cf. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, , Sentencia del 29-VII-88

<sup>117</sup> Cf. Comisión I.D.H., Informe N° 34/96, Caso N° 11.228

<sup>118</sup> Cf. Comisión I.D.H., Informe 28/96, Caso 11.297

<sup>119</sup> Cf. Comisión I.D.H., Informe N° 34/96, Caso N° 11.228

<sup>120</sup> Cf. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29-VII-88.

<sup>121</sup> La primera obligación asumida por los Estados partes es la de «*respetar*» los derechos y libertades reconocidas en la CADH. La segunda obligación es la de «*garantizar*» el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH a toda persona sujeta a su jurisdicción (Cf. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29-VII-88).

normativa supranacional, se proyectan *bilateralmente* en el área de la procuración y administración de la justicia penal, expresándose en salvaguardas que pueden ser, o *comunes* para las víctimas del delito que reclaman justicia y para aquellos a quienes se les atribuye la comisión, o *específicas* para cada uno de ellos: todas se conocen, genéricamente, como *garantías*. Y no obsta a esta bilateralidad, el hecho de que en el texto de la normativa supranacional «las garantías procesales del debido proceso están diseñadas claramente en beneficio del imputado» y que su «aplicación a los afectados por el hecho ilícito» sea un aspecto que no «fue debidamente desarrollado»<sup>122</sup>, por ejemplo por la CADH, ya que no es menos cierto que las opiniones y decisiones de los organismos regionales encargados de velar por su aplicación y guía aceptada para su interpretación han evolucionado decididamente en «sentido bilateral». Basta señalar como ejemplo, que luego de entender que el rol del derecho penal es el de sancionar el delito, *distinguiéndolo* del rol del derecho humanitario que es el de proteger y reparar a la víctima, han ido incluyendo, posteriormente, a la sanción penal del culpable como un modo de protección o reparación de la víctima del delito, a la que se le reconoce el derecho de procurar su castigo ante los tribunales penales.

### 3. d. Judicialidad

Por cierto que las garantías deben ser «judiciales» lo que implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial<sup>123</sup> que las proporcione *efectivamente*<sup>124</sup>: es que nada podría minar más el respeto y la autoridad de los jueces que su propia indiferencia frente a graves injusticias<sup>125</sup>.

### 3. e. Restricciones

Si bien los derechos que las garantías tutelan no son absolutos<sup>126</sup>, pues están «limitados por los derechos de los demás, por la segu-

<sup>122</sup> Cf. RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, «El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, N° 110, p. 331.

<sup>123</sup> Cf. Corte I.D.H. OC-8/87 del 30-I-87.

<sup>124</sup> La existencia en *la realidad* de una *eficaz* garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos es una obligación gubernamental (Corte I.D.H., sentencia del 29-VII-88).

<sup>125</sup> Cf. Comisión I.D.H., Informe 74/90, Caso 9859.

<sup>126</sup> «Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar *limitadamente*» (Corte IDH, OC 6/86, del 9-V-86).

ridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático» (art. XXVIII DADDH)<sup>127</sup>, las restricciones que con tales propósitos establezcan las leyes<sup>128</sup> que reglamenten su ejercicio por razones de interés general, deberán guardar directa relación con las razones que las autorizan y no podrán alterarlos en su esencia (art. 28 CN), ni suspender su vigencia subrepticamente<sup>129</sup>, serán proporcionadas al valor en riesgo que pretenden tutelar y de interpretación y aplicación restrictiva. Es por eso que la interpretación de aquéllas debe ser conforme al sistema constitucional, es decir con «sujeción a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad»<sup>130</sup>, e inspirada en el principio «*pro hómine*»<sup>131</sup>.

<sup>127</sup> MINVIELLE, Bernadette, *La convención Americana Sobre Derechos Humanos y el enjuiciamiento penal*, en «Doctrina Penal» N° 41 (1988), p. 80, recuerda que «la Corte I.D.H. ha interpretado que las «razones de interés general» se refieren al «bien común» como «elemento integrante del orden político del estado democrático...». La noción de «bien común» ya se encuentra en la opinión consultiva N° 2, 24-IX-82 de la Corte I.D.H.

<sup>128</sup> Ley es la «...norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la conformación de leyes» (Corte IDH, OC 6/86, del 9-V-86).

<sup>129</sup> Se prevé sin embargo la suspensión expresa de las garantías cuando sea «el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática». Pero existen límites para ello (art. 27.2 CADH) ya que hay algunos derechos cuya «suspensión no está permitida bajo ninguna circunstancia» como así tampoco «las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos». (Corte I.D.H. OC-8/87 del 30-I-87).

<sup>130</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi, «El derecho como sistema de garantías», en *Revista Guatemalteca de ciencias penales*, año III, N° 5, 1994.

<sup>131</sup> El criterio *pro homine* significa que «debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria» enseña PINTO, *op. cit.* p. 81, y agrega que el principio de la interpretación teleológica exige «como prioritario en el caso de los derechos humanos la consideración del objeto y fin de las normas en esta materia» (p.84).

Y aun cuando se funden en una ley, las restricciones podrán considerarse arbitrarias si fueren incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad<sup>132</sup>: «en otras palabras, la restricción arbitraria a los derechos humanos es aquella que, aun amparándose en la ley, no se ajusta a los valores que informan y dan contenido sustancial al Estado de Derecho»<sup>133</sup>.

19.- Por la importancia que tiene la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, criterio aceptado de manera expresa en materia de fuentes de interpretación normativa<sup>134</sup> por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, como puede examinarse en Corte I.D.H., caso Schmidt, 13-XI-95, debo citar tres fallos importantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

#### STEDH de 6 de septiembre de 1978, «caso Klass y otros» (BJC 1983-30)

«El desarrollo de la alta criminalidad en Europa obliga al Estado a combatir de forma eficaz esas amenazas, de suerte que se hace necesario admitir la existencia de normas que regulen la vigilancia secreta de las comunicaciones, que en situaciones excepcionales se reputan como necesarias en una sociedad democrática para la defensa de la seguridad nacional, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales. Pero cualquiera que sea el sistema de vigilancia adoptada debe estar revestido de las garantías adecuadas y suficientes que impidan el abuso por parte de los poderes públicos. **El control de las medidas**

<sup>132</sup> Cf. Corte I.D.H. caso Gangaran Panday del 21-I-94.

<sup>133</sup> «Lo arbitrario constituye, de esta manera, un concepto que incluye supuestos, tanto de legalidad como de ilegalidad de la restricción. En este orden de ideas, existen restricciones que pueden ser legales pero que devienen en arbitrarias, pues son llevadas a cabo según los procedimientos, requisitos y condiciones formales establecidas en el ordenamiento jurídico pero que contradicen el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los derechos humanos». Cf. Publicación de la COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Protección de los Derechos Humanos: Definiciones operativas* (Lima, 1997), p. 39.

<sup>134</sup> CNCP, Expte. 28.100, J. 7.5.14, Reg. N° 1050, 22/XI/96.

**debe ser confiado al órgano jurisdiccional**, y como regla general, su adopción ha de ser notificada al individuo con posterioridad, puesto que en caso contrario el interesado no podría constatar retrospectivamente la legalidad de la actuación «(la negrilla es nuestro, para destacar la autorización y el control de la intervención por parte de una autoridad judicial, que es lo que prevé el Art. 155 del CPP de Ecuador)<sup>135</sup>.

**STED de 24 de abril de 1990, «caso Kruslin y Huving (BJC 1993-144)»**

«Las escuchas telefónicas constituyen un grave ataque contra la vida privada y la correspondencia en su sentido amplio, y como tal es indispensable que tales injerencias se encuentren previstas en la ley. Las normas que las regulen deben ser precisas y claras. Un ordenamiento jurídico no responde a estos requisitos cuando no define los sujetos pasivos que pueden verse sometidos a este tipo de restricciones, no determina los hechos delictivos que las justifican, no establece una duración limitada, ni señala como se debe proceder a la audición de los registros por el juez o a su destrucción cuando ya no se reputan útiles, se retira la acusación, o se ha dictado sentencia absolutoria»<sup>136</sup>

**STEDH de 30 de julio de 1998, «caso Valenzuela Contreras» (RA, TEDH, 1998,31)**

«Las condiciones exigidas por el CEDH para garantizar el respeto a la vida privada y a la correspondencia no son cumplidas por la legislación española en cuanto a la previsibilidad de la ley que limite dichos derechos fundamentales. Ni el Art. 18.3 CE, ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que personas pueden ser sometidas a una intervención

telefónica, ni la naturaleza de las infracciones sobre las que se puede adoptar, ni el procedimiento para su ejecución, ni un plazo limitado de tiempo durante el cual puede admitirse la escucha. Todas estas garantías deben figurar expresamente en el Derecho interno con el fin de limitar el poder discrecional del juez respecto de su aplicación»<sup>137</sup>.

**20.-** Un talentoso docente de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de Córdoba en Argentina, Maximiliano HAIRABEDIAN, es autor de una importante publicación<sup>138</sup>, que contiene mucho material relacionado con *la exclusión de la prueba ilícita*, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. El profesor de Córdoba nos recuerda que entre los países que aceptan las exclusiones probatorias se encuentran por un lado aquellos que no contienen una regla de derecho positiva expresa que prohíba en general la utilización de evidencias obtenidas en infracción constitucional»; y por el otro se hallan los que contienen una norma expresa que veda el empleo de prueba ilícita»<sup>139</sup>(como sucede en la provincia de Córdoba, y como ocurre en Ecuador, tanto en su Constitución como en su Código de Procedimiento Penal).

Al abordar el estudio del **significado constitucional de las exclusiones probatorias**, Maximiliano HAIRABEDIAN expresa que no existe coincidencia, en cuanto si estas abarcan sólo la prueba obtenida en violación a preceptos constitucionales, o si incluye también disposiciones *infra* constitucionales. En la situación de Estados Unidos, en la jurisprudencia de la década del '60, «la regla de exclusión alcanzaba todo tipo de requerimiento reglamentario de las garantías constitucionales, inclusive de creación jurisprudencial. Así el famoso caso 'Miranda v. Arizona', que impuso a la policía la obligación de advertir de sus derechos constitucionales a las personas que va a interrogar bajo su custodia como sospechosas de haber cometido un delito, excluyendo las confesiones tomadas sin estos recaudos. La culminación de la doctrina emergente del caso 'Miranda' tuvo lugar en el fallo 'Orozco v. Texas de 1969'<sup>140</sup>. La Corte Suprema de Estados Unidos ha

<sup>135</sup> Cf. VILABOY LOIS, Lotario / NOYA FERREIRO, Lourdes, *op. cit.*, pp. 125-126.

<sup>136</sup> Cf. VILABOY LOIS, Lotario / NOYA FERREIRO, Lourdes, *op. cit.* pp. 127-128.

Sin temor a equívocos, debo señalar que tanto la garantía constitucional como la normativa procesal, en el caso de Ecuador, permiten que la interceptación de las comunicaciones pueda hacerse efectiva con las debidas garantías, al establecer que un juez penal las autorice por escrito y de manera previa, a un fiscal penal. Es probable que se pueda mejorar el mecanismo estableciendo el tipo de delitos y el tiempo de duración de la intromisión. PERO si tenemos el mecanismo procesal para actuar de acuerdo con lo que exige el respeto pleno al Estado de Derecho, y al debido proceso.

<sup>137</sup> Cf. VILABOY LOIS, Lotario / NOYA FERREIRO, Lourdes, *op. cit.* pp. 129-130.

<sup>138</sup> HAIRABEDIAN, Maximiliano, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Villela Editor, Buenos Aires, 1ª ed., septiembre 2002.

<sup>139</sup> HAIRABEDIAN, Maximiliano, *op. cit.* p. 21.

<sup>140</sup> HAIRABEDIAN, Maximiliano, *op. cit.* p. 27.

resuelto en el caso 'Dickerson v. US'68 USLW 4565, del 27/6/2000, que ninguna ley puede derogar la interpretación de la máxima instancia judicial en materia constitucional, conforme nos informa el Prof. HAIRABEDIAN.

En Europa continental a veces se aplican las exclusiones en aquellos casos en que no se han respetado formalidades en la obtención de prueba, establecidas por la legislación en general, pero que tienen función de protección de las garantías.<sup>141</sup>

Un sector mayoritario de la doctrina considera que las exclusiones probatorias abarcan la prueba obtenida violando garantías constitucionales. Así mismo a esta concepción se hace referencia cuando se utiliza la expresión

'prueba ilícita'. Por eso MINVIELLI dice que ello alude a la obtención extraprocesal de evidencias en *violación de derechos constitucionales*. Señala la autora que la categoría de 'prueba ilícita' es una de las que integran el género de la prueba prohibida, dentro de la que se encuentran también otras divisiones como la llamada 'prueba irritual', 'prohibida expresa', y 'deducida del sistema'... Por su parte Almela VICH y SANZ MÁRQUEZ, brindan definiciones que siguen la línea de las anteriores, sosteniendo que 'por prueba ilícita se entiende aquella en la que en su origen y/o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental; prueba prohibida sería la consecuencia de la prueba ilícita, esto es, aquella prueba que no puede ser traída al proceso, puesto que en su génesis se ha vulnerado derechos o libertades fundamentales; y prueba irregular sería aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica'<sup>142</sup>.

El mismo HAIRABEDIAN hace un recuento sobre la *doctrina de la supresión* y su tránsito a la legislación positiva e incluso a algunas nuevas constituciones, mencionando a la Constitución portuguesa (art. 32); brasileña (art. 5); de la ciudad Estado de Buenos Aires; de Canadá (art. 24.2); los nuevos códigos procesales argentinos como el de Córdoba (art. 194); Tucumán (ídem); Buenos Aires (art. 211); Chaco

<sup>141</sup> Julio MAIER señala que en el derecho continental europeo, las exclusiones abarcan también «... el resguardo de las formas probatorias previstas por la ley en general» (*Derecho procesal penal argentino*. p. 463).

<sup>142</sup> HAIRABEDIAN, Maximiliano, *op. cit.* pp. 28-29.

(art. 193) y Mendoza (art. 207); el italiano de 1988 (art. 191) y Costa Rica (art. 181). Inclusive el fenómeno se ha dado en las modernas constituciones de algunos Estados norteamericanos como los de Florida y California de 1982. «La Constitución (art. 41) y el Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba (art. 194), disponen que la prueba obtenida vulnerando garantías constitucionales carece de eficacia probatoria, situación que se extiende a todas las que no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación» (*op. cit.*, pp. 34-35)<sup>143</sup>.

Pero resulta oportuno destacar los *fundamentos* en los que descansa la *justificación de la aplicación de exclusiones probatorias*. El Prof. HAIRABEDIAN menciona como *fundamentos* la *cuestión ética e integridad judicial* junto al de la *prevención*. Compartimos la propuesta de que la razón de la *prevención*, tiene un sustento eminentemente práctico a través del mensaje que dice, 'actuar en contra de la Constitución o de la ley, invalida el acto probatorio'. La disuasión como mensaje le llega tanto al funcionario policial abusivo, como al ciudadano particular, porque saben que su actuación no sirve como elemento de prueba por encontrarse viciada, aunque a más de la invalidación se demanda la sanción frente a un acto de ejercicio abusivo de poder.

«En la jurisprudencia estadounidense predomina el de la *prevención*, pero numerosos fallos han tenido en cuenta el argumento de la *integridad*, ya sea exclusivamente o conjugado con el de la *prevención*. Entre nosotros distinta es la tendencia, puesto que el que tiene mayor peso es el tratado en este punto.

En los comienzos de la jurisprudencia estadounidense sobre la cuestión, podía advertirse ya la presencia de este argumento. En el fallo 'Olmstead v. US' (1928) el juez Brandeis señalaba que 'en un gobierno de leyes, la existencia del gobierno será puesta en peligro si falla en observar la ley escrupulosamente... El crimen es contagioso. Si el gobierno se vuelve un infractor a la ley, creará desprecio por la ley... invitará a la anarquía'.

<sup>143</sup> Hemos expresado precedentemente, que en el caso de Ecuador, tanto nuestra Constitución Política (art. 76 numeral 4) como el Código de Procedimiento Penal (art. 80- 83 y 155) son celosos guardianes de la exclusión de la prueba ilícita y de todos sus efectos o consecuencias como cuando se trata de las pruebas relacionadas o derivadas...

También se agregó que el Estado, al igual que un litigante particular, debe tener vedado el acceso a la justicia si tiene las *manos sucias*, en virtud de que debe mantenerse el respeto a la ley, promover la confianza en la administración de justicia y preservar al proceso penal de la contaminación.

Sin embargo los fundamentos transcritos permiten observar que a la par del argumento de la integridad de los actos de gobierno, también se está acudiendo a un fin práctico y útil de respetar la ley, que es el evitar su desprecio por parte de los gobernados. Ello es así porque en esencia, el pensamiento citado ve en el uso de prueba ilegal por parte de los tribunales, una fuente de descrédito de los ciudadanos hacia los magistrados, lo cual los tornaría incapaces de resolver las disputas que les son puestas bajo su conocimiento.

En definitiva, puede observarse que el fin 'preventivo' de las exclusiones probatorias también subyace en algunos fallos que adoptan criterios éticos o de 'integridad judicial' para dar base a su decisión.

En 1955, la Corte Suprema de California, basándose en el criterio de integridad judicial, extendió la protección de las exclusiones probatorias a aquellas personas que no habían sido víctimas de la contravención constitucional.

En el caso 'Elkin v. US' (1960), la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que la exclusión de prueba ilícita tenía como razón el *imperativo de la integridad judicial*, por el hecho de que el uso de evidencias de este tipo por parte de los tribunales es indebido. Similar postura sustenta la Corte Suprema de Idaho, al afirmar que las exclusiones probatorias otorgarán una *considerable significancia a la integridad judicial*<sup>144</sup>.

En Estados Unidos, se ha sostenido incluso la posibilidad de que la ilicitud probatoria impida el inicio mismo del proceso, en virtud del principio de la 'integridad judicial', porque cuando el imputado ha sido sometido a proceso por una detención y allanamiento ilegales, se sostuvo en el caso 'State v. Smith' (1986), «los tribunales no deben ser parte en las invasiones a los derechos constitucionales de los ciudadanos».

<sup>144</sup> HAIRABEDIAN, Maximiliano, *op. cit.*, pp. 42-43.

En Argentina, similar posición ha mantenido:

«Pérez Moreno (h)<sup>145</sup> quien al preguntarse 'podría admitirse como génesis de un proceso un acto ilegal?', responde negativamente explicando 'el supuesto de falta de acción (art. 17, inc. 2º, CPP), esto es, cuando no fue iniciada legalmente, constituye un presupuesto procesal que influye sobre las condiciones exigidas por la ley para que un proceso pueda desenvolverse en forma válida con miras a una resolución sobre el objeto procesal propuesto'. En la misma línea se ubica Pastor, cuando señala que de acuerdo con VOLK 'lo característico en los impedimentos procesales en su efecto obstaculizador para cumplir los fines del proceso' Agrega el primero que 'este punto de vista, a su vez sirve para justificar la clausura del procedimiento también por ausencia de este presupuesto procesal (la posibilidad de alcanzar el fin del procedimiento) que, como ya fue expuesto, se produce con la violación de las garantías básicas del acusado (lesión del principio del Estado constitucional de derecho), ya que entonces y definitivamente el objetivo de realizar un proceso con pleno respeto de los derechos individuales no puede ser conseguido.

En la Argentina, los argumentos axiológicos han sido los preferidos en la más destacada jurisprudencia sobre la cuestión. Ya en el primer caso 'Charles Hnos' de 1891, la Corte fundó la exclusión en que 'siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles...'

En el caso 'Monticelli de Prozillo', se sostuvo que hay de por medio un principio ético en la represión del delito; en 'Fiorentino' la Corte citó en apoyo opiniones estadounidenses fundadas en la cuestión ética subyacente en la exclusión de prueba ilícita; y en 'RUIZ' volvió a reiterar el ya varias veces sostenido argumento de que 'otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre el una

<sup>145</sup> *El secreto profesional...* En Cuadernos del Departamento de Derecho Procesal, N° 4, 1999, p. 186.

sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito’.

En la doctrina también han sido reconocidos y prevalecen argumentos de orden ético. ROXIN entiende que ‘el esclarecimiento de los hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado’. EDWARDS reconoce que en el tema subyace ‘una cuestión de carácter esencialmente ético’. Esta línea argumental también ha estado presente en el pensamiento de autores de la talla de BELING, Eberhard SCHMIDT, Devis ECHANDIA y ZAFFARONI.

Por otra parte, el imperativo de la integridad judicial se desprende del pensamiento de DE LA RUA, cuando señala la contradicción que implica cercenar ciertas garantías para realizar el juicio previo, que en definitiva es el marco que tiende a garantizar el respeto de los derechos fundamentales».<sup>146</sup>

**21.-** Debo referirme a un destacado jurista y profesor ecuatoriano, Ricardo VACA ANDRADE, profesor de la PUCE de Quito, (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), quien nos ilustra con su conocido *Manual de derecho procesal penal*, que cuenta con algunas ediciones<sup>147</sup>.

Dice el reconocido jurista ecuatoriano, en el tema específico de la ilicitud de las escuchas telefónicas y otro tipo de interceptaciones:

«De conformidad con la teoría de la privacidad, el derecho de las personas a la intimidad personal y familiar, garantizado en el numeral 8 del Art. 23 de la Constitución que confirma la protección legal de la voz de una persona; así como la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia y de ‘cualquier otro tipo o forma de comunicación’, igualmente reconocida y garantizada en el N° 13 del mismo art. 23, no se puede interceptar y grabar conversaciones telefónicas de las personas a menos que se

observen las reglas y formalidades dispuestas en la Constitución y en las leyes.»<sup>148</sup>.

Nos recuerda el doctor VACA ANDRADE que el juez Brandeis de la Corte Suprema de Estados Unidos se mostraba muy respetuoso de la cuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos y que en su opinión la interceptación de teléfonos si violaba la cuarta enmienda, y que quienes habían redactado la Constitución ‘reconocieron la significación trascendental de la naturaleza espiritual del hombre, y de sus sentimientos y de su inteligencia. Ellos conocían que sólo una parte del dolor, placer y satisfacciones de la vida se pueden encontrar en las cosas materiales. Por ello buscaron proteger a los ciudadanos americanos en sus creencias y pensamientos, en sus emociones y en sus sensaciones. Ellos reconocieron como contrario a la pretensión del Gobierno, el derecho de las personas a mantener su intimidad personal, el mas completo de todos los derechos y el mas altamente apreciado por las personas civilizadas’. En Igual sentido el ex senador de Estados Unidos y experto constitucionalista Sam ERVIN, reafirmó la Teoría de la privacidad diciendo: ‘La mas profunda y antigua búsqueda del corazón humano ha sido por un lugar en donde uno pueda habitar en paz y seguridad, manteniéndose alejado del público escudriñar en cuanto a los mas íntimos pensamientos y aspiraciones; y fuera de toda violación que podría afectar las mas íntimas asociaciones y comunicaciones, por ser parte esencial de las actividades privadas’<sup>149</sup>.

El Prof. Ricardo VACA ANDRADE expresa que:

«para proteger de manera efectiva el derecho a la intimidad y privacidad de las personas –y de sus manifestaciones mas personales y profundas, expresadas en ideas, sentimientos, sensaciones, pasiones, tendencias, etc.– que podría ponerse al descubierto en el momento en que se exponen conversaciones telefónicas o de otro tipo, y aún en el evento de que sea necesario por consideraciones de carácter investigativo policial o procesal registrar esas conversaciones, se hace indispensable contar con una autorización escrita y previa del Juez Penal otorgada al Fiscal, siempre y

<sup>146</sup> HAIRABEDIAN, Maximiliano, *op. cit.*, pp. 44-45.

<sup>147</sup> VACA ANDRADE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, tercera edición actualizada, 2005.

<sup>148</sup> *Op. cit.*, t. II, p. 356.

<sup>149</sup> Citados por SAMAHA, Joel, *Criminal procedure*, p. 69.



cuando la excepción de este derecho constitucional de la persona sea *indispensable*, previa ponderada evaluación del Juez, para tres fines específicos puntualizados en el art. 155, inciso primero del CPP:

- . Para impedir la consumación de un delito...
- . Para comprobar la existencia de uno ya cometido...
- . Para comprobar la responsabilidad de los partícipes

Aparte de estos objetivos concretos no creemos que existan otras finalidades esencialmente procesales como para que el Fiscal pueda acudir al Juez Penal para solicitarle que autorice la interceptación de teléfonos, de tal manera de todos aquellos casos en que por fines eminentemente políticos, o con pretexto de precautelar la seguridad del Estado, o identificar a los reales o imaginarios enemigos del régimen de turno, se 'pinchan' o 'categorizan' (nombre con el que comúnmente se conoce la acción de intervenir teléfonos pertenecientes a terceros con la finalidad de interceptar conversaciones telefónicas para grabarlas o simplemente escucharlas) teléfonos para grabar conversaciones privadas que luego con hasta ingenuidad o desvergüenza, se refieren en concentraciones de público como el propio Congreso Nacional tratando de justificar la conducta delictiva pero argumentando que al infractor, que igual lo es por utilizar grabaciones ilícitamente obtenidas, 'se le ha hecho llegar la cinta' desde un lugar desconocido»<sup>150</sup>.

Agrega VACA ANDRADE:

«Como el Art. 155 del CPP señala, entendemos, que la autorización del Juez Penal puede ser tanto para que se *intercepte* como para que se *registren* o *graben* conversaciones telefónicas o de otro tipo, bien entendido que la sola interceptación no necesariamente supone también y por si sola la acción de grabar, ya que bien podría suceder que la primera se dé con la única y exclusiva finalidad de escuchar grabaciones de terceros. En este punto conviene hacer notar que dentro de la fase de indagación previa conducida por el Fiscal con la ayuda de la Policía Judicial tiene que

acudirse ante el Juez Penal para pedirle que conceda su autorización para los dos actos que son indispensables para alcanzar uno o mas objetivos señalados en el inciso 1º del mismo artículo; pero con una observación muy importante: **la autorización del Juez Penal debe ser previa a la interceptación y grabación de la conversación, caso contrario, la evidencia que se obtenga no podrá presentarse en el Juicio por tratarse de una prueba inconstitucional e ilegalmente obtenida** (las negrillas son nuestros). Aunque la indagación previa puede prolongarse por uno o dos años respectivamente, según se trate de delitos reprimidos con prisión o reclusión, no creemos que la autorización del Juez Penal que debe obtener previamente el Fiscal, según lo dispuesto en los arts. 155 inciso 1º y 215 inciso 2º del CPP, sea por periodos de tiempo tan prolongados, o peor aun por periodos abiertos o indefinidos, violentando constante o permanentemente el derecho de las personas. Por lo dicho, la autorización del Juez Penal debe darse para cada caso, para cada situación específica y con una finalidad determinada y no en términos generales»<sup>151</sup>.

Concluimos esta parte de las citas pertinentes del reconocido profesor de la PUCE de Quito, Jorge VACA ANDRADE, con los siguientes párrafos:

«...las personas encargadas de interceptar, grabar y transcribir la comunicación, tienen la obligación de guardar secreto sobre el contenido de las conversaciones, salvo cuando se las llame a declarar. De faltar a este deber, si teniendo noticia por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revelaren sin causa justa, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años y multa de ocho a setenta y siete dólares, como prevé el art. 201 del CP.

**Finalmente, queremos insistir en el hecho de que la grabación de una conversación telefónica obtenida con violación del derecho constitucional, es decir, sin contar con la autorización escrita y previa del Juez Penal, no puede ser utilizada como evidencia y presentada como prueba en el Juicio penal, como reiteradamente se ha pronunciado la jurisprudencia de algu-**

<sup>150</sup> VACA ANDRADE, *op. cit.* pp. 357-358.

<sup>151</sup> VACA ANDRADE, *op. cit.* pp. 359.

nos países en los que la observancia de las disposiciones legales que protegen las garantías constitucionales no es asunto intrascendente o insustancial como, lamentablemente, acontece en Ecuador (las negrillas son nuestras). Y ello por más que la conversación se haya registrado ilegalmente, la forma en que se cometió el delito y la identidad de los responsables, constituyéndose en prueba imprescindible para poder condenar; de ser ese el caso, una vez anulada la prueba y al no tener validez jurídica, en virtud de lo dispuesto en el art. 24 No 14 de la Constitución, en concordancia con el art. 80 del CPP -, el imputado debe ser absuelto a despecho de la Policía Judicial y del Ministerio Público que no se preocuparon de obtener la autorización escrita previa, para actuar en conformidad con las exigencias constitucionales y legales»<sup>152</sup>.

22.- Un jurista de extraordinario talento como fue Monseñor Juan LARREA HOLGUÍN, que era además un gran constitucionalista, expresaba con respecto a las **garantías del debido proceso** en una de sus últimas obras<sup>153</sup>, lo que transcribo:

«Conviene destacar que este art. 24, recoge los ya clásicos principios de un proceso regular : el derecho de defensa, la debida información, la presunción de inocencia, el derecho al silencio, a la defensa por parte de un abogado, la oportunidad y celeridad del trámite y la especial protección a las personas menos capaces de defenderse por si mismas, entre las que se supera a los menores, mujeres, indígenas y pobres, al respecto el fuero o competencia del juez que debe juzgar, las motivación adecuada de las resoluciones. También se pone a salvo el derecho de no ser obligado a declarar contra uno mismo o contra personas íntimas. Algunos detalles más concretos que aplican estos derechos son nuevos en el derecho constitucional ecuatoriano, como los plazos máximos para la prisión preventiva y el derecho a que se informe al acusado en su lengua materna. **Entre los nuevos elementos, tiene mucha importancia el señalado en el numeral 14: Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o las**

<sup>152</sup> VACA ANDRADE, *op. cit.* pp. 360.

<sup>153</sup> LARREA HOLGUÍN, Juan, *Derecho constitucional ecuatoriano*, v. I, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas, 1998.

**leyes no tendrán validez alguna»** (las negrillas son nuestras). Destaco lo dicho por el erudito jurista Monseñor Juan LARREA HOLGUÍN, por la relevancia con respecto al tema que es el objeto jurídico de este proceso penal<sup>154</sup>.

23.- Un destacado constitucionalista como es el doctor Jorge ZAVALA EGAS, en uno de sus libros sobre la materia<sup>155</sup>, se refiere al derecho a la seguridad jurídica, a la tutela jurisdiccional y al debido proceso (art. 23, N° 26 y 27 y art. 24, N° 17, y comenta:

«la seguridad jurídica es un derecho que comprende el de la tutela jurisdiccional efectiva y esta contiene el derecho a un debido proceso. Lo único que no compartimos, en forma radical, con nuestros constituyentes, es hacer constar el derecho a la tutela judicial como una condición del proceso debido, cuando en realidad se trata de lo contrario»<sup>156</sup>.

Luego el profesor ecuatoriano ZAVALA EGAS, nos recuerda en su libro:

«Alterini, Atilio en su obra *La inseguridad jurídica*<sup>157</sup> define la seguridad jurídica como la afirmación de la certeza y la permanencia de las situaciones jurídicas. Para el autor la seguridad jurídica tiene tres acepciones: a) seguridad por medio del Derecho cuando el Ordenamiento Jurídico garantizará que terceros no avasallarán derechos ajenos y que el Estado sancionará a quienes lo hagan; b) seguridad como certidumbre del Derecho que supone la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona y su consiguiente convicción acerca de que esos derechos serán respetados; y c) hay seguridad como estabilidad del Derecho cuando resulta de la existencia de un sistema legislativo debidamente ordenado, y que prevé el cumplimiento de determinados recaudos para modificar las normas jurídicas: el órgano que dicta las normas debe tener competencia suficiente y someterse al procedimiento reglado»<sup>158</sup>.

<sup>154</sup> LARREA HOLGUÍN, Juan, *op. cit.* p.211.

<sup>155</sup> ZAVALA EGAS, Jorge, *Derecho constitucional*, t. I., Edino, 1999.

<sup>156</sup> *Op. cit.* p. 159.

<sup>157</sup> Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

<sup>158</sup> ZAVALA EGAS, Jorge, *op. cit.* pp. 159-160.

En el tema de la *Tutela jurisdiccional efectiva*, el Prof. ZAVALA EGAS, nos dice:

«E. VII.20. - Nuestra Constitución ha prescrito que *toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.* De lo cual se concluye que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para nuestra Constitución comprende:

- a) El acceso a los órganos judiciales;
- b) A que se instaure el proceso conforme a Derecho, esto es, un debido proceso;
- c) A que se respete el derecho a la contradicción;
- d) A que no existan dilatorias arbitrarias;
- e) A obtener una definición definitiva,
- f) A que la decisión sea efectivamente cumplida...

E. VII.22. El derecho al debido proceso tiene su propia historia, lo cual no trataremos, pero es importante destacar que éste se resume en que todo proceso o en cualquier proceso, si se prefiere, se cumplan las garantías constitucionales que rigen el Derecho Procesal, incluido el Administrativo y el Político que, en nuestra Constitución, se contienen en el art. 24<sup>159</sup>.

En el tomo II de la obra del Prof. ZAVALA EGAS a que nos estamos refiriendo<sup>160</sup>, destaca a la inmediata aplicación de los Pactos Tratados y Convenios y de las garantías que los mismos contienen, por tratarse de normas *operativas* y *no programáticas*, es decir que no requieren de desarrollo previo alguno:

«11.4.- En el Ecuador, desde agosto de 1998, no se discute la integración de los tratados y convenios internacionales, como parte del ordenamiento normativo nacional, y lo manifiesta en forma clara en Art. 163:

‘Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgadas en el Registro Oficial, formarán par-

<sup>159</sup> *Op. cit.*, pp. 160-161.

<sup>160</sup> *Op. cit.*, 2002.

ta el ordenamiento jurídico de la República y *prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.*

11.5.- Luego, el orden jerárquico de las normas en nuestro país, parte, en el orden de superioridad con la Constitución, luego en rango subordinado, los tratados y convenios internacionales, después las leyes orgánicas y posteriormente las leyes ordinarias. Por ello, la aplicación de la norma contenida en el inciso final del Art. 272, se la hará conforme la prevalencia jerárquica-normativa indicada antes...

11.8.- En el art. 17 la Constitución prescribe que el Estado *garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y mas instrumentos internacionales, por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.*

11.9. Norma suprema que determina en forma imperativa, la *aplicación directa* de las declaraciones, pactos, convenios y tratados sobre derechos humanos, de parte de cualquier juez, tribunal o autoridad, por lo que se proclama de manera indubitable que las normas de los convenios internacionales no son *programáticas*, esto es, de aquellas que solo pueden aplicarse en nuestro ordenamiento jurídico, con previo y expreso reconocimiento del legislador; sino que son por el contrario, *operativas*, vale decir, directamente invocables y directamente aplicables por parte de los tribunales y jueces, sin más requisitos...

11.10. Esto equivale a afirmar que las normas de Derecho Internacional, conforman nuestro derecho interno (art. 163 Const. Poli.) y por lo tanto en cuanto a los derechos humanos se refiere, no se requiere de ley alguna que prescriba su operatividad, para que los jueces apliquen directamente ese derecho, reconocido en pacto o convenio internacional.

11.11. El art. 18 de la Constitución Política reitera que *los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.* Ratificando así la operatividad plena de las normas constitucionales y de los tratados o convenios internacionales, desechando para siempre el valor meramente programático de estas normas.

ll. 12.- En consecuencia, no cabe duda alguna que los jueces están obligados a hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos 'pues la adecuación de las normas internas no será limitada a las leyes u otras normas jurídicas similares, sino que la exigibilidad directa del derecho internacional de los derechos humanos podrá ser declarada por los jueces de todas las jurisdicciones y de todas las materias'<sup>161</sup> (*op. cit.*, pp. 62-63-64).

**24.-** Otro destacado jurista ecuatoriano es el Dr. José C. GARCÍA FALCONI, ex Magistrado del Tribunal Constitucional<sup>162</sup> y con una larga carrera que incluye haber sido Magistrado de Corte Suprema, quien con profundidad y conocimientos nos ilustra y orienta en el tema de las garantías constitucionales, y presenta un análisis jurídico de las normas señaladas en el art. 24 de la Constitución Política, como el relacionado con las pruebas ilícitas. Del libro de GARCÍA FALCONI<sup>163</sup>, reproducimos los siguientes párrafos:

«Hablar de Garantías Constitucionales, es hablar del respeto a los Derechos Humanos en la Administración de Justicia en general, pero sobre todo en materia penal, que como sabemos se refiere a aquellos Derechos Fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona, que por una u otra razón, justa e injustamente entra en contacto con la rama penal. Hay que recordar que el Derecho Procesal Penal hoy en día es básicamente garantista, o sea es el Derecho Constitucional reformulado, en tanto reglamenta los principios y garantías constitucionales, reconocidos por la Carta Fundamental.

El Ecuador ha ingresado a la política de respeto por el Derecho Penal Humanitario. Al actuar dentro de los márgenes que esta-

<sup>161</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). *Judicium et Vita*. N° 4, 1ª ed., 1996, San José, Costa Rica, p. 57.

<sup>162</sup> El Dr. GARCÍA FALCONI tiene una larga carrera judicial como Juez civil, Ministro de la Corte Superior de Justicia de Quito y Magistrado de la Corte Suprema. Ha sido igualmente funcionario del Ministerio Público en donde ha ejercido los cargos de Agente Fiscal, y de Ministro Fiscal Distrital de Pichincha.

<sup>163</sup> GARCÍA FALCONI, José C., Las garantías constitucionales en el nuevo código de procedimiento penal y la responsabilidad extracontractual del Estado. Estudio detallado de las normas del debido proceso en Ecuador, 1ª ed., Quito, 2001.

blece en Art. 24 de la Constitución Política; esto es dentro de unos márgenes filosóficos, ideológicos y políticos de un Estado Social de derecho, respetando en todo momento la dignidad, derechos y garantías judiciales del procesado.

Pero, para que esto se produzca en la praxis judicial, tengo que reconocer que todos los ciudadanos, muy en especial los que administramos justicia debemos cambiar de mentalidad, de la eminentemente formalista que condena al excesivo ritualismo escrito con preservación de las formas, como si esto produjese la solución del conflicto, por el reconocimiento en todo momento de los derechos humanos del ciudadano»<sup>164</sup>.

GARCÍA FALCONI, reconoce la estrecha relación entre las garantías constitucionales y el debido proceso, expresando:

«Hoy, nosotros contamos con una verdadera constitucionalización del proceso penal; hoy en día los derechos y garantías de los ciudadanos dejaron de ser meros postulados para convertirse en formas de efectivo cumplimiento.

Hoy tenemos una Constitución Política que ha cobrado vida con el nuevo Código de Procedimiento Penal, de tal manera que hay una relación entre la jurisdicción penal y la constitucional.

Hoy en día, en el Ecuador no se puede admitir que se desarrolle una causa y que se dicte el veredicto correspondiente, sin que se haya asegurado previamente el respeto a esos principios constitucionales»<sup>165</sup>.

El mismo autor GARCÍA FALCONI al hacer un resumen sobre el valor del fruto del árbol envenenado, expresa:

«Otros tratadistas señalan en cambio, la ineficacia probatoria de todo acto procesal que vulnere garantías constitucionales y que la ineficacia se extienda a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueren consecuencia necesaria de ella... O sea en materia probatoria es fundamental aplicar el principio de la Legalidad, de tal modo que no puede existir decisión con prueba

<sup>164</sup> *Op. cit.*, p. 9.

<sup>165</sup> GARCÍA FALCONI, José C., *op. cit.*, p. 11.

producida en el proceso conforme a la ley, esto es que su observancia es una irregularidad de carácter sustancial y afecta al Debido Proceso, siendo por tal de ninguna validez como lo señala el numeral 14 del art. 24 de la Constitución Política»<sup>166</sup>.

Al referirse a *La prueba en materia penal y los derechos humanos*, dice el profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central de Quito, José GARCÍA:

«El art. 80 del Código de Procedimiento Penal que entrara en vigencia en el mes de julio del año 2001, señala: '**Ineficacia probatoria**. Toda acción preprocesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías'.

El art. 81 *ibidem* dispone: '**Derecho a no auto incriminarse**. Se reconoce el derecho de toda persona a no auto incriminarse'.

Mientras que el art. 83 del nuevo Código de Procedimiento Penal indica: '**Legalidad de la prueba**. La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de éste Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito'.

Las disposiciones legales antes transcritas concuerdan con lo manifestado por nuestra Constitución Política en el Art. 24 numerales 5, 9 y 14, de tal modo que la prueba en materia penal goza de libertad, sin más que dos restricciones: la de excluir los medios que atentan contra la integridad o la dignidad de la persona humana a aquellos que se hallan condenados o no señalados por la ley»<sup>167</sup>.

Posteriormente GARCÍA FALCONI hace un llamamiento tanto a jueces como al Ministerio Público para que se respeten *las garantías* atinentes al *debido proceso*, mediante la presentación de pruebas libre de vicios:

<sup>166</sup> *Op. cit.*, pp. 140-141.

<sup>167</sup> *Op. cit.*, p. 144.

«Personalmente he manifestado que tanto las partes como el juez y por supuesto el Ministerio Público a través de sus respectivos representantes, están en la obligación legal y moral de suministrar en este caso al Juez la prueba libre de vicios, artimañas, torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad o peor aun utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito, según bien lo dispone el art. 83 del Código de Procedimiento Penal, porque de lo contrario el legislador ha considerado que habría deslealtad para con quienes intervienen en el proceso, especialmente para el sindicado o imputado»<sup>168</sup>.

### Petición expresa de exclusión probatoria

Debo concluir, empezando por expresar que el esfuerzo para demostrar inequívocamente la *ineficacia probatoria* de las grabaciones de audio y video que sirvieron como antecedente para esta instrucción, sin duda ha valido la pena, pues nos ha permitido recordar que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, que tiene una Constitución Política (2008) que es un buen ejemplo a imitar por su contenido *programático* y de aplicación inmediata. Nuestra Constitución declara expresamente la falta de valor (art. 76 numeral 4) de tales actuaciones violatorias de garantías fundamentales que lesionan derechos humanos, existiendo la obligatoriedad de declarar tal *ineficacia* aunque la parte interesada no la invoque (art. 11 N° 3), existiendo responsabilidad del Estado por su incumplimiento (art. 11 N° 9 de la misma Constitución).

Nuestro Código de Procedimiento Penal (art. 80, 83 y 155) es guardián celoso de la exclusión de la prueba ilícita y de todos sus efectos o consecuencias como cuando se trata de las pruebas relacionadas o derivadas, que son «frutos del árbol prohibido o envenenado», y que la exclusión probatoria debe cumplirse de manera obligatoria esto es *ex officio*.

Agrego a lo dicho que los fallos de la Corte Suprema de Ecuador que aquí se han invocado, han ratificado el respeto al Estado de Derecho y el **respeto al debido proceso**. Que incluso un jurista y Magistrado en funciones como es el caso del Dr. Luis Humberto ABARCA

<sup>168</sup> GARCÍA FALCONI, José C., *op. cit.*, p. 146.

GALEAS (Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia) ha dedicado buena parte de su vida como investigador especializado en materia penal, a cuestionar los «frutos del árbol envenenado» y a proclamar la necesidad de respetar al Estado de Derecho mediante la *exclusión de la prueba ilícita* y de sus derivados, a través de algunas de sus importantes publicaciones, antes y durante el ejercicio del cargo de Magistrado.

Que juristas nacionales de la talla de Edmundo DURÁN DÍAZ (+), Walter GUERRERO VIVANCO, Jorge ZAVALA EGAS, así como Ricardo VACA ANDRADE, coinciden en destacar la *ilicitud de la prueba obtenida de manera indebida* o con violación de garantías constitucionales. A este criterio hemos agregado la posición de constitucionalistas como Su Ilustrísima Monseñor Juan LARREA HOLGUÍN (+), el mismo Jorge ZAVALA EGAS; y, José GARCÍA FALCONI, que reclaman no sólo en el respeto al Estado de Derecho, sino el cumplimiento inmediato de las *garantías constitucionales*. La Constitución Política reitera que *los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad*. Ratificando así la operatividad plena de las normas constitucionales y de los tratados o convenios internacionales, desechando para siempre el valor meramente programático de estas normas (sic).

Sobre el tema se pronuncia categóricamente un gran jurista argentino el profesor José CAFFERATA NORES, en otra de sus obras<sup>169</sup>:

«La operatividad propia de las garantías constitucionales privará de todo valor, no sólo a las pruebas que constituyan propiamente el *corpus* de la violación de aquellas, sino también a la que sean la consecuencia necesaria e inmediata de ella, descalificando así tanto sus quebrantamientos palmarios o evidentes, como los larvados o encubiertos... el modo de evitar que surtan efectos probatorios de sus violaciones evidentes o encubiertas, será la anulación de los actos procesales que las contienen. Esto será posible no sólo en las hipótesis para las cuales esta sanción se halle específicamente conminada en la ley procesal, sino también

<sup>169</sup> CAFFERATA NORES, José, *Introducción al derecho procesal penal*, Lerner, Córdova, 1994.

en cualquiera otra en que la nulidad no esté expresamente prevista... aunque no hubiera reglamentación expresa, la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas, exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas, sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez. Para eso están las garantías...»<sup>170</sup>.

Otro destacado jurista argentino Alberto M. BINDER, que formó parte de la Comisión Redactora del primer anteproyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal para Ecuador<sup>171</sup> del año 1992, dice:

«La idea de sanción responde de un modo muy pobre a la función de las formas y al régimen de la nulidad dentro del proceso penal. La actividad judicial que se desencadena a partir del signo de afectación de un principio (defectos formales) es antes que nada reparadora y sólo en último término sancionadora»<sup>172</sup>.

Coherente con el Estado de Derecho que se vive en Ecuador, y por existir expresa prohibición constitucional, SOLICITO que se declare –en este caso– la *ineficacia probatoria* de los actos preprocesales practicados que sirvieron como antecedente para el presente proceso penal. Como bien se sabe, la regla y *principio de exclusión* determina la inadmisibilidad del acto, que conlleva impedir el ingreso jurídico de un acto al proceso, (la nulidad torna ineficaz un acto ya ingresado). Pero si se hubiese introducido al proceso un acto preprocesal obtenido de manera *ilícita* y con grave quebranto constitucional, como es de toda evidencia en el presente proceso, debe declararse su *ineficacia*, reconociendo el quebranto constitucional perpetrado, y la imposibilidad de que pueda pronunciarse un llamamiento a juicio a base de

<sup>170</sup> *Op. cit.*, pp. 70 y 136.

<sup>171</sup> Esta comisión estuvo presidida por Walter Guerrero Vivanco en calidad de Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y conformada por los juristas ecuatorianos Rodrigo BUCHELI MERA y Fabián GUIDO FLORES (+), así como los argentinos Maximiliano RUSCONI y Alberto M. BINDER.

La segunda comisión fue conformada por la Comisión Latinoamericana para el Desarrollo de Quito, y estuvo constituida por Edmundo DURAN DIAZ (+) ex Fiscal General de la República, Walter GUERRERO VIVANCO, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, Prof. de Derecho Procesal Penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

<sup>172</sup> BINDER, Alberto M., *El incumplimiento de las formas procesales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 93.

*actos preprocesales inconstitucionales.*

Procede que en aplicación del Art. 226 del Código de Procedimiento Penal emita su dictamen absteniéndose de acusar, pues no hay méritos o elementos de convicción constitucional y legalmente practicados, para promover un llamamiento a juicio.

Atentamente,

Dr... Mat...