

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**TESIS FINAL**

Previa a la obtención del grado de

**MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL**

**DEBIDO PROCESO PENAL EN EL DERECHO ECUATORIANO**

**ELABORADO POR:**

**AB. EDGAR ESCOBAR ZAMBRANO**

**TUTOR:**

**DR. HÉCTOR GABRIEL VANEGAS Y CORTÁZAR, MSC.**

Guayaquil, febrero de 2012



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

## **CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el Abogado Edgar Edmundo Escobar Zambrano, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Procesal.

Guayaquil, a los 22 días del mes de febrero del año 2012.

**DIRECTOR DE TESIS**

**Dr. Héctor Vanegas y Cortázar, Msc.**

**REVISORES:**

**Dr. Nicolás Rivera Herrera, Msc.**

**Ab. Mónica Vargas Cerdán**

**DIRECTOR DEL PROGRAMA**

**Dr. Santiago Velásquez Velásquez, Msc.**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

## **DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**YO, Edgar Edmundo Escobar Zambrano**

### **DECLARO QUE:**

La Tesis “**DEBIDO PROCESO PENAL EN EL DERECHO ECUATORIANO**” previa a la obtención del Grado Académico de Magíster, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 22 días del mes de febrero del año 2012.

### **EL AUTOR**

**Edgar Edmundo Escobar Zambrano**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

**AUTORIZACIÓN**

YO, **Edgar Edmundo Escobar Zambrano**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución de la Tesis de Maestría titulada: “**DEBIDO PROCESO PENAL EN EL DERECHO ECUATORIANO**”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 22 días del mes de febrero del año 2012.

**EL AUTOR**

**Edgar Edmundo Escobar Zambrano**

### **AGRADECIMIENTO:**

A mi cónyuge Ana Cristina, por su permanente sacrificio y desprendimiento invaluable, hacia sus seres queridos, en especial hacia nuestra hija Valentina María y por el apoyo brindado para poder culminar con éxito la presente Tesis, siendo ella parte fundamental en la futura obtención del título de Magíster en Derecho Procesal.

# ÍNDICE

<b>CONTENIDO</b>	<b>PÁGINA</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> _____	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I:</b>	
<b>EL PROBLEMA</b>	
<b>Planteamiento de la investigación</b> _____	<b>3</b>
<b>Preguntas de investigación</b> _____	<b>4</b>
<b>Objetivos Generales y Específicos</b> _____	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO II:</b>	
<b>MARCO TEÓRICO</b>	
<b>Antecedentes</b> _____	<b>7</b>
<b>El Sistema Procesal Inquisitivo</b> _____	<b>11</b>
<b>El Sistema Procesal Acusatorio</b> _____	<b>17</b>
<b>El Sistema Procesal Moderno</b> _____	<b>24</b>
<b>La nueva Constitución y el direccionamiento del Derecho Procesal ecuatoriano</b> _____	<b>28</b>
<b>Las Garantías Procesales en general: Fundamentación y Clasificación</b> _____	<b>35</b>
<b>Las Garantías del Debido Proceso y el Principio de Legalidad Material</b> _____	<b>39</b>

<b>Las Garantías Procesales del Principio de Legalidad en materia Jurisdiccional</b>	<b>52</b>
<b>Las Garantías del Procedimiento: Fundamentos y Clasificación</b>	<b>55</b>
<b>Las Garantías del Procedimiento: El Derecho a la defensa</b>	<b>57</b>
<b>Las Garantías del Procedimiento: Las Medidas Privativas de Libertad</b>	<b>60</b>
<b>Las Garantías de Interpretación: La Presunción de Inocencia y el In dubio pro reo</b>	<b>68</b>
<b>Las Garantías de Interpretación: Sobre la Legalidad y Admisión Probatoria</b>	<b>72</b>
<b>Los Medios de Comunicación y su relación con la justicia</b>	<b>79</b>

### **CAPÍTULO III:**

#### **METODOLOGÍA**

<b>Modalidad de la investigación</b>	<b>82</b>
<b>Procedimientos de investigación</b>	<b>84</b>

### **CAPÍTULO IV:**

#### **ANÁLISIS DE RESULTADOS**

<b>Presentación de resultados</b>	<b>85</b>
-----------------------------------	-----------

### **CAPÍTULO V:**

#### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

<b>Conclusiones</b>	<b>87</b>
<b>Recomendaciones</b>	<b>89</b>

# DEBIDO PROCESO PENAL EN EL DERECHO ECUATORIANO

## INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo tiene la tarea de realizar un estudio sobre el debido proceso. Lo simple del asunto es también lo complicado del mismo por cuanto uno se topa con gran cantidad de malentendidos teóricos a lo largo del ejercicio profesional. Siendo un tema tan primordial no podemos dar paso a esos malentendidos y, aunque exista una corriente garantista predominante, debemos analizar el debido proceso no sólo desde una perspectiva basada en el procesado, sino también en las víctimas de los delitos.

El Derecho como ordenación legal positiva, se dirige a regular la conducta del hombre en sociedad, a fin de establecer un clima de paz y seguridad jurídica entre los ciudadanos. Las normas se orientan entonces a establecer diversas formas de regulación jurídica, cuyos efectos interpartes es incumbencia estricta de los Tribunales. En el marco del Estado de Derecho, es el Poder Legislativo quien asume la política jurídica, que se concretiza a partir de una serie de leyes que se incrustan en el entramado social, de acuerdo a su naturaleza y especie. Para tales efectos, el legislador se nutre de las incesantes mutaciones sociales, que ameritan una reacción normativa por parte de aquél, en orden a regular las relaciones, hechos o consecuencias que de tales conductas pueda ocasionarse. La explicación de su génesis y su transformación nos muestra que las normas jurídicas no nacen de la nada y tampoco se gestan al vacío, sino que, por el contrario, el legislador trata de plasmar en ellas los valores predominantes de la sociedad contemporánea.

En el Ecuador se está siguiendo ciegamente la corriente Neoconstitucionalista, rechazando todo tipo de argumento anterior. Y digo ciegamente porque muchos expositores del tema nos hablan de él, pero nunca lo justifican más que por un “nos tocó”. Si bien nuestra Constitución es garantista, no significa que muchos de los derechos en ella consagrada no hayan existido antes. En sí, el debido proceso no es un derecho que ha nacido en el último siglo, sino que es un derecho inherente al propio Estado de Derecho. Pero el problema no es sólo ese, el problema más grande comienza desde el malentendido de los sistemas

procesales históricos, el fundamentalismo hacia el sistema acusatorio, la desactualización de la doctrina nacional y del inevitable choque de los ideales con una realidad marcada por una creciente ola de inseguridad. Bajo el argumento ciego del garantismo se intenta quebrar el estado con una noble excusa, pero la percepción ciudadana se da cuenta de ello y pide cambios. Y son aquellos llamados a hacer los cambios los que más fallan, los que más errores cometen, los más fundamentalistas. Aquellos que miran a la ley como una palanca de votos, y pretenden hacer un show mediático con argumentos estériles e ineficientes.

El presente trabajo iniciará viendo dos sucesos históricos que sucedieron en 1215, para de ahí partir a un estudio de la evolución histórica de los sistemas procesales y de las ideologías detrás de ellos. Si bien mucho de esto se encuentra mitificado<sup>1</sup> (o demonizado) intentaremos marcar un límite y un balance que cubra las dos caras de la moneda. Luego de este estudio entraremos a analizar brevemente el direccionamiento constitucional del debido proceso para luego entrar a analizar el debido proceso en sí: sus fundamentos, sus principios, sus problemas.

En sí los problemas no son de la ideología del debido proceso, hay un consenso general sobre su necesidad y su categorización como derecho fundamental. Sin embargo el problema radica en un sistema que abusa del fraude de ley y del discurso garantista, perjudicando otros intereses sociales; sin embargo lo contrario sucede también, en el que se atropella al debido proceso para proteger intereses sociales. Con esto intentaremos adentrar en este estudio desde una perspectiva imparcial, a fin de lograr analizar y desarrollar los principios generales del debido proceso, iniciando desde el análisis de los sistemas procesales históricos inquisitivo y acusatorio.

Siguiendo la orientación dogmática del principio de Accesoriedad Limitada, tanto al juicio de reproche de la culpabilidad y la determinación del cuántum de pena a imponer, es un juicio meramente individual y no colectivo. En síntesis, las diversas características y situaciones diferenciadas que puedan presentar los imputados, deberá analizarse de manera individual y específica: nulla poena sine culpa.

---

<sup>1</sup> Un ejemplo de esta mitificación y de la “magia” detrás de los calificativos y valoraciones lo podemos ver en Zambrano Pasquel, Proceso Penal y Garantías Constitucionales, edición Web: Pg.72.

## **CAPÍTULO I**

### **EL PROBLEMA**

#### **1. Planteamiento de la investigación.-**

##### **1.1. Antecedentes:**

Debido al reciente cambio a la Constitución de la República del Ecuador y con ello a la constitucionalización de muchos derechos correspondientes a las garantías procesales; además del nacimiento de una tendencia cada vez más garantista, dirigida al sistema procesal acusatorio, se deberá de realizar un análisis crítico de los alcances de estos cambios dentro del proceso penal ecuatoriano, así como de una valoración de las ideas que están detrás de estas ideologías que cada vez más son implantadas en el país sin realmente ser analizadas.

##### **1.2. Descripción del objeto de investigación (descripción del tema):**

El tema del Debido Proceso Penal en el Derecho ecuatoriano abarca los derechos y garantías establecidas en la Constitución de la República y otros cuerpos normativos nacionales e internacionales. Clasificar estos derechos según su función como tales y analizar el alcance de estos derechos en relación a otras garantías constitucionales.

Asimismo, se realizará un análisis histórico del debido proceso y de las principales ideologías de sistemas procesales que se manejan dentro del debate nacional: el sistema acusatorio y el inquisitivo, para que así podamos tener una mejor visión sobre qué es lo que pretendemos lograr con la implantación de uno u otro sistema y si estos cambios son los correctos para lograr los objetivos que se requieren alcanzar.

### **1.3. Justificación:**

El tema ha sido escogido por cuanto desde la incorporación de la nueva Constitución el planteamiento nacional parece ser único en cuanto al direccionamiento de la política criminal como una política de garantismo fundamentalista, olvidando muchos factores sociales y reales, así como consecuencias de dicha visión. Para ello, la necesidad de realizar un análisis crítico de las ideas detrás del garantismo, como es entendido en el país, y de ofrecer ideas frescas y nuevas perspectivas ideológicas. Todo ello centrado en la investigación de las garantías y derechos que rigen el debido proceso penal.

### **2. Preguntas de investigación.-**

Debido a la nueva estructura constitucional del Estado, además de una creciente corriente garantista, respaldada por la misma Constitución, y de una creciente alerta social sobre estos temas, principalmente ligado al problema de la seguridad ciudadana, cabe entonces analizar y ver el alcance del debido proceso en nuestra Constitución, para lo cual realizamos las siguientes preguntas principales:

- 1) ¿Existe un debido Proceso Penal en el Derecho ecuatoriano?
- 2) ¿Las garantías del debido Proceso Penal se aplican en el nuevo marco jurídico constitucional?
- 3) ¿Los derechos que existen en nuestra Constitución se aplican en los Procesos Penales en el Ecuador?
- 4) ¿Cuál es el alcance de estas garantías y derechos y cómo se desenvuelven dentro del marco jurídico?
- 5) ¿Cómo deben aplicarse las leyes de la República en concordancia con la Constitución para que exista un debido Proceso Penal en el Derecho ecuatoriano?

### **3. OBJETIVOS.-**

#### **3.1. Objetivos Generales:**

Analizar la Constitución en sus garantías principales en referencia al debido proceso, haciendo referencia a los sistemas procesales actuales y al derecho comparado.

Elaborar el contenido de los derechos y garantías del debido proceso penal en el Ecuador desde una perspectiva crítica de las ideologías actuales, así como ver sus alcances y posibles conflictos con otros derechos fundamentales.

#### **3.2. Objetivos Específicos:**

Realizar un análisis de la historia de los sistemas penales y del debido proceso, a fin de obtener una perspectiva histórica para analizar el contenido de los derechos y su fundamento.

Determinar los derechos que integran el debido proceso en el ordenamiento jurídico ecuatoriano estableciendo la relación entre ellos y su pertinencia o no dentro de los que llamamos “debido proceso”.

Analizar los derechos y garantías del debido proceso y el alcance de los mismos en el Derecho ecuatoriano.

Establecer una perspectiva del alcance de los diferentes derechos y garantías del debido proceso dentro del marco jurídico, diagnosticando su operatividad y realizando una crítica al sistema actual y su direccionamiento, teniendo en cuenta también otras necesidades como la de garantizar la seguridad.

#### **DELIMITACIÓN:**

- **CAMPO:** Jurídico.

- **ÁREA:** Procesal.
- **ASPECTO:** Judicial.
- **TEMA:** Debido Proceso Penal en el Derecho Ecuatoriano.
- **PROBLEMA:** Derechos generales y específicos que estar siendo violentados en el sistema Procesal Penal.
- **DELIMITACIÓN ESPACIAL:** Ecuador.
- **DELIMITACIÓN TEMPORAL:** Histórico y actual.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

El marco teórico de la presente tesis partirá del análisis histórico de los diversos sistemas procesales.

#### **§1.- ANTECEDENTES: 1215: UN AÑO CRUCIAL.**

Es erróneo clasificar a los sistemas inquisitivo y acusatorio como “principios”, por cuanto su naturaleza no es tal sino la de un sistema basado en el impulso necesario para iniciar un proceso, lo cual se reflejará sea como un medio de control social o como un medio de tutela de la libertad y de las garantías, según en las medidas que se adopten dichos sistemas. (Alvarado Velloso, 2006) Incluso es erróneo intentar definir el debate únicamente centrado entre estos dos sistemas por cuanto existe un consenso muy amplio de que el sistema inquisitivo puro, en los tiempos actuales y en la cultura occidental, es inaceptable.

Sin embargo dicho planteamiento parte desde la base de la posible existencia de un sistema inquisitivo puro, lo cual es otro problema: históricamente no hay un proceso que pueda identificarse en puridad con alguno de estos dos modelos.<sup>2</sup> Debemos tener en claro que muchas veces, al hablar de los sistemas acusatorios e inquisitivos caemos en la falacia de hablar no de los procesos históricos sino en idealizaciones ideológicas a partir de concepciones diferenciadas: entramos a hablar de Quimera y Belerofonte. Simplemente discutimos un modelo “ideal” y su antítesis, a la cual le endosamos todos los males del pasado. Por ello intentaremos tomar otro punto de vista y no mostrar a los sistemas en su fase ideológica, sino histórica.

Para ello partiremos del año 1215 d.c., pues en 1215 ocurrieron dos eventos de suma importancia para el derecho procesal penal; con pocos meses de

---

<sup>2</sup> Lorena Bachmaier Winter, Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal, (de ahora Bachmaier, 2008) en Bachmaier (coord.), Proceso Penal y Sistemas Acusatorios. Marcial Pons, Madrid, 2008. Pág. 13.

diferencia, y a unos cientos de kilómetros, se generaban los principios que regularían los dos sistemas procesales que a lo largo de la historia tendrían sus repercusiones: el Concilio de Letrán y la promulgación de la Carta Magna. Si bien históricamente podríamos ir más atrás, tomaremos este punto como referencia debido a sus repercusiones modernas; y con ello al estudio de los sistemas inquisitivo y acusatorio.

Ante el crecimiento de las diversas comunidades herejes, entre ellos los arrianos y valdenses en Francia o los cátaros al norte de España, que negaban diversos de los dogmas de la religión católica. Ante ello la Iglesia reaccionó primariamente con el Concilio de Verona (1184) por el cual se crea a la inquisición, pero como una organización eclesial. Mediante el decreto *ad abolendum* se encomendó a los diversos obispos a que inspeccionen anualmente los pueblos en donde se presentaban las herejías, a fin de inquirir o recabar los secretos de éstas. Ellos les encargaban dichos mandos a personas de buena reputación para que, de ser el caso, ellos mismos juzgasen a los sospechosos.

Lo que buscaba la Iglesia con esto no era la represión de la herejía, sino la conversión del hereje (por lo que se disminuye su relevancia jurídica). Estas personas iban pueblo por pueblo, casa por casa, buscando a los pecadores con el fin de que confiesen sus pecados y que no vuelvan a caer en el pecado de la herejía. Los confesores absolvían y perdonaban a los pecadores, reintegrándolos en el son de la iglesia.<sup>3</sup> Esto dejó claro las tres bases de la organización eclesial inquisidora: la búsqueda de pecadores, la investigación de sus pecados y la obtención de la confesión.

Con el tiempo la Iglesia fue adquiriendo más poder, incluso dentro de las organizaciones civiles. Se disputaba el poder en los gobiernos seculares, y con ello empezó a convertir en delitos lo que antes era pecado.<sup>4</sup> Los herejes reaccionaban ante esto, y en especial los cátaros empezaron a decir que el Papa era el anticristo. Inicialmente Roma le pidió al rey francés que desaparezca a dichos herejes, sin embargo dicho rey no se mostró colaborador debido a que se encontraba en guerra

---

<sup>3</sup> (Alvarado Velloso, 2006) Pág. 9.

<sup>4</sup> (Alvarado Velloso, 2006) Pág. 9.

con Inglaterra, sin embargo la corona de Aragón decidió ayudar para volver al beneplácito del papado.

En 1215 se produce el cuarto Concilio de Letán en el que se crea la inquisición medieval. Con esta se le concede a los monjes Dominicos y Franciscanos la tarea inquisitorial, para la búsqueda, investigación y castigo de los delitos eclesiales.<sup>5</sup> Para ello se continuó con la formula de la confesión y el arrepentimiento, pero ahora por medio de la tortura con el fin de arrancar el pecado de su seno. La herejía era condenada con la expropiación de los bienes materiales del condenado.<sup>6</sup> Dicho texto constituyó un cambio en la manera de realizar los juicios, se racionalizó la prueba y se le otorgaron garantías a las acciones judiciales. Este proceso pasó a ser la forma más antigua del sistema inquisitivo, o al menos en su sentido estricto.

Con poco tiempo de diferencia, en Inglaterra, otro suceso histórico se daba como resultado de décadas de abuso del poder y de un conflicto entre quienes gobernaban y quienes poseían la riqueza. Desde las épocas de Guillermo I, el conquistador, los reyes han recurrido a la nobleza (duques, barones, condes) para poder controlar sus dominios: a cambio de su lealtad, los impuestos y sus hombres, el rey les daba tierras para que gobiernen,<sup>7</sup> pero era sólo para eso, por cuanto los barones no poseían ninguna propiedad sobre ellas y eran meros tenedores, por cuanto la tierra le pertenecía al Rey.

El sistema se basaba en que el Rey les daba tierras a dichos tenedores, los nobles, a fin de que ellos la controlen. Sin embargo ellos tampoco podían controlarlas del todo, así que creaban subtenencias a otros nobles, quienes se los daban a otros nobles o a granjeros. Todos vivían en la tierra de alguien más, el Rey, pero los impuestos eran pagados al superior más cercano, al igual que las quejas.<sup>8</sup> Ahora bien, estas tenencias no sólo estaban a modo de seguridad y control, la

---

<sup>5</sup> (Alvarado Velloso, 2006) Pág. 10.

<sup>6</sup> (Alvarado Velloso, 2006) Pág. 10.

<sup>7</sup> Debbie Levy, *The Signing of the Magna Charta*. Twenty First Century Books, Minneapolis, 2008. (de ahora Levy, 2008) Pág. 11.

<sup>8</sup> (Levy, 2008) Pág. 20.

producción también era algo importante ya que si no producían no podían pagar impuestos, que era lo que más requería el Rey.<sup>9</sup>

El rey Juan, o como se lo conoce Juan sin Tierra, había perdido la región de Normandía en 1204, y su campaña francesa fracasó en 1214, lo cual ya creaba una inestabilidad e inseguridad de por sí. Todo esto unido a un sistema de impuestos y de gobierno que daba lugar a abusos, lo cual fue el catalizador de la rebelión de 1215.<sup>10</sup> Tras la rebelión y la posterior emisión de la Carta Magna, no retornó la paz, de hecho, para algunos, todo ello fue una simulación.

La Carta Magna, en sí, no fue una innovación ni de forma ni de fondo. Por ejemplo en 1183 se firmó la Paz de Constanza, o el segundo tratado de Constanza, por el cual se les reconocía derechos y autonomía a los países italianos, conocidos como la Liga Lombarda. Pero eso no es lo único cuestionable de la Carta Magna: con la idiosincrasia de la época solo al Rey le correspondía esa tarea de reconocer privilegios y libertades por cuanto <sup>11</sup>nadie le negaba su capacidad y su fuero divino<sup>12</sup>. Aún así, no faltó un grupo de personas que criticaban a la Carta Magna por cuanto desconocía la investidura divina del Rey y su derecho.<sup>13</sup> Ello incluso trajo que el Papa le quitara la obligación de cumplir con dicho documento al Rey Juan, lo que no llevó más que a su muerte tras la guerra de 1216.

Pero ellas no son las únicas críticas, desde que dicho documento nunca fue firmado hasta que nunca fue capaz de hacerlo efectivo en su versión de 1215, fue una de las tantas críticas de la Carta Magna. Cabe recalcar que dicho documento no le daba libertades a todos los ciudadanos, sino sólo a los nobles. Ni siquiera a todos los nobles, sino a los lugartenientes. Sólo estuvo en vigor durante 3 meses hasta la muerte del Rey en la que se la reforzó con otros documentos, pero todo ello llevó a que se mitificara dicho documento en esa época.

---

<sup>9</sup> (Levy, 2008) Pág. 20.

<sup>10</sup> J.C. Holt, Magna Carta, 2da Edición. Cambridge University Press. Cambridge, 1992. (en adelante Holt, 1992) Pág. 45.

<sup>11</sup> En similar sentido: Gustavo Cuello Iriarte, El Debido Proceso, en REDALYC, versión Web: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/825/82511014.pdf>. Consultado el 15 de febrero 2011. Dicho artículo posee un buen esbozo de la evolución del debido proceso.

<sup>12</sup> (Holt, 1992) Pág. 23.

<sup>13</sup> (Holt, 1992) Pág. 297.

Gran parte de dicha mitificación se debió a que muchos de los Reyes y parlamentos la invocaban y la reformaban, incluyéndole nuevos derechos.<sup>14</sup> Así también como los escritos por Edward Coke sobre dicho documento.<sup>15</sup> Aún así, una de las disposiciones más importantes de dicho documento no se encontraba en la versión de 1215 sino en la versión de 1225, en la cual se establecían los jurados y un juicio “conforme a la ley”; esta conformidad fue interpretada como el debido proceso, pero este no apareció como tal sino hasta 1352 en el que se hablaba de que nadie puede ser apresado sino por un juicio realizado de la “debida manera, o un proceso realizado por escrito originario del *common law*”.<sup>16</sup>

Con todo esto vemos que en 1215 nacieron dos mitos: el del terrible proceso inquisitivo, que fue terrible en cuanto a la práctica más que en cuanto a su estipulación, y el de la Carta Magna, que se la asocia al proceso acusatorio el debido proceso y como una manera de entregar derechos, lo cual no era tal por cuanto se limita a un aspecto meramente procedimental y adjetivo antes de otorgar derechos de manera subjetiva o sustantiva (pero sin duda un adelanto en el Estado de Derecho);<sup>17</sup> pero analicemos más de cerca los sistemas inquisitivo y acusatorio y veamos sus implicaciones históricas para luego analizar el estado actual del sistema procesal.

## **§2.- EL SISTEMA PROCESAL INQUISITIVO.**

Si bien podemos datar a 1215 el inicio del proceso inquisitivo, algunos autores le dan otros orígenes, las universidades de Bolonia y los intelectuales de París.<sup>18</sup> Esto se debió a que se buscaba renacer el antiguo proceso romano justiniano por intereses de la Iglesia, quien buscaba un sistema de justicia sometido a una jerarquía, sea esta la de la Iglesia o la de los gobiernos centralizados y las monarquías. Así el interés público no podía estar en las manos de la iniciativa privada del ofendido sino que estaba a manos de un funcionario.

---

<sup>14</sup> Larry May, *Global Justice and Due Process*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011. (en adelante May, 2011) Pág. 25.

<sup>15</sup> (May, 2011) Pág. 25.

<sup>16</sup> (May, 2011) Pág. 26.

<sup>17</sup> (May, 2011) Pág. 28.

<sup>18</sup> (Bachmaier, 2008) Pág. 16.

El nombre del sistema “inquisitivo” se debe, según Alvarado Velloso, al mero hecho de que era el sistema utilizado por la organización de la inquisición, por lo que el sistema se convirtió en inquisitivo (opuesto al dispositivo) o inquisitorio (opuesto al acusatorio).<sup>19</sup> Sin embargo debemos advertir que dicho sistema no nació, precisamente, en esta fecha, ni tiene su nombre de ello. Dicho sistema también era aplicado en la antigüedad en Roma y Grecia. La gran diferenciación de la inquisición se da por cuanto ya no era un requisito la denuncia como noticia del delito, sino que bastaba con que el juez inquiriere y busque al delincuente.

De ello, la *inquisitio* era la potestad de inquirir (de ello el nombre del sistema), de actuar de oficio (a oposición de la necesidad del actuar a petición de parte). La inquisición de oficio existía en sí del derecho germánico, pero estaba limitada al homicidio, pero aquí ya se expande a otros delitos, a cualquiera, por lo que es genérica. Esta *inquisitio* puede ser especial (una persona) o general (un pueblo) donde llegaba una persona oficial y empezaba a juzgar a la gente a basa de rumores. Para 1250 ya se había incorporado la *inquisitio* en todos los estados europeos. Inició en España hasta el siglo XIX hasta que llega el sistema formal o mixto. Bajo esta línea hegemónica ya no se necesitaba una acusación, sino que un funcionario podía iniciar el proceso, lo que resultaba en una administración de justicia más eficaz para el monarca.<sup>20</sup>

Se intentó entonces encomendar la administración de justicia a profesionales, lo cual introdujo reglas probatorias más evolucionadas que los existentes en otros procesos de la época. Con el concilio de 1215 se prohibió la participación del clero en prácticas “probatorias” como las ordalías, por lo cual estas dejaron de practicarse con el tiempo, dando más prioridad a la consolidación del jurado como medio de prueba.<sup>21</sup> Esto era un proceso de racionalización de la práctica probatoria, mas allá de las reglas supernaturales que antes regían.<sup>22</sup> Además, la necesidad de encontrar la prueba llevó a que se busque la verdad real, especialmente por medio de la

---

<sup>19</sup> (Alvarado Velloso, 2006) Pág. 12; en el mismo error: Edmundo René Boderó, La Carga de la Prueba en el Proceso Penal Ecuatoriano, en Revista Jurídica Online de la UCSG, Web: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1992/06/06\\_La\\_Carga\\_De\\_Prueba\\_En\\_Proceso\\_Penal.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1992/06/06_La_Carga_De_Prueba_En_Proceso_Penal.pdf) . Consultado el 4 de enero del 2011, pág. 8.

<sup>20</sup> (Bachmaier, 2008) Pág. 17.

<sup>21</sup> (Bachmaier, 2008) Pág. 19.

<sup>22</sup> (Bachmaier, 2008) Pág. 19.

confesión, convirtiéndose esta en la reina de las pruebas (la *pobatio probatissima*).<sup>23</sup> Ello porque era una prueba plena y era la más fácil de conseguir ya que la carga de la prueba la tenía el acusador y no se admitía la prueba por indicios.

La persona que acusaba, conforme a este sistema, era la misma persona que juzgaba.<sup>24</sup> Es decir, acusaba ante sí mismo para luego juzgarla. Por ello mismo, si esta persona era la que acusaba, era ella la que estaba encargada de probarla, una vez más ante sí, para autoconvencerse de la existencia del delito.<sup>25</sup> Esto no se lo podía hacer públicamente, por lo que ello fue realizado en secreto y por escrito. Sin embargo, el propio concilio decía que esto no debía ser así.<sup>26</sup> Incluso podemos ver frases en la Novísima Recopilación Española de 1806 en la que se debe de juzgar de forma que “ni queden impune los delitos, con detrimento de la vindicta pública, ni se perjudique en nada la justa defensa de los reos”, letra que quedaba obsoleta por el mismo sistema de administración de justicia.<sup>27</sup>

¿Cómo era el proceso inquisitivo? Este sistema tenía dos procedimientos: tenía el sistema en el que procedía de oficio y el sistema en que procedía a instancia de parte. El procedimiento de oficio constaba de una etapa que era el sumario y otra que era el plenario. En cualquier caso, en el sumario (o instrucción) se trataba de recoger las pruebas para hacer constar la existencia del delito, la investigación se iniciaba evidentemente de oficio y esto únicamente estaba previsto para algunos delitos muy concretos en las partidas, pero en la práctica se extendió a casi cualquier delito.

Ahora bien las pesquisas se iniciaban por medio de los jueces pesquisadores, siguiendo el ejemplo del concilio, eran generales o especiales. Las generales eran a lugares, pueblos, villas, y las especiales, o particulares, eran dirigidas contra una sola persona en específico. Lo que hacían los jueces básicamente era corromperse: los jueces de entonces iban a cualquier pueblo y empezaban a abusar de la gente realizando pesquisas arbitrarias a fin de sacar provecho personal. Por eso, en 1347

---

<sup>23</sup> (Alvarado Velloso, 2006) Pág. 13.

<sup>24</sup> (Bachmaier, 2008) Pág. 21.

<sup>25</sup> (Alvarado Velloso, 2006) Pág. 12.

<sup>26</sup> (Bachmaier, 2008) Pág. 22.

<sup>27</sup> Jordi Nieva Fenoll, Jurisdicción y Proceso. Marcial Pons, Madrid, 2010. (de ahora en adelante Nieva, 2010) Pág. 169.

son prohibidas estas pesquisas generales, a pesar de lo cual se siguen practicando, y se vuelve a prohibir en 1537 (con la Constitutio Criminalis Carolina, o La carolina) pidiendo que también vaya el juez, y en 1713 se tiene que volver a recordar su prohibición y se pide la existencia judicial, porque aún se pide la presencia del juez en muchas actuaciones.

Las diligencias probatorias no eran muchas, estaban reguladas tanto para el proceso civil como para el proceso penal, y la que estaba más regulada era la prueba testifical y en especial la de tormento. Sobre la prueba testifical, fundamentalmente lo que se decía de ella era que deberían de estar presente los jueces y que no estén a solas los escribanos, para los 1500 se les prohibió que leyeran los testimonios. También se regulaba la declaración del sospechoso, pero en pocos detalles. El tormento estaba más regulado, en las leyes consistía en azotes o cargar los miembros con pesos. El tormento precisaba una orden judicial, sin justificarse el uso de información, pero había prohibiciones a quienes se los podría poner. El tormento solía realizarse sin efectuar cargos, sin saber cómo se le acusaba (oficio o denuncia), y el juez debía cuidar que el imputado no conozca la acusación. El tormento sólo se podía hacer una vez al día y una vez por cada delito.

La única garantía que existía era que el juez debía de cuidar que el atormentado no pierda alguno de sus miembros o la vida, caso contrario era el juez a quien lo responsabilizaban y también padecería los mismos males; no sólo se atormentaba al imputado, sino también a los testigos, pero se exceptúa la posibilidad de atormentar a la familia, lo cual se transformó en las dispensas para testificar. Toda entrada a un lugar cerrado estaba también regulado, los allanamientos a cualquier lugar, incluso privilegiados, no necesitaban la autorización para hacerlo, pero sí había un procedimiento.

Se regulaban las diligencias cautelares, y se hace referencia a la detención, a la prisión provisional y a la detención de bienes del sospechoso. Para la detención se establece una prohibición, a fin de que los alguaciles tengan la necesidad de un mandamiento judicial, salvo en los casos de delito flagrante, pero el plazo máximo de la detención era de 24 horas. En 1788 se tenía que informarle al detenido la causa por la cual se le quitaba la libertad. El particular podía detener a un prófugo y

además estaban en otros supuestos, como la detención por deudas por un plazo de 24 horas y entregarle al juez (llamado cárcel privada).

También se regulaba la prisión provisional, la regulación de la misma databa de 1250 en la séptima partida. Una persona podía ser ingresada en prisión provisional cuando era acusado de un delito con pena corporal (pena de muerte, azote, mutilación). Para ello no había distinciones, solo que si la persona tenía buena fama, se lo custodiaba en un lugar lejos del resto de presos; y si era una mujer, se la ponía en un convento. El plazo máximo era de 10 años. En realidad no eran 10 años de caducidad de dicha medida sino que eran los 10 años de duración del proceso. Se podía eludir a dicha prisión con una fianza, pero el fiador pagaba toda la responsabilidad civil si el preso desaparecía, y por ello se lo juzgaba en ausencia.

Todo esto se realizaba en la fase del sumario o instrucción, se pasaba al plenario con una fase intermedia basada prácticamente en una confesión. El imputado era presionado, de cualquier manera para que confiese. Se le amedrentaba de todas las formas posibles, de tal magnitud que fue suprimida en 1854, porque se practicaba para ganar tiempo y que no haya plenario, pero como era denigrante, fue suprimida completamente. Tras la práctica de la confesión, si el reo se resistía, empezaba el plenario (el juicio oral). Estamos hablando de un reo que no sabía de los cargos y que se le abre un juicio en el que se le dicen los cargos, pero además se le presentan todos los materiales de la instrucción, pero de modo aparte. Sabe quiénes son los testigos pero no las declaraciones que ellos han emitido. Los testigos desfilan para ratificarse en lo que ya habían dicho en la instrucción. Si después de esos 80 días el reo quería seguirse defendiendo, podía, aunque ello no era muy productivo.

El plenario pasó en la práctica a segundo plano, pero el plenario era, para el legislador, una etapa muy importante, como la fase capital dentro del proceso. Había pruebas con valor tasado lo cual era un inmenso avance a las pruebas de carácter religioso que se practicaban antes de estas,<sup>28</sup> ya no se buscaba lo supernatural o un carácter divino en las pruebas (como haciéndole poner las manos

---

<sup>28</sup> (Bachmaier, 2008) Pág. 19.

al fuego) sino que esta estaba racionalizada. Era un avance sin duda, pero entonces el juez se dedicaba a ver si existían las pruebas o no y a valorarlas<sup>29</sup>. Para comprobar la existencia de las pruebas suficientes sólo basta con que haya pruebas directas (un testigo ratificado) no indicios o la confesión. El juez podía practicar providencias para mejor proveer y dictaba sentencia. El preso, en todo esto, estaba en prisión. Esta actuación de la sentencia se convertía básicamente en una ratificación de lo actuado por el juez instructor, lo que bajo los parámetros actuales sería una completa violación al debido proceso.<sup>30</sup>

El proceso a instancia de parte se iniciaba por una querrela o acusación, se le daba traslado de esto al reo para que la contestara y tras ello se daba cabida al plenario de la misma forma. Pero para hacerla se debía de pagar una fianza. En aquella época no había fiscales, el fiscal en dichas épocas se encargaba de las fianzas reales, del fisco. Un fiscal podía perseguir a alguien si se le precedía una delación, y para que no sea cualquiera el que haga una delación se le pide una fianza. La querrela era por escrito y el procedimiento surgía a partir de eso. Era un proceso acusatorio que, sin embargo, acababa en uno inquisitivo.

El proceso inquisitivo, al contrario de lo que se piensa, sí tenía garantías. Así, la escritura era una garantía en esa época, ya que no había como dejar constancia de las actuaciones, de hecho, así se reprodujo en el concilio del 1215 a fin de que lo actuado no pueda negarse en contrario<sup>31</sup>. Para que se halle razón de ello el proceso debía de ser escrito, a fin de que el interesado pueda en un momento debido poder publicarlo<sup>32</sup>. Por otra parte, el proceso era público, pero el problema fue que los pesquisadores lo hicieron secreto. La práctica deformaba al proceso inquisitivo en el que fue. Además, el juez era parcial, ya que el investigaba y acusaba. Aunque en las leyes decía que debía de ser imparcial. También establecía la inmediatez del juez, por lo que nadie más podía estar encargado de las diligencias. También trataba de garantizar el derecho de defensa, de manera que el reo conociera el nombre de los testigos, cosa que no era de mucha ayuda.

---

<sup>29</sup> (Bachmaier, 2008) Pág. 23.

<sup>30</sup> (Bachmaier, 2008) Pág. 24.

<sup>31</sup> (Nieva, 2010) Pág. 93.

<sup>32</sup> (Bachmaier, 2008) Pág. 19.

Además, se garantizaba la existencia de la presunción de inocencia, con unas palabras que son prácticamente idénticas a las de la necesidad de una mínima actividad probatoria. Incluso existía el *indubio pro reo* en el sentido de que los juzgadores deben de estar más para el lado del reo en caso de existir dudas (lo cual era un problema cuando era el juez el encargado de convencerse). También está el principio de igualdad impuesto en 1369, el proceso era igual tanto para pobres como para ricos. También se hablaba de un relativo principio de legalidad pidiendo a los jueces que respeten los mandatos del Rey. También se reconocía el derecho al *non bis in idem*.

El proceso inquisitivo actualmente conlleva una carga negativa muy grande, incluso tildar de inquisitivo a una diligencia judicial es atribuirle características de medieval, de vulneradora de derechos, de ser abusivo. El proceso inquisitivo lleva todo lo malo, mientras el acusatorio posee todas las bondades.<sup>33</sup> Sin embargo, como hemos visto, el proceso inquisitivo si constaba de unas garantías, aunque en la práctica este se haya desvirtuado, ¿Qué es lo que catalogamos entonces: el proceso o las prácticas de la época? En sí, no se critica al proceso inquisitivo por su característica más importante, la posibilidad de actuar de oficio, sino por todo lo que arrastró con las prácticas abusivas. De ello se saca que el código napoleónico mantenga el proceso inquisitivo originario, sino a su desnaturalización.<sup>34</sup> Tampoco es que el proceso estaba “libre de pecado”, pero no es el monstruo que se pretende que sea.

### **§3.- EL SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO.**

Si bien el sistema procesal acusatorio fue, en perspectiva histórica, el primero en existir. Sin embargo, en la historia moderna más importancia tuvo un hecho ocurrido en 1215 que marcó un hito en la ideología legislativa de la época: La Carta Magna. Esto se debe a la importancia que le da dicho documento a las garantías del procedimiento, que sin embargo eran solo aplicables a los procedimientos a la nobleza.

---

<sup>33</sup> (Bachmaier, 2008) Pág. 14.

<sup>34</sup> (Ambos, 2008) Pág. 65.

En sí la Carta Magna no aporta al sistema acusatorio, en sus principios, sino que aporta al sistema del debido proceso y sus libertades. Sin embargo ha existido una confusión terminológica entre sistema acusatorio, principio acusatorio y modelo procesal (o sistema procesal) de debido proceso. Para dilucidar un poco las diferencias empezaremos evaluando al sistema acusatorio histórico y trazaremos una línea histórica de cómo evolucionaron los sistemas hasta llegar al actual.

El sistema acusatorio parte desde Grecia, a modo de un proceso acusatorio privado en el que el acusador pone una querrela ante un “arconte” quien revisaba los requisitos de procedibilidad de la misma para luego poner fecha para el juicio y daba publicidad de la misma.<sup>35</sup> Para ello se debía pagar una caución en el caso de que la acusación no tenga lugar. Tanto la defensa como la acusación se veían apoyadas por otros ciudadanos, quienes además podían hacer de jueces mediante un sorteo, por lo cual era considerado como una expresión de la democratización de la justicia.<sup>36</sup>

En la República Romana quien ponía la acusación tenía el riesgo de que ésta se le regresara en su contra, pero para los delitos de alta traición puedan ser perseguidos existía un proceso de instrucción oficial (la *inquisitio*) iniciado por un *questor*.<sup>37</sup> Sin embargo se utilizaban pruebas irracionales como las ordalías, por lo que no podía calificarse como un proceso inquisitivo en sentido estricto.<sup>38</sup> Mientras se expandía Roma se necesitó crear órganos de persecución penal, los *tresviri capitales*.

Retomemos el sistema histórico acusatorio: ¿cuáles eran las características de dicho proceso? La característica más importante del sistema acusatorio histórico es el hecho de que se necesitara la existencia de un acusador que reclamaba ante un juez imparcial ajeno a los hechos. Ello se extendía a que dicho juez permanezca completamente imparcial durante el transcurso del proceso. Con todo esto no era posible investigar por meros rumores, sino porque un acusador pide la investigación.

---

<sup>35</sup> Kai Ambos, El principio Acusatorio y el Proceso Acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica (de ahora Ambos, 2008), en Bachmaier (coord.), Proceso Penal y Sistemas Acusatorios. Marcial Pons, Madrid, 2008. Pág. 50.

<sup>36</sup> (Ambos, 2008) Pág. 51.

<sup>37</sup> (Ambos, 2008) Pág. 51.

<sup>38</sup> (Ambos, 2008) Pág. 52.

Por ello, dicha investigación debía de tener un acusador plenamente identificado: debía de haber una persona detrás de todo el proceso.

Además se solicitaba la existencia de un Tribunal: el tribunal sentenciador. Se requiere entonces que Tribunal sentenciador no haya participado bajo ningún concepto en la instrucción, ni siquiera para decidir la procedencia o improcedencia del juicio oral. También el Tribunal sentenciador no puede indagar más allá del hecho denunciado por el acusado, asimismo no puede juzgar sobre otra cosa que no sean los hechos presentados. Sin embargo, dicho Tribunal no dependía de la actitud del acusador, ni de la acusación realizada por éste. Es decir, puede no haber correlación entre lo que el acusador solicita y lo que el Tribunal juzgue: puede haber la acusación por unos hechos determinados que para el acusador fueron robo pero para el Tribunal es hurto.

Ello también aplica a la pretensión punitiva ya que también se tiene como principio que el tribunal no esté vinculado por las decisiones de las partes en cuanto a la pena. La valoración de la pena es de exclusiva atribución del juzgador, quien mediante su crítica decidirá la pena más justa, la cual estará basada necesariamente en la prueba; ello nos lleva a un sistema de prueba diferente: la libre apreciación de la prueba. Si es que debemos marcar los puntos sobre las “íes” en cuanto al proceso acusatorio, creo que este es uno de los puntos que más debemos de marcar los reparos.

Una simple “libre apreciación” de la prueba no era una prueba racionalmente obtenida sino que, dentro del sistema acusatorio puro, daba lugar a la aplicación de pruebas incoherentes, como por ejemplo la ordalía, que serían valoradas por el juez según los resultados. En ese sentido, el sistema inquisitivo fue un gran avance para la época, pues se pidió una racionalidad de la prueba, rechazando las pruebas de carácter sobrenatural.<sup>39</sup> El que no hayan pruebas legales, según el modelo “puro”, no significa la racionalidad de la misma, por ello el límite de la sana crítica, que entrará como una línea decisiva entre lo tolerable y lo no tolerable.

---

<sup>39</sup> Ver nota 22.

Los principios “rectores” del sistema acusatorio (y por medio de los cuales este adquiere toda su magia y poder de enamoramiento) son los de publicidad, oralidad y contradicción (añadiéndole el de igualdad entre las partes). Si bien explicaremos en qué consisten éstos más adelante, realizaremos una pertinente comparación de estos principios con su significancia dentro de los sistemas procesales inquisitivos y acusatorios, por cuanto el mal entendido y la interpretación extensiva de esas palabras han agravado el problema de mantener un debate honesto.

¿Qué significaba publicidad del proceso? Básicamente significaba que el proceso podía ser conocido por quien era acusado, es decir, que conozca porqué se lo acusa. Sin embargo, esto no era ajeno al proceso inquisitivo, sino a la práctica de los inquisidores: por lo que se estaría juzgando la práctica del secreto más que a la publicidad como una virtud única del sistema acusatorio. A ello le añadimos la cuestión de la oralidad: ¿Qué tan garantista es la oralidad? Pongámonos nosotros en las circunstancias históricas durante los primeros milenios, es más, hasta la llegada del proceso inquisitivo; la oralidad sin duda hace más ágil un proceso, pero no hay como mantener un registro de lo sucedido, una memoria de lo que pasaba, y de ello, que para dicha época (en la cual no existía ni siquiera la imprenta) la necesidad de un proceso escrito fue una garantía importante para quien desee saber lo sucedido.<sup>40</sup>

La igualdad de armas y la contradicción es algo propio de la práctica del sistema acusatorio que sin duda es uno de sus mayores avances: la capacidad de confrontar la prueba en las mismas condiciones. Sin duda esto se diferencia del sistema inquisitivo en el que básicamente (y por el hecho de tener pruebas tasadas) se verificaba la existencia de las pruebas y se sentenciaba. Sin embargo, como fue dicho anteriormente, esto tuvo su importancia histórica, y sus consecuencias. Esta igualdad llevó sin lugar a dudas que se mantenga un estricto principio de presunción de inocencia por lo que se debía mantener la libertad provisional del acusado hasta que se dicte sentencia. Este cumplimiento estricto de la presunción de inocencia resultaba, básicamente, en una cuasi prohibición de la prisión preventiva, a diferenciación de la aplicación de la misma en el sistema inquisitivo.

---

<sup>40</sup> Ver nota 25.

En el derecho germánico antiguo regía el principio del *nemo iudex sine actore* (sin acusador no habrá juez), por lo que si no había una acusación particular o popular no habría proceso.<sup>41</sup> El proceso germánico era meramente acusatorio, hasta que las influencias del Rey fueron creciendo y poco a poco se fue instaurando un proceso inquisitivo, y si bien el proceso inquisitivo canónico de 1215 no tomó tanta fuerza en sus inicios, poco a poco el sistema acusatorio fue perdiendo fuerzas y se confiaba más en un proceso público que privado.<sup>42</sup> Este proceso no era el canónico, sino un proceso secular diseñado para combatir a la delincuencia en el que se buscaba la verdad material mediante pruebas racionales.<sup>43</sup> Las influencias entre los procesos existieron, así, en el proceso acusatorio también existieron torturas, como en la reforma jurídica de Worms de 1498. Sin embargo la mayor influencia de la inquisición se puede ver en la Carolina, en donde ya se establecen dos procesos diferentes: básicamente el ordinario (acusatorio) y el extraordinario (inquisitivo), el cual era más usado.<sup>44</sup> Aún así, si el procedimiento ordinario no concluía por falta de pruebas, este continuaba como extraordinario, por lo que era este procedimiento el único y sólo varía las vías por el que éste comenzaba.<sup>45</sup>

Ya en los 1700, con Becaría, un movimiento de reformas se empezó a hacer más evidente. En su tratado “del delito y de las penas” el marqués de Becaría criticaba la tortura a fines de obtener una confesión, la necesidad de límites a la detención y las garantías del testimonio en base a la libertad de las personas. Aún así, en 1768 desaparecía el proceso acusatorio en Alemania, debido a la necesidad de centralizar en el Estado el poder penal y de persecución de los delitos.<sup>46</sup> El Estado necesitaba no sólo restablecer la seguridad jurídica sino combatir eficazmente la delincuencia que, de otras maneras, hubiese quedado simplemente en manos del ofendido su persecución.

Haciendo una pausa temporalmente, y analizando lo anteriormente expuesto, no podemos decir que la tortura y la confesión sean cuestiones que hayan identificado a un modelo o el otro, no hay una relación causal entre el modelo

---

<sup>41</sup> (Ambos, 2008) Pág. 52.

<sup>42</sup> (Ambos, 2008) Pág. 58.

<sup>43</sup> (Ambos, 2008) Pág. 58.

<sup>44</sup> (Ambos, 2008) Pág. 60.

<sup>45</sup> (Ambos, 2008) Pág. 60.

<sup>46</sup> (Ambos, 2008) Pág. 61.

inquisitivo y la tortura<sup>47</sup>; como tampoco hay una relación entre la importancia de la confesión, como prueba material, y un determinado proceso.<sup>48</sup> Por ello, la diferencia debe de radicar entre como se inicia el proceso, si es por una denuncia privada o si es impulsado por una entidad estatal.

Ya en 1789 se redactaba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el que los artículos 7 y 9 influyeron claramente en la evolución del debido proceso y de rechazo al antiguo régimen y las prácticas inquisitoriales.<sup>49</sup> Sin embargo el texto jurídico más influyente debió ser sin duda alguna el Código de Instrucción Criminal napoleónico de 1808,<sup>50</sup> el cual rigió en gran parte del continente europeo e influyó el procedimiento y las reformas procedimentales en adelante. Sin duda dicho Código fue realizado influenciado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sin embargo es el referente del proceso inquisitivo moderno. Dicho código integró la sana crítica del juez para juzgar, se reconoce el derecho a la defensa y al estatus de sujeto al procesado, y obviamente se prohíbe la tortura. Además se añade la aparición de un Ministerio Público, guiado por el Ejecutivo, dirigido a la investigación y acusación.<sup>51</sup> En sí se intentó regular los excesos de la práctica más que el proceso inquisitivo en sí.<sup>52</sup> Pero la proclama de un proceso acusatorio se veía venir.

Si bien se discutía en cómo se debía de reformar el proceso inquisitivo, la Constitución de la Paulskirche de 1849 fue la primera en aclamar por un proceso acusatorio.<sup>53</sup> En 1846 cuando se crea la Fiscalía asignada al Tribunal Superior de Berlín, la cual inicialmente se creó para agilizar los procesos de traición por el levantamiento de Polonia el mismo año, pero sirvió para controlar las actuaciones

---

<sup>47</sup> (Ambos, 2008) Pág. 62.

<sup>48</sup> (Ambos, 2008) Pág. 62.

<sup>49</sup> (Bacigalupo) Pág. 20; para Walter Guerrero V. fue la introducción al sistema mixto, así en Revista Jurídica Online de la UCSG, Web: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1993/07/7\\_esquema\\_del\\_proyecto\\_del\\_codigo\\_procedimiento.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1993/07/7_esquema_del_proyecto_del_codigo_procedimiento.pdf).

Consultado el 4 de enero del 2011, pág. 1.

<sup>50</sup> (Ambos, 2008) Pág. 63.

<sup>51</sup> Teresa Armienta Deu, Juicio de Acusación, Imparcialidad del Acusador y Derecho de Defensa, (en adelante Armienta Deu, 2008) en en Bachmaier (coord.), Proceso Penal y Sistemas Acusatorios. Marcial Pons, Madrid, 2008. Pág. 115.

<sup>52</sup> (Ambos, 2008) Pág. 65.

<sup>53</sup> (Ambos, 2008) Pág. 65.

policiales.<sup>54</sup> Ello llevó a que este proceso acusatorio privado evolucione a un proceso acusatorio público u oficial, y la separación entre el poder de juzgar y de acusar, lo cual fue fijado en 1849 cuando se solicitó a los Tribunales que informen a la Fiscalía sobre todos los procesos que llegaren a su conocimiento.

En adelante se fue poco a poco forjando el famoso proceso acusatorio formal, o mixto, en el que básicamente se mantiene el proceso inquisitivo, en su contenido anteriormente expuesto, gozando de la intervención de la Fiscalía en la etapa investigativa y como principal acusador.<sup>55</sup> Con más o con menos derechos de los procesados, y atribuciones de las entidades públicas, es el proceso que se ha venido dando. Después de la segunda guerra mundial, las Constituciones modernas han hecho un desarrollo de los derechos fundamentales con un énfasis en el debido proceso, lo que ha hecho que exista cierta homogeneidad en dichas garantías constitucionales del proceso.<sup>56</sup> Sin duda alguna, todo dialogo al debido proceso deberá de ir en esa línea, por cuanto intentar mantener un proceso acusatorio puro implicaría la eliminación de las Fiscalías como órganos estatales y se debería de volver a la instancia privada como única<sup>57</sup>. Desgraciadamente se ha tenido una postura en la que “acusatorio” no es un término pluricompreensivo sino un término omnicompreensivo; una noción en que lo ocupa todo, pero que a su vez no significa nada.<sup>58</sup>

Debido a la imposibilidad de darse este paso, debemos de comprender que todo proceso mantendrá los elementos del proceso inquisitivo y los mezclará con los elementos del proceso acusatorio, lo cual nos dará un proceso mixto. No hay otro camino para mantener la paz pública. El principio acusatorio pues es que exista una acusación distinta a la entidad juzgadora y que el juzgamiento sea sobre esa acusación.<sup>59</sup> Con esto claro, debemos de dejar a un lado el debate “acusatorio – inquisitivo” como un modelo de proceso, y ver que en principio se basa en cómo se

---

<sup>54</sup> (Ambos, 2008) Pág. 66.

<sup>55</sup> (Ambos, 2008) Pág. 69.

<sup>56</sup> (Bacigalupo) Pág. 13.

<sup>57</sup> Sin duda alguna, el único proceso acusatorio, en este sentido, sería el cual se lo realiza por medio de una querrela.

<sup>58</sup> Marien Aguilera Morales, Regla de Exclusión y Acusatorio, (en adelante Aguilera, 2008) en Bachmaier (coord.), Proceso Penal y Sistemas Acusatorios. Marcial Pons, Madrid, 2008. Pág.76.

<sup>59</sup> (Aguilera, 2008) Pág. 76.

inicia el proceso antes que como es el procedimiento. Con ello pasaremos a los sistemas de procesos modernos.

#### **§4.- EL SISTEMA PROCESAL MODERNO.**

En la actualidad la mayoría de los sistemas son mixtos, por cuanto poseen una fase instructora que es en esencia inquisidora.<sup>60</sup> Sin embargo, siguen siendo “acusatorios” de manera limitada o no. El debate acusatorio – inquisitivo está mal direccionado, especialmente por las malas concepciones que se tienen de ambos<sup>61</sup>. Así, muchas veces la etiqueta de “acusatorio” parece tener más tintes políticos que jurídicos, por cuanto con las garantías de los procesos actuales difícil está que se instaure un proceso que viole dichas garantías internacionales, que no representan al proceso acusatorio sino al debido proceso.

En origen, el derecho procesal penal liberal no tiene como fin la prevención del delito sino que está dirigido a garantizar la libertad y la justa realización del proceso.<sup>62</sup> Para ellos, la función preventiva le correspondía únicamente al derecho penal material, y esto impulsó a los movimientos del Derecho Penal del siglo XIX en un direccionamiento muy ligado a la prevención especial más que a los derechos humanos.<sup>63</sup> En dicho programa el derecho procesal no fue sino un tema secundario, pareciendo que no era necesaria una reforma del derecho procesal penal.<sup>64</sup>

Fue en los primeros años después de la posguerra que los derechos humanos adquirieron una relevancia a nivel internacional, seguido por un nuevo sistema de constitucionalización y de revisión de sentencias por dichos órganos constitucionales, se sensibilizó más los derechos humanos, en especial dentro de la administración de justicia.<sup>65</sup> Asimismo la instauración de los tribunales internacionales generó, en Europa, una jurisprudencia homogénea en protección del debido proceso.<sup>66</sup>

---

<sup>60</sup> (Bachmaier, 2008) Pág. 33.

<sup>61</sup> (Bachmaier, 2008) Pág. 46.

<sup>62</sup> (Bacigalupo) Pág. 20.

<sup>63</sup> (Bacigalupo) Pág. 20.

<sup>64</sup> (Bacigalupo) Pág. 21.

<sup>65</sup> (Bacigalupo) Pág. 23.

<sup>66</sup> (Bacigalupo) Pág. 23.

Los procedimientos, desde el punto de vista de su desarrollo, se concentrarían entre la investigación y la búsqueda de la verdad (principios del proceso inquisitivo), pero se intenta que se pueda proceder a la adversariedad, dando entrada al proceso adversarial. Esto representa a un proceso con un papel más activo entre las partes, y con ello contradictorio, pero que sin embargo no deja al Estado como partícipe principal tanto en la investigación como en el juzgamiento.<sup>67</sup> Lo más cercano de hablar a un proceso acusatorio en la actualidad corresponde a la diferenciación de atribuciones únicamente (la de acusar y la de juzgar), pero en ello es un principio acusatorio que no corresponde a los principios adversariales o contradictorio. La mezcla del principio contradictorio en el proceso inquisitivo, y del principio acusatorio a ambos, nos deja un proceso general, mixto, que debe de ceñirse bajo unas reglas concretas en cuanto a la elaboración del proceso, pero puede dejarnos de lado a las prácticas procesales en sí, que es en donde radicaba el problema inicial desde 1215 (tanto para la motivación de la carta magna como para la motivación del concilio).

En los años 60 y 70 el modelo liberal del derecho penal empezó a recibir muchas críticas, en especial de los procesalistas anglosajones. En Estados Unidos nunca se vivió una dictadura, por lo que desconocían los regímenes autoritarios, pero un creciente debate político sobre los índices delincuenciales hizo cambiar el panorama, ya no se hablaba de los sistemas dirigidos a proteger la libertad, sino a modelos de procesos en los que se distingue sea el direccionamiento al control social del delito u otro dirigido al debido proceso.<sup>68</sup> Pero hasta cierto punto no debe pensarse como puntos únicos, como verdades separadas, sino como complementarios, ya que desde estas diversas perspectivas podremos legitimar la operatividad de un sistema de justicia.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> (Ambos, 2008) Pág. 70.

<sup>68</sup> (Bacigalupo) Pág. 27; la discusión entre eficiencia y garantismo puede verse también en el artículo de Augusto Jobin do Amaral en el que hace referencia al “*time is money*” anglosajón y a los derechos constitucionales del debido proceso. Augusto Jobin do Amaral, As Garantias Processuais Penais no Estado Constitucional de Direito, en Revista Jurídica Online de la UCSG, Web: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/23-tomo-2/23b\\_as\\_garantias\\_processuais\\_penais.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/23-tomo-2/23b_as_garantias_processuais_penais.pdf). Consultado el 4 de enero del 2011.

<sup>69</sup> Kent Roach, Due Process and Victims Rights. University of Toronto Press, Toronto, 1999. (en adelante Roach, 1999) Pág. 12.

Estos modelos fueron identificados por Herbert Packer y, según él, en estos modelos pueden verse, a modo metafórico, con un contraste considerable: el modelo de control del crimen es como una línea de ensamblaje en el que actúa la policía y la Fiscalía para obtener un producto final: la sentencia condenatoria; mientras que el modelo del debido proceso es más bien una carrera de obstáculos en la que el juez escucha al defensor argumentar que el proceso no es válido por la violación de los derechos del procesado.<sup>70</sup> El primero está dirigido a la eficiencia, mientras que el segundo está dirigido al justo procesamiento y a un control de calidad.

La interpretación de las garantías y su amplitud varía considerablemente según cada modelo ya que en el primero se le atribuye al derecho procesal penal como el principal medio para el control del delito, siendo la lucha contra el delito el punto más importante del modelo.<sup>71</sup> El modelo de control del delito prefiere la legitimidad de la Legislatura y en la criminalización dada por el legislador como justificativo para su actuar. Con ello se priorizan cosas como el “orden público” y, debido a los limitados recursos para realizar la investigación, le debe poner un énfasis al tiempo y a la finalidad del proceso de la manera más expedita posible.<sup>72</sup>

Con ello se prioriza un concepto fáctico de culpabilidad (*factual guilt*), en contraposición al concepto jurídico de culpabilidad (*legal guilt*) del modelo del debido proceso<sup>73</sup>. Los límites del procedimiento serían aquellos que puedan afectar la eficiencia y la posible utilización de la prueba para poder establecer dicha culpabilidad fáctica, por lo que el centro de dicho modelo no es el juicio sino las “instancias administrativas” de recolección de evidencia.<sup>74</sup>

En el modelo del debido proceso se presume la inocencia del acusado, lo cual se lo considera un obstáculo para la acusación, por sobre la eficiencia del proceso.<sup>75</sup> Dicho modelo se muestra escéptico ante la utilidad y moralidad de la pena,

---

<sup>70</sup> (Roach, 1999) Pág. 13

<sup>71</sup> (Bacigalupo) Pág. 28.

<sup>72</sup> (Roach, 1999) Pág. 13.

<sup>73</sup> (Roach, 1999) Pág. 14; en el mismo sentido (Bacigalupo) Pág. 28.

<sup>74</sup> (Roach, 1999) Pág. 14.

<sup>75</sup> (Bacigalupo) Pág. 28.

especialmente aquellos delitos contruidos por un supuesto consenso social que limitan la libertad de las personas.<sup>76</sup> Pretende reducir la actuación policial, y sus abusos, mediante una reducción de la criminalización, por lo que dichos esfuerzos se centrarían en las conductas más graves.<sup>77</sup>

Este modelo busca su legitimidad en la Corte Suprema y en su actuar para controlar el poder punitivo del Estado.<sup>78</sup> En el modelo del debido proceso se le colocan límites al actuar policial a fin de garantizar las libertades de los ciudadanos. Marcando como ideal el que la policía no deba de detener al acusado para fortalecer su caso ya que dicho momento es en el que se hace más evidente la disparidad entre el poder del Estado y del acusado.<sup>79</sup>

Estas dos posiciones frente al derecho procesal penal amplían un poco el debate acusatorio – inquisitivo que suele manejar la doctrina por cuanto ya no estamos solo ante un problema de garantías sino también ante un problema de seguridad. Si bien nadie maneja un discurso del modelo de control del delito al extremo, siempre hay debates sobre los límites de los derechos fundamentales, teniendo a ese modelo como referencia.<sup>80</sup> A ello se le suma el hecho de que nunca nos logramos separar del proceso inquisitivo, teniendo una mezcla entre éste y el acusatorio (debido a las falencias de este último) y que la jerarquización de los derechos fundamentales pone en igual rango a la seguridad y al derecho a una justicia eficiente, por lo que también deben de considerarse los intereses de la persecución del delito.<sup>81</sup>

Para el siglo XXI los problemas tienen una visión diferente: la criminalidad organizada, el terrorismo y la criminalidad globalizada produce que las garantías y los esfuerzos por reducirlas se internacionalicen a la misma velocidad que estos delitos. Ya no es un debate sobre la seguridad del ciudadano frente a un abuso de poder por parte del Estado, sino que se trata de la seguridad del ciudadano por

---

<sup>76</sup> (Roach, 1999) Pág. 15.

<sup>77</sup> (Roach, 1999) Pág. 15.

<sup>78</sup> (Roach, 1999) Pág. 15.

<sup>79</sup> (Roach, 1999) Pág. 16

<sup>80</sup> (Bacigalupo) Pág. 28.

<sup>81</sup> (Bacigalupo) Pág. 28.

medio del Estado para la lucha de la criminalidad.<sup>82</sup> La alabanza de un sistema acusatorio con miras al sistema adversarial estadounidense olvida los métodos interrogatorios usados en este (como incomunicaciones, confesiones y tortura, no olvidar los casos de Guantánamo).<sup>83</sup> Por lo que debemos regirnos bajo un proceso penal, un debido proceso penal, con todas las garantías y libertades; mirar a un modelo u otro es no merar la situación global del asunto.

## **§5.- LA NUEVA CONSTITUCIÓN Y EL DIRECCIONAMIENTO DEL DERECHO PROCESAL ECUATORIANO.**

Nos dice Roxin: “¡el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado!”.<sup>84</sup> Continúa el maestro su expresión indicando que cada cambio esencial en la estructura política también conduce a transformaciones del procedimiento penal, lo cual tampoco es ajeno a nuestro cambio constitucional.<sup>85</sup> Y es que en el derecho penal entra en juego tanto los intereses individuales de quien podría sufrir una pena y los intereses colectivos de la sociedad. Nos explica, Roxin, como en los Estados totalitarios existe una supremacía a los intereses colectivos antes que a las libertades individuales. Del control *de facto* de los órganos de justicia.<sup>86</sup> Sin embargo en las sociedades democráticas en las que existe una división de poderes, los principios de la misma hacen que el proceso penal reaccione en base a estos principios: independencia, oficialidad, reserva de ley, y la instauración del procesado como sujeto del proceso y no como objeto del mismo.<sup>87</sup>

La constitucionalización del proceso penal ha ido progresando con el tiempo para ser una materia prácticamente autónoma debido a su inmensa influencia dentro de los derechos fundamentales. Como piedra angular de todo esto se encuentra el debido proceso, como una etiqueta que englobará un catálogo de

---

<sup>82</sup> (Bacigalupo) Pág. 29.

<sup>83</sup> Artículo periodístico: FBI files detail Guantanamo torture tactics, por Mark Tran, guardian.co.uk. 2 de enero del 2007. Página: <http://www.guardian.co.uk/world/2007/jan/03/guantanamo.usa>. Fecha de consulta: 12 de enero 2011.

<sup>84</sup> (Roxin, 2000) Pág.10.

<sup>85</sup> (Roxin, 2000) Pág.10

<sup>86</sup> (Roxin, 2000) Pág. 10.

<sup>87</sup> (Roxin, 2000) Pág. 11. Asimismo, en relación a la instauración de un sujeto procesal en vez de un objeto, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SCIDH Cabrera García y Montiel Flores v. México, 26 de noviembre del 2010, parágrafo 154.

garantías que puede extenderse o reducirse según la posición de cada autor, pero que posee siempre las mismas características y los mismos elementos. El interés por la materia nació y creció en el siglo pasado con la evolución de las teorías constitucionalistas, pero ha sabido mantener su independencia y especialidad.<sup>88</sup>

El artículo 76 de la Constitución de la República asegura el derecho al debido proceso. Dicho artículo está determinado para “todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden”. Queda claro que dicha disposición es aplicable al derecho civil y administrativo, pues en dichos procesos la determinación de derechos y obligaciones es clara ante un actuar privado o del Estado. Dicha disposición de asegurar el debido proceso parece excluir su aplicabilidad al derecho penal cuando existe incluso un artículo constitucional específicamente referido al derecho penal (Art. 77).

Sin embargo debemos de considerar que el aseguramiento al debido proceso del artículo 76 incluye también al derecho penal (así como al derecho administrativo sancionador) y es que una comprensión del funcionamiento de las normas nos hará comprender la extensión del artículo y su aplicabilidad al derecho procesal penal (y otras formas de derecho sancionador). Esto lo haremos mediante un ejercicio de ejemplo utilizando uno de los derechos más básicos: el derecho a la vida.

Si bien la ley, incluida la Constitución, reconoce el derecho a la vida<sup>89</sup> ello no significa que dicho derecho debe de ser determinado judicialmente. Así tampoco una disposición penal creará o reconocerá derechos<sup>90</sup>, por cuanto ella no es la función de dicha norma. Sin embargo el derecho a la vida actúa a modo de que si

---

<sup>88</sup> Sobre un estudio de esto: Eduardo Ferrer Mc-Gregor, El Derecho Procesal Constitucional como Disciplina Jurídica Autónoma, artículo web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20061/pr/pr18.pdf> . Consultado el 17 de febrero 2011; También Richard LLacshauanga Chávez, Constitución y Proceso Penal, artículo web: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20110107\\_02.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110107_02.pdf). Consultado el 15 de febrero 2011.

<sup>89</sup> El artículo 66 de la Constitución nos declara: “Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte”. Dicha protección cae en un problema de definición por cuanto el concepto de “vida” y de “persona” no están definidos y recaen en una argumentación circular: es persona aquel que está vivo, todo aquel que esté vivo tiene derecho a la vida; se tiene derecho a la vida porque se está vivo, y como tiene derecho a la vida, se es persona; se es persona por que está vivo, etc. ad infinitum. Es un razonamiento circular.

<sup>90</sup> Sería ridículo decir que con el artículo 517 del Código Penal se le está otorgando el derecho a la libertad sexual de los animales, o su indemnidad.

bien toda persona tiene derecho a la vida, las demás personas tienen el deber de respetar dicho derecho. Para crear ese deber, se creó el bien jurídico “vida” dentro de la protección a las personas dentro del Código Penal<sup>91</sup>.

Las normas del Código Penal se presentan a modo de prescripciones (mandatos) y prohibiciones, lo cual debe de ser considerado, como dos formas que se contraponen (matar no puede estar prohibido y prescrito a la vez) pero que a su vez pueden complementarse (matar está prohibido, pero puede existir un mandato de salvar la vida como un deber especial impuesto a un garante. El “no salvar” sería equivalente al matar bajo la figura de comisión por omisión). Bajo la norma del “no matar” pueden circunscribirse tanto prohibiciones como mandatos, ambas estarán ligadas por una característica de obligatoriedad.

Esta característica de obligatoriedad es la que debe determinar un juez en su sentencia, no solo debe de analizar si un sujeto determinado cometió un acto determinado, sino también si estaba obligado a cumplir la norma a modo que le era mandado y prohibido a la vez. Luego de establecer dicha obligación (de cumplir con la norma de no matar) a un sujeto determinado y que queda demostrado que dicho sujeto no la cumplió, se le impondrán unas consecuencias jurídicas determinadas. Este mismo proceso es el que se establece en el Derecho Civil, por ejemplo: el juez debe de determinar la existencia del contrato, además de su validez, a fin de determinar una obligación (de pago o cumplimiento, por ejemplo) a un sujeto determinado para luego emplazarlo a cumplirla.

Con lo anteriormente expuesto vemos que el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador si es aplicable para el proceso penal, mucho más si vemos que dentro de su contenido parece referirse explícitamente a dicho proceso. Pero la Constitución no se queda en dichos artículos para intentar dar un direccionamiento al sistema penal, y más aún al proceso. Así, podemos ver en muchos otros artículos

---

<sup>91</sup> Ello nos trae otros problemas con la definición de “vida” y “personas” por cuanto también se tipifica al aborto dentro de los “delitos contra las personas” y contra la vida. ¿se le da personalidad al feto? ¿tiene vida? Con el razonamiento anteriormente expuesto, tiene vida y por ello es persona. Sin embargo no se tipifica como homicidio. Este problema no será tratado en el presente estudio, simplemente lo dejo a consideración para expresar que no por que el código penal cree un bien jurídico determinado significa que se crea un derecho.

referencias a cómo debe de estar direccionado, así como concordancias a otras formas de actuación de funcionarios públicos en referencia al proceso y a su fin.

Dicha protección se da en varios niveles: van desde la investigación de la Fiscalía, la actuación en el juicio y la posibilidad de recurrir por una violación al debido proceso. Estos niveles de antes-durante-después son los que guían el debido proceso en nuestro país. Estos tres niveles dirigidos a garantizar el debido proceso pueden verse en contradicción con otra garantía constitucional: la seguridad.

Si bien las reglas y principios del debido proceso las vemos claras en el artículo 76 y 77, dichas garantías deben de ser cumplidas por “alguien”. Inicialmente ese rol le corresponde a la Fiscalía, dicha atribución al Fiscal General es dada por el artículo 194 de la Constitución, y con ello se le exige al Fiscal que actúe con sujeción al debido proceso. Pero el texto constitucional va más allá, se le pide a Defensoría del Pueblo la tarea de ejercer y promover la vigilancia del debido proceso. Estas dos instituciones están constitucionalmente ligadas a un actuar en extrema observancia y manejo del debido proceso, sin embargo conforme al artículo 11 numeral 5 obliga a que todo servidor, sea administrativo o judicial, aplique la norma y la interprete según favorezca de manera más efectiva su vigencia.

Esta última disposición, si bien se refiere a las garantías y derechos constitucionales, cae en una ligera dificultad en cuanto hablamos del debido proceso: el proceso por lo general no está plasmado en la Constitución sino en una serie de normas secundarias que lo hacen efectivo. Ello llevará a que una disposición de proteger el “debido proceso” caiga en una suerte ampliación para incluir normas no constitucionales procesales a dicho nivel de protección.

El artículo 76 no nos da una lista taxativa de lo que se refiere el debido proceso, más bien dice que existe el debido proceso y que ello “incluye” una serie de garantías básicas. Esta garantía extensiva, sumada a la interpretación más efectiva para la vigencia de los derechos y garantías hace que el debido proceso cobre una inmensa fuerza en nuestro ordenamiento jurídico, al punto de tener un método propio de protección.

Dicho método es la acción extraordinaria de protección ubicada en el artículo 437 de la Constitución. Con ello, una violación, sea esta por acción u omisión, del debido proceso generará la posibilidad de este tipo de recursos. El cual da paso a una de las disposiciones más importantes de la Constitución: aquella referida a la responsabilidad del Estado por la violación del debido proceso. El artículo 11 numeral 9 de la Constitución responsabiliza al Estado por las “violaciones de los principios y reglas del debido proceso”. Lo cual es el último escalón del blindaje constitucional del debido proceso.

Ahora bien, una vez hemos dado a conocer un esquema general del direccionamiento y el sistema de protección del debido proceso, veamos cómo éste puede entrar en conflicto con otras garantías constitucionales. La primera de ellas es la seguridad jurídica, establecida en el artículo 82 de la Constitución. Y es que si bien resulta extraño que el debido proceso pueda entrar en conflicto con ella, resulta que la extrema cobertura del artículo 76 y del 11 numeral 5 pueda resultar en una inseguridad para quien está buscando la justicia. Quien desea obtener un resultado por parte de la justicia no puede quedar en desigualdad con respecto a quien está siendo procesado; y si bien la acción le corresponde a la Fiscalía, una sobredimensionalidad del garantismo sólo producirá un efecto nocivo, afectando a otra garantía constitucional: la seguridad.

La posibilidad de que la protección del debido proceso afecte a la seguridad ciudadana es muy grande, y en parte es lo que hemos vivido estos últimos tiempos. El garantismo extremo está perjudicando la eficiencia, por lo que se ve en un incremento en los índices delictivos y en la violencia generada por impunidad. Ante esto se cae el riesgo de sacrificar garantías con el fin de intentar ganar seguridad, inclinándose a un tipo de punitivismo, lo cual tampoco es el camino. El balance y la ponderación de ambos principios deben de ir ligados de una política criminal fuerte que actúe correctamente sin que esto implique recurrir a métodos procesales agresivos. Sobre ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que si bien “el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los

derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción.”<sup>92</sup> Ello en especial atención al uso de fuerzas militares para la seguridad ciudadana.

La Constitución de la República garantiza la seguridad como “seguridad humana” en el artículo 393. Con ello incluye la prevención de la comisión de infracciones y delitos, que debe de ser parte de una política criminal integral. Sin embargo, ello es contradictorio con un modelo de garantismo extremo que pueda llevar a altos grados de impunidad. Por ello se deberá siempre hacer un análisis de ponderación si para lograr los objetivos requeridos se deberá de dar prioridad al debido proceso o a la seguridad, ambas como garantías constitucionales, teniendo en cuenta otro principio de por medio: la proporcionalidad.

La proporcionalidad no debe de estar únicamente en el derecho penal sustantivo, sino también en el adjetivo. Tanto el proceso como la criminalización deberán de ir dirigida a aquellas conductas que sean más graves o que mayores costos (sociales) produzcan. La proporcionalidad, si bien se encuentra dentro del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, no se refiere al proceso, sino al derecho penal sustantivo, a la relación entre la sanción y la infracción. Sin embargo, dicha proporcionalidad debe de adquirir un nivel procesal, tratando a las conductas más graves con mayor dureza y a las menos graves con menor rigidez. De ello la necesidad de establecer la diferencia entre procedimientos por delitos de ejercicio de acción pública, privada y de aquellas infracciones que solo constituyen una contravención o una sanción administrativa, reduciendo las garantías aplicables para cada caso según disminuya la gravedad del delito.

Asimismo la proporcionalidad como regulador de las conductas de las autoridades es primordial para garantizar los derechos fundamentales.<sup>93</sup> Este principio no sólo debe de tomarse en conformidad a lo establecido en el artículo 76, sino del artículo 1 de la Constitución, como un Estado de derechos y justicia. Debido a que en etapas como la Instrucción Fiscal son varios los derechos fundamentales que pueden ser limitados, el principio de proporcionalidad ocupa un papel

---

<sup>92</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SCIDH) Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre del 2010, párrafo 87.

<sup>93</sup> (Bacigalupo) Pág. 65.

primordial: toda medida que se tome deberá ser proporcional al delito que se pretende investigar, debe ser de suficiente importancia para justificar su intervención<sup>94</sup>.

También encontramos en la Constitución de la República del Ecuador el establecimiento del sistema oral, en su artículo 168 numeral 6. Básicamente dispone que dicho principio se deberá llevar conforme a los principios de contradicción, concentración y dispositivo. Ahora bien, usualmente se intenta ligar a la oralidad los principios de concentración, inmediación y de publicidad como que si mágicamente los incluyera (siendo el proceso escrito todo lo contrario: la dispersión, la mediación y el secreto). Cuando sin embargo un proceso oral puede ser secreto (cuando la ley lo establezca de esa manera<sup>95</sup> o cuando a nadie le interese, que sería un secreto de facto), puede ser disperso (debido a la duración de los juicios que deben de aplazarse y reinstaurarse en fechas posteriores, no necesariamente la inmediata), y puede ser mediato (los jueces, debido a lo largo de las sesiones, pueden no prestar la atención debida a las declaraciones que se puedan estar dando en ese momento).<sup>96</sup>

El principio acusatorio no se encuentra en la Constitución, sino en el Código Penal, pero ni siquiera lo encontramos en el articulado general ni en el preámbulo sino que es encontrado en la disposición general segunda, la cual está dirigida a marcar la subsidiariedad del Código de Procedimiento Civil sobre los procedimientos penales, para lo cual cabría preguntar si dicho principio solo sería directamente aplicable para el caso en que el uso del Código de Procedimiento Civil resulte incompatible con el principio acusatorio. Lo cual nos hace afianzar más que “acusatorio” no incumbe a los derechos, sino al procedimiento, con lo que esta disposición pierde todo sentido. Aún así, sería peor si interpretáramos dicho artículo en su concepción amplia por cuanto básicamente el principio acusatorio (ampliado) no requeriría del Estado sino únicamente de las partes, tal y como lo plantea el Código de Procedimiento Civil, lo cual podría ser tautológico.

---

<sup>94</sup> (Bacigalupo) Pág. 66.

<sup>95</sup> Artículo 168 numeral 5 de la Constitución.

<sup>96</sup> (Nieva, 2010) Pág. 92.

## **§6.- LAS GARANTÍAS PROCESALES EN GENERAL: FUNDAMENTACIÓN Y CLASIFICACIÓN.**

### **6 A.- FUNDAMENTACIÓN DE LAS GARANTÍAS PROCESALES:**

Se entiende por debido proceso a aquel que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos las garantías y normas constitucionales y legales, provocando como efecto inmediato la protección integral a la seguridad jurídica del ciudadano, como un derecho garantizado constitucionalmente (Zavala Baquerizo, 2004). Este desarrollo además debe de proceder en secuencia de sus etapas por lo que es necesario que se desarrolle alguna actividad material que pueda ser cumplida por alguna de las partes o por el juez (Alvarado Velloso, 2006).

Debido proceso significa el proceso garantizado por la ley.<sup>97</sup> La aparición de tratados internacionales de derechos humanos a niveles regionales, con los subsecuentes tribunales, han hecho que el debido proceso obtenga un carácter supranacional y suprapositivo. El nacimiento del Estado democrático de Derecho va de la mano con el reconocimiento inherente al hombre de su derecho al debido proceso, por lo que dicho derecho es previo a toda regulación jurídica.<sup>98</sup> Con ello se alcanza la abolición de muchas de las prácticas inquisitoriales que marcaron gran parte de los gobiernos totalitarios de la historia.

Las garantías del debido proceso responden a las necesidades y derechos básicos que todo aquel involucrado dentro de un proceso penal tiene derecho a recibir por parte del Estado. La naturaleza de dichas garantías radica en la necesidad de limitar el poder punitivo, ya que el proceso penal es el único por el cual el Estado ejerce su potestad sancionadora<sup>99</sup>. Asimismo, se convierte en una serie de garantías y derechos de índole procesal que se identifican bajo una misma etiqueta. Esta etiquetación nace hasta cierto punto como expresión de rechazo a las prácticas del antiguo régimen francés previo a la revolución de 1789. De ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera como lineamientos del

---

<sup>97</sup> (Bacigalupo) Pág. 13.

<sup>98</sup> (Bacigalupo) Pág. 13

<sup>99</sup> Zavala Baquerizo, Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo I, pág. 115. (en adelante: Zavala Baquerizo, 2004).

debido proceso al derecho de toda persona 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.<sup>100</sup>

La evolución del debido proceso ha tenido una amplia relación con los derechos fundamentales, en especial ha ganado campo ante los procedimientos de los regímenes absolutistas.<sup>101</sup> En comparación con el derecho penal material que no es tan perceptible en relación a los derechos fundamentales, si bien este recibe una influencia del liberalismo, dicha influencia es mucho más evidente en el derecho procesal penal, por lo que éste tiene una relación más sensible con respecto a los derechos fundamentales.<sup>102</sup>

En los regímenes autoritarios las garantías del debido proceso son muy reducidas, no es un régimen basado en la libertad ni en los derechos fundamentales, por lo que está dirigido a una mayor desprotección de los inocentes.<sup>103</sup> Dicha desprotección acarrea la posibilidad del riesgo de su condena, sin importar la gravedad de la misma, es la gravedad de pasar por un proceso sin garantías.<sup>104</sup> Sin embargo, lo contrario, suele aumentar las probabilidades de liberación de los culpables, pero el riesgo de que ello suceda es un riesgo cubierto por los ciudadanos a fin de poder vivir en libertad, mostrando que las garantías del derecho penal tienen un efecto directo sobre la libertad de los ciudadanos.<sup>105</sup>

Aún así la sociedad se ve siempre inmersa en un debate sobre las garantías del debido proceso y su efecto sobre ciertos intereses sensibles, como la seguridad. La línea entre la condena del inocente y la absolución del culpable es ampliamente discutida por cuanto un proceso dirigido únicamente a la protección del inocente acarreará niveles intolerables de impunidad, lo cual es acompañado de un discurso sobre la necesidad de la seguridad ciudadana.<sup>106</sup> De ello que la etiqueta de las

---

<sup>100</sup> SCIDH Bayarri v. Argentina, 30 de octubre 2008, parágrafo 101.

<sup>101</sup> (Bacigalupo) Pág. 19.

<sup>102</sup> (Bacigalupo) Pág. 19.

<sup>103</sup> (Bacigalupo) Pág. 24.

<sup>104</sup> (Bacigalupo) Pág. 24.

<sup>105</sup> (Bacigalupo) Pág. 24.

<sup>106</sup> (Bacigalupo) Pág. 24.

garantías del debido proceso está en permanente discusión, entrando a debatir incluso su definición.

Debemos de recordar que todo proceso, sea debido o no, tiene de por medio la libertad del individuo y la posibilidad de que a éste le sea impuesta una pena. Considerando esto, el desarrollo del debido proceso es tan importante como los propios principios del derecho penal sustantivo, por cuanto todos ellos son condiciones normativas necesarias para que el Estado ejerza su poder de imponerle una pena a un ciudadano.<sup>107</sup> Y si vemos el catálogo de los derechos jurisdiccionales en los Tratados de derechos fundamentales vemos como las palabras libertad y seguridad están vinculadas, por cuanto esta lucha de intereses es constante, y dependerá del Estado balancear entre la libertad de sus ciudadanos y la seguridad de los mismos.

#### **6 B.- CLASIFICACIÓN DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL DEBIDO PROCESO:**

En nuestra etiqueta constitucional encontramos que estos derechos incluyen otros derechos que tradicionalmente han mantenido su independencia, como los son el derecho a la defensa y la presunción de inocencia. La Constitución parece haber separado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 75) y el debido proceso del artículo 76, pero como expresé anteriormente el artículo 76 no es taxativo, por naturaleza, por lo que se podría incluir en éste, aunque es un derecho completamente diferente. Aún así, la tutela judicial efectiva es una garantía del proceso, más no una garantía del debido proceso. Asimismo, la presunción de inocencia no corresponde al debido proceso, pero sí a una garantía del proceso en general. Esto, con sus efectos, podrá ayudar a la diferenciación y clasificación de lo que es el debido proceso, propiamente dicho, y las garantías procesales de manera amplia.

Con ello diferenciaremos las garantías del proceso en sentido amplio con las garantías del proceso en sentido estricto. Un primer criterio de diferenciación de

---

<sup>107</sup> Ferrajoli, Derecho y Razon, séptima edición, editorial Trotta. Madrid, 2005. (en adelante, Ferrajoli, 2005) pág. 91.

éstos estará, más que en el tiempo en el que actúan, en los efectos y en la fundamentación de los mismos. Así, hay algunos derechos que se ven derivados del principio de legalidad pero que no corresponden al principio de legalidad sustantivo sino a un principio de legalidad adjetivo que establecerá competencias. Otras garantías que responden a una manera de interpretar la ley y de actuar por parte de los funcionarios judiciales. Otras garantías se enfocarán en el desarrollo del proceso, como el derecho a la defensa o de igualdad de armas.

Roxin nos hace una clasificación basada primeramente con los principios de la iniciación del procedimiento, principios de realización del procedimiento, los principios probatorios y los principios de forma.<sup>108</sup> Si bien podríamos incluir a esta lista parte del catálogo constitucional, no creo que es suficiente debido a que hay principios que no deben de ser tenido únicamente en cuenta en una etapa o no, y otros que son más con respecto a una actitud de los órganos judiciales que del propio proceso, así como el principio de inocencia por ejemplo.

Si bien todas las garantías están ligadas al principio de legalidad, las garantías del debido proceso en sentido estricto están ligadas al procedimiento en sí, regulan el desempeño del mismo y establecen los principios y parámetros bajo los cuales éstos deberán de desenvolverse; las garantías del debido proceso en sentido amplio se refieren a valoraciones esenciales que deben de ser considerados dentro el proceso, y no como reglas de procedimiento. Así la diferenciación es más clara: el derecho a la defensa es una garantía del procedimiento, mientras que la garantía de la presunción de inocencia es un principio de valoración dentro del proceso que, si bien tiene el mismo rango de garantía del debido proceso, opera de manera distinta por cuanto ésta va dirigida a la actividad valorativa judicial.

Aún así, haremos mención del listado del artículo 76, así como las otras garantías que sean pertinentes en su momento mediante la clasificación anterior. Si bien cubriremos algunas garantías de manera más amplia que otras (debido a su pertinencia), no las dejaremos atrás debido a su importancia e igual jerarquía constitucional. Con ello, empezaremos con una serie de garantías constitucionales establecidas en el artículo 76 que no son precisamente garantías del debido

---

<sup>108</sup> (Roxin, 2000) Pág. 77.

proceso en sentido estricto, pero que si son garantías constitucionales destinadas al actuar de sus funcionarios y a la persecución de las conductas de los ciudadanos, y por ende de la criminalización.

## **§7.- LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MATERIAL.**

### **7 A.- GENERALIDADES:**

Como fue mencionado anteriormente, la Constitución de la República establece en su artículo 76 aquellas garantías del debido proceso dirigidas a todas las instancias procesales en las que se determinen derecho y obligaciones. Si bien en un proceso penal no se determinan ninguna de las dos cosas (al ser procesos cuya función es la de adscripción de responsabilidad), dichas garantías también son aplicables para los procesos penales, ya que dicho artículo hace referencia expresa a procesos penales. Aún así, el artículo 77 establece los derechos específicos para los casos en los que se haya privado de la libertad a una persona, y con ello al proceso penal. Hay algunas garantías que, si bien no son parte expresa de las garantías procesales, corresponden al *principio de legalidad* y, por ende, deberán de ser respetadas dentro del proceso, aunque su existencia sea más bien sustantiva que adjetiva.

La fórmula básica del principio de legalidad es encontrada en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución: “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”<sup>109</sup>. Esta fórmula básica corresponde al principio del *nullum crimen sine lege*, es decir, el principio de legalidad en sentido estricto, pero la fórmula constitucional continúa con que “...ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley” correspondiente a la fórmula del *nullum crimen sine pena*. Pero la fórmula completa corresponde al aforismo “*nullum crimen sine lege previa stricta et scriptam*”, en el que se establecen las tres exigencias del principio de legalidad.

---

<sup>109</sup> En este mismo sentido el Ar. 2 del CPP.

Sin embargo, continúa el artículo 76 en su numeral 3 estableciendo que se deberá juzgar “con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. Ello nos establece un parámetro claro del principio de legalidad del debido proceso. Sin embargo debemos de plantearnos la siguiente disyuntiva: si el debido proceso implica cumplimiento del principio de legalidad o si el cumplimiento del principio de legalidad implica la realización del debido proceso. Pues bien, ambas afirmaciones, desde un punto de vista lógico, son ciertas.<sup>110</sup> La falta de uno inmediatamente se reflejaría en la falta del otro, ya que no puede haber un debido proceso sin que haya cumplimiento del proceso establecido por la ley, ni puede cumplirse el proceso establecido por la ley si se viola el debido proceso.

Aún así, debemos tener en cuenta una observación importante realizada por el maestro Zavala Baquerizo, en cuanto la terminología establecida en la Constitución y en los Códigos (adjetivo y sustantivo) Penales difiere levemente, siento más provechosa la de los códigos en cuanto a este sentido. Esto se debe a que la norma constitucional menciona que nadie “será juzgado”, mientras que las de los otros códigos se refieren a que nadie será “reprimido”, es decir, actuarían no solo dentro del proceso de juicio propiamente dicho, sino desde los procesos de investigación policial, que no sea hostilizado por el Estado por un acto que no esté tipificado.<sup>111</sup> Haciendo una segunda observación terminológica, el maestro Zavala nos resalta que cuando la Constitución señala que nadie podrá ser juzgado por un “acto u omisión” mientras que los Códigos solo mencionan al “acto” por cuanto “acto” contiene tanto a la acción como a la omisión, por lo que la Constitución lo único que haría es repetir la omisión.<sup>112</sup>

Ante ello, debemos de tener claro que el debido proceso deberá de seguir las directrices del principio de legalidad: la ley previa, la ley escrita y la ley estricta. Por ello analizaremos dichos principios no solo desde el punto de vista adjetivo sino también sustantivo, en el cual adquieren una singular relevancia. Si bien, la mayor importancia de este principio está en la tipificación de las conductas, no es menos cierto que, como vimos anteriormente dentro del estudio de los modelos procesales,

---

<sup>110</sup> Ellas adquirirían la formulación lógica de  $(DP \leftrightarrow LE)$  por lo que  $(\neg DP \rightarrow \neg LE)$  y viceversa.

<sup>111</sup> (Zavala Baquerizo, 2004) Pág. 178.

<sup>112</sup> (Zavala Baquerizo, 2004) Pág. 179.

el procedimiento también puede ser un arma de control social, por lo que éste también deberá de estar regulado en conformidad a la ley por cuanto puede tan perjudicial la arbitrariedad del proceso como una arbitrariedad del delito.

### **7 B.- LA LEY PREVIA:**

Este principio debe de entenderse como un derecho a no ser condenado por una ley que no se haya encontrado vigente al momento de realizar la conducta. Este principio tiene varias fases y condiciones, incluso para su aplicación. Tiene requisitos que van desde la forma hasta el tiempo en el que dicha disposición puede aplicarse -o que se aplique una nueva para reemplazarla. Así como un principio de determinabilidad establecido para dichas normas.

El principio de legalidad exige que una ley sancionadora deba de existir antes de la conducta que se sancionará. Esta es una cuestión de validez temporal que va de la mano con la determinabilidad del hecho y se configura en el principio de irretroactividad de la ley penal. Las prohibiciones deben de ser previsibles a fin de que una persona no pueda cometer un delito que no estaba previsto como tal y ser juzgado por una conducta que, al momento de cometerla, no era posible su previsión debido a su inexistencia.

Podemos afirmar asimismo que ello se aplica tanto para la conducta cometida como para la pena, es decir, si una conducta no está tipificada como tal, como para la imposición de una pena que ha sido modificada cuando le correspondía a una conducta preexistente. Así, como ejemplo, podemos ver que los famosos “by pass” realizados en las telecomunicaciones no fueron punibles sino hasta después del 12 de agosto del 1999, en el que entró en vigencia las reformas realizadas al artículo 422 del Código Penal, tipificando dicha infracción. En este caso vemos que es un tipo de conducta creado, pero no siempre es así, a veces las reformas se dan en cuanto a ciertos requisitos o ciertas extensiones a las personas que pueden cometer dichos delitos. Un ejemplo claro de ello es el caso del peculado bancario, el cual entró en vigor desde el 13 de mayo de 1999, por lo que todo acto de peculado bancario anterior a dicha fecha no era punible bajo esta conducta, por más que el

peculado haya existido con anterioridad como conducta, era un número limitado de personas que podían cometerlo, número que aumento a partir de dichas reformas.

En ese caso, vemos como, por ejemplo, en el famoso caso de Filanbanco, donde se encuentran involucrados los hermanos Isaías, quienes son enjuiciados por peculado bancario y fueron administradores de dicha entidad hasta diciembre de 1998, por lo que perdieron su calidad de administradores y ya no podrían ser enjuiciados como tales, y por lo tanto quedarían fuera de las reformas al artículo 257 del Código Penal realizadas el 13 de mayo de 1999. Una situación curiosa y similar, de enjuiciamiento con una ley posterior, se dio en 1933 en Alemania. El 27 de febrero se incendió el Reichstag, por el cual fue condenado Van der Lube, dicho delito tenía, hasta ese entonces, una pena de hasta cadena perpetua. El 28 de febrero se aumentó la pena a la posibilidad que sea ejecutado el autor de dicho delito y el 28 de marzo entró una ley que hacía que dichos delitos también podían ser castigados mediante las reformas del 28 de febrero si fueron cometidos entre el 31 de enero y el 27 de febrero; en consecuencia de ello, como se imaginaran, Van der Lube fue ejecutado.<sup>113</sup> Pero este es un caso en el que se cambia una pena, no el delito en cuanto a conducta, situación que no es nueva y que se ha dado en nuestro País.

Así, en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 9 de agosto del 2006, publicada en el Registro Oficial 102 del 11 de Junio del 2007, se revocó una sentencia por un delito de violación en el que el hecho produjo antes y se juzgó posterior a las reformas del 2001 en las que se aumentaban las penas. Lo cual puede suceder de manera inversa, una reducción de penas, para ello la Constitución de la República del Ecuador establece el principio antitético de la irretroactividad: la aplicación de la ley posterior más favorable al reo conforme al artículo 76 numeral 5 de la Constitución. Pues “aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción” se aplicará la ley menos rigurosa. Con ello se deberá de favorecer al reo con toda disposición penal que pueda afectarle en el futuro, ante lo cual deberemos de hacer algunas precisiones.

---

<sup>113</sup> Nauke, Derecho Penal, Editorial Astrea, 10ma edición, 2006, Buenos Aires. (en adelante Nauke, 2006) pág. 80.

Las objeciones y precisiones van en cuanto a la posibilidad de aplicar una ley procesal penal más beneficiosa. Lo cual usualmente no se da por cuanto no puede haber tal cosa. Y digo esto justamente por la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal y su disposición transitoria primera, en las que dice que se aplicará el procedimiento anterior siempre que se respeten las normas del debido proceso (que es básicamente respetar las normas del procedimiento anterior en adherencia a las normas constitucionales que no siempre serán aplicables). El mayor problema con ello son las nuevas estructuraciones judiciales y la entrada en vigencia de una nueva Constitución y un nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, pero que sólo confirma lo anterior, habiendo existido resoluciones en las que confirmaban ello y resolvían planteamientos de competencia, pero asegurándose que se prosiga con los procedimientos anteriores.

Y es que un nuevo procedimiento en nada favorece al reo, por cuanto dicho favorecimiento se debe de ver reflejado en el tipo penal o en la pena; el único tipo de reformas válidas son aquellas a las que se refieren al procedimiento de limitación de un derecho fundamental dentro del proceso,<sup>114</sup> es decir, a los términos, plazos y condiciones de la prisión preventiva (y la derogación de la detención en firme), como de los requisitos y condiciones para obtener información de los medios informáticos o interrupción de las comunicaciones. La excepción a esto está en el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal, en el que se establece la retroactividad de las cuestiones prejudiciales o de procedibilidad o admisibilidad. Estas que están nombradas de manera clara pueden causar problemas, como por ejemplo cuando existe una resolución de la Corte Nacional de Justicia en la que se solicita informe de Contraloría para todos los casos de peculado.

La pregunta sería, si dicha resolución es válida (como aparentemente viene siendo aplicada) o no, y los efectos de la misma por cuanto si es retroactiva, se deberá de contar con dichos informes para todo procedimiento abierto de peculado (¿incluso aquellos bajo el procedimiento del 1983?), y si se dejase de entrar en vigor dicha resolución, de igual manera se podrán acoger a ella, hasta los que se cometan antes de que cese su vigencia. Pero ello nos lleva inmediatamente al segundo requisito del principio de legalidad, la necesidad de la ley escrita.

---

<sup>114</sup> (Zavala Baquerizo, 2004) Pág. 184.

## 7 C.- LA LEY ESCRITA:

La necesidad de que la ley se halle escrita no es sólo una formalidad de la certeza, sino que posee un requisito de fondo, y es el principio de la reserva legal. Este principio está basado en que no todo cuerpo normativo podrá establecer una sanción penal o un procedimiento, sino que únicamente una ley emitida por la Asamblea Nacional podrá hacerlo. De ello que tanto la Constitución como los Códigos establecen la palabra “ley” para ello, por cuanto existe un límite claro.

“Ley” se refiere únicamente a las disposiciones normativas, con fuerza de tal, emitidas por el Poder del Estado correspondiente, en el caso de un Estado democrático, el Poder Legislativo. Conforme a la Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ley es una “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 formación de las leyes”.

Sólo dicho poder es el único al que le corresponde la elaboración de las leyes, sólo dicho poder podrá crear, modificar y eliminar las disposiciones normativas que éstas contengan, sin perjuicio del debido control constitucional que puede ser ejercido por los organismos correspondientes; que sin embargo, no pueden dictar leyes, pero pueden dejarlas sin efecto o interpretar su sentido más favorable. Especialmente si se trata de cuestiones que limitarán la libertad de las personas, tales como las penas o la imposición de medidas cautelares personales.

Con ello, debemos tener en cuenta que es este sentido estricto al que se refiere el principio de legalidad, por cuanto sólo podrán imponer sanciones las leyes emitidas por el Poder Legislativo,<sup>115</sup> la Asamblea Nacional en este caso. Así el artículo 132 numeral 2 de la Constitución establece que se requerirá ley para el caso de tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. Así, por ejemplo, una ordenanza o un reglamento no podrá establecer penas de prisión, ni

---

<sup>115</sup> Mir Puig, Derecho Penal Parte General, Editorial Reppertor, 8va Edición, Barcelona, 2008. (en adelante, Mir Puig, 2008) Pág. 107.

tampoco lo podrá hacer un decreto.<sup>116</sup> Este sentido de ley es el mismo establecido en los Códigos, por lo tanto también debería de ser aplicable al artículo 2 del Código de Procedimiento Penal, en especial en cuanto se refiere al procedimiento. Con atención a ello la resolución de la Corte Nacional de Justicia con respecto a la validez o no del requerimiento del informe de Contraloría para el inicio de las causas penales.

#### **7 D.- LA LEY ESTRICTA:**

El principio de legalidad es parte del principio de determinación legal, con lo que se le exige al legislador que toda conducta que desee penar deba de ser determinada previo al hecho con una pena. Este principio de determinación legal nace de la necesidad de la seguridad jurídica del ciudadano, por medio de la cual se le ofrece al ciudadano que éste no será procesado por una infracción no determinada o no determinable al momento de su acometimiento. Esta determinación deberá de hacerse mediante una interpretación restrictiva de la ley, prohibiéndose así la analogía y la interpretación extensiva.

Esta es una garantía material que da una certeza de la existencia de la infracción al momento de ser cometida. No sólo basta con que exista la norma, sino que ésta debe de ser lo suficientemente clara para ser respetada, pero no sólo se limita a la conducta prohibida, sino que también su sanción deberá de ser lo suficientemente clara. De ello que las analogías y las interpretaciones extensivas se encuentren prohibidas en el Código Penal. Sin embargo, existe la cuestión de las remisiones legales permanentes y de las leyes penales en blanco que, de cierta manera, pueden atentar contra el principio de la ley estricta.

Sin duda alguna, la cuestión de las leyes penales en blanco puede ser muy complicada, pero se debe tomar en cuenta que por el propio principio de la reserva legal, únicamente la ley podrá establecer el supuesto de hecho y la sanción, por lo que podrán variar son algunos requisitos del supuesto de hecho o una determinación más específica del mismo, rechazando cualquier remisión

---

<sup>116</sup> (Zavala, 2005) Pág. 185.

consecutiva. La determinación de la conducta debe de ser clara, porque caso contrario se estaría infringiendo este derecho.

La cuestión principal que se podría presentar en materia de procedimiento le correspondería a la determinación del procedimiento y del debido proceso. Inicialmente parece no haber problema porque todos los procedimientos están detallados y se rigen bajo principios claros, como vimos, poco influye el cambio de un procedimiento en el tiempo a menos que se puedan vulnerar derechos fundamentales, pero aún así nuestro Código no ve todas las posibilidades y vacíos y se limita a una cláusula general de subsidiariedad con el Código de Procedimiento Civil y con el principio acusatorio que, unido a la mala concepción del mismo, puede terminar en nada. La certeza y la determinación del debido proceso se deberán de tomar en el sentido más favorable al reo, teniendo en cuenta también el principio de que no se sacrificará la justicia por la mera omisión de formalidades.<sup>117</sup>

#### **7 E.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:**

Además de que la ley debe ser cierta, deberá de ser proporcional con la conducta cometida. Esta proporcionalidad (principio de proporcionalidad) está establecida en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución. Debido a que este principio está dirigido al legislador, la Constitución también ha establecido el principio de reserva legal por medio del cual solamente una ley podrá tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes<sup>118</sup>.

Sin embargo este principio también tiene su variante procesal y es el de la proporcionalidad de los medios utilizados para obtener el fin buscado. Así, no es suficiente que un acto imputable se encuentre tipificado de la manera correspondiente, sino que su persecución se deberá de justificar objetivamente y que si se va a afectar un derecho fundamental, la resolución por medio de la cual se lo haga deberá de estar lo suficientemente motivada, conforme a la necesidad de la utilización de dichos métodos para la obtención de la finalidad requerida. Si bien dicha parte del principio de proporcionalidad no se encuentra específicamente en la

---

<sup>117</sup> CRE Art. 169.

<sup>118</sup> CRE Art.132, 2.

Constitución como tal, se deriva del principio del Estado de derechos y justicia y de la dignidad de las personas.<sup>119</sup>

Esta proporcionalidad debe de existir de manera especial dentro de la Instrucción Fiscal, y de ello que para los actos de investigación más atentatorios a los derechos fundamentales es necesaria la intervención judicial. Consecuentemente con este principio, es indispensable la realización de un juicio de necesidad que justifique la medida a tomar ponderando el derecho fundamental a vulnerar contra la necesidad de perseguir el delito<sup>120</sup>, por cuanto si es una intervención telefónica o un allanamiento debe estar lo suficientemente justificado. Más aún, cuando el derecho fundamental es lo suficientemente grave, no sólo se debe contar con una autorización judicial sino que, y de ello que cuando se deban de privar de la libertad se procede a realizarlo mediante una Audiencia en la que se aplica la contradicción dentro de dicho juicio de justificación.

Y es que a ello se vincula un derecho muy importante establecido dentro del “derecho a la defensa” del artículo 76 de la Constitución y es el de la necesidad de una debida motivación para las resoluciones de los poderes públicos<sup>121</sup>. La motivación no debe de darse sólo para una sentencia, sino también para el propio acto de procesamiento y de otras medidas procesales. Cabe señalar que dicha motivación deberá de versar sobre una resolución dentro de un proceso sobre una conducta que deberá de estar tipificada en la ley, así como el acto procesal debe de estar prevista en la misma.

Además se debe de considerarse que la resolución deberá valorar su adecuación a alcanzar el fin perseguido.<sup>122</sup> Se deberá justificar que la violación al derecho fundamental se justifica con la obtención de una prueba relevante a los efectos del delito concreto sobre el cual se juzga, se quiere evitar, u otros fines estipulados en la ley, como lo son garantizar la indemnización o la comparecencia del procesado en el juicio.<sup>123</sup> En el caso de la prueba, esta será relevante

---

<sup>119</sup> (Bacigalupo) Pág. 65.

<sup>120</sup> (Bacigalupo) Pág. 66.

<sup>121</sup> Art. 76 num. 7 lit. I.

<sup>122</sup> (Bacigalupo) Pág. 66.

<sup>123</sup> (Bacigalupo) Pág. 66.

únicamente cuando de ella se pueda dar a conocer indicios suficientes de algún elemento del tipo penal o del hecho punible en concreto.<sup>124</sup>

Pero no sólo basta con que la motivación explique la adecuación con relación al fin buscado, también debe de ser una medida necesaria y proporcional al medio utilizado, o sea que no existan otros medios para lograr dicho fin.<sup>125</sup> Es decir, debe existir una congruencia entre la medida prevista, el fin y la afectación del derecho fundamental, así como que dicho fin no pueda alcanzarse mediante otra medida de menor lesividad o que otra medida no sea lo suficientemente efectiva al punto de que justifique completamente la vulneración del derecho.<sup>126</sup> Ahora bien, esta proporcionalidad también debe de estar dirigida a la proporcionalidad de la medida con la gravedad del delito causado.<sup>127</sup> De ello que muchas medidas requieran de cierta gravedad para poder ser aplicadas (como la prisión preventiva), lo cual podrá también afectar su duración.

Por último, la medida tomada debe de ser proporcional entre grado de sospecha que se tenga sobre el procesado y la intervención de sus derechos fundamentales.<sup>128</sup> Pues no cabe iniciar un proceso con una prisión preventiva cuando la noticia del delito se da por medio de una denuncia dudosa; la necesidad de una investigación previa es clave para determinar las medidas a tomarse, por cuanto si no logra justificar un grado de sospecha razonable son pocas las medidas que cabrán. Entre menor grado de sospecha, menor afectación a los derechos del procesado se debe tener.<sup>129</sup> Ello justificaría que ante un caso de alta duda razonable no se proceda con una detención para fines investigativos (con alta lesividad a los derechos fundamentales) sino que proceda una citación para rendir la versión de manera libre y voluntaria, a fin de esclarecer los hechos presuntamente ilícitos puestos en conocimiento de la autoridad competente, la misma que deberá tomar en cuenta tanto los elementos de cargo como de descargo para resolver la situación jurídica del procesado sin afectar sus derechos.

---

<sup>124</sup> (Bacigalupo) Pág. 66.

<sup>125</sup> (Bacigalupo) Pág. 66.

<sup>126</sup> (Bacigalupo) Pág. 66.

<sup>127</sup> (Bacigalupo) Pág. 67.

<sup>128</sup> (Bacigalupo) Pág. 67.

<sup>129</sup> (Bacigalupo) Pág. 67.

## 7 F.- EL NON BIS IN IDEM:

La prohibición del *bis in idem* está establecida en la Constitución y está dirigida no sólo a las entidades judiciales sino también a las instituciones criminalizadoras del poder punitivo. Dicho principio establece que “nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia”. Así, la frase de “ser juzgado” no se refiere al juicio de desvalor realizado por el juez, es decir, la sentencia, sino que se refiere a juicio a modo de proceso, por lo que una persona no puede ser procesada dos veces por el mismo delito.<sup>130</sup>

Con ello, el doble juicio no sólo debe de evitarse a modo que una persona no sea sujeto de dos procesos distintos sobre un mismo hecho, sino que se le garantice a la persona que no volverá a ser sujeto de un proceso por el mismo hecho.<sup>131</sup> Lo primero se da para evitar que existan dos resoluciones contradictorias sobre un mismo hecho, lo segundo para reforzar la seguridad jurídica como garantía constitucional.<sup>132</sup> Esto debido a que el Estado debe garantizar que una persona no se encuentre envuelta en una serie de procesos sucesivos indefinidamente por el mismo hecho, sino de darle una seguridad sobre su libertad en protección de las actuaciones judiciales perversas.

Por ello, no sólo se refiere a los casos en que una persona es juzgada, sino al proceso en sí: el verse inmiscuido en un proceso ya representa un agravio para el procesado.<sup>133</sup> Sin embargo, esto no significa que no pueda continuar un mismo proceso, es decir que un proceso que por alguna causa se archivó, o en el que se dictó un sobreseimiento definitivo no pueda reabrirse cuando se superen las circunstancias que motivaron dichas situaciones.<sup>134</sup> Sin embargo, si el archivo se realiza sobre una denuncia y no sobre un proceso, se podrá receptar nuevas denuncias sobre el hecho, por cuanto nunca hubo un proceso previo.<sup>135</sup>

---

<sup>130</sup> (Zavala Baquerizo, 2004) Pág. 219.

<sup>131</sup> (Zavala Baquerizo, 2004) Pág. 219.

<sup>132</sup> (Zavala Baquerizo, 2004) Pág. 220.

<sup>133</sup> (Zavala Baquerizo, 2004) Pág. 222.

<sup>134</sup> (Zavala Baquerizo, 2004) Pág. 221.

<sup>135</sup> (Zavala Baquerizo, 2004) Pág. 221.

Cabe notar que los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.<sup>136</sup> Ello implica no que el juez deberá de fallar a favor del condenado, sino que no debería siquiera iniciarse un juicio ni un proceso de criminalización posterior a otro proceso que posea identidad de sujeto y de objeto. La doble jurisdicción sobre la que puede recaer un delito posee una relación de oportunidad más que de competencia: si es la comunidad quien desea juzgar, podrá hacerlo. Pero si se tratare de un hecho por sobre el cual la Fiscalía requiera la intervención estatal más que de la comunitaria, podrá ella entrar. Pero entra la pregunta si lo deberá hacer antes o después del proceso (obviamente antes del juzgamiento), ya que con los criterios aquí establecidos, entrar únicamente para castigar no es el propósito, sino el de llevarlo a un proceso mediante la legislación estatal primaria.

## **7 G.- LOS PRINCIPIOS DERIVADOS DE FERRAJOLI:**

El principio de estricta legalidad elaborado por Ferrajoli, dentro de su sistema garantista, nos da pauta para elaborar de allí una serie de principios del derecho penal. Así él parte de diez axiomas que se convertirán en 75 teoremas básicos.<sup>137</sup> Los axiomas son los siguientes: 1.- *Nulla poena sine crimine*, el principio de que la pena debe de suceder al delito; 2.- *Nullum crimen sine lege*, el principio de estricta legalidad; 3.- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, principio de necesidad de intervención del derecho penal; 4.- *Nulla necessitas sine iniuria*, el principio de lesividad; 5.- *Nula iniura sine actione*, principio de materialidad; 6.- *Nulla actio sine culpa*, principio de culpabilidad; 7.- *Nulla culpa sine iudicio*, principio de la jurisdiccionalidad; 8.- *Nullum iudicium sine accusatione*, el principio acusatorio; 9.- *Nulla acusatio sine probatione*, principio de carga de la prueba, y; 10.- *Nulla probatio sine defensione*, principio contradictorio.

Para Ferrajoli estos principios constituyen la base del sistema garantista y de los principios jurídicos del Estado de derecho<sup>138</sup> y dan paso a una serie de teoremas lógicos derivados del mismo.<sup>139</sup> Así, por ejemplo, la existencia de la pena implica la

---

<sup>136</sup> CRE Art. 76, 7, a; CPP Art. 5.

<sup>137</sup> (Ferrajoli, 2005) Pág. 93.

<sup>138</sup> (Ferrajoli, 2005) Pág. 93.

<sup>139</sup> (Ferrajoli, 2005) Pág. 94. Estos teoremas parten de una formulación lógica de los mismos (pág. 110) para luego sustentarse entre sí.

existencia del delito (T1), la existencia del delito implica la existencia de la ley que lo tipifica (T2), y por ende la existencia de la pena implica la existencia de la ley que la impone (T11), y así, la existencia de la pena o del delito implican la existencia de la ley (T67). Así con cada uno de los elementos establecidos al punto de establecer que la existencia de la pena implicaría la existencia del delito, de la ley, de la necesidad, de la injuria, de la acción, de la culpa, del juicio, de la acusación, de la prueba y de la defensa (T56), por lo que la existencia de la pena implicaría además la existencia de cada uno de estos elementos de manera individual (T11 al T19).

Y continúa a modo de escalera, en el que el delito implicaría la existencia de la ley, de la necesidad, de la injuria, de la acción, de la culpa, del juicio, de la acusación, de la prueba y de la defensa (T57), así como cada uno de ellos de manera individual (T20 al T27). Hasta llegar a la acusación que implica la existencia de la prueba y de la defensa (T64) y por ello al de la defensa de manera individual (T55). Por lo que la existencia de cualquiera de los elementos anteriores, sea la existencia de la pena, del delito, de la ley, de la necesidad, de la injuria, de la acción, de la culpa, del juicio, de la acusación o de la prueba implicarán la existencia de la defensa (T75). Todo esto mediante un sistema garantista, el cual seguirá dichas formulaciones como principios del mismo.

La lista es muy amplia, y sus implicaciones se ven justificadas a lo largo de su obra mediante las justificaciones de sus axiomas, siendo las tres primeras las referentes al “cuándo y cómo castigar”, las 3 segundas al “cuándo y cómo prohibir”, y las últimas al “cuándo y cómo juzgar”, y con ello las reglas relativas al proceso (y por ende las que más nos interesan). Si bien no las explicaremos en este apartado, si deseo señalar que todas estas reglas se derivan del propio principio de legalidad, por lo que podríamos incluir al principio de legalidad como una de estas reglas, y a su vez, como generadora de las mismas.

Como un dato curioso, podemos ver una lista prácticamente similar elaborada en el Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales realizado por el Ministerio de Derechos Humanos.<sup>140</sup> Dicho anteproyecto posee amplias carencias dogmáticas y doctrinales, y posee (como dice el nombre) un amplio espíritu

---

<sup>140</sup> Artículo 2 del anteproyecto.

garantista que poco conoce de las implicaciones del mismo. Desde la interpretación incorrecta de normas constitucionales, hasta la mala aplicación terminológica, la carencia es enorme y la falta de necesidad imponer taxativamente los axiomas de Ferrajoli en el Código nos hacen reaccionar ante dicha situación. La falta de criterio y el fundamentalismo garantista lleva a esas fronteras infinitas, que si no son limitadas por las necesidades de seguridad de los ciudadanos fracasarán peor que la torre de Babel. No es que los axiomas están incorrectos, pero sí las implicaciones de su tipificación como tal, por ello, se desarrollarán respectivamente en el procedimiento, más no se elaboran como principios legales.

#### **§8.- LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA JURISDICCIONAL.**

El principio de legalidad no sólo adquiere una relevancia conforme a un sustrato material, sino que como principio de un Estado Democrático, las funciones del Estado deberán de estar separadas, y una persona sólo podrá ser juzgada por el juez legal competente. Como vimos anteriormente, con el nacimiento de la Carta Magna este derecho adquirió vida, lo encontramos en el artículo 73 numeral 3 con la frase “Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente...”. Asimismo el numeral 7 literal k establece la necesidad del juez competente, además prohibiendo los “Tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”.

Sobre ello también ha fallado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cesti Hurtado vs. Perú, en el que un militar jubilado es sometido a la jurisdicción militar cuando éste no gozaba de dicho fuero. La Corte consideró que se hizo una interpretación extensiva de dicho fuero y por lo tanto violaría el derecho de dicho ciudadano de ser sometido a un juez y fuero competente,<sup>141</sup> por lo que concluyó la Corte que ningún resultado del proceso contra dicho ciudadano por parte del fuero militar puede tener vigencia jurídica.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> SCIID Cesti Hurtado vs. Perú, 29 de septiembre de 1999, parágrafo 144.

<sup>142</sup> SCIID Cesti Hurtado vs. Perú, 29 de septiembre de 1999, parágrafo 145.

Con esto que el Juez competente debe de ser legalmente establecido, y para ello debe de preverse su existencia mediante una ley, en este caso la Ley Orgánica de la Función Judicial. De ello que la competencia para conocer los casos en materia penal estará establecida, principalmente por la LOFJ. Únicamente le corresponde a la Función Judicial imponer las penas establecidas en el Código Penal. Pero asimismo le corresponde a dicha función descentralizar la administración de justicia estableciendo competencias especializadas, sin perjuicio de que ello implique que por necesidad las competencias no se encuentren unificadas (por ejemplo, existen los jueces de tránsito, pero en caso que no existan, el juez de garantías penales conocerá la causa).

Si bien existe dicha descentralización, existe un principio de unidad jurisdiccional, por lo que no existirán jueces por fuera de la Función Judicial. De ello la eliminación de los juzgados policiales y militares, convirtiéndose los jueces competentes para conocer las infracciones cometidas por ellos a los jueces y Tribunales de garantías penales. Esto va en concordancia del principio de igualdad ante la ley, por lo que todos somos juzgados por los mismos jueces dentro de su materia y competencia correspondiente.

Ahora bien, esta eliminación de los juzgados policiales y militares se dio en atención a otro principio: la imparcialidad del juez. Quien juzga no puede estar vinculado a quien va a juzgar, sea por cuestiones organizacionales o por cuestiones morales. Así, la independencia y la imparcialidad requerida por el literal k del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución se verán reflejadas en la desvinculación del juez, así como en su predeterminación. Dicha predeterminación es de competencias, por cuanto debe darse el sorteo respectivo para evitar que un juez sea señalado “a dedo”.

La desvinculación a cualquier otra autoridad es necesaria, por lo que únicamente será el juez quien decida dentro del proceso a su cargo. No podrá tener influencias ni presiones de ninguna índole, caso contrario se infringiría dicho derecho. Así ha fallado, por ejemplo, la CIDH en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú, en el que se exige que se deba de tener una garantía en contra de las

presiones externas, siendo éste uno de los fundamentos de un Estado democrático de Derecho.<sup>143</sup>

Además de la independencia debe de ser imparcial. Estos dos requisitos de imparcialidad e independencia son, como lo menciona la CIDH, no sólo la del respeto de las garantías del debido proceso dentro de un proceso determinado, sino incluso el propio acceso a los Tribunales, lo que debe de verse como una acusación en un juicio en condiciones normales.<sup>144</sup> En el caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, la CIDH se ve ante uno de los hechos ocurridos bajo un estado de excepción, en el cual no se podía acceder a la justicia con las debidas garantías, por lo que los hechos nunca fueron investigados.<sup>145</sup> Con ello que la independencia no sólo debe de ser jurídica, sino también de hecho, por lo que no sólo basta una independencia jerárquica institucional, sino real.<sup>146</sup>

Todo proceso debe de estar dirigido y orientado a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.<sup>147</sup> Y con ello que dicha imparcialidad se refleja tanto subjetivamente, como muestra de disposición, como objetivamente. Objetivamente en cuanto a la materia, si el juez estuvo en contacto con la causa o la ha conocido o formó parte de ella previamente no puede juzgar en dicha causa por cuanto su criterio se puede ver comprometido. Y es que el principio de inmediación exige que un juez tenga contacto con la prueba, pero ello se debe dar al momento del juicio, no antes, ya que en dicho caso no importará que contacto tenga el juez con la prueba, ya habrá creado un criterio. Además, todo testigo deberá de comparecer ante los jueces competentes, ya que sólo esto consistirá como prueba válida, esto debido a la necesidad de que pueda haber contradicción<sup>148</sup>.

---

<sup>143</sup> SCIDH Tribunal Constitucional vs. Perú, 31 de enero del 2001, párrafos 73 y 75.

<sup>144</sup> SCIDH Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, 4 de julio 2007, párrafo 113.

<sup>145</sup> SCIDH Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, 4 de julio 2007, párrafo 117.

<sup>146</sup> SCIDH Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, 4 de julio 2007, párrafo 122.

<sup>147</sup> SCIDH Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, 4 de julio 2007, párrafo 123.

<sup>148</sup> CRE Art.76, 7-j.

Para remediar estos problemas los jueces pueden excusarse, o pueden ser recusados. Asimismo, la sustanciación de un proceso por parte de un juez que no es competente para el efecto llevará a la nulidad de dicho proceso. Se deben tener en cuenta varios aspectos de la competencia y en cómo se obtiene; principalmente es por materia, pero la competencia también radica en la territorialidad y en la jerarquía del juez o Tribunal, y como son presupuestos procesales, su incumplimiento se ve reflejado en una nulidad insubsanable. La necesidad de ser juzgado por un juez competente es parte del principio de legalidad procesal, sino uno de sus principios más importantes.

## **§9.- LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO: FUNDAMENTOS Y CLASIFICACIÓN.**

### **§9 A.- FUNDAMENTOS:**

Las garantías de procedimiento dentro de la Constitución están establecidas en ambos artículos, incluyen garantías del proceso así como procedimientos generales para las detenciones. Esto es lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a llamar condiciones de legitimidad del proceso.<sup>149</sup> Básicamente son criterios que toman en cuenta el proceso en su totalidad, independientemente de las garantías de interpretación. Así, para que un proceso se desarrolle debidamente deberá de considerarse no solo el proceso en sí, sino las actuaciones policiales previas y los recursos posteriores al mismo.<sup>150</sup>

La primera de estas garantías es aquella dirigida a las autoridades a garantizar el principio de legalidad y respetar el cumplimiento de los derechos de las personas<sup>151</sup>, extendiéndolo al derecho que para ser penado se deberá tener una sentencia ejecutoriada dentro de un juicio legalmente establecido<sup>152</sup>. Esto no es sólo judicial, sino a toda autoridad competente que se encuentre en dicha situación. Esto

---

<sup>149</sup> (Bacigalupo) Pág. 31.

<sup>150</sup> (Bacigalupo) Pág. 31.

<sup>151</sup> CRE Art. 76, 1.

<sup>152</sup> CPP Art. 1; así mismo el artículo sin número primero después del artículo 5 del CPP en la que se establece el debido proceso en toda etapa.

incluye el respeto del principio de legalidad y la obligación de toda autoridad de respetar dicho principio.

Ahora bien, una de las garantías básicas del procedimiento es, a su vez, una de las garantías básicas de la seguridad jurídica y consiste en que toda persona deberá de ser juzgada únicamente ante un “juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”<sup>153</sup>. Si bien esto responde al principio de legalidad (en su ámbito procesal) no es menos cierto que ello responde también a la garantía de que cada persona deberá de tener una certeza de quien será su juzgador competente, en ese sentido el artículo 76 numeral 7 literal k de la Constitución, por medio del cual se garantiza que todo imputado debe ser “juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por Tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”<sup>154</sup>.

Estos son requisitos que de cierto modo podemos considerar como de organización, sin embargo debemos prestar especial atención a dos cuestiones básicas dentro de un proceso penal: el desarrollo del mismo y la privación de libertad que de éste se desprende. Para ello fundamentaremos esta clasificación y nos centraremos en el estudio de estas dos cuestiones y no en una descripción del proceso ya que, por más que cambie el procedimiento, los principios deberán de ser tomados de igual manera.

## **§9 B.- CLASIFICACIÓN:**

Debemos de tener en cuenta que al calificar las “garantías del procedimiento” estamos viendo a la sustanciación del mismo y a su desarrollo desde su inicio. Si bien el manejo del proceso será diferente en sus etapas, se debe de procurar que los derechos del procesado no sean vulnerados en ninguna de éstas, por lo que la Constitución los ha catalogado a gran parte de ellos como “derecho a la defensa”. Sin embargo debemos de concretar un poco sobre ello.

---

<sup>153</sup> CRE Art. 76, 3.

<sup>154</sup> En este sentido, además el Art. 3 del CPP.

Uno de los derechos más importantes es el derecho a la defensa. Si bien es un derecho autónomo, puede incluirse como parte del debido proceso debido a su incidencia en el mismo. El derecho a la defensa está establecido en los artículos 76 numeral 7 y 77 numeral 7 de la Constitución, en un largo catálogo de derechos que incluyen algunos preceptos correspondientes al procedimiento. Si bien, no todos estos derechos enumerados en dichos artículos corresponden al derecho a la defensa propiamente, sí tienen una gran incidencia en el proceso y en las posibilidades del acusado dentro del mismo.

Por otro lado tenemos las garantías presentes en las detenciones: básicamente están en el artículo 77 de nuestra Constitución que está destinado para el efecto, pero asimismo, no son todos los que están ni están todos los que son. Algunos derechos corresponden a otros principios y no a las garantías del debido proceso en caso de detenciones. Por lo que debemos separar estos dos aspectos procesales, la defensa y la detención del procesado, como aspectos distintos. Debemos separar aquello que llamaremos derecho a la defensa, en el sentido estricto, que corresponderá al derecho de poder defenderse con los medios adecuados.

#### **§10.- LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO: EL DERECHO A LA DEFENSA.**

El primer derecho dentro de ellos es el que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del proceso.<sup>155</sup> Esta disposición es de por sí tautológica: decir que el derecho a la defensa consiste en que nadie puede ser privado del derecho a la defensa significa prohibir que se comita la prohibición, por cuanto si se viola el derecho a la defensa se estaría violando el derecho a la defensa por cuanto el derecho a la defensa es parte del derecho a la defensa. Es un pequeño juego de palabras, pero demuestra lo circular del razonamiento que sólo se podría verse desde la perspectiva de que dicho derecho es previo al mismo proceso y que por ende no importa en qué etapa del mismo se esté, nunca deberá de ser violado.

---

<sup>155</sup> CRE Art.76, 7-a.

Si bien pueden existir mejores maneras de plantear dicho derecho sin caer en la tautología, en el fondo pretende proteger al acusado incluso antes de la existencia del proceso. Esto nos plantea que el debido proceso no tendría ninguna significancia si este no se toma en cuenta en la fase de preparación del juicio.<sup>156</sup> Con ello que la CIDH ha dicho que el derecho a la defensa debe ser ejercitado desde que una persona es sospechosa de un hecho punible, cualquiera que sea su grado de participación, y que este derecho sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo la etapa de ejecución de la pena cuando esto sea competente.<sup>157</sup> Si esto no se logra ejercer, se estaría dando una fuerza a los poderes investigativos del Estado que afectaría a los derechos fundamentales de las personas.<sup>158</sup>

Para ello que ya no se debe de interpretar las leyes procesales de manera exegética, sino de manera teleológica, en conformidad con los fines de protección de la misma. De ello que la CIDH en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú hace referencia a que el debido proceso debe cumplirse en todo proceso sancionador del Estado, y en este caso, un juicio político por parte del Congreso violó el derecho a la defensa por parte de los magistrados sancionados.<sup>159</sup>

Y es que este derecho va de la mano con el derecho que establece la posibilidad de presentar sus argumentos y contradecir los argumentos y pruebas presentadas en su contra.<sup>160</sup> Este derecho no tiene consideración de etapas en el proceso y es que en ello consiste el derecho a igualdad de armas, que es una proyección del principio de igualdad.<sup>161</sup> Tanto la acusación como la defensa deben contar con iguales posibilidades con el fin de que el acusado no sea perjudicado ni exista un desbalance de las oportunidades, sobre todo con respecto a la citación de peritos y testigos, al ofrecimiento de pruebas y al interrogatorio de testigos de ambas partes.<sup>162</sup>

---

<sup>156</sup> (Bacigalupo) Pág. 49.

<sup>157</sup> SCIDH Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre del 2010, parágrafo 154.

<sup>158</sup> SCIDH Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre del 2010, parágrafo 154.

<sup>159</sup> SCIDH Tribunal Constitucional vs. Perú, 31 de enero del 2001, párrafos 83 y 69.

<sup>160</sup> CRE Art.76, 7-h. SCIDH Tribunal Constitucional vs. Perú, 31 de enero del 2001, párrafos 83.

<sup>161</sup> Gimeno Sendra, Manual de Derecho Procesal Penal, pág.60.

<sup>162</sup> (Bacigalupo) Pág. 32

Este derecho va de la mano con el valor que se le otorga a las pruebas obtenidas fuera del juicio, en especial cuando han sido obtenidas fuera del control de la defensa.<sup>163</sup> Si bien por regla general siempre debe poder cumplirse el derecho de presentar sus argumentos y contradecir los argumentos de la acusación como las pruebas, en este caso los testigos, esto puede dar problemas cuando tratamos con testigo protegidos o agentes encubiertos. En el TEDH se han dado casos con respecto a estas situaciones, uno de ellos es el caso Lüdi contra Suiza, en el que el TEDH ha logrado determinar que no hubo violación alguna al debido proceso cuando un agente encubierto no se presentó a rendir su testimonio y, de ello, la condena se basó en las actuaciones preprocesales del mismo. Debido a que el acusado no tuvo posibilidades de contradecir ni enfrentarse al testigo, la Corte consideró que se violó el derecho a la defensa.<sup>164</sup>

Aún así, el derecho se limita a la posibilidad de presentar testigos y pruebas, para lo cual existe una etapa procesal marcada. Sin embargo es en la Indagación Previa la fase en donde más desigualdad existe.<sup>165</sup> Durante esta fase la policía y la fiscalía tiene toda una ventana de posibilidades que no la tiene el acusado, incluso una ventaja temporal (uno o dos años de la indagación previa frente a los 90 días de la instrucción fiscal). Incluso pueden realizarse algunas diligencias en secreto que la defensa nunca sabrá hasta la etapa de juicio (escuchas telefónicas, por ejemplo). Incluso muchas de las actuaciones policiales terminan siendo “irrefutables” dentro del proceso, y a ello le sumaríamos las versiones tomadas en esa fase si ellas pudiesen formar parte del juicio.<sup>166</sup>

Ante esta posibilidad se han creado mecanismos de defensa de los derechos fundamentales por los que se amplían los derechos a la defensa a la fase de Indagación Previa. Esta fase es la que más vinculación con el proceso inquisitivo tiene, pero sin embargo ello no nos debe alarmar. Si bien el principal apoyo del proceso se encuentra en esta etapa “inquisitorial”<sup>167</sup> ello no implica que no se pueda ejercer un legítimo control del debido proceso, ello incluye ser escuchado en el

---

<sup>163</sup> (Bacigalupo) Pág. 32.

<sup>164</sup> STEDH Lüdi v Suiza, 1992, parágrafo 49 y 50.

<sup>165</sup> (Bacigalupo) Pág. 35. La Instrucción española es similar a la Indagación Previa ecuatoriana.

<sup>166</sup> (Bacigalupo) Pág.36

<sup>167</sup> (Bacigalupo) Pág. 50.

momento oportuno y en igualdad de condiciones.<sup>168</sup> Es decir, la imparcialidad debe ser un factor primordial, y con ello además la capacidad de contradicción de las pruebas.

Además, para garantizar dicho derecho se deberá garantizar que la defensa cuente con el tiempo y los medios adecuados para su preparación<sup>169</sup>, lo cual consiste en poder ser asistido por un abogado (derecho a la defensa en el sentido estricto) y de poder comunicarse con este<sup>170</sup>. Además de ello, se debe poder acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento, lo cual implica la publicidad del proceso<sup>171</sup>.

Esto es la llamada defensa técnica dentro del proceso, por lo que el abogado podrá asistir y actuar por parte del representado en varias instancias procesales para así garantizar que el acusado tenga los medios técnicos suficientes.<sup>172</sup> Pero para ello se debe dejar que la asistencia del letrado sea desde la primera diligencia que se realice, caso contrario se limitaría el derecho a la defensa y habría una vulneración del debido proceso y un desequilibrio procesal entre el acusado y el poder punitivo del Estado.<sup>173</sup> Con ello, y para evitar el desbalance, tampoco cabría la designación de un defensor de oficio “de papel”, es decir como una mera formalidad, por cuanto igualmente se estaría vulnerando el derecho a la defensa por cuanto no se contaría con la defensa técnica.<sup>174</sup>

#### **§11.- LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO: LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.**

La Constitución de la República inicia el artículo 77 en referencia a los procesos en los que se haya privado la libertad a una persona. Si bien este artículo no sólo está dirigido a esos casos, opera principalmente en ellos. El primero de los

---

<sup>168</sup> CRE Art.76, 7-c.

<sup>169</sup> CRE Art.76, 7-b; asimismo SCIDH Cabrera García y Montiel Flores v. México, 26 de noviembre del 2010, parágrafo 156.

<sup>170</sup> CRE Art.76, 7-g; Art.77, 4 y Art.77, 6.

<sup>171</sup> CRE Art.76, 7-d; SCIDH Cabrera García y Montiel Flores v. México, 26 de noviembre del 2010, parágrafo 156.

<sup>172</sup> Rifá Soler/ Richard González/Riaño Brun, Derecho Procesal Penal, pág. 36.

<sup>173</sup> SCIDH Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre del 2010, parágrafo 155.

<sup>174</sup> SCIDH Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre del 2010, parágrafo 155.

casos mencionados es de especial atención, pues ha sido origen de diversos debates dentro de la doctrina nacional e internacional sobre su aplicación y su significado. Me refiero a la prisión preventiva y a toda la fundamentación que existe detrás de la misma como un método efectivo para garantizar la pena o la presencia del procesado en el juicio. Esto como caso de especialidad, por cuanto el que por lo general más se aplica es la detención, como medida previa de aseguramiento del proceso.

### **§11 A.- PRISIÓN PREVENTIVA:**

Para Bacigalupo, las únicas finalidades que pueden justificar la prisión provisional son de carácter procesal: la sustracción del inculcado a la justicia, el peligro de tal sustracción o el peligro de obstrucción de la investigación mediante destrucción o falsificación de medios de prueba o mediante su influencia en testigos, peritos, etcétera.<sup>175</sup> Si bien la prisión preventiva entra en un conflicto con la presunción de inocencia, no debe de ser tomada como una muestra de culpabilidad.<sup>176</sup> Por ello nunca debe ser considerada como un castigo, así la CIDH ha dicho que la dilación indebida de la misma se convierte en un castigo cuando no se ha demostrado la responsabilidad penal del procesado.<sup>177</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: “que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”.<sup>178</sup> De ello la importancia de que sea llevado ante un juez competente de manera inmediata para revisar las causas de su detención, por lo que el simple conocimiento del juez no es suficiente.<sup>179</sup> Aún así, se le da otra garantía al imputado que es la idea de la caducidad, en el que si una persona no es juzgada en el plazo

---

<sup>175</sup> (Bacigalupo) Pág. 63.

<sup>176</sup> Sobre esto: Edmundo Durán Díaz, La Libertad Personal del Sindicado en el Proceso Penal Ecuatoriano, en Revista Jurídica Online de la UCSG, Web: [http://www.revistajuridicaonline.com / images/stories/revistas/1990/01/1\\_La\\_Libertad\\_Personal\\_Del\\_Sindicado.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1990/01/1_La_Libertad_Personal_Del_Sindicado.pdf) , pág. 8.

<sup>177</sup> SCIDH Acosta Calderón vs. Ecuador, 24 de junio 2005, parágrafo 75.

<sup>178</sup> SCIDH Acosta Calderón vs. Ecuador, 24 de junio 2005, parágrafo 74.

<sup>179</sup> SCIDH Acosta Calderón vs. Ecuador, 24 de junio 2005, parágrafo 78.

razonable se le violan sus derechos fundamentales; en el caso de prisión preventiva, ésta no podrá durar más de 6 meses en delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión<sup>180</sup>.

El Tribunal resalta que, además, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absoluta para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.<sup>181</sup>

Pero la pregunta de la prisión preventiva y su aplicación es una cuestión compleja porque a límites de percepción nos damos cuenta que la no aplicación de la misma en delitos “evidentes” o “atroces” generan un completo rechazo en la ciudadanía<sup>182</sup>. Pero no se debe de considerar a la prisión preventiva como un mero dato probabilístico<sup>183</sup> en el que una serie de fundamentos y solemnidades se cumplen se aplica automáticamente, la idea de la prisión preventiva no debe de funcionar como una presión a la defensa sino como una garantía a la correcta ejecución del proceso, por lo que si existen esas garantías (o modos alternos de garantizarlo) se deberán de considerar.

## **§11 B.- LAS DETENCIONES:**

La protección contra las detenciones indebidas también es tema de muchos Tratados Internacionales de Derechos Humanos. La Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 7 señala el derecho a la libertad y a la seguridad que las personas tienen. Dicha seguridad y libertad debe de entenderse, en primer

---

<sup>180</sup> CRE Art.77, 9.

<sup>181</sup> SCIDH Bayarri vs. Argentina, 30 de octubre 2008, parágrafo 76.

<sup>182</sup> En esto la sensación de encarcelamiento inmediato de la prisión preventiva en la ciudadanía. Sobre ello Georg Freund, Sobre la Fución Legitimadora de la Idea de Fin en el Sistema Integral de Derecho Penal, en Wolter /Freund, Sistema Integral de Derecho Penal, Marcial Pons, 2004, Barcelona (en adelante Freund, 2004) Pág. 124.

<sup>183</sup> El dato probabilístico de la sospecha fundada se basaría en la “prueba” de la culpabilidad o de la materialidad del delito, según Freund; con esto lo importante es que se entienda la medida por su fin y no por su merecimiento como castigo. (Freund, 2004) Pág. 123.

lugar y de manera amplia, como la capacidad de una persona de hacer o no hacer todo lo que esté legalmente permitido, es decir organizar su vida conforme a sus convicciones; mientras que la seguridad es la ausencia de perturbaciones que restrinjan la libertad más allá de lo razonable.<sup>184</sup> En segundo lugar, debe entenderse como libertad física, en relación a los actos del Estado que puedan causar un abuso de derecho, una interferencia ilegal por lo que recalca la necesidad de que todo procedimiento haya sido expuesto de antemano por la legislación del Estado, siendo la libertad la regla general y la limitación la excepción.<sup>185</sup> Dicho requisito conforma parte del principio de legalidad procesal anteriormente expuesto, pero no es ese aspecto en el que deseo hacer relevancia en este punto.

La CIDH posee una protección contra las detenciones que no se da sólo desde un nivel formal (procedimental) sino también material (sustancial), es decir no sólo se debe de velar que el procedimiento por el cual se le priva de libertad a una persona sea el correcto sino también que las causas de dicho procedimiento estén estipuladas de antemano.<sup>186</sup> Todo ello en protección del debido proceso, por cuanto los requisitos de forma también son protegidos por la CIDH, tales como la orden judicial escrita.

Para proceder a una detención es necesario que exista una orden judicial escrita, salvo caso de delito flagrante<sup>187</sup>. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Castillo Páez vs. Perú, falló contra el País por no haber procedido de manera correcta en la detención de un ciudadano bajo las circunstancias establecidas en la Constitución, es decir, delito flagrante u estado de emergencia, además que faltaba la debida orden judicial escrita y motivada correctamente.<sup>188</sup> Y es que la motivación de las órdenes de detención es tan importante como la propia orden escrita, por cuanto toda resolución que afecte derechos fundamentales deberá de estar debidamente motivada.

---

<sup>184</sup> SCIDH Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 21 de noviembre del 2007, parágrafo 52.

<sup>185</sup> SCIDH Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 21 de noviembre del 2007, parágrafo 53.

<sup>186</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha fallado en este sentido en la sentencia Panday v. Surinam del 21 de Enero de 1994. Parágrafo 47. Asimismo en la sentencia Suárez Rosero vs. Ecuador, 12 de noviembre de 1997, parágrafo 43.

<sup>187</sup> CRE Art. 77, 2.

<sup>188</sup> SCIDH Castillo Paez vs. Perú, noviembre 3 de 1997. Parágrafo 56.

Así, por ejemplo, vemos que la CIDH ha sancionado al Ecuador en el caso Acosta Calderón por cuanto, si bien se lo detuvo mediante un delito flagrante (en la Aduana del aeropuerto por posesión de droga) no se hizo el informe pericial pertinente, que de paso es establecido en la ley, por lo que nunca se comprobó las sustancias que poseía y sin embargo permaneció cinco años detenido.<sup>189</sup> Otro ejemplo es aquel en el que el juez forma parte del operativo, pero que no existe una orden judicial escrita. Si bien la Constitución establece la oralidad, vemos en este caso la importancia de la constancia en escrito: la motivación de los actos públicos, por cuanto la orden judicial no es un requisito meramente de forma para la detención, sino que debe tener la motivación concreta como garantía, por lo que la presencia del juez en la detención no subsana el hecho de que se requiera una orden judicial escrita. En este sentido la CIDH en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, en la que el juez acudió a la detención, pero la orden fue emitida, por escrito, tres días después. La presencia del juez no subsana el requisito.<sup>190</sup>

La Constitución consagra un derecho muy importante: que al momento de la detención se deberá de informarle a la persona sus derechos a la defensa los que incluyen permanecer en silencio<sup>191</sup>, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo y de comunicarse con un familiar,<sup>192</sup> pero a ellos le debemos añadir el derecho a ser comunicado de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.<sup>193</sup>

La Corte Interamericana considera que la información de los “motivos y razones” de la detención debe darse “cuando ésta se produce”, lo cual constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del

---

<sup>189</sup> SCIDH Acosta Calderón vs. Ecuador, 24 de junio 2005, parágrafo 70.

<sup>190</sup> SCIDH Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 21 de noviembre del 2007, parágrafo 68.

<sup>191</sup> También establecido en el artículo 77,3,b; lo cual será analizado posteriormente.

<sup>192</sup> CRE Art.77, 4.

<sup>193</sup> CRE Art.77,3 y 77,7,a.

individuo.<sup>194</sup> Asimismo dicha Corte observa que el artículo 7.4 de la Convención alude a dos aspectos: I) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención; y, II) la notificación, que debe ser por escrito, de los cargos.<sup>195</sup>

Con respecto a la información al momento de la detención, se debe tener en cuenta que el Agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención, no cabe la mera mención de la base legal.<sup>196</sup> Esto también es estipulado en la Constitución cuando dice que deberá ser informado “de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo” sobre las acciones y procedimientos formulados en su contra.<sup>197</sup> Así como la identificación de las autoridades que lo ordenaron, lo ejecutan.<sup>198</sup> Asimismo, debido a la necesidad de comunicarle al procesado lo sucedido, toda persona que no hable el idioma podrá contar con la asistencia de un traductor, de manera gratuita<sup>199</sup>.

La información no sólo debe ir dirigida al procesado: la existencia de la prohibición de que éste permanezca incomunicado posee una fuerza mayor a la mera posibilidad de que él pueda comunicarse. El fundamento de este derecho está en la propia publicidad del proceso y en el mismo derecho a la defensa y es que la detención es uno de los momentos más vulnerables para el reo, por lo que se debe comunicarle el derecho de comunicarse con un familiar<sup>200</sup>. Pero el derecho no termina ahí; además si es extranjero se deberá de comunicar al Agente Consular del País al que pertenciere de manera inmediata.<sup>201</sup>

Nadie podrá ser detenido sin fórmula de juicio por más de 24 horas<sup>202</sup>, es una garantía de que la persona deba ser llevada ante el juez competente dentro de un plazo razonable o ser dejada en libertad. La garantía de caducidad también se presenta en la prisión preventiva, como vimos anteriormente. Si en cualquiera de

---

<sup>194</sup> SCIDH Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre del 2010, parágrafo 105.

<sup>195</sup> SCIDH Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre del 2010, parágrafo 106.

<sup>196</sup> SCIDH Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre del 2010, parágrafo 105.

<sup>197</sup> CRE Art.77, 7,a.

<sup>198</sup> CRE Art. 77,3.

<sup>199</sup> CRE Art.76, 7-f.

<sup>200</sup> CRE Art.77, 4.

<sup>201</sup> CRE Art.77, 5.

<sup>202</sup> CRE Art.77, 1.

estos casos pasare dicho tiempo, el juez o la autoridad competente será responsable de ello, y obligatoriamente la detención quedará sin efecto.<sup>203</sup> Sobre esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido fallos en este sentido indicando que si una persona no es puesta a las órdenes del juez al momento de su detención, o si no se le informa al juez sobre dicha detención se le están violando los derechos al procesado.<sup>204</sup>

Principalmente esto se lo hace con motivo de evitar las detenciones arbitrarias e ilegales, pues “en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia”.<sup>205</sup> Y esto debido a la especial situación de vulneración que se encuentra el procesado en ese momento, en el que utiliza la detención a modo de medida represiva. El que sea llevado ante un juez competente de manera inmediata para revisar las causas de su detención, se da como esta limitación y control jurisdiccional del debido proceso, por lo que el simple conocimiento del juez no es suficiente.<sup>206</sup>

### **§11 C.- DILACIONES INDEBIDAS:**

Hay una garantía al debido proceso que no la encontramos en nuestra Constitución *per se*, es la garantía a un proceso sin dilaciones. Esta garantía la encontramos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8, y dice que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”. Lo cual debe verse en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla, hasta que se dicte sentencia definitiva correspondiente, donde el plazo comenzará cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito.<sup>207</sup>

---

<sup>203</sup> CRE Art.77, 9.

<sup>204</sup> Informe sobre Ecuador abril 1997.

<sup>205</sup> SCIDH Bayarri vs. Argentina, 30 de octubre 2008, parágrafo 63; SCIDH Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador, 21 de noviembre del 2007, parágrafo 81.

<sup>206</sup> SCIDH Acosta Calderón vs. Ecuador, 24 de junio 2005, parágrafo 78.

<sup>207</sup> SCIDH Bayarri vs. Argentina, 30 de octubre 2008, parágrafo 105.

Ello ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos básicamente en que un imputado no debe cargar con la obligación de velar por la celeridad del proceso ni por la diligencia de las actuaciones de las autoridades encargadas a administrar justicia; tampoco se le puede cargar dicha demora a costa del imputado.<sup>208</sup> Con ello, la prescripción del delito juega un papel importante como garantía del debido proceso, y más aún, como un derecho fundamental. Si bien ello no está estipulado como tal de manera positiva, su principio antitético lo está: la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. La prescripción consiste en un límite al *ius puniendi*, y la obligación de velar por él le corresponde al Estado.<sup>209</sup> Sin embargo, la propia Constitución establece que para los delitos de lesa humanidad no existirá prescripción del delito, lo cual está confirmado por la CIDH.

Es importante notar también que la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera de igual importancia los recursos que se ofrecen en contra de las detenciones indebidas, por cuanto la posibilidad de un recurso que ampare los derechos fundamentales es parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador* se condena al Estado ecuatoriano por no haber podido resolver la petición de habeas corpus dentro del plazo razonable exigido (en este caso, duró 14 meses en ser resuelto). Dicha demora se debió, supuestamente, a la falta de ciertos requisitos que sin embargo no son pedidos por nuestra Constitución, y por ende, no deben impedir en la resolución de dicho recurso.<sup>210</sup>

También en el caso *Cesti Hurtado vs. Perú*, en el que un ciudadano es sometido a un fuero militar y que luego de presentar el habeas corpus ante un juzgado civil, el cual declaró la competencia del fuero civil y ordenó la liberación, la autoridad militar haya decidido seguir con el procedimiento por el cual dicho ciudadano fue encarcelado.<sup>211</sup> Por ello interpreta el artículo 7 de la Convención en conjunto con el artículo 25 de la misma. Así ha fallado en contra de Perú en el caso *Castillo Petrucci vs. Perú*. Asimismo, si se dictase el auto de sobreseimiento o la

---

<sup>208</sup> SCIDH *Albán Cornejo vs. Ecuador*, 22 de noviembre del 2007, parágrafo 112.

<sup>209</sup> SCIDH *Albán Cornejo vs. Ecuador*, 22 de noviembre del 2007, parágrafo 111.

<sup>210</sup> SCIDH *Suarez Rosero vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, parágrafo 61.

<sup>211</sup> SCIDH *Cesti Hurtado vs. Perú*, 29 de septiembre de 1999, parágrafo 143.

sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará su libertad de manera inmediata<sup>212</sup>.

## **§12.- LAS GARANTÍAS DE INTERPRETACIÓN: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL IN DUBIO PRO REO.**

### **§12 A.- LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:**

La garantía de valoración más importante dentro de todo Estado de Derecho es la presunción de inocencia<sup>213</sup>, establecida en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución. Básicamente exige que no sólo se la considere como tal al iniciar del proceso sino dentro de todo su desarrollo, lo cual será traducido en otros principios y criterios de valoración normativa. Entre estos criterios están los criterios para “romper” la presunción de inocencia, los cuales son los criterios de interpretación legal y valoración probatoria.

En realidad la presunción de inocencia no es una presunción. En realidad no se trata de una “presunción” sino de una pauta primaria o una verdad provisional interina dentro del proceso hasta que exista una declaración de culpabilidad en sentido contrario<sup>214</sup>, por lo que tampoco se deberá de tener una idea preconcebida de la culpabilidad del acusado<sup>215</sup>. Una presunción debe tener un indicio o hecho base, que nos lleve a un hecho presunto, por medio de un enlace lógico. Esto no existe en la presunción de inocencia (caso contrario no se investigaría), pero está en nuestra Constitución como un derecho. La presunción de inocencia no actúa como regla de la carga de la prueba. Es una regla de valoración de la prueba, establecida en la ley.

La presunción de inocencia no tiene como fin decirle al juez que debe de absolver si no hay pruebas. Si no hay pruebas el juez debe absolver porque no existen elementos suficientes como para romper la presunción de inocencia; es decir no hay ningún tipo de evidencia que logre mostrar la culpabilidad, esa es la

---

<sup>212</sup> CRE Art.77, 10.

<sup>213</sup> CPP Art. 4.

<sup>214</sup> Rifá Soler/ Richard González/Riaño Brun, Derecho Procesal Penal, pág. 39.

<sup>215</sup> Rifá Soler/ Richard González/Riaño Brun, Derecho Procesal Penal, pág. 39.

consecuencia final de la presunción de inocencia, la absolución por falta de pruebas. En realidad esta presunción, siendo un principio, lo que está diciendo es que el juez debe estar más inclinado hacia la absolución que hacia la condena, y esa situación no sólo se produce en la Audiencia de prueba, es decir en esa situación en la que el juez está viendo prueba en el proceso. Ocurre en cualquier momento del proceso, en cada decisión del juez.

En el momento en que el juez desee tomar una decisión pero no tiene el sustento suficiente, debe abstenerse de hacerlo. Igual resultado tendría si no hubiera el principio de presunción de inocencia debido al principio de racionalidad, entonces el juez no tendría otra opción. Este principio no está pensado para cuando el juez no sepa qué hacer o no esté decidido entre una opción u otra. Opera cuando el juez desee condenar, pero no tiene pruebas, es necesaria la prueba a fin de romper con la presunción no sólo de manera material, sino también subjetiva.<sup>216</sup> De ello que la presunción de inocencia no es lo mismo que el *in dubio pro reo*, no es una formulación para en caso de duda, es una formulación general de tratamiento durante el proceso en el que cada actuación estará debidamente motivada.

En sí, la presunción de inocencia es un derecho a no ser condenado sobre la base de pruebas arbitrariamente valoradas o carentes de licitud.<sup>217</sup> De ello que la posibilidad de apelar sobre la legalidad de la prueba debe ser distinta sobre la posibilidad de apelar sobre la valoración de la misma. Sin embargo, esto no es sólo válido para las sentencias, la presunción de inocencia es un principio que debe existir en toda etapa del proceso, lo cual incluye la fase de Indagación Previa.<sup>218</sup> Toda diligencia se debe dar en conformidad a una sospecha inicial seria, de ello que se prohíbe que la Indagación se convierta en una búsqueda en la vida personal de un ciudadano a fin de encontrarle algún delito.<sup>219</sup>

Toda acción que vaya a afectar un derecho fundamental deberá estar lo suficientemente sustentada y motivada a fin de que ésta sea válida. Así, incluso la

---

<sup>216</sup> Comisión Andina de Juristas de Perú, El Debido Proceso en las decisiones de los órganos de control constitucional de Colombia, Perú y Bolivia. Versión web: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_60.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_60.pdf). Consultado el 15 de diciembre del 2010.

<sup>217</sup> (Bacigalupo) Pág. 59

<sup>218</sup> (Bacigalupo) Pág. 59

<sup>219</sup> (Bacigalupo) Pág. 59

mera calificación de una denuncia deberá estar basada en la sospecha de que los hechos constituyen un delito, evitando así abrir una Instrucción Fiscal por el simple hecho de investigar la vida general de una persona.<sup>220</sup> Asimismo es necesaria la fundamentación para la aplicación de medidas como la prisión preventiva o la solicitud de realizar interceptaciones telefónicas o el allanamiento de un inmueble. Todo debe estar lo suficientemente fundamentado como para romper con los parámetros de la presunción de inocencia en cada uno de esos casos. Considerando el principio de inocencia, toda prisión será aplicada excepcionalmente debido a que debe de romperse con la misma a un nivel lo suficientemente fundamentado para que quepa aplicarla<sup>221</sup>.

### **§12 B.- IN DUBIO PRO REO:**

El principio de *in dubio pro reo* no es un principio de interpretación legal propiamente dicho; tampoco es un principio de la prueba, propiamente dicho, sino que es un principio de valoración judicial al momento de sentenciar. A lo largo del tiempo se trató como *in dubio pro reo* muchas cosas que eran de la presunción de inocencia, incluso se pretendió que la presunción de inocencia derivaba del *in dubio pro reo*. Debemos de comprender ambos principios como algo que nos lo creemos durante toda la celebración del proceso. Y es que no sólo basta con la presunción de inocencia, sino también con la valoración de la duda a favor de ésta. Y es que tiene bastante sentido decir que el principio dura hasta el momento de la sentencia, en el que ya no hay donde dudar, pero no es el único momento procesal en el que se aplica. Y es que la principal implicancia es la sentencia, y así ha sido según la evolución histórica del *in dubio pro reo*.

Para no irnos a antecedentes tan remotos, podemos ver que en la Carolina siguió el sistema probatorio legal en el que se basaba en la razón humana expresada a través de la ley para expresar que pruebas era necesario reunir para poder avanzar con el proceso<sup>222</sup>: los medios probatorios estaban previstos y la falta

---

<sup>220</sup> (Bacigalupo) Pág. 60.

<sup>221</sup> CRE Art.77, 1 y Art.77, 11.

<sup>222</sup> Sarrabayrouse, Evolución histórica del principio «*indubio pro reo*» en Alemania. Consecuencias para la determinación de su ámbito de aplicación. En Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales,

de ellos significaba la absolución. Para ello se reguló cuando era posible la tortura (con la prueba semiplena, por cuanto la prueba plena llevaba a la condena).<sup>223</sup> Además estableció la posibilidad de acudir a peritos para suplir la ignorancia e inseguridad de los jueces.<sup>224</sup> Y varias disposiciones legales de la Carolina hacían referencia a la duda del juez, por lo que ésta ya era un tema relevante.<sup>225</sup> La duda era pues una cuestión del convencimiento subjetivo del juez, no una falta de elementos objetivos suficientes.<sup>226</sup>

Sin lugar a dudas, la abolición de la tortura marcó una gran crisis en todo el sistema procesal inquisitivo que se llevaba en esas épocas, la falta de una confesión hizo que no se pueda alcanzar una certeza material, pero que sin embargo, al tener prueba suficientes como para sacar una tortura, de cierta manera ya había ese convencimiento subjetivo por parte del juez.<sup>227</sup> Poco a poco el sistema se fue modificando al punto en el que debe de existir tanto la prueba material como el convencimiento del juez. Llevando a crisis el sistema de reglas tasadas para la prueba y uniendo el sistema racional como el subjetivo.<sup>228</sup>

Ahora, con lo que expresé anteriormente, el in dubio pro reo no sólo aparece en la sentencia, sino que aparece en todo el proceso. Se le hace énfasis a su aparición en el inicio de la Instrucción Fiscal, en donde se pueden dictar medidas cautelares y que por lo tanto deben de estar lo suficientemente motivadas como para poder ser impuestas. Si bien esto podría llevar a pensar que el que se cree una certeza (y por lo tanto que el in dubio sea inaplicable) para la aplicación de la medida cautelar implicaría que el in dubio pro reo ya no existiría para el resto del proceso, dicho razonamiento es equivocado porque se naturalizaría el principio.

El principio básicamente está para cada vez que se quiera cambiar el “estatus” del imputado, por lo que ello llevará a que tenga una fuerza material grande. Se

---

Homenaje a Claus Roxin, Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, 2001, argentina. (en adelante, Sarrabayrouse, 2001) Pág. 837.

<sup>223</sup> (Sarrabayrouse, 2001) Pág. 837.

<sup>224</sup> (Sarrabayrouse, 2001) Pág. 838.

<sup>225</sup> (Sarrabayrouse, 2001) Pág. 838.

<sup>226</sup> (Sarrabayrouse, 2001) Pág. 840.

<sup>227</sup> (Sarrabayrouse, 2001) Pág. 845.

<sup>228</sup> (Sarrabayrouse, 2001) Pág. 848.

debe de contar para valorar cada vez más las pruebas que llevan a una decisión judicial, y es que es un principio sobre las pruebas, no sobre la decisión judicial. Si las pruebas, al momento, son suficientes como para hacer presumir la culpabilidad, u alguna otra circunstancia. Es un principio de interpretación probatoria, no tanto sobre el valor de la prueba, sino sobre la certeza de la misma.

En caso de que exista un conflicto entre dos leyes penales que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción<sup>229</sup>. Este es el principio de retroactividad de la ley más beneficiosa, que funciona como excepción al principio de la irretroactividad de la ley<sup>230</sup>. Además, en caso de duda siempre se interpretará en el sentido más favorable a la persona infractora<sup>231</sup>, esto se da tanto para la ley como para las pruebas y consisten en el principio del *indubio pro reo*, que le exige al juzgador tener la certeza al momento de juzgar en contra del acusado.

Así mismo existe un principio relacionado: la prohibición de la *reformatio in peius*, el cual consiste en que ninguna resolución impugnada puede ser más perjudicial que la inicial<sup>232</sup>, es decir que consista en una reforma peyorativa para quien la recurrió<sup>233</sup>. Esto tiene su razón de ser en cuanto si bien puede existir certeza de que el juez inferior debió actuar de otro modo, la apelación del procesado no puede serle más desfavorable que su no presentación, por lo que deberá de permanecer la sentencia menos aflictiva al reo.

### **§13.- LAS GARANTÍAS DE INTERPRETACIÓN: SOBRE LA LEGALIDAD Y ADMISIÓN PROBATORIA.**

La prueba juega un papel principal dentro del proceso penal, no sólo posee un aspecto material sino que también posee un aspecto jurídico muy importante. Principalmente hablamos de la valoración de la prueba, del valor que ésta debe de tener para poder condenar a una persona, para romper la presunción de inocencia.

---

<sup>229</sup> CRE Art.76, 5.

<sup>230</sup> CPP Art.2.

<sup>231</sup> CRE Art.76, 5.

<sup>232</sup> CRE Art.77, 14.

<sup>233</sup> Rifá Soler/ Richard González/Riaño Brun, Derecho Procesal Penal, pág. 37.

En el proceso inquisitivo existía la prueba tasada, el cual es un sistema dirigido principalmente a los juicios con jurados, donde se le puede dar un valor u otro a la prueba según su consideración predeterminada, lo que terminaría en un “juicio” que no era tal por cuanto era una verificación de datos y de valores.

La libre apreciación de la prueba aparece porque el sistema de la prueba legal era muy irracional, la ponderación probatoria no siempre resultaba ser la correcta y se necesitaba de otro criterio de valoración. La libre valoración no dice que el juez o el jurado hacen lo que les dé la gana sino que es un método por el cual se valorará la prueba según las reglas de la lógica. La valoración tiene que ser racional, y si ésta no es racional, es una valoración arbitraria. Si bien la racionalidad nació con el esquema inquisitivo, la estructura cerrada no dejaba apreciar las pruebas de manera libre, sino que sin importar lo que éstas contengan, su valor predeterminado no podía ser cambiado.

Pero cabe hacerse la pregunta: ¿es la prueba realmente de libre valoración? En primer lugar, y en segundo ¿existe la carga de la prueba? En respuesta a la segunda, basta un mero análisis literal para alcanzar su sentido. Cuando vemos las palabras de “carga de la prueba” nos damos cuenta que no es más que una norma que rige cuando no hay prueba. Cuando un juez no tiene prueba y debe resolver deberá hacerlo en tanto y cuanto tenga pruebas, o valorará las existentes en conformidad a quien se las ha presentado. Muchos identifican la carga probatoria con la presunción de inocencia<sup>234</sup>, dicen que en el proceso penal, si no hay pruebas, hay que absolver esa es la carga de la prueba, el Principio. La doctrina es muy unánime en ello. Pero en verdad no es una regla de hacer cuando no hay prueba, sino de valorar lo existente conforme a quien le correspondía entregarlo y mostrarlo. Sin embargo, esa no es una de las principales cuestiones que analizaremos.

Una de las cuestiones más importantes sería en realidad en qué es prueba y qué no es prueba. Las reglas de exclusión de las pruebas introducidas dentro del proceso y que no cumplen con los parámetros establecidos legalmente. Se pretende

---

<sup>234</sup> En este sentido: Edmundo René Bodero, La Carga de la Prueba en el Proceso Penal Ecuatoriano, en Revista Jurídica Online de la UCSG, Web: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1992/06/06\\_La\\_Carga\\_De\\_Prueba\\_En\\_Proceso\\_Penal.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1992/06/06_La_Carga_De_Prueba_En_Proceso_Penal.pdf). Consultado el 4 de enero del 2011, pág. 21. Citando también al profesor Jorge Zavala Baquerizo.

hacer que esta valoración de admisibilidad probatoria es única del proceso acusatorio, sin embargo, no puede decirse que hay un vínculo entre éstas, sino más bien con las garantías del debido proceso.<sup>235</sup> Inicialmente tuvo su mayor fuerza en relación al *nemo tenetur se ipsum accusare*, es decir a no ser fuente de inculpación contra uno mismo, y la prohibición de la tortura. Pero hay consenso en que dicha regla tiene su vertiente más importante en la teoría del fruto del árbol prohibido anglosajón. Inicialmente esto era un derecho o garantía procesal, pero pronto pasó también a ser parte del límite de las actuaciones policiales.<sup>236</sup>

Las garantías valorativas para romper la presunción de inocencia no sólo se limitan a interpretación, sino también a los criterios de valoración probatoria y, como vimos, algunos de estos criterios se refieren a la “sana crítica” o a la posición más favorable al reo en caso de duda. Otro de estos criterios es que toda prueba deberá ser obtenida legalmente, respetando todos los derechos de libertad de los ciudadanos y las reglas del debido proceso<sup>237</sup>. Es una cuestión meramente de legalidad y de admisibilidad que está vinculada al debido proceso, a la presunción de inocencia y al derecho a la defensa.

Entonces tenemos que clasificar los principios del debido proceso que rigen en materia probatoria, no en cuanto a su interpretación, sino en cuanto a su legalidad y eficacia. Son dos cuestiones distintas y tienen distintos efectos, algunos tienen prohibiciones estrictas, pero en todo caso, no entraremos tan de fondo en todas sus variantes sino que señalaremos las más relevantes, siendo éstas también garantías del debido proceso por cuanto pueden influir sustancialmente en la Causa y pueden ser el criterio delimitador entre una condena y una absolución.

Las clasificaciones son bastantes sobre las categorías de prueba ilícita, ya que van desde la materia de la prueba, los medios de la prueba, la autoridad probatoria, etcétera; pero nos enfocaremos en algunas cuestiones principales y las esbozaremos para dar a entender su importancia dentro del debido proceso, por lo que tendremos por un lado a las prohibiciones expresas y por el otro a los efectos

---

<sup>235</sup> (Aguilera, 2008) Pág.74.

<sup>236</sup> (Aguilera, 2008) Pág.79.

<sup>237</sup> CRE Art. 76, 4.

de ineficacia. Y es que incluso dentro de las prohibiciones expresas tenemos aquellas sancionadas y aquellas que simplemente no se permiten o que carecen de valor.

### **§13 A.- EL NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE Y EL FIN DE LAS PROHIBICIONES TESTIMONIALES:**

La Constitución establece la norma general de que nadie podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo si esto le podrá generar responsabilidad penal<sup>238</sup>, la cual se encuentra establecida además en algunos Convenios Internacionales así como en el propio Código de Procedimiento Penal. Este principio está sumamente vinculado con el derecho a acogerse al silencio en caso de una detención,<sup>239</sup> sin embargo no se agota en ello. El principio no está dirigido hacia las declaraciones como un acto verbal sino como un acto procesal, por lo que se trata a un derecho a negarse a cualquier colaboración con la acusación, sin que ello le conlleve consecuencias negativas.<sup>240</sup> Una muestra clara de ello es la que encontramos en el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal, la prohibición de obtener fluidos corporales sin el consentimiento de la persona o de la orden judicial, la cual no podrá constreñir a la persona a dar dichos fluidos.

Ahora bien, para ello debemos de tener en cuentas varios factores que pueden afectar este derecho a no autoinculparse, o que lo vuelven un poco controvertido. Una de esas cuestiones se da en cuanto a los métodos para obtener una “confesión”. Sin duda alguna ningún tipo de coacción es aceptable, sin embargo ¿Qué sucede cuando la información ha sido obtenida mediante engaños? En este tema existen dos posiciones: aquella que los rechaza y aquella que los admite en casos de delitos graves. El rechazo es general, sólo dependerá el límite de su admisión en casos de excepción. El engaño consiste en intentar sacarle información al sospechoso sobre un delito sobre el que él es investigado sin que él sepa de los fines de dicha búsqueda de información. Con ello, por ejemplo, puede ser admitido si no hay otras maneras de obtener dicha información y siendo un caso de

---

<sup>238</sup> CRE Art.77, 7-c

<sup>239</sup> CRE Art.77, 7-b y Art.77, 4.

<sup>240</sup> (Bacigalupo) Pág. 69.

gravedad.<sup>241</sup> Sin embargo esto puede vulnerar el derecho a no auto inculparse (y el de conocer los cargos y de conocer los derechos que posee el procesado), siendo entonces un método interrogativo prohibido.<sup>242</sup>

Pero entonces debemos de ver cuál es el alcance de este derecho: pues si pensamos que lo fundamental es la libertad de declarar, es decir, que si una persona declara libremente, creyendo que se tiene la obligación de ello, puede tener valor probatorio incluso si fue inducido al error, lo cual excluye las autoinculpaciones obtenidas por personas privadas por cuanto el imputado no podría haber supuesto obligación alguna.<sup>243</sup> Sin embargo se debería considerar que la finalidad del derecho a no auto inculparse es precisamente esa, el no auto inculparse, y al no decirle a una persona sus derechos, y con ello el derecho al silencio, se estaría vulnerando este derecho.<sup>244</sup>

También es curioso el caso de los agentes encubiertos, cuestión que en nuestro país no está regulado. En el caso español, se solicita orden judicial para dicha diligencia, lo cual garantizaría que no se esté vulnerando un derecho fundamental.<sup>245</sup> Sin embargo debemos de separar los casos en los que hay un agente encubierto investigador y un agente encubierto provocador, o instigador. Este último caso excluiría la posibilidad de que dicha información o declaraciones sean usadas como prueba en el juicio.<sup>246</sup>

Asimismo, este derecho a no auto inculparse no se agota en el derecho al silencio del detenido, sino que se aplica para cualquier imputado dentro del proceso penal. Estas reglas se extienden especialmente en el interrogatorio: nadie podrá ser interrogado sin la asistencia de un abogado, por ninguna circunstancia ni en ningún lugar no autorizado para el efecto.<sup>247</sup> Esto sirve de garantía contra los engaños y como parte del derecho a la defensa y a la asistencia del letrado, ya que una

---

<sup>241</sup> (Bacigalupo) Pág. 70, citando al Tribunal Supremo Alemán.

<sup>242</sup> (Bacigalupo) Pág. 70; previsto como prohibido en el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

<sup>243</sup> (Bacigalupo) Pág. 71.

<sup>244</sup> (Bacigalupo) Pág. 71.

<sup>245</sup> (Bacigalupo) Pág. 72.

<sup>246</sup> (Bacigalupo) Pág. 72.

<sup>247</sup> CRE Art.76, 7-e.

persona, por ignorancia, podrá terminar auto inculpándose por no conocer términos o la implicación de sus declaraciones, por lo que el abogado no deberá de ser un mero testigo, sino una verdadera asistencia.

### **§13 B.- LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES COMO GENERADORES DE PRUEBA ILÍCITA:**

La Constitución es clara al precisar que la violación de las garantías constitucionales generará la nulidad de las pruebas obtenidas. Y es que esta cuestión es de primordial importancia por cuanto es la fuente principal de la prueba ilícita, usualmente siempre se romperá con un principio constitucional. Pero se diferencian de la autoinculpación, bordando el límite en el caso de los engaños y los agentes encubiertos, debido a que la principal actividad es realizada por la autoridad en sus facultades investigativas, por lo que sin duda esto no es solamente una manera de garantizar los derechos de las personas, sino una limitación de la potestad investigativa.

Esta doble función se representa en que estas prohibiciones no solo tendrán una sanción procesal, sino que muchas de éstas también consistirán en un delito; con ello iniciaremos con el caso más claro que es la tortura para obtener una confesión. El hecho de que se haya impuesto la garantía de no declarar contra uno mismo tiene como contracara el forzar a una persona a hacerlo, mediante la tortura. Si bien ya hemos visto anteriormente en este trabajo sobre la historia del proceso y la importancia que tuvo la tortura, tampoco es menos cierto que dichas prácticas no son ajenas al presente siglo, como el caso de Guantánamo. La prohibición de las torturas está dentro del derecho a la integridad personal y a la dignidad de toda persona, como algo antes que una garantía a no auto inculparse, y es penado por nuestro Código Penal en su artículo 187.

La integridad personal no sólo se ve protegida conforme a la tortura u otros medios ejercidos con fuerza, ya que la violencia y los daños pueden tener otros fines que no sean la confesión, y es el caso de la obtención no consentida de material genético mediante la fuerza. Si bien esto podría constituir una contravención por lesiones (o un delito si amerita) se encuentra dentro de la

prohibición establecida en el Código de Procedimiento Penal. Lo importante en este caso es la invulnerabilidad de la persona, de su intimidad y su integridad como tal.

Otra fuente de prueba ilícita puede ser el allanamiento indebido de un domicilio. El Código de Procedimiento Penal nos establece el procedimiento para obtener una orden de allanamiento, las garantías y los requisitos. Pero no puede faltar que una autoridad, abusando de su poder, vulnere la intimidad del domicilio<sup>248</sup> de una persona, por lo cual resultaría en un delito de violación de domicilio cualificado por ser una autoridad pública. Con ello, el Código Penal establece una sanción en el artículo 191, como protección de las garantías constitucionales, muy a pesar del nulo valor probatorio de dichas diligencias.

El artículo 197 del Código Penal establece la siguiente prohibición con implicaciones procesales, la interceptación de las comunicaciones. El Código de Procedimiento Penal establece también los requisitos y la necesidad de una orden judicial para realizarla debido a la importancia del derecho a la privacidad y a la inviolabilidad de la correspondencia<sup>249</sup>. Si bien el Código hace diferencias entre la correspondencia y las telecomunicaciones, por la naturaleza de los mismos, tienen el común denominador de ser el mismo derecho protegido. Cabe recalcar que si bien la ley no establece ningún parámetro temporal para la interceptación de las comunicaciones, éste deberá ser proporcional y motivado con respecto al motivo por el cual fue solicitado, por cuanto si fue para un acto concreto que se daría en una fecha precisa, no tendría sentido prolongarlo indefinidamente.

Pero la protección a la privacidad dentro del juicio no acaba ahí, también está vinculado con los secretos que personas específicas puedan tener con respecto a un juicio, por lo que existe no solo la ineficacia de la declaración conforme al 126 del Código de Procedimiento Penal, sino que además se encuentra penado conforme al artículo 284 del Código Penal. En este caso se exceptúa cuando existe alguna obligación legal a revelar dicho secreto, como es el caso de algunos médicos que están obligados a dar conocimiento de posibles delitos; pero además debemos interpretar esta protección como secretos que afectarían al imputado, por cuanto si

---

<sup>248</sup> CRE Art. 66 ,2.

<sup>249</sup> CRE Arts. 66,20 y 66,21.

el imputado decide revelar dichos secretos, bien cabría el testimonio de dichas personas.

#### **§14.- LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA JUSTICIA.**

La pugna entre la justicia y la prensa no es nueva, definitivamente la prensa puede alterar el curso de un proceso y afectar el derecho fundamental del debido proceso. Esto en especial relación a la necesidad de ser juzgado por un juez o tribunal imparcial y el derecho a la libertad de información y de expresión.<sup>250</sup> Si bien la libertad de expresión es parte esencial de todo Estado Democrático y que puede ser de gran utilidad a la justicia, no es menos cierto que la capacidad de formar la opinión respecto a ciertos hechos materia de un juicio no posee una regulación fuerte, mucho menos si la decisión del Tribunal va en contra de la opinión de los medios.<sup>251</sup> Muchas de estas dificultades están en la explicación de las razones jurídicas para tomar una u otra decisión (importando más las razones políticas). No es nuevo ver que la opinión de la gente se vea en gran desacuerdo con respecto a cierta evidencia mostrada que tenga un valor jurídico distinto al valor social de la culpabilidad. Un caso ejemplar que se dio en las Cortes de los Estados Unidos de Norteamérica es el de O.J. Simpson.

Esto crea un problema en la opinión pública sobre el real funcionamiento de los Tribunales, sin que estos puedan participar activamente en el debate, mientras son acusados de no poder ver la “realidad” que ven los medios de comunicación.<sup>252</sup> Este problema fue tratado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en la que se decidió que el derecho a la información puede cubrir circunstancias objetivas sobre el desarrollo del proceso y sobre la peligrosidad derivada de condenas anteriores, pero no realizar afirmaciones sobre hechos que puedan anticipar una condena.<sup>253</sup>

---

<sup>250</sup> Así Zavala Baquerizo, Influencia de los Medios de Comunicación Social en la Administración de Justicia Penal, en su conferencia dada en el XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología, en Guayaquil. (en adelante Zavala Baquerizo, 2005). El artículo se encuentra en las recopilaciones del mismo congreso, págs. 173 y siguientes.

<sup>251</sup> (Bacigalupo) Pág. 41.

<sup>252</sup> (Bacigalupo) Pág. 42.

<sup>253</sup> (Bacigalupo) Pág. 43.

El mayor problema se da cuando las campañas de los medios, las campañas políticas y las presiones con fines electorales hacen que la falta imparcialidad de un juez sea notable, ya que siempre que el juez actúe conforme a la norma será difícil demostrar un prevaricato.<sup>254</sup> Una prueba de ello puede verse en los casos a los banqueros en los que la opinión pública sobrepasa las razones jurídicas. Aún así, ello no es suficiente causal como para una recusación, a menos que su actitud sea evidente, lo contrario significaría darle a la prensa un poder de paralizar el sistema de justicia.<sup>255</sup> Sin embargo no solo puede ser el juez el afectado, sino que las víctimas, los testigos y otros intervinientes del proceso pueden verse afectados, cohibidos y confundidos por la opinión noticiosa.<sup>256</sup> Los juicios paralelos que se realizan en los Tribunales y en la prensa pueden afectar gravemente al acusado inocente que termina siendo víctima de una estigmatización mediática cuya reparación es ineficaz y que no cuenta con medios jurídicos efectivos para obtenerla.<sup>257</sup>

Zavala Baquerizo nos separa los tres momentos en los que la prensa actúa dentro del hecho delictivo: el cometimiento del hecho como noticia, los comentarios periodísticos que sobre éste se emiten en los medios, y las noticias sobre los procesos que se crean a partir de estos hechos.<sup>258</sup> Es esta tercera etapa la que más problema trae al debido proceso. Por ello, el autor aclara que la publicidad del proceso no es una vía para denigrar al procesado ni etiquetarlo como presunto culpable, no de opacar el derecho a la defensa ni orientar a la sentencia, sino que tiene como finalidad “permitir el control del pueblo en el juzgamiento final de un acusado”.<sup>259</sup>

De ello que el Estado debe, a favor de la presunción de inocencia, regular a la prensa y lograr objetivizar la información proveniente de ésta en especial en los procesos pendientes. La presunción de inocencia no debe de ser solamente un derecho frente al Estado, sino frente a todos los ciudadanos, y por ende un derecho que el Estado debe de garantizar. Con ello las personas que dan las noticias o los

---

<sup>254</sup> (Bacigalupo) Pág. 43.

<sup>255</sup> (Roxin, 2000) Pág. 47.

<sup>256</sup> (Zavala Baquerizo, 2005) Pág. 183.

<sup>257</sup> (Bacigalupo) Pág. 43.

<sup>258</sup> (Zavala Baquerizo, 2005) Pág. 181.

<sup>259</sup> (Zavala Baquerizo, 2005) Pág. 186.

comentaristas deberían de poseer algún tipo de instrucción con respecto al tema y a cumplir con el deber ético de respetar la presunción de inocencia y la intimidad personal del procesado, su familia, y de las víctimas.

**Luego de este análisis exhaustivo nos hacemos la siguiente pregunta:**

- **¿Existe un cambio en la administración de justicia en nuestro País, luego de haberse aprobado por parte del pueblo ecuatoriano en la Consulta Popular del 07 de mayo de 2011 que se reestructuren las Cortes Nacionales y Provinciales de Justicia del Ecuador?**

**Indudablemente que este cambio no se siente todavía en nuestro País, pero tenemos la esperanza que con las nuevas políticas del Consejo de la Judicatura de Transición para el nombramiento de los Jueces que se encargarán de administrar justicia en las Cortes del Ecuador se dé un cambio rotundo y que los ciudadanos que día a día buscan justicia sientan que ahora son atendidos de la forma como se merecen y que todos los ecuatorianos somos iguales ante la ley sin importar sus condiciones sociales, raciales, políticas, religiosas, etc.**

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN:**

##### **3.1.- ENFOQUE:**

La modalidad de la presente investigación es Cualitativa no interactiva, ya que estudia conceptos por medio de un análisis de documentos y de conceptos jurídicos.

##### **3.2.- ASPECTO ESENCIAL DE LA INVESTIGACIÓN:**

Estudio de la normatividad, porque corresponde al análisis de las leyes del Ecuador y de la Constitución de la República.

El tipo de investigación es jurídica y al que corresponde este trabajo es jurídico – descriptivo y jurídico – propositivo.

Es un tipo de investigación jurídico – descriptivo porque aplica el método analítico a un tema específico.

Es un tipo de investigación jurídico – propositivo porque sugiere ciertas reformas para que exista un debido proceso penal en el Ecuador.

El presente trabajo de investigación por su naturaleza jurídica es de carácter descriptivo, propositivo y explicativo.

Las etapas de planificación, organización, ejecución y evaluación de la investigación jurídica en referencia, se realiza sobre las bases de las orientaciones y principios del método científico, expresado mediante la interacción de los procesos de análisis y síntesis, de lo abstracto y concreto, del ascenso y descenso de la construcción del conocimiento científico.

Los métodos especiales, particulares, de apoyo a la presente investigación están integrados por los métodos teóricos, cualitativa no interactiva para la interpretación de textos y leyes.

**POBLACIÓN ECUATORIANA:** 14 millones de personas. Aproximadamente cinco millones de ciudadanos utilizan anualmente el sistema de justicia en el Ecuador.

### **INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:**

Para obtener la información necesaria que facilite estudiar, explicar y sugerir reformas de las normas legales para que exista un debido proceso penal en el Ecuador, se han diseñado los siguientes instrumentos:

Fichas para estudio de antecedentes históricos del Derecho Procesal Penal.

Estudio de textos de Derecho Procesal Penal de juristas ecuatorianos y extranjeros.

### **MÉTODO HERMENÉUTICO:**

Estudio comparativo de la Constitución de la República, leyes ordinarias y orgánicas.

### **MÉTODO TEÓRICO:**

Análisis histórico – lógico de los antecedentes históricos del Derecho Procesal Penal.

El modelo estadístico para contrastar la información es el cualitativo; para lo cual se desarrollarán los siguientes pasos:

- Análisis e interpretación de la información.
- Análisis cualitativos.
- Interpretación global de la información.

- Conclusiones.
- Recomendaciones.

La Tesis está estructurada por los siguientes elementos:

- Título.
- Presentación.
- Justificación.
- Objetivos.
- Categorías teórico conceptual y metodología técnica de la Tesis; y, propuestas de reformas legales.

#### **PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN:**

FASE UNO: estudio teórico conceptual y metodológico técnico de la investigación jurídica.

FASE DOS: análisis, ubicación y selección de la materia de investigación.

FASE TRES: construcción del marco referencial de la Tesis, formulación de la problemática. Análisis jurídico, situación actual del problema, delimitación del objeto de investigación, preguntas significativas, justificación y objetivos.

FASE CUATRO: construcción del marco teórico de la Tesis: recopilación de información, selección de teorías, doctrinas, jurisprudencia, leyes y ubicación de bibliografía.

FASE CINCO: formulación de la metodología de la Tesis.

FASE SEIS: elaboración del informe y presentación de los resultados de la investigación.

## **CAPÍTULO IV**

### **ANÁLISIS DE RESULTADOS**

Hemos realizado varias entrevistas a ciudadanos que utilizan el sistema de justicia en el Ecuador para investigar cuál es su perspectiva sobre la manera en que son atendidos en las diferentes Cortes de Justicia del País.

Analizando los resultados de la presente investigación, estamos en condiciones de contestar las siguientes preguntas que habíamos formulado en el CAPÍTULO I:

**1) ¿Existe un debido Proceso Penal en el Derecho ecuatoriano?**

No existe un debido proceso penal en el Derecho ecuatoriano, ya que hasta la presente fecha los órganos que administran justicia no han comprendido que en el Ecuador rige el procedimiento oral acusatorio donde la Fiscalía actúa en representación del Estado para garantizar los derechos de las víctimas del delito, pero la mayoría de operadores de justicia siguen los lineamientos del sistema inquisitivo que dejó de estar en vigencia desde el día 13 de julio del año dos mil uno, fecha que entró en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal del año dos mil, es decir que han pasado más de diez años desde que desapareció el sistema inquisitivo en nuestro país, donde la misma autoridad que avocaba conocimiento de la noticia criminis era la misma que debía juzgar la conducta de los sospechosos siendo por lo tanto Jueces y partes en los Procesos Penales.

**2) ¿Las garantías del debido Proceso Penal se aplican en el nuevo marco jurídico constitucional?**

Las garantías del debido proceso penal no se aplican en nuestro país de una forma correcta, pese a tener una Constitución netamente garantista, ya que los administradores de justicia en materia penal aplican estas garantías de acuerdo al Proceso que deben juzgar en ese momento, es decir, que en casos análogos se dictan resoluciones contradictorias entre sí, muchas veces resueltas por el mismo

Juez de Garantías Penales, existiendo por lo tanto una inseguridad jurídica total en el Ecuador en materia penal.

**3)** ¿Los derechos que existen en nuestra Constitución se aplican en los Procesos Penales en el Ecuador?

Los derechos existentes en la Constitución no se aplican de una manera adecuada en los Procesos Penales en nuestro país, ya que siguen existiendo ciudadanos a los cuales se les inician procesos penales, sin que ellos hayan tenido derecho a la defensa y se enteran de tales procesos en el momento que son privados de su libertad, siendo asistidos en la mayoría de los casos en las Audiencias de Formulación de Cargos por defensores públicos que no les interesa en lo más mínimo si se resuelve o no la situación jurídica del procesado de una manera adecuada sin que sean violentados sus derechos fundamentales.

**4)** ¿Cuál es el alcance de estas garantías y derechos y cómo se desenvuelven dentro del marco jurídico?

Como hemos explicado en las respuestas a las preguntas anteriores estas garantías y derechos no se aplican para que exista un debido proceso, es decir, que no se desenvuelven de una manera objetiva y eficiente dentro del marco jurídico ecuatoriano para que exista un debido proceso penal en nuestro país.

**5)** ¿Cómo deben aplicarse las leyes de la República en concordancia con la Constitución para que exista un debido proceso penal en el Derecho ecuatoriano?

Las leyes deben aplicarse sin que existan interpretaciones extensivas por parte del Juez, sin distinción de la persona que vaya a ser juzgada, es decir, sin favorecer o perjudicar a este ciudadano por su condición social, política o económica, ya que la ley se aplica sin distinciones de ninguna naturaleza. El Juez debe cerciorarse que estas leyes no sean contrarias a lo dispuesto por la Constitución de la República para que de esta forma exista un debido proceso penal en el Derecho ecuatoriano, por lo que el legislador en el momento de redactar una ley deberá asegurarse que ésta no se contraponga a lo que ordena nuestra Constitución de la República.

## CAPÍTULO V

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En consideración de todo lo anteriormente expuesto se elaboran las conclusiones y recomendaciones pertinentes a la presente investigación:

#### **CONCLUSIONES:**

- Dentro del desarrollo jurídico de nuestro País hemos visto como se ha dividido el discurso “doctrinario” básicamente sobre dos ideologías que han sido mitificadas a lo largo de la historia. Nunca existió un proceso inquisitivo o uno acusatorio “puro”, lo más cercano es llamarlos “históricos”. Aún así, ambos procesos poseen sus virtudes y sus fallas, y que por una mera “evolución” tendemos simplemente a rechazar lo pasado para innovar con una tendencia que, si bien está aún muy lejos de practicarse, no está más que mal comprendida.

- Pese a ello, el dilema no se da en cuanto a dichos sistemas de procedimiento, pero quizás más a los modelos del debido proceso y del control social, por cuanto dichos modelos se adaptan más al debate político y doctrinario de la seguridad versus la libertad. Estos modelos deben de ser analizados cuidadosamente y vistos como dos partes de un mismo espectro, más no como dos modelos antagónicos como suele hacerse. No debemos mantenernos en una estructura binaria, debemos de entender que el límite entre libertad y seguridad es un límite que va cambiando constantemente conforme van cambiando los intereses sociales mediatos e inmediatos.

- Nuestra Constitución, pese a proteger ampliamente la libertad, no deja a un lado la seguridad, la cual también está protegida en los Tratados Internacionales. Debemos dejar de ver a la seguridad como un tema de cuidar al ciudadano de las garras del Estado, sino de que el ciudadano pueda contar por medio del Estado con los medios para garantizar sus libertades individuales. Pese a ello, unas garantías mínimas del proceso son necesarias para evitar los abusos de la autoridad, y de ello la creación de este trabajo.

- El debido proceso es un derecho innato a las personas, incluso antes de la concepción del Estado por cuanto es uno de sus derechos fundamentales. Dichas garantías deberán de estar presentes en toda etapa criminalizadora estatal y no únicamente como parte de un proceso, un juicio o juzgamiento formal. El debido proceso es una etiqueta de diversos derechos como la legalidad, la inocencia, la seguridad jurídica, el derecho a la defensa. Todo esto entre un constante conflicto entre seguridad y libertad, y el poder punitivo estatal contrastado ante los individuos que protege.

- El principio de legalidad es uno de los ejes de todo debido proceso. Si bien su principal característica está en su sentido sustantivo, en cuanto a una limitación del poder punitivo y a la exigencia de una ley escrita con anterioridad y que sea cierta y estricta, también posee un aspecto procesal en tanto y cuanto pueda afectar a los derechos fundamentales de manera directa. Este principio tiene además un lado jurisdiccional que radica en la capacidad jurisdiccional de los jueces y su competencia para conocer un caso específico, que los obliga además a ser garantes del proceso y de las actuaciones de otros entes criminalizadores, por lo que deben actuar con independencia e imparcialidad.

- Las garantías del procedimiento se refieren más al desarrollo del mismo que a cuestiones de mera legalidad. Por ello se diferencia de la necesidad del juez competente o de la naturaleza de la infracción cometida para adquirir su fuerza en cómo se desarrollará el procedimiento. Considerando la posición de que tanto el acusador como el juzgador pertenecen al Estado, se deberá de priorizar la posición del procesado, y con ello que el derecho a la defensa adquiera su fuerza como verdadera garantía.

- El derecho a la defensa consiste no sólo en la posibilidad de tener la asistencia de un abogado, la defensa técnica, sino la verdadera posibilidad de poder defenderse, por lo que un defensor no debe ser un formalismo. La contradicción y la igualdad de armas juegan un rol fundamental en el derecho a la defensa por cuanto una persona debe ser capaz de oponerse a todas aquellas pruebas y a presentar

pruebas de descargo en las mismas condiciones que el Estado puede presentar las de cargo. Con ello se le debe dar los medios suficientes a la defensa para que pueda ésta ser efectiva.

- La privación de la libertad de un ciudadano es uno de los momentos más vulnerables dentro del proceso, y por ello la extrema rigurosidad en su aplicación. Desde desapariciones forzadas hasta prisiones dilatadas indebidamente, nuestro País se ha caracterizado por la violación a este derecho fundamental, y de ello una serie de demandas ante la CIDH. La prisión preventiva debe de operar basada en el principio de proporcionalidad con la misma *última ratio* que la pena y sólo para garantizar la correcta realización del proceso. Al momento que un ciudadano es detenido se le debe de comunicar no sólo el porqué está siendo privado de su libertad, sino también quién lo lleva a cabo y los derechos que posee, ya que caso contrario esto puede perjudicarlo dentro del propio proceso. Con todo ello, existen plazos que deben de cumplirse y de ello que aparece el juez como principal garante de estos derechos, a fin de que él puede ser sancionado por no velar por estos derechos fundamentales.

#### **RECOMENDACIONES:**

- La presunción de inocencia, que no es tal, juega un papel crucial: debe de mantenerse durante todo el proceso, no importa su etapa. Esto se debe aplicar para todas las actuaciones procesales y preprocesales, teniendo en consideración de que la prueba debe de ser suficiente para romper dicha presunción. Ante esto se presenta el *in dubio pro reo* como regulador de la prueba a fin de que ésta produzca la mayor certeza posible, más allá de cualquier duda razonable. Debe de existir la certeza de culpabilidad, en caso que haya duda, permanecerá la presunción de inocencia. Con ello que la fundamentación de la sospecha debe de ser progresiva en el proceso a punto de crear la certeza correspondiente. Para ello, no deben haber presiones de los medios de comunicación para conseguir un resultado dentro del juicio, pues se quebraría con la imparcialidad y con la presunción de inocencia. Los datos de los juicios y de los hechos deben de mantenerse dentro del límite de lo objetivo.

- Las garantías probatorias están vinculadas a la presunción de inocencia: ésta no puede romperse sino con prueba legal y legítima. La legalidad y la eficacia probatoria son cuestiones fundamentales, la primera en cuanto la prueba debe ser obtenida respetando los derechos fundamentales y los requisitos legales para obtenerla, así como la prueba derivada de ésta. Así, muchas de las violaciones procesales por parte de la autoridad poseen sus sanciones penales propias, habiendo una doble garantía, no sólo procesal, sino también de los bienes jurídicos del procesado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. AGUILERA Morales, M. (2008) Regla de Exclusión y Acusatorio, en Bachmaier (coord.), *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons.
2. ALVARADO Velloso, A. (2006). Los Sistemas Procesales. En A. A. (dir.), *El Debido Proceso* (págs. 1-90). Buenos Aires: Ediar.
3. AMBOS, K. (2008) El principio Acusatorio y el Proceso Acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica, en Bachmaier (coord.), *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons.
4. ARMIENTA Deu, T. (2008) Juicio de Acusación, Imparcialidad del Acusador y Derecho de Defensa, en Bachmaier (coord.), *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons.
5. BACHMAIER Winter, L. (2008) Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal, en Bachmaier (coord.), *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons.
6. BACIGALUPO, E. (2004). Derecho Penal Parte General (1ra edición). Lima, Peru: ARA editores.
7. BODERO, E. (1992) La Carga de la Prueba en el Proceso Penal Ecuatoriano, en Revista Jurídica Online de la UCSG, Web: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1992/06/06\\_La\\_Carga\\_De\\_Prueba\\_En\\_Proceso\\_Penal.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1992/06/06_La_Carga_De_Prueba_En_Proceso_Penal.pdf). Consultado el 4 de enero del 2011.
8. CUELLO Iriarte, G. El Debido Proceso, en REDALYC, versión Web: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/825/82511014.pdf>. Consultado el 15 de febrero del 2011.

9. DURÁN Díaz, E. (1990) La Libertad Personal del Sindicado en el Proceso Penal Ecuatoriano, en Revista Jurídica Online de la UCSG, Web: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1990/01/1\\_La\\_Libertad\\_Personal\\_Del\\_Sindicado.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1990/01/1_La_Libertad_Personal_Del_Sindicado.pdf).
10. FERRAJOLI, L. (2005) Derecho y Razon, (7ma edición). Madrid: Trotta.
11. FREUND, G.(2004) Sobre la Fución Legitimadora de la Idea de Fin en el Sistema Integral de Derecho Penal, en Wolter /Freund, *Sistema Integral de Derecho Penal*. Barcelona. Marcial Pons
12. FERRER Mc-Gregor, E. El Derecho Procesal Constitucional como Disciplina Jurídica Autónoma, artículo web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20061/pr/pr18.pdf>. Consultado el 17 de febrero del 2011.
13. GIMENO Sendra, V. (2008) Manual de Derecho Procesal Penal. Madrid: Colex.
14. GUERRERO Vivanco, W. En Revista Jurídica Online de la UCSG, Web: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1993/07/7esque\\_ma\\_del\\_proyecto\\_del\\_codigo\\_procedimiento.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1993/07/7esque_ma_del_proyecto_del_codigo_procedimiento.pdf). Consultado el 4 de enero del 2011.
15. JOBIN do Amaral, A. (2008) As Garantias Processuais Penais no Estado Constitucional de Direito, en Revista Jurídica Online de la UCSG, Web: [http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/23-tomo-2/23b\\_as\\_garantias\\_processuais\\_penais.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/23-tomo-2/23b_as_garantias_processuais_penais.pdf). Consultado el 4 de enero del 2011.
16. HOLT, J.C. (1992) Magna Carta, (2da Edición). Cambridge: Cambridge University Press.
17. LEVY, D. (2008) The Signing of the Magna Charta. Minneapolis: Twenty First Century Books.

18. LLACSHAUANGA Chávez, R. Constitución y Proceso Penal, artículo web: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20110107\\_02.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110107_02.pdf). Consultado el 15 de febrero 2011.
19. MAY, L. (2011) *Global Justice and Due Process*, Cambridge: Cambridge University Press.
20. NAUKE, (2006) *Derecho Penal* (10ma edición), Buenos Aires: Editorial Astrea.
21. NIEVA Fenoll, J. (2010) *Jurisdicción y Proceso*. Madrid: Marcial Pons.
22. MIR Puig, S. (2008) *Derecho Penal Parte General* ( 8va Edición). Barcelona: Reppertor.
23. ROACH, K. (1999) *Due Process and Victims Rights*. Toronto: University of Toronto Press.
24. ROXIN, C. (2000) *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
25. SARRABAYROUSE Serrano, E. (2001) Evolución histórica del principio «indubio pro reo» en Alemania, Consecuencias para la determinación de su ámbito de aplicación. En *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Homenaje a Claus Roxin*. Argentina: Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba.
26. SOLER, R./ GONZÁLEZ, R./ BRUN, R. (2006) *Derecho Procesal Penal*. Pamplona: Fondo de Publicaciones del Gobierno de Navarra.
27. ZAMBRANO Pasquel, *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*, edición Web.
28. ZAVALA Baquerizo, J. (2005) Influencia de los Medios de Comunicación Social en la Administración de Justicia Penal, en su conferencia dada en el XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología, en Guayaquil.

29. ZAVALA Baquerizo, J.(2004) Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo I. Guayaquil: Ediar.

30. A.A.V.V., Comisión andina de Juristas de Perú, El Debido Proceso en las decisiones de los órganos de control constitucional de Colombia, Perú y Bolivia.

Versión web: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_60.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_60.pdf). Consultado el 15 de diciembre del 2010.

### **JURISPRUDENCIA**

1. SCIDH Acosta Calderón vs. Ecuador, 24 de junio 2005.
2. SCIDH Albán Cornejo vs. Ecuador, 22 de noviembre del 2007.
3. SCIDH Bayarri vs. Argentina, 30 de octubre 2008.
4. SCIDH Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 26 de noviembre del 2010.
5. SCIDH Castillo Páez vs. Perú, noviembre 3 de 1997.
6. SCIDH Cesti Hurtado vs. Perú, 29 de septiembre de 1999.
7. SCIDH Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 21 de noviembre del 2007.
8. SCIDH Suárez Rosero vs. Ecuador, 12 de noviembre de 1997.
9. SCIDH Tribunal Constitucional vs. Perú, 31 de enero del 2001.
10. SCIDH Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, 4 de julio 2007.
11. SCIDH Panday vs. Surinam del 21 de Enero de 1994.
12. SCIDH Suárez Rosero vs. Ecuador, 12 de noviembre de 1997.
13. STEDH Lüdi vs. Suiza, 1992.