



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Sistema de Posgrado
Facultad de Jurisprudencia**

**MAESTRÍA EN DERECHO
PROCESAL**

II PROMOCIÓN

TESIS DE DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

TEMA:

**“LA NEGATIVA DE CAUCIÓN POR PASADO JUDICIAL,
VICTIMIZA, ESTIGMATIZA Y VULNERA EL DERECHO
CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD AL PROCESADO”**

**Previa a la obtención del Grado Académico de
Magister en Derecho Procesal**

ELABORADO POR:

AB. MARTHA SANDOVAL LÓPEZ, M.S.c

Guayaquil, a los 27 días del mes de Enero del 2013



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la Abogada Martha Susana Sandoval López, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Procesal

Guayaquil, a los 27 días del mes de Enero del 2013

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Alfonso Zambrano Pasquel

REVISORES:

Dr. Nicolás Rivera Herrera, M.S.c.

Dr. Carlos Salmon Alvear

DIRECTOR DEL PROGRAMA:

Dr. Santiago Velásquez Velásquez



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

YO, MARTHA SUSANA SANDOVAL LÓPEZ

DECLARO QUE:

La Tesis “LA NEGATIVA DE CAUCIÓN POR PASADO JUDICIAL, VICTIMIZA, ESTIGMATIZA Y VULNERA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD AL PROCESADO” 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 27 días del mes de Enero del 2013

EL AUTOR

MARTHA SUSANA SANDOVAL LÓPEZ



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

AUTORIZACIÓN

YO, MATHA SUSANA SANDOVAL LÓPEZ

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución de la Tesis de Maestría titulada: “LA NEGATIVA DE CAUCIÓN POR PASADO JUDICIAL, VICTIMIZA, ESTIGMATIZA Y VULNERA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD AL PROCESADO” cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 27 días del mes de Enero del 2013

EL AUTOR

MARTHA SUSANA SANDOVAL LÓPEZ

AGRADECIMIENTO

Eternamente a Dios, por darme la oportunidad, de vivir, aprender, crecer, y continuar mejorando como persona y profesional.

A todos los directivos y maestros de la FACULTAD DE JURISPRUDENCIA que forman parte de la UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTIAGO DE GUAYAQUIL, y con mucha admiración al Dr. Santiago Velásquez Velásquez, Director de la Maestría, Dr. Alfonso Zambrano Pasquel por su infinita paciencia, quien en forma acertada y desinteresada aceptó la tutoría de la presente Tesis y a los Señores Dr. Carlos Salmon Alvear, y Dr. Nicolás Rivera Herrera, por su enorme contribución en la revisión de la presente tesis en las áreas de Contenido e Investigación.

DEDICATORIA

A mis hijos Paúl y Fernando, y mi nieto Eduardito, y mis hermanos: Rebeca, María Gregoria y Luis, y demás familiares que son el motivo de mi superación profesional.

RESUMEN EJECUTIVO

La verdadera importancia que tiene ésta investigación, es que, como ecuatorianos y profesionales del derecho, tenemos la obligación de involucrarnos en que se efectivice el entendimiento y la aplicación de las normas constitucionales, así como las tablas procesales, de quienes tienen la obligación de hacerlo, como son los jueces de garantías penales de nuestro país.

El presente tema “*LA NEGATIVA DE CAUCIÓN POR PASADO JUDICIAL, VICTIMIZA, ESTIGMATIZA Y VULNERA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD AL PROCESADO*” tiene como finalidad, un mejoramiento en la aplicación de normas contenidas en el Código de Procesamiento Penal, debido a las deficiencias contempladas, en nuestro ordenamiento jurídico, y sobre todo ahora que estamos en la era de un nuevo sistema acusatorio puro procesal penal, moderno, en donde se harán efectivas las garantías básicas del debido proceso.

Como objetivo central, es el de dar fin a esta gran problemática jurídica, con repercusión social, que se encuentra preceptuado en el Numeral Segundo, Artículo 175 del Código de Procedimiento Penal “No se admitirá caución cuando el procesado hubiere sido condenado anteriormente por delito de acción pública”.

Esta negativa a un derecho de obtener Caución, contraviene a lo que se encuentra preceptuado en nuestra Constitución, ya que el derecho a la libertad personal está después del derecho a la vida, siendo uno de los bienes jurídicos más preciados que tiene un ciudadano, y que está reconocido por los Tratados y Convenios Internacionales Artículo 3 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por lo que guarda armonía con el Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en concordancia con el Artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por nuestro País.

Esta negativa conforma un cuadro de etiquetamiento y estigma, que trae como consecuencia su victimización y vulneración al derecho constitucional de libertad del procesado; aspiro que por vía de expertos se ayude a la labor de los jueces de garantías penales, a un mejor acierto dentro de sus resoluciones jurídicas, y que no se convierta en víctima a persona alguna que por cualquier situación se encuentre presuntamente implicado en un proceso penal, que merezca pena de prisión en sentencia y ésta le sea negada por su antecedente judicial.

Se lo estaría incriminando y contraviniendo lo preceptuado en el Numeral Segundo del Artículo 11 de la Constitución, que nadie podrá ser discriminado por razones de pasado judicial, y más aún la ley sancionará toda forma de discriminación.

EXECUTIVE SUMMARY

The real importance of this research is that, as Ecuadorians and legal professionals have an obligation to get involved in that is effected the understanding and application of constitutional and procedural tables, those who have an obligation to do such as criminal judges of our country guarantees.

This issue "NEGATIVE BY BOND STIGMATIZES AND VICTIMIZES CRIMINAL RECORD VIOLATES THE CONSTITUTIONAL RIGHT OF FREEDOM TO THE DEFENDANT" is intended, an improvement in the application of rules contained in the Code of Criminal Procedure, due to deficiencies referred, in our legal system, and especially now that we are in the era of a new pure adversarial system of criminal procedure, modern, shall be paid where the basic guarantees of due process.

As a central goal is to end this great legal issues with social impact, which is precepts of Numeral Second, Article 175 of the Criminal Procedure Code "No bail when the defendant admitted previously been convicted of any offense public action."

This denial of a right to obtain surety, contrary to what is found precepts of our Constitution, and that the right to personal liberty is after the right to life, being one of the most valuable legal property of a citizen, and that is recognized by the international treaties and conventions Article 3 and 9 of the Universal Declaration of Human Rights.

And keeping harmony with art. 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights, in accordance with Article 7 of the American Convention on Human Rights, signed and ratified by our country.

This forms a box negative labeling and stigma, which results in their victimization and violation of the constitutional right of freedom of the accused; via aspire to help experts judges the work of criminal warranty, better success in legal resolutions, and not become a victim to any person for any situation is allegedly involved in criminal proceedings, that deserves imprisonment in judgment and it is denied by his legal background.

He would be incriminating and contravening the provisions in Paragraph two of Article 11 of the Constitution, that no one shall be discriminated against on grounds of criminal record, and even more so the law will sanction all forms of discrimination.

**TEMA: LA NEGATIVA DE CAUCIÓN POR PASADO JUDICIAL,
VICTIMIZA, ESTIGMATIZA Y VULNERA EL DERECHO
CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD AL PROCESADO**

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
RESUMEN EJECUTIVO	
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA	5
1.1 Planteamiento del problema.....	5
1.2 Formulación del problema.....	13
1.3 Objetivos.....	14
1.3.1 Objetivo General.....	14
1.3.2. Objetivos Específicos.....	14
1.4 Justificación.....	15
1.5 Delimitación del problema.....	20
1.6 Unidades de observación.....	20
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	21
2. 1 Antecedentes de la investigación.....	21
2.2. Fundamentación científica.....	22
2.2.1. La prisión preventiva.- generalidades.....	22
2.2.1.1 Definiciones.....	24
2.2.1.2 Definiciones doctrinarias.....	24

2.2.1.3 Fundamentos de la detención preventiva.....	25
2.2.1.4 Requisitos para dictar prisión preventiva.....	26
2.2.2. La caución.....	26
2.2.2.1. Generalidades.....	26
2.2.2.2. Etimología y definiciones.....	27
2.2.2.3. Definición de la libertad con caución.....	27
2.2.2.4. Fundamento de la libertad bajo caución según el código de procedimiento penal ecuatoriano.....	28
2.2.3. Debido proceso.....	29
2.2.3.1 Generalidades.....	29
2.2.3.2. El debido proceso penal.....	30
2.2.3.3. Contenido del debido proceso penal.....	31
2.2.4. El debido proceso su aplicación y los principios constitucionales.....	34
2.2.4.1. Principio de legalidad.....	37
2.2.4.2. La oralidad.....	43
2.2.4.3. Principio de proporcionalidad.....	46
2.2.4.4. Principio dispositivo.....	49
2.2.4.5. Los principio de oportunidad.....	52
2.2.4.6. Principio de contradicción.....	60
2.2.4.7. Principio de igualdad.....	61
2.2.4.8. Principio de excepcionalidad.....	62
2.2.4.9. El principio de motivación.....	63
2.2.4.10. Principio de intermediación.....	66

2.3.1. Los sistemas de procedimiento penal en la historia del Ecuador.....	69
2.3.2. Objetivo principal del nuevo código de procedimiento penal.....	71
2.4. El pasado judicial ilimitado en el Ecuador, como requisito para negar la caución y el derecho constitucional a la libertad.....	72
2.4.1. Dogmática penal.- el ius puniendi	72
2.4.1.1. El ius puniendi.....	73
2.4.2. Victimización y estigmatización del procesado a quien se niega caución por antecedente penal.....	75
2.4.3. Control social y derecho penal.....	76
2.5. La Victimología.....	77
2.5.1. Concepto de víctima.....	78
2.5.2. Definición general.....	78
2.5.3. Concepto jurídico de víctima.....	79
2.5.4. Definiciones científicas.....	80
2.5.4.1. La Victimización.....	80
2.5.4.2. Victimización Primaria.....	81
2.5.4.3. Victimización Secundaria.....	82
2.5.4.4. Victimización Terciaria.	82
2.5.4.5. Circunstancias personales y vulnerabilidad de la víctima.....	83
2.5.4.6. Política criminal del estado ante las víctimas.....	83
2.5.4.7. Formas de control social subjetiva.	84
2.5.4.8. Control social presuntivo.	85
2.5.4.9. Control social objetivo.	85

2.6.La estigmatización.	86
2.6.1. Etiquetamiento Cronológico.	87
2.6.2. Conducta desviada.	88
2.7. Estudio crítico a nuestro código de procedimiento penal.....	89
2.7.1. La responsabilidad del estado por la inadecuada administración de justicia.	90
2.8. Definición de sentencia.	92
2.8.1. Naturaleza jurídica de la sentencia condenatoria penal.....	93
2.8.2. Requisitos de la sentencia condenatoria penal.....	96
2.8.3. Origen histórico de la pena.	99
2.8.4. Las penas en nuestro sistema procesal.....	102
2.8.5. La teoría de la pena..	103
2.8.6. Clasificación de las penas.	105
2.8.7. Consideraciones y delimitaciones de la sanción penal.....	106
2.8.8. Principio de Individualización de la Pena.....	106
2.8.9. Penas privativas de libertad.-naturaleza.....	107
2.9. Idea a defender.	108
2.9.1. Variable independiente.	108
2.9.2. Variable dependiente.	109
2.10. Definición de términos básicos	110

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	113
3. Metodología.....	113
3.1. Modalidad de la investigación.....	113
3. 2. Población y muestra.....	114
3.3. Métodos, técnica e instrumentos de la investigación.....	116
CAPITULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS	118
4.1 Análisis de resultados.....	118
4.2 Base de datos.....	118
4.2.1 Formulario de la encuesta aplicada a los señores Jueces de garantías penales e interpretación de resultados.....	121
4.2.2 Formulario de la encuesta aplicada a los señores Fiscales e interpretación de resultados.....	126
4.2.3 Formulario de la encuesta aplicada a los señores Abogados e interpretación de resultados.....	131
4.3 Idea a defender.....	136
4.4 Justificación.....	136
CAPITULO V	140
5.1. Conclusiones.....	140
5.2. Recomendaciones.....	142
BIBLIOGRAFIA	143
ANEXOS	147

INTRODUCCIÓN

Este proyecto de investigación cuyo tema es ***“LA NEGATIVA DE CAUCIÓN POR PASADO JUDICIAL, VICTIMIZA, ESTIGMATIZA Y VULNERA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD AL PROCESADO”*** tiene como finalidad que se plasme lo que nuestra Constitución de la República del Ecuador, preceptúa en concordancia con la Convención Americana de Derechos Humanos establecen “que el sistema procesal penal será un medio para la realización de la justicia, hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por los principios de inmediación, celeridad, y eficiencia en la administración de justicia”.

Consecuentemente la finalidad primaria en materia procesal es asegurar la eficacia de uno de los más importantes derechos, que el Estado Ecuatoriano garantiza a todas las personas dentro del territorio nacional, como es el derecho al debido proceso y la aplicación de parte de los jueces de garantías penales una justicia sin dilaciones.

El Artículo 77 del mencionado cuerpo de normas en su numeral 6 literal C, define el concepto de igualdad de condiciones y el derecho de ser escuchado, así también el Artículo 76 literal K, en concordancia con el Artículo 8 de las Garantías Judiciales de la Convención Americana de Derechos Humanos, nos define sobre el plazo razonable. Este principio proclama la seguridad jurídica estableciendo la prontitud con la que se debe sustanciar un proceso.

El Artículo 76 de la Constitución en su Numeral 7 literal I, incorpora la figura jurídica designada como el debido proceso que impone el respeto a las garantías y derechos de los ciudadanos, y uno de los principales postulados es el principio de motivación en las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas.

Como está establecido los actos administrativos: resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Los servidores y servidoras serán sancionados.

El Artículo 75 de la Constitución nos establece en su Numeral 6 literal C, en lo referente al principio de igualdad de condiciones y ser escuchados dentro de un plazo razonable.

Como concedora de las normas y reglas jurídicas, y sobre todo en lo referente a los derechos humanos, no es lógico ni humano que me quede impávida frente a esta situación jurídica, con impacto social, cuya naturaleza es de índole penal, de carácter social por lo que atraviesan un determinado grupo de personas; Por lo que no podemos olvidarnos que son seres humanos que con debilidades y defectos, que por diferentes causas, como por ejemplo falta de control de sus emociones, hogares disfuncionales, etc. encuadraron su conducta, en forma antijurídica y atípica, es decir vulneraron una norma penal.

Pero legalmente por justicia, por equidad, esto no puede ser un motivo para que queden estigmatizadas e inhabilitadas durante el transcurso de su vida, y más aún se vulnere su derecho constitucional de libertad, al solicitar Caución en un delito que merezca pena de prisión, y le es negada por haber tenido el procesado en su pasado sentencia condenatoria, el Juez de Garantías Penales le niega su pedido, lo que contraviene al principio universal de inocencia.

Por lo que prácticamente, al encontrarse enjuiciado y se le ha dictado prisión preventiva, sería como estar cumpliendo una pena sin sentencia, y en forma anticipada, consecuentemente se vulnera el ideal y derecho más grande del hombre como es su libertad, y se lo convierte en víctima dentro de un proceso penal, que lo estigmatiza dejándolo etiquetado ante la sociedad. Es nuestra obligación como ciudadanos ecuatorianos salirnos del modelo tradicional e involucrarnos dentro de un cuadro de entendimiento de las garantías del nuevo sistema procesal vigente.

Que por vías de expertos se ayude a la labor del órgano jurisdiccional, a un mejor acierto dentro de las disposiciones existentes y en las decisiones que debe adoptar en estos casos al aplicar la sana crítica, la calidad humana, y que sirva como cauce de un debido proceso y que nos encamine hacia el ideal grandioso del hombre como es la justicia, que es la creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante y humana, requisitos subjetivos de debe tener todo Juez de Garantías Penales. El Estado Ecuatoriano como organismo del control social debería tomar en consideración en una forma más objetiva esta realidad jurídica y que esta pretensión se plasme en una ley para los individuos que se encuentre en ésta situación legal, privados de su libertad.

Por lo que se debe imperar una solución jurídica más acorde con la realidad social e incluso salirse de la aplicación del rigor plasmado en la ley y tomar como herramienta un procedimiento vinculante con la justicia y la equidad, finalmente, la elaboración de este Diseño de Investigación, tiene como contenido, los siguientes capítulos:

En el Primer Capítulo se establece el Planteamiento y la Formulación del Problema, los Objetivos Generales y Específicos, así como la Justificación y la Delimitación.

En el Segundo Capítulo su contenido ha sido factible gracias a la Fundamentación Científica o Esquemas de Contenidos, incluyendo como fuentes de información de análisis y estudio de una adecuada Bibliografía, de reconocidos tratadistas nacionales e internacionales, así como la doctrina y la recopilación de la Jurisprudencia de los Juzgados y Tribunales Penales de ésta ciudad de Guayaquil.

Los Temas y Subtemas, que se encuentran dentro del contenido, su fundamentación científica, está basada en lo relacionado a la; “Negativa de Caucción por Pasado Judicial, Vulnera al Derecho Constitucional de Libertad del Procesado”.

El Capítulo Tercero establece la Metodología, es decir la modalidad utilizada, así como su Población, Muestra, Métodos y Técnicas de la Investigación.

En el Capítulo Cuarto encontramos el Análisis o Interpretación de Resultados, Base de Datos, Análisis y Discusión de Resultados, Verificación de la Hipótesis o de la pregunta a contestar, la Reforma al Numeral Segundo Artículo 175 del Código de Procedimiento Penal.

En el Capítulo Quinto, constan las Conclusiones y Recomendaciones.

Finalmente, la Bibliografía utilizada para la Fundamentación Científica de la presente investigación, con Autores Nacionales y aplicando el Derecho comparado, es decir con tratadistas internacionales.

Agrego el siguiente pensamiento:

Beccaria manifestó, *“Debo decir que tuve ante mis ojos, escribiendo, los ejemplares de Maquiavelo, de Galileo y de Gianone. He oído el ruido de las cadenas que sacuden la superstición y el fanatismo, ahogando los gemidos de la verdad. La contemplación de ese espectáculo espantoso me determinó, a veces, a envolver la luz con nubes. He querido defender a la humanidad sin hacerme su mártir”*¹.

¹ Beccaria, Tratado de los Delitos y de las Penas, pág. 20.

TEMA:

LA NEGATIVA DE CAUCIÓN POR PASADO JUDICIAL, VICTIMIZA, ESTIGMATIZA Y VULNERA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD AL PROCESADO.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1 ANTECEDENTES

El artículo 176 del Código de Procedimiento Penal Segundo inciso establece: que el juzgador podrá negar el pedido de Caucción cuando por la gravedad del caso, el interés público, o el incentivo de fuga, considere que no procede.

El tema central de mi investigación se centrará, en el artículo 175 Numeral Segundo, que contraviene al Artículo 75 Numeral 7 letra C, de la Constitución de la República del Ecuador como son, los principios de igualdad y el del derecho a la libertad; en lo referente al tiempo ya que, no tiene que estar en forma perpetua esta prohibición para quien, que por haber recibido Sentencia Condenatoria en un delito de acción pública, en un tiempo no determinado, tenga impedimento jurídico, para solicitar Caucción y de esta manera lograr la suspensión de los efectos jurídicos de la dictada Prisión Preventiva, lo que contraviene a los plazos razonables.

El artículo 174 del Código Procedimiento Penal establece, que se suspenden los efectos del auto de Prisión Preventiva, cuando el procesado rindiere Caucción a satisfacción del juez o jueza competente, la misma que consistirá en dinero, fianza, hipoteca o carta de garantía otorgada por una institución financiera. Queda provisionalmente sin efecto los de un auto que cause una afectación a la libertad del procesado, y para que se cumpla este presupuesto tiene que existir la prisión preventiva. El esquema procesal tiene que ser dentro de un proceso penal, y en el que exista o se persiga un delito que sea sancionado con una pena superior a un año y de acción pública, artículo 167 del Código de Procedimiento Penal. Así también, el procesado estará a disposición del juez y presentarse ante el cuándo lo

disponga, así como la garantía personal, por terceros, prenda o hipoteca, la misma que tiene que tener un antecedente principal para poder tener acceso a la vida jurídica.

Siendo la Caución un asunto accesorio que tiene como finalidad el aseguramiento de la presencia del procesado al juicio, es decir una medida que asegure el cumplimiento de obligaciones. En la calificación de ésta garantía, la misma que tiene que ser suficiente en la obligación del procesado, al quedar en libertad condicionada.

Pero el artículo 175 establece no se admitirá Caución en los siguientes casos:

- 1) En los delitos sancionados con pena máxima privativa de la libertad superior a cinco años.
- 2) Cuando el procesado hubiera sido condenado anteriormente por delito de acción pública.
- 3) Cuando el procesado o acusado por cualquier motivo hubiese ocasionado la ejecución de la Caución en el mismo proceso y.-
- 4) En los delitos de odio, sexuales y de violencia intrafamiliar o aquellos que por sus consecuencias causan gran alarma social, a criterio del juez de garantías.

En lo referente a la prisión preventiva artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, ventajosamente nuestra actual Constitución establece que la Jueza o Juez, siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, es decir esta medida cautelar sería una excepción.

El artículo 167 preceptua: que cuando el juez o la jueza de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso, y para asegurar el cumplimiento de la pena puede ordenar la prisión preventiva siempre que medien los siguientes requisitos del 1, 2, 3, 4, 5 del mencionado artículo; si lo analizamos, contraviene al principio del derecho a la inocencia de todo ciudadano ya que, mientras no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, se es inocente:

La detención preventiva según Roxin² en el proceso penal es la privación de libertad al procesado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de una pena, a diferencia de otras medidas cautelares, es de naturaleza personal, pues recae directamente sobre un bien del procesado, y tiene que ver con la punibilidad del procedimiento.

Pues asegurando la comparecencia del procesado, se garantiza que en caso de sentencia condenatoria, se efective la ejecución penal teniendo un fin asegurador con consecuencias punitivas jurídicas, la detención preventiva se ha convertido hoy en día en la prima ratio, es decir la preferencia por esta medida cautelar supone una medida inquisitiva de primer orden, que provoca graves consecuencias para el sistema penal en su conjunto, más del 50% se encuentra en calidad de procesados, y con la aplicación de la prisión preventiva para aquellos, entonces aún no ha recaído una sentencia condenatoria confirmatoria de culpabilidad, por lo que en estos individuos subsiste el principio de presunción de inocencia.-

El objeto de estudio se encuentra en los procesos penales, cuando una persona ha recibido en el pasado una sentencia condenatoria, y que en el futuro fuera procesado por un delito susceptible a Caución, en la realidad el Abogado que lo patrocina, ya no solicita los Certificados Penales sobre sus antecedentes, porque el Numeral Segundo del artículo 175 del Código de Procedimiento Penal restringe o prohíbe al Derecho de obtener su libertad, peor aún solicitar una medida alternativa a la Prisión Preventiva de conformidad a lo preceptuado en el artículo 77 de la Constitución República del Ecuador.

Este proyecto es factible por existir abundante doctrina bibliográfica de tratadistas nacionales y extranjeros aplicando el derecho penal comparado; y la mayoría de los factores que desencadenan a la negativa de derecho a la Caución en delitos, que en sentencia merezcan penas de prisión, pueden ser eliminados en vista de la necesidad y el beneficio que se lograría con la reforma del mencionado artículo.

El numeral segundo del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador dentro de los principios predeterminados por las leyes, en lo referente a las garantías básicas del derecho al Debido Proceso esto es la libertad del procesado, ya que no

² Roxin Claus, Derecho Procesal Penal, pág. 334

es lo mismo defenderse en libertad que privado de ella, el inciso penúltimo del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal determina que toda medida de prisión preventiva, se resolverá en Audiencia Pública, Oral y Contradictoria, la misma que el Juez de garantías penales resolverá sobre el requerimiento fiscal de esta medida cautelar, y también sobre las solicitudes de ofrecimiento de Caucción, que se formulen al respecto.

En nuestro actual Código de Procedimiento Penal artículo 168 la Prisión Preventiva solo puede ser dictada por el Juez o Jueza de garantías penales competentes a petición del fiscal, la misma que tiene que estar obviamente motivada. Como lo determina el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ser la libertad uno de los bienes sagrados y fundamentales del hombre, con gran incidencia social y jurídica en la sociedad.

Tenemos que hablar de los plazos razonables como lo determina nuestra Constitución que, consagra el derecho a un proceso sin dilación indebida de conformidad a sus derechos fundamentales y a la tutela jurisdiccional jurídica por lo que el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce, que toda persona detenida o retenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso.

Tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.3 que define que toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable, constituye un derecho fundamental del procesado, que adquiere un valor universal, al ser recogido por las normas que rigen el derecho internacional en materia de derechos humanos, la dilación indebida ha de consistir en un incumplimiento de los plazos procesales, ilícito, injusto, falto de equidad y cualificado, es un tratamiento procesal incompatible con las normas del Debido Proceso.

En tal medida, la dilación en el procesamiento debe obedecer exclusivamente a la negligencia inexcusable del tribunal encargado de impartir justicia criminal. Consecuentemente, una justicia tardía importa una reducción sustancial a la tutela jurisdiccional efectiva y en una innecesaria afectación a los derechos fundamentales del procesado, más aun cuando este se encuentre privado de su

libertad, tal como se ha sostenido doctrinariamente, las dilaciones indebidas deben proceder de un obrar negligente del juzgador.

En lo referente al principio de presunción de inocencia, diremos que este principio es un valor ético-jurídico, que se inspira en el reconocimiento filosófico y programático de que el procesado es un sujeto de derechos y mientras no se demuestre judicialmente su culpabilidad, debe ser tratado como un inocente. Sin duda la detención preventiva contraviene a la presunción de inocencia, al privárselo de su libertad, sin haber recibido una sanción condenatoria y que se encuentre ejecutoriada por mandato de la Ley.

Cuando a un procesado se lo priva de su libertad, sin haber recibido una sentencia, para que no eluda una pena” se lo etiqueta, estigmatizándolo y se le vulnera su Derecho Constitucional a la libertad.

Sin embargo, en este ámbito se valora un interés jurídico superior, esto es, la justicia como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional que debe preservarse a partir de ciertas medidas necesarias, pero sometidas a principios limitadores, a fin de que no se instrumentalice a la persona del procesado y que no exceda del tiempo razonable.

Por la misma razón la presunción de inocencia, tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una actividad diligente de los órganos jurisdiccionales, especialmente estimulada por la situación de privación de la libertad de un presunto inocente.

Se debe desestimar cualquier tipo de justificación, que pretenda extender el tiempo de detención preventiva más allá de los plazos legales establecidos, la ineficiencia y lentitud de los operadores jurídicos de justicia penal, no puede ser cargada sobre los hombros del procesado, la negligencia en el obrar jurisdiccional, no puede ser encubierta por una soterrada agravación de la situación jurídica del procesado.

La internación preventiva de un procesado en un reclusorio que sobrepase el tiempo estrictamente razonable, importa en realidad aplicar las consecuencias penales por adelantado a quién jurídicamente se le considera inocente, y de esta

manera se estaría vulnerando también su derecho a la libertad, en tanto se estaría aplicando una medida extremadamente gravosa a quién todavía no se le ha demostrado su responsabilidad penal por el injusto cometido.

En el caso de una detención preventiva que sobrepase en exceso el plazo razonable, significa también en la práctica una afectación al principio de culpabilidad, pues el reconocimiento de culpabilidad únicamente puede ser el resultado de un juicio llevado con todas las garantías.

Todo individuo tiene derecho a la garantía constitucional de ser oído y juzgado en un plazo razonable, así mismo es ilógico, inhumano e ilegal, que porque haya recibido una persona una sentencia condenatoria en el pasado, y que luego fuera procesado por un delito que sea susceptible de Caución, para que se suspendan los efectos jurídicos, esta es **NEGADA POR SU ANTECEDENTE JUDICIAL**.

No hay justificativo alguno por sentido común, y humano, no se puede tener en forma indefinida esta prohibición, a un individuo que atraviesa por esta situación al ofrecer Caución el procesado, y esta le es negada en un delito en el cual si es procedente su calificación, lo estigmatiza, lo etiqueta y se le vulnera su derecho sagrado a la libertad, convirtiéndolo en una víctima del sistema procesal vigente, ya que al estar un ciudadano privado de su libertad, pierde las relaciones con su familia, así también su relación laboral, y en la mayoría de los casos en su hogar dependen económicamente de él.

Por lo que es más grave aún que por tener un pasado judicial el procesado, no hay un tiempo límite por último que en éstos caso impere la prescripción, ya que por ejemplo si el penado solamente se le impuso unos cuantos días de prisión, o peor aún con multa, se crearía tal inhabilidad, no nos olvidemos que la prescripción, extermina derechos y obligaciones, y el pasado judicial no debe ser la excepción.

Al suspenderle un derecho constitucional, y dejarlo inhabilitado para ofrecer Caución, por delito de acción pública, por haber en el pasado haber sufrido una sentencia condenatoria, por violar una norma penal, se lo está estigmatizando y vulnerando su derecho a la libertad del procesado, así como se lo estaría sancionando dos veces, la primera por la sentencia condenatoria recibida, y la otra por inhabilitarlo durante el transcurso de una vida que no podrá solicitar

CAUCIÓN, por el principio Constitucional NON BIS IN IDEM, esto es el no ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

Es necesario analizar la aceptación de ofrecimiento de Caución, aparte del razonamiento en el área penal también dentro de un estudio criminológico, y victimológico, ya que nuestra Constitución y el Código de Procedimiento Penal preceptúa, que este sistema es el medio para la realización de la justicia, que hará efectivas las garantías del Debido proceso, y que velará por el cumplimiento de los principios de Inmediación, Celeridad, y Eficiencia de la Administración de Justicia.

Conocemos que la aplicación del sistema penal es para seres humanos, que por cualquier razón, motivo, o circunstancia, por flaqueza de valores, rompieron una norma penal adecuando su conducta aun delito, y luego recibieron sentencia condenatoria. El sistema penal equivocadamente muchos piensan que es un medio de venganza, cuando en la Constitución rige, que el sistema procesal penal será un medio para la realización de la justicia, que hará efectivas las garantías del debido proceso, y que velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad, y eficiencia en la administración de justicia.

Es hora de poner fin a tanta crueldad e injusticia, es decir a ésta falta de igualdad ante la ley, y se regule en lo referente a la admisión de ofrecimiento de Caución, como lo establece la Constitución de la República del Ecuador numeral Segundo art. 11 en concordancia con el art. 14 del Código de Procedimiento Penal, sobre el impedimento de discriminación, ya que todas las personas son iguales, y gozaran de los mismos derechos deberes y oportunidades.

Esto es por el principio de igualdad de armas así también exige la resocialización y reinserción de toda persona que haya recibido sentencia condenatoria y se encuentre ejecutoriada. Por lo que el Estado como órgano de control social debería tomar en consideración en una forma objetiva, teniendo como pretensión el Asambleísta es que el individuo que se encuentre en estas situaciones, se debería operar una solución jurídica más acorde con la justicia social, e incluso aislarnos un poco de la aplicación del rigor plasmado en la ley y tomar como herramienta un procedimiento vinculante con la justicia y la equidad.

Consecuentemente deberíamos salirnos del modelo tradicional e involucrarnos dentro de un cuadro de entendimiento y que por medio de vías de expertos y que estos ayuden a la labor del órgano jurisdiccional a un mejor acierto dentro de las disposiciones existentes y en las decisiones que debe adoptar el juez en estos casos de excepción con lo que en derecho tiene al aplicar la sana crítica, es la que establece la importante necesidad en nuestro sistema jurídico punitivo del Estado, en la que el juez pueda calificar caución, a pesar de que una persona haya recibido sentencia condenatoria en el pasado.

La historia de nuestro sistema penal nos muestra sin embargo, como este sistema ha sido utilizado en beneficio del poder estatal como medio de control social por lo que de hecho a las circunstancias que vive nuestra sociedad, es decir el país en general en crisis jurídica, podemos asumir que es cierto el razonamiento que nos indica que se le ha restado importancia a las personas que se encuentran en ésta situación jurídica, se los ha marginado y, a dejado de ser objeto de estudio por sí mismo. Por lo que es indispensable, con las herramientas teóricas y metodológicas que nos permitan desarrollar esquemas de conocimiento que aporten a la sociedad soluciones reales a este problema.

Todo esto se lo podrá hacer por una capacitación de victimología y criminología, a fin de que las normas que se apliquen en el Código Penal y el Derecho Procesal de ser posible sea más humana, lo cual es incipiente en nuestro país mas no por ello es digna de respeto.

Y más aun ahora que estamos en la era de un sistema procesal penal en una etapa de realidad trascendental que tal parece que las autoridades políticas han tomado conciencia de la vital importancia que significa la adopción de un nuevo sistema procesal aplicando la vigencia de un verdadera tutela procesal jurídica, que no debilite su seguridad consustancial a las máximas en un estado de derecho, democrático, a fin de tomar conciencia de la necesidad de definir el proceso penal.

Siendo el propósito el de aportar un granito de arena en este proceso de reforma al Art.175 Numeral Segundo del Código de procedimiento Penal y para lograr nuestro cometido tendríamos que salirnos del modelo tradicional y con un mejor entendimiento de nuestra Constitución las tablas procesales y sobre todo aplicando la calidad humana de parte del órgano jurisdiccional.

Cumpliendo con lo establecido en nuestra Constitución en concordancia en Código de Procedimiento Penal, que nuestro sistema procesal será un medio para la realización de la justicia, la misma que nos sirve como cause de llegar hacia la aplicación, que es la creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante y humana.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Por qué el Antecedente Judicial Ilimitado logra que no se califique Caución de conformidad con lo preceptuado en el Numeral Segundo del art.175 del Código de Procedimiento Penal, vulnerando e interrumpiendo el derecho del procesado de obtener su libertad?

VARIABLE INDEPENDIENTE

Antecedente Judicial Ilimitado, por la aplicación del Numeral Segundo del artículo 175 del Código de Procedimiento Penal.

Indicadores:

- Aplicación de Debido Proceso
- Tutela Jurídica
- Seguridad Jurídica

VARIABLE DEPENDIENTE

Considerarán el requisito de antecedente Judicial ilimitado para obtener el derecho a la Caución y lograr la libertad del procesado.

INDICADORES:

- Vigencia de los Derechos Fundamentales
- Principio de Inocencia
- Derecho a la Libertad

1.3 OBJETIVOS.

1.3.1 OBJETIVO GENERAL.

- a) El diseño de un documento con bases jurídicas y victimo lógicas que sustente como el requisito de pasado judicial sin límites, obstaculiza el derecho a obtener Caución, lo que lo victimiza, estigmatiza y vulnera de este manera el derecho de libertad del procesado.
- b) Con el planteamiento de un Proyecto de Ley, que tenga como finalidad reformar el Numeral Segundo del artículo 175 del Código de Procedimiento Penal.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- a) Establecer las falencias del requisito de pasado judicial sin límite, como motivo de negación de calificación de Caución de parte de los jueces de garantías penales, por la aplicación del artículo materia de éste estudio, en lo concerniente al derecho constitucional de libertad del procesado.
- b) Fundamentar las teorías de la sustentación de la Caución, como el requisito que tiene como bases teóricas de Caución, así como el del pasado judicial determinando críticas de acuerdo a la naturaleza de ilimitación.
- c) Fundamentar Jurídicamente y Doctrinariamente el artículo 175 del Numeral Segundo del Código de Procedimiento Penal, dentro de las normativas sustantivas, adjetivas en la aplicación del Debido Proceso, tal como lo establece nuestra Constitución de la República del Ecuador el artículo 11 Numeral Segundo cuyo tema es el Principio para el Ejercicio de los Derechos y reza así; *“que todas las personas somos iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Y nadie podrá ser discriminado por razones de pasado judicial, porque sería menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio y la ley sancionará toda forma de discriminación”*.
- d) Validar la propuesta por vías de expertos.

1.4 JUSTIFICACIÓN.

Como ecuatorianos tenemos la obligación de buscar soluciones a las falencias que existen en nuestro ordenamiento jurídico en el área procesal penal, de parte de los operadores jurídicos de la administración de justicia en nuestro país. Es por esto el motivo de esta investigación tiene su participación aportando, en que el sistema procesal vigente, en su aplicación jurídica sea más humano, y que se sensibilicen quienes están encargados de hacerlo.

Por lo que debe haber una regulación equilibrada, en lo referente a la dureza impuesta sin límites del requisito de pasado judicial para lograr la calificación de Caución.

No se debe aceptar que un proceso penal se alargue por tiempo indefinido, así tampoco aceptar que como consecuencia de un error, debilidad, flaqueza, falta de control del carácter, impulso o cualquier otras circunstancias de repercusión social recibieron sentencia condenatoria en un delito de acción pública, esta detención se prolongue indefinidamente. Es urgente y necesario, que se defina, se demarque esa inhabilidad porque de lo contrario esta imposibilidad del derecho de pedido de Caución excarcelaría sería una utopía y que obligaría al procesado a arrastrar esta condena para toda su vida.

Lo que lo convierte en víctima de un sistema penal estigmatizándolo y prácticamente se le vulnera su derecho a la libertad y el principio NON BIS IS IN IBIDEM, que nadie podrá ser sancionado, ni castigado dos veces por el mismo delito, porque el ciudadano que recibe sentencia condenatoria, ya pagó, purgó por el delito cometido, cumplió con la sociedad al haber adecuado su conducta a la violación de alguna norma penal.

Siendo el procedimiento penal el receptáculo de una serie de injerencias a la persona del procesado, y asimismo, tomando en referencia los intereses sociales, que se ponen como tutela en lo que se realice y desarrolle de forma regular y respetando los plazos previstos en la legislación procesal, a fin de que se colmen las legítimas expectativas depositadas en la justicia penal.

No podemos dejar de sostener que el procesado no puede ser objeto de pretensiones punitivas que desbordan la legitimidad de la intervención pública, el

procesado como portador de dignidad, no puede ser instrumento para fines sociales o de naturaleza puramente política criminal.

La dignidad humana, es el fundamento material del orden jurídico-constitucional, es la piedra angular que sustenta el Estado Social, que reconoce la individualidad como la fuente de inspiración de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto victimizándolo, por haber adecuado su conducta anti jurídico y recibir sentencia condenatoria a través del IUS PUNIENDE³.

Así, el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce el derecho de toda persona detenida o retenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso; y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.3 establece, que toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.

Siendo así, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye un derecho fundamental del procesado, que adquiere un valor universal, al ser recogido por las normas que rigen el derecho internacional en materia de derechos humanos. La dilación indebida ha de consistir en un incumplimiento de los plazos procesales, lícito, injusto, falta de equidad y cualificado, es un tratamiento procesal incompatible con las normas del Debido Proceso.

Una justicia tardía importa una reducción sustancial a la tutela jurisdiccional efectiva, y, en una innecesaria afectación a los derechos fundamentales del procesado, más aún cuando éste se encuentra privado de su libertad. Tal como se ha sostenido doctrinariamente, las dilaciones indebidas deben proceder de un obrar negligente del juzgador, más no del procesado. En este sentido, es importante la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mencionada en sentencia del Tribunal Constitucional que hace referencia al concepto de plazo razonable.

La Corte Interamericana en varias sentencias comparte el criterio de la Corte Europea de derechos humanos, la cual ha analizado en varios fallos, el concepto del plazo razonable y ha manifestado que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la racionalidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso. Así también lo preceptúa el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En lo referente al principio de presunción de inocencia, diremos que este prin-

³ Albán Gómez Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, primer Tomo, pág. 15 – 16.

cipio es un valor ético-jurídico que se inspira en el reconocimiento filosófico y programático de que él procesado es un sujeto de derechos, y mientras no se demuestre judicialmente su culpabilidad, debe ser tratado como un inocente. Sin duda, la detención preventiva entra en colisión con el principio de presunción de inocencia, pues se puede estar privando la libertad de un inocente.

Sin embargo, en este ámbito se valora un interés jurídico superior, esto es la justicia como valor. Por lo que es antihumano y vulnera normas constitucionales, y jurídicas al negarse el derecho a calificación de Caución, por el hecho de tener antecedentes penales, y peor aún el requisito de que el antecedente judicial es ilimitado, por lo que no puede permanecer en ésta situación así a través del espacio y el tiempo en forma definida.

Actualmente en nuestro sistema oral acusatorio puro, que es procesal penal más moderno con cambios radicales y humanos, y se debe aplicar una política criminal de parte del Estado que luche por un tratamiento humano, que no se victimice a un procesado. Si analizamos el derecho penal comparado, solo en nuestro país, existe la negativa de Caución por el hecho de que en el pasado se haya recibido sentencia condenatoria, pues otras legislaciones aceptan la Caución, en la legislación norteamericana por ejemplo y en todos los delitos.

Tenemos que analizar que la prisión preventiva es prácticamente una pena adelantada sin haber recibido sentencia, lo que contraviene al principio constitucional al principio del estado de inocencia.

“Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare sus responsabilidades mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”, esto es el derecho a la libertad del procesado, ya que no es lo mismo defenderse en libertad, que cuando se está privado de ella. Es por ello que al calificarse la Caución, se suspende los efectos jurídicos de privación de libertad al procesado o acusado, porque no podemos olvidar que toda una familia en la mayoría de los casos depende económicamente, causando esta negativa de calificación de cauación, una afectación también, para su entorno familiar, ya que

al estar privado de su libertad, pierde su trabajo, se aleja de su entorno familiar de sus hijos principalmente.

Si tomamos en consideración del derecho penal comparado en otras legislaciones hay una aceptación a la solicitud de, caución en todos los delitos, lo que en cambio en el Ecuador dentro de la tipificación del Código Penal y el de Procedimiento Penal hay restricción al respecto, al existir una prohibición sin límite de tiempo.

Así también sin tomar en consideración la reincidencia y la clase de delitos, por lo que al hacer el estudio, de este tema de negativa de caución por pasado judicial podemos observar la vulneración al derecho constitución penal del procesado lo que lo victimiza y estigmatiza por lo que es urgente y necesario la aplicación del mandato judicial el de ponderación también llamado “el alma de la pena” es decir buscar el equilibrio en esta insensibilidad judicial que no tiene límite en el tiempo el requisito para obtener Caución.

Por lo que el tema por la cual se sustenta este Diseño de Investigación tiene mucha relevancia como un aporte a una mejora en la aplicación en el sistema penal volviéndolo más humano, sobre todo ahora que estamos inaugurando un sistema procesal el que es acusatorio puro procesal penal moderno.

Por lo que se justifica que tenemos la necesidad de hacer justicia en gran problemática jurídica y social, ya que el derecho penal debe responder a los principios de legalidad, irreprochabilidad y proporcionalidad, con la aplicación del racionamiento utilizando la lógica y el sentido común, facultad que tiene el juez para de esta manera resolver la situación jurídica de un ciudadano en el pedido de caución a pesar que en el pasado haya recibido sentencia condenatoria.

Consecuentemente que esta nos sirva para satisfacer en general en nuestra sociedad se nos impone que tenemos que ser parte que agobia a cierto grupo social, por lo que tenemos la obligación de ecuatorianos para terminar con esta vulneración de derechos constitucionales y jurídicos.

Aportando en una nueva sistematización de equilibrio y en estos casos, con la finalidad que no sea una utopía la realización del verdadero derecho, justicia,

equidad y que también a parte de la protección y tutela jurídica se tome en consideración la victimología y la criminología.

Todo esto conforma un cuadro de etiqueta, estigma y victimización, que cuando logra su libertad, ya sea con sentencia condenatoria o de confirmación de su estado de inocencia, todas las puertas se les cierran, porque ven en el convicto su antecedente judicial, y no creen en su resocialización, convirtiéndose en una víctima social, no es humano, ni legal, victimizar a un individuo que solicita por derecho y justicia calificación de Caución.

Consecuentemente, deberíamos involucrarnos dentro de un cuadro de mejor entendimiento humano, como lo preceptua nuestra Constitución, las tablas procesales y sobre todo aplicando la sana crítica de parte del órgano jurisdiccional, que por vía de expertos se ayude a labor de los jueces de garantías penales a un mejor acierto dentro de las disposiciones existentes en concordancia con las decisiones que deben adoptar, en estos casos, sin convertir en víctima a quién de conformidad a sus derechos Constitucionales, solicita una calificación de Caución.

Walter Guerrero Vivanco manifiesta que la Caución es una garantía que rinde el encausado con el objeto de que el órgano jurisdiccional deje sin efecto el auto de prisión preventiva dictado en su contra. A los condenados en nuestro país no tienen una verdadera resocialización, es decir no hay la aplicación de la Penología, ya que no se debe agotar el sentido de la pena en la adaptación social del condenado y el humano propósito de evitar la reincidencia.

El Estado de derecho es la premisa fundamental para concebir la existencia del debido proceso, constituyendo los pilares fundamentales de un Estado moderno que consagra y garantiza los derechos del hombre como tal, cuya responsabilidad se traducirá al respeto de los derechos fundamentales.

1.5 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

* CAMPO DE ACCIÓN.- Derecho Penal, Procesal Penal, Constitucional, y Criminología, y Victimología.

* ÀREA.- Este problema a investigar se encuentra delimitado en el Código de Procedimiento Penal, Numeral Segundo del artículo 175.

* ASPECTO.- Jurídico

* TEMA.- La Negativa de Caución por Pasado Judicial Victimiza, Estigmatiza y Vulnera el Derecho Constitucional de Libertad al Procesado.

* PROBLEMA.- En los Procesos Jurídicos área Penal, porque el antecedente judicial ilimitado logra que no se califique Caución, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 175 Numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, vulnerando e interrumpiendo el Derecho Constitucional de obtener su Libertad.

* DELIMITACIÓN ESPACIAL.- Ecuador, Ciudad Guayaquil, en los espacios físicos de la Corte Provincial del Guayas, en las oficinas de la Fiscalía Provincial, y en los Estudios Jurídicos de los Abogados en Libre Ejercicio Profesional seleccionados para esta investigación.

* DELIMITACIÓN TEMPORAL.- El presente estudio de investigación se realizó desde Diciembre 2010 hasta el mes de Enero del 2012, esta investigación se desarrolló en esta ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas.

1.6 UNIDADES DE OBSERVACIÓN

La investigación se realizó con la colaboración de los Señores Jueces de Garantías Penales de esta Ciudad de Guayaquil, los Señores Fiscales y los Señores Abogados en Libre Ejercicio Profesional de la Ciudad de Guayaquil.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2. 1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

El presente tema de investigación es: **LA NEGATIVA DE CAUCIÓN POR PASADO JUDICIAL, VICTIMIZA, ESTIGMATIZA Y VULNERA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD AL PROCESADO.-**

El cual es lógicamente factible, es decir realizable acudiendo al material didáctico, cogiendo como fuente de información de análisis y estudio, en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil y de otras Universidades, no existen investigaciones para Tesis de Cuarto Nivel, por lo que esta investigación es original y factible.

Por lo que considero que este trabajo de investigación por ser actual, importante, con transcendencia jurídica cuya naturaleza es la de dar solución a un problema legal con repercusión social, moral y económica, y tendrá como sustento una adecuada Bibliografía de importantes tratadistas nacionales e internacionales, así como la Jurisprudencia, Doctrina que se aplica en los Tribunales y Juzgados de Garantías Penales en esta Ciudad de Guayaquil.-

Es necesario y diría hasta imprescindible que la aplicación de la Justicia tenga un crecimiento en su Sistema Procesal Penal, en su caracterización más humana de parte del Órgano Jurisdiccional para la aplicación de la Ley, y sobre todo en este tema no se tome en consideración el pasado Judicial de un procesado, y no se le niegue la tutela jurídica y su derecho constitucional a la libertad cuando solicita Caucción dentro de un delito que merece pena de Privación de libertad en sentencia hasta 5 años (Prisión).-

Siendo esto el motivo que he escogido este tema como materia de estudio ya que en el Ecuador estamos en la aplicación de una nueva era de un sistema procesal penal, cuya aplicación de la Justicia tiene que ser dentro de los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución, Convenios y Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los cuales somos suscriptores en el Ecuador.

Estoy segura que esta investigación constituirá un granito de arena, y que ayudará a la sistematización, en la aplicación de un sistema procesal penal, moderno y más humano, siendo un aporte para su crecimiento, lo que por justicia, tiene que ser el componente de toda ley, siendo ésta la motivación.

2.2.- FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA.

Serán tratados los siguientes Temas, en el desarrollo de este Diseño de Investigación.

2.2.1.- LA PRISIÓN PREVENTIVA.- GENERALIDADES.

Nuestra legislación procesal penal se utiliza la palabra preventiva⁴ cuando se refiere a la privación de libertad de un ciudadano mientras se sustancia el proceso, cuando según nuestro modesto criterio debería ser la palabra provisional por ser esta la verdadera naturaleza de la privación de la libertad que surge dentro del desarrollo del proceso penal.

La prevención consiste en prepararse para un fin determinado o anticiparse a un resultado, lo provisional es todo aquello que se realiza temporalmente para cumplir una finalidad pero que tiene un plazo de duración. La prevención es temporalmente incierta: subsiste hasta tanto subsista la necesidad de su imposición; en tanto que lo provisional sólo puede durar el tiempo para el cual fue creado, haya o no haya cumplido su finalidad, es temporalmente cierta.

Hemos dicho que la libertad es uno de los bienes fundamentales del hombre. La Constitución de la República de Ecuador reconoce y garantiza la libertad individual del habitante del país, sin excepción alguna. Pero debe entenderse que lo que se reconoce y garantiza es el bien de la libertad, que es natural desde el momento en que la misma Carta Fundamental del país proclama que “todas las personas nacen libres”.

Esto es, que la libertad no es una donación del Estado, no es una gracia de la comunidad, la entrega al habitante del país; la libertad es propia, inseparable del hombre, Zambrano Pasquel en la Revista IURIS DICTIO establece, que es

⁴ Zavala Baquerizo Jorge - Tratado de Der. Proc Tomo VI. Penal, pag.63

frecuente y común que los jueces incumplan con la obligación de fundamentar sus autos resolutorios como los de la prisión preventiva.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la prisión preventiva es una de las medidas más severa que se le puede aplicar a un procesado por lo que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, principios constitucionales indispensables, su aplicación en una sociedad democrática, por lo que la prisión preventiva contraviene a estos derechos fundamentales.

La prisión preventiva constituye una medida cautelar procesal, excepcional, subsidiaria, motivada, proporcional y revocable. Proveniente del órgano jurisdiccional, mas no punitiva y mantenerla constituye en la aplicación del procesado una pena anticipada.

Como lo manifestó el maestro del derecho Zaffaroni “cuando a un procesado se le hace sufrir la pena para que no lo eluda sin que se le llegue a imponer una sentencia, se lo estima, queda etiquetado, sin embargo aquí se debe valorar un interés superior como es la aplicación de la justicia de parte del Juez de Garantías Penales sin que le importe cuantas medidas cautelares sean necesarias pero estas deberían estar sometidas a principios limitadores con la finalidad de que no exceda el plazo universal razonable.

La Prisión Preventiva denominada también prisión provisional, es una medida cautelar dictada por el Organismo Jurisdiccional que tiene como finalidad limitar temporalmente la libertad del procesado de la forma más grave, a efectos de obtener la efectiva aplicación de la Ley Penal.

Si la finalidad de la prisión preventiva es la privación de la libertad de una persona que se ve inmersa en el acometimiento de un presunto delito, el fin es asegurar su presencia a la audiencia de juzgamiento y prueba, por supuesto para el cumplimiento de la eficiencia de una pena, a diferencia de otra medida cautelar esta es de naturaleza personal proveniente del órgano jurisdiccional y contravienen al principio constitucional de estado de inocencia.

“En opinión del catedrático de Derecho Procesal Penal español Luis Gimeno Sendra, que es además Magistrado del tribunal Constitucional de España”⁵.

De conformidad con nuestra Constitución, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la Doctrina de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación (Tribunal Constitucional y Europeo de Derechos Humanos) se entiende, que en la prisión provisional la situación nace de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada, por lo que se restringe el derecho a la libertad de un procesado por un delito de especial gravedad, y en quien concurre un peligro de fuga suficiente, para presumir racionalmente que no acudirá a la audiencia del juicio oral.

“El Jurista y Magistrado Español Perfecto Andrés Ibáñez señala que la Prisión Preventiva recibe formalmente el tratamiento de medida cautelar de naturaleza personal, presentada así le correspondería un lugar secundario”⁶.

2.2.1.1 DEFINICIONES.

2.2.1.2 DEFINICIONES DOCTRINARIAS.

Haciendo historia Francesco Carrara manifestaba que en Grecia no se hacía uso de la prisión provisional, poniendo como ejemplo el caso de Sócrates, quien pese a que fue condenado a muerte estuvo en libertad hasta el momento de la condena. Así también opina que la custodia preventiva⁷ considerada únicamente a las necesidades del procedimiento tiene que ser brevísima esto es, lo que sea indispensable para interrogar al reo y obtener de él oralmente todas las aclaraciones que la instrucción requiera, después de lo cual ya no hay motivo para detenerlo, y sería injusto que se prolongara su detención por más tiempo.

Florián, luego de hacer presente que “cuando la ley no consienta expresamente una restricción de la libertad, hay que respetarla en su integridad” al referirse a la “prisión preventiva” concluye su discurso diciendo que “si es evidente que el

⁵ Zambrano Pasquel Alfonso, Doctrina Penal Constitucional y Práctica Penal, Edilex S.A. Editores, pág. 104.

⁶ Zambrano Pasquel Alonso, Delincuencia Organizada Transnacional (Doctrina Penal Constitucional y Práctica Penal), Editorial Edilex S.A., pág. 114

⁷ Zambrano Pasquel Alfonso, Rev. Iuris Dictio Pág. 27-29

procesado debe ser privado de su libertad una que vez que exista una sentencia firme de condena, es natural que sólo en caso de necesidad sufra aquellas restricciones con anterioridad de la misma”.

Carnelutti se pronuncia por el uso mínimo de la privación de la libertad como medida cautelar ya que manifestaba que la aplicación de esta es prácticamente una condena sin sentencia.

2.2.1.3. FUNDAMENTOS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.

El fin del proceso penal es el arribo a la verdad material o histórica, sin embargo, las limitaciones en las que se encuentra sometida la investigación penal impiden que se pueda lograr este objetivo, para que el proceso penal pueda materializar su objetivo, necesita adoptar una serie de medidas de injerencia sobre los bienes jurídicos del procesado; entre éstas se ubican las medidas coercitivas de naturaleza personal, cuya mayor intensidad se manifiesta a través de la detención preventiva o prisión provisional, aquella que se dicta en el transcurso de un procedimiento penal ordinario, dictada por el órgano jurisdiccional competente.

En palabras de Roxin Claus⁸, “La prisión preventiva en el proceso penal, es la privación de libertad del procesado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena.” La detención preventiva a diferencia de otras medidas cautelares, es de naturaleza personal pues recae directamente sobre un bien del procesado y tiene que ver con la punibilidad del procedimiento, pues asegurando la comparecencia del imputado se garantiza que en caso de sentencia condenatoria, se efectivice la ejecución penal.

La detención provisional del imputado tiene una finalidad aseguradora, de que las consecuencias jurídicas previstas en las normas de sanción (pena o medida de seguridad), adquieran plasmación última en la sentencia que declara judicialmente culpable al procesado.

⁸ Roxin Claus, Der. Proc. Penal, Traducción de la 25, edición alemana de Gabriela Córdova, editores de Buenos Aires

Zaffaroni Eugenio Raúl, establece que se estigmatiza y se lo victimiza al sospechoso cuando al procesarlo se le impone la prisión preventiva, es decir se le hace sufrir una pena anticipada, que tiene como finalidad el aseguramiento de la presencia al Juicio⁹.

2.2.1.4.- REQUISITOS PARA DICTAR PRISIÓN PREVENTIVA

El artículo 167 del Código de Procedimiento Penal establece, cuando la Jueza o Juez de Garantía Penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

- 1.- Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública.
- 2.-Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito.
- 3.-Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.
- 4.-Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.
- 5.-Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad y son suficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.

2.2.2. LA CAUCIÓN

2.2.2.1. GENERALIDADES

Una de las formas jurídicas para que el procesado obtenga su libertad aunque sea en forma provisional es cuando ofrece Caución, la misma que consiste en fianza, prenda o hipoteca, rendidas a satisfacción del juez es decir, previstas en la ley. Entre las generalidades de la Caución tenemos, que no se recibirá fianza, en los juicios dentro de los delitos reprimidos con pena de reclusión.

⁹ Zaffaroni Eugenio Raúl, Derecho Penal Buenos Aires 2005 Pág. 14

Zavala Baquerizo manifiesta¹⁰, “que Caución es la medida por la cual se libera al procesado contra quien ha recaído el auto de prisión preventiva sujeto a determina restricciones cuyo cumplimiento se garantiza mediante Caución personal o real.” La libertad bajo Caución constituye un derecho que el Estado otorga al procesado y cuando la Caución reúne todo lo que exige el derecho tiene que ser aceptada por el juez de Garantías Penales, aunque él no lo considere conveniente.

“Se suspenderán los efectos del auto de prisión preventiva, o de la detención en firme cuando el procesado rindiere caución a satisfacción del juez competente, caución que podrá consistir en dinero, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por una institución financiera”.

La caución también tiene carácter de accesoria de la cláusula penal, siendo una consecuencia de su condición de garantía de Caución, ya que estas suponen la existencia de una obligación principal, de estas características se deducen varias consecuencias de importancia¹¹.

2.2.2.2. ETIMOLOGÍA Y DEFINICIONES.

Según el Código Civil en su artículo 31 caución significa cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. También significa según consta en el diccionario de derecho penal y criminología por Raúl Goldstein, prevención, preocupación o cautela. En derecho, seguridad personal de que se cumpliera lo pactado, prometido o mandado. Suele dársele presentando fiadores, obligando bienes o restando promesa jurada.

2.2.2.3. DEFINICIÓN DE LA LIBERTAD CON CAUCIÓN.

Sabemos ya de antemano de donde deriva a naturaleza de la libertad bajo caución pero en realidad conceptualmente como la podemos definir. Primero partimos de la idea que la privación provisional de la libertad es una medida cautelar o garantía. Y como toda garantía debe de existir una contra garantía o por lo menos así lo podemos pensar.

¹⁰ Zavala Baquerizo Jorge - Tratado de Der. Proc. Penal, pág. 215

¹¹ Somarriva U. Manuel, Tratado de las Cauciones, Editorial Jurídica EDIAR-Conosur Ltda. Pág. 18.

Guerrero Vivanco Walter sostiene¹²: “Que la Caución es la Garantía que ofrece el procesado con el ánimo de que el Juez de Garantías Penales, deje sin efecto el Auto de Prisión Preventiva que dicto en su contra.”

Caución Procesal.- La seguridad o cautela que se otorga en resguardo o garantía del cumplimiento de una obligación derivada de un proceso.¹³ Los medios de esta contra garantía se deben de referir a la no ejecución de una medida cautelar o en su caso una ejecución parcial dentro del Derecho Procesal Penal tenemos una serie de medidas de contra garantías tales como el arraigo, la caución y la libertad bajo palabra. Ahora si bien es cierto que el texto constitucional establece las formas y señaladas también cierto es que la falta de regulación de algunas según las leyes procesales pueden dejar estas formas inoperables. Ahora ya definida de manera conceptual que es la caución y como se conforma, así como cuales son las formas de la misma podemos concluir en este punto.

1.- La caución es el término lexicológico encaminado a la promesa de cumplir algo dejando algo en calidad de garantía para poder gozar de un beneficio.

2.- La caución no es igual al a fianza, de hecho la segunda es parte de la primera.

3.- Aun cuando se establece derivado del articulado constitucional la prenda al no estar debidamente regulada por la ley procesal penal no es operante a efecto del procedimiento.

2.2.2.4. FUNDAMENTO DE LA LIBERTAD BAJO CAUCIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO.

La libertad bajo caución se encuentra regulada dentro del artículo 174 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el beneficio derivado del precepto constitucional, y se suspenderá los efectos del auto de prisión preventiva, cuando el procesado rindiere caución a satisfacción de la jueza o juez competente, caución que podrá consistir en dinero.

¹² Guerrero V. Walter, La Acción Penal, Manual de Der. Proc. Penal Tomo II.-

¹³ Goldsten, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, p.151 Tercera Edición Buenos Aires 1993

La persona que ofrece la caución debe solicitar la misma para que en audiencia oral pública, se discuta se califique la misma cuyo monto deberá ser suficiente para garantizar la presencia del procesado al juicio; para el efecto se tomara en cuenta las circunstancias personales del procesado y el delito de que se trate.

En ningún caso el monto establecido podrá ser inferior al de los daños, y perjuicios ocasionados al afectado, donde entre otros rubros se calcularán los daños personales y económicos sufridos, los ingresos que han dejado de percibir fruto del delito causado, el patrocinio legal, el daño causado a su núcleo familiar y el tiempo invertido por parte del afectado.

2.2.3. DEBIDO PROCESO.

2.2.3.1 GENERALIDADES.

Finalmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, desde 1948, reafirmaron por lo menos en el texto de dicho documento, la seguridad de una serie de prerrogativas a favor de la causa de la igualdad y la justicia en el tratamiento de las relaciones humanas; así como, por obra de infinita realidad de Convenciones, Tratados y Declaraciones que a lo largo de los años se han celebrado y firmado en numerosos países del mundo.

Básicamente, en los albores de la humanidad y de la ciencia jurídica, el derecho de defensa quedaba retraído al campo penal sin que tuviera aplicación estrictamente real en el área civil. Lo que se demuestra con la magistral definición de Carrara. Es derecho de defensa borrar para siempre su nombre de la lista de los malhechores o sospechosos, mediante un juicio definitivo, y liberarlo de una vez por toda y de los vejámenes de la policía, y de los males de antecedentes judiciales y porque no decirlo del etiquetamiento y estigmatización penal, moral y social, del individuo que por violar una norma jurídica o por mala suerte, se vio involucrado en un proceso penal.

En conclusión, como antecedentes histórico del debido proceso¹⁴ podemos decir que es originario de Inglaterra; pasó luego a todas sus colonias y vemos, finalmente, a los países que poseen el sistema Jurídico Romano Germánico, y en

¹⁴Hoyos Arturo, El Debido Proceso, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia 2004 – Pág. 18-19

la actualidad constituye una de las garantías constitucionales de los sistemas normativos.

Podríamos indicar, que la concepción originaria del debido proceso ha variado de la simple legalidad, pasando a una exigencia superior de carácter axiológico, es decir de valores que están enraizados en la conciencia popular; permitiendo una justicia de mejor calidad. En la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos aprobado el 26 de agosto de 1789, como producto de la Revolución Francesa, se aplican principios que garantizan la libertad de los individuos y la aplicación de los procedimientos establecidos para que las personas sean sancionadas observando la ley, pues nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalidad aplicada.

No existe jurisdicción sin acción y sin proceso, ni acción sin jurisdicción y sin proceso, ni proceso sin acción y sin jurisdicción. Queda, entonces, que el Estado reacciona por diversos medios, ante la inobservancia o incumplimiento, o ante el ataque de los particulares, a su normal actividad jurídica, bajo una gigantesca estructura, creada a través de los siglos, que es la garantía jurisdiccional o tutela jurídica.

2.2.3.2.- EL DEBIDO PROCESO PENAL

Tenemos conocimiento que el Debido Proceso es el respeto a las garantías y derechos fundamentales lo cual significa referirnos inequívocamente a los derechos humanos, consignados en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento jurídico del país, en los Pactos, Tratados, y Convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento.

El debido proceso penal por su especialidad, está dentro del respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de un proceso penal. La legalidad del Debido Proceso penal es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de derecho en el que deben hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituye y dan contenido a la garantía del debido proceso: esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado.

Cuando nos referimos al Debido Proceso Penal, es hablar igualmente del respeto a los derechos humanos en la Administración de Justicia Penal, que son aquellos derechos fundamentales que le son reconocidos a cualquier persona que por una u otra razón justa o injusta entra en contacto con los sistemas de justicia penal, en un amplio sentido, teniendo en cuenta no solo la fase judicial-penal, sino que

cubre la actividad de los órganos represivos del Estado, conforme está expresado.

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

Pero para hacer efectivo ese respeto a los derechos fundamentales existen una serie de instrumentos internacionales, que en los últimos años se ha venido aplicando eficazmente en nuestro país como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

2.2.3.3. CONTENIDO DEL DEBIDO PROCESO PENAL.

Sostiene Del Valle Randich¹⁵, *que el derecho procesal penal, es una rama del derecho público, y como tal es una ciencia, que se encarga de regular, las normas del procedimiento, predeterminado, a fin de conseguir la declaración de certeza.* En un Estado de derechos, el perseguimiento y la sanción de los delitos es responsabilidad exclusiva del Estado, que es el titular del ejercicio de la acción penal, sin menoscabar su titularidad por la posibilidad de que la acción penal en ciertos tipos de delitos pueda ser ejercida por el particular ofendido, como ocurre en los delitos de acción penal privada.

Para la legalidad del debido proceso, es importante el juicio previo, lógicamente no se podrá condenar a nadie, sino se ha tramitado un juicio previo respetando el procedimiento previamente establecido, esto es lo previsto en las normas de procedimiento vigentes al tiempo de la infracción o del proceso, según una u otra resulten más favorables al procesado. Dentro de las garantías básicas del debido proceso, no se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Después del derecho a la vida, el derecho más importante que tiene el hombre es el de la libertad, sin dudarlo. Nuestro país tiene como característica en cuanto a la administración de justicia, y fundamentalmente en el ámbito penal, en donde está en juego la libertad, de ser moroso, en cumplir con una justicia eficaz pronta.

El 22 de Noviembre de 1969 se suscribió en San José de Costa Rica el Acta de la Convención americana sobre derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica, nos suscribimos y se ratificó el 28 de Diciembre de 1977, y el 24 de Julio de 1984 se aceptó sin reservas la competencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

La firma de un Pacto, Tratado o Convenio, que emana de la voluntad libre y soberana de un Estado, significa para este, que el país acepta o adopta un

¹⁵ Peña Cabrera Alonso, ob. Cit., p. 17

documento que se convierte en la ley para los Estados Partes, por lo que así como se respeta lo establecido en nuestra Constitución, tiene también que respetarse, los documentos que forman parte de las normativas interna del país. En el nuevo ordenamiento del Código de Procedimiento Penal existe un cambio trascendental en la aplicación de la oralidad, y la independencia entre el investigados y el juez, que resolvía, porque ahora la iniciativa de la investigación está en manos de la Fiscalía, con un sistema oral acusatorio.

Así también en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia, el Indubio Pro-Reo, es decir lo más favorable al reo, siendo este un principio de legislación nacional; por lo que, cuando exista duda, obscuridad o dificultad para aplicar una ley, tiene siempre que aplicarse en el sentido más favorable al reo, irrefutablemente, por lo que no podrá el juez de garantías penales, la falta de ley.

Para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Por lo que lo que los procesados en éste país, tienen derecho a la seguridad jurídica, a un debido proceso, y a la aplicación de quienes tengan la facultad de hacerlo a una justicia sin dilaciones. Siendo la seguridad jurídica, un derecho de un ciudadano a que no sean atropelladas sus garantías frente a la intervención de la maquinaria judicial.

Los Principios Fundamentales del Derecho Procesal, como son el interés público, la imparcialidad del Organismo Jurisdiccional, la igualdad de las partes, el derecho de defensa, la publicidad, la cosa juzgada, se cumplen de manera general sin embargo en lo concerniente a los principios del procedimiento hay grandes fallas, ya que se los aplica pero de una manera muy limitada.

Para el aseguramiento de la aplicación del debido proceso, tienen que observarse las garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los Instrumentos Internacionales, las Leyes y la Jurisprudencia. Lamentablemente en el Ecuador existe un incremento de la inseguridad ciudadana como consecuencia de la extralimitación del Estado en el uso de la facultad punitiva.

En el nuevo Código de Procedimiento Penal hemos extrapolado la ley Miranda y otras enmiendas Estados Unidos de Norte América, como la cuarta que garantiza el derecho de defensa y sanciona como carente de valor cualquier prueba indebidamente practicada, de manera que no pueda ser admitida, como evidencia incriminatoria en el proceso.

La cuarta enmienda preceptúa *“La gente tiene derecho a la seguridad en cuanto a su persona, bienes, papeles, y pertenencias, contra allanamientos y secuestros efectuados e incluso, sin ninguna orden. En el supuesto que se llevara a cabo deberá contener una descripción particular del sitio que se ha de allanar y las personas o cosas que se secuestren”*.

Ventajosamente se ha empezado a dar los primeros pasos, para un giro copernicano, y para un cambio del paradigma, han surgido voces no autorizadas, que han criticado lo que significaría un anhelo despertar esa inacabada lucha, por hacer efectivo el respeto al debido proceso, a las garantías constitucionales y procesales.

Ya que la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado que reconozcan Derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público¹⁶.

Nos ocupamos más del debido proceso como una de las instituciones procesales que, gradualmente, han adquirido el “rango de derecho cívico o fundamentales”, para usar la expresión de EDUARDO J. COUTURE, ya que, como decía, PIERO CALAMANDREI, *“el derecho inviolable de defensa ha entrado al campo del derecho constitucional “entre los derechos fundamentales reconocidos a todos”*¹⁷

2.2.4. EL DEBIDO PROCESO, SU APLICACIÓN Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos desde 1948, reafirmaron por lo menos en el texto de dicho documento, la seguridad de una serie de prerrogativas a favor de la causa de la igualdad y la justicia en el trato de las relaciones humanas; así como, por obra de infinita realidad de Convenciones, Tratados y Declaraciones, que a lo largo de los años se han celebrado y firmado en numerosos países del mundo. Básicamente, en los albores de la humanidad y de la ciencia jurídica, el derecho de defensa quedaba retraído al campo penal sin que tuviera aplicación estrictamente real en el área civil. Lo que se demuestra con la magistral definición de Francisco Carrara.

Es derecho de defensa acelerar en varios meses la liberación del inocente que este en la cárcel; es derecho de defensa procurarle una reparación solemne que perpetuamente lo purgue de injustas sospechas, y evitarle el peligro de una proceso pendiente, que pueda ser instrumento de terribles molestias en manos de sus enemigos, y durante mucho tiempo motivo de perturbación de su señor.

Es derecho de defensa borrar para siempre su nombre de la lista de los malhechores o sospechosos, mediante un juicio definitivo y liberarlo de una vez por toda y de los vejámenes de la policía, y de los males de antecedentes judiciales y porque no decirlo del etiquetamiento y estigmatización penal, moral y social, del individuo que por violar una norma jurídica o por mala suerte, se vio involucrado en un Proceso Penal.

En conclusión, como antecedentes histórico del debido proceso podemos decir que es originario de Inglaterra; pasó luego a todas sus colonias y vemos, finalmente, a los países que poseen el sistema Jurídico Romano germánico y en la actualidad constituye una de las garantías constitucionales de los sistemas normativos.

Podríamos indicar, que la concepción originaria del debido proceso ha variado de la simple legalidad, pasando a una exigencia superior de carácter axiológico. Es decir de valores que están enraizados en la conciencia popular; permitiendo una justicia de mejor calidad.

¹⁶ Falconi Puig Juan, Estudios Procesales, Quito 2012, pág. 6

¹⁷ Hoyos Arturo, ob. cit. p. 5

Como habíamos indicado, el primer hito del debido proceso lo encontramos en la Carta Magna de Juan sin Tierra del 15 de Julio de 1215, cuya parte pertinentemente sostiene: *"Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él, ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino"*.

Es en el año de 1335, en el Capítulo 3 de 28 RW, donde se emplea por primera vez la expresión "Debido Proceso de Ley", cuando se dice: *"Nadie, sea cual fuere su estado o condición será retirado de su tierra o residencia, ni llevado, ni desheredado, ni muerto, antes que se lo obligue a responder de acuerdo con el debido proceso de ley"*.

Luego que Inglaterra puso en vigencia el debido proceso, también lo implantaron en Suecia en el año 1350 en el Código de Magnus Erickson, el cual indicaba, que el rey debe ser leal y justo con sus ciudadanos y que no se prive a nadie de su vida o de su integridad corporal o de sus bienes si no es conforme a derecho y por un proceso legal.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos aprobado el 26 de agosto de 1789, como producto de la Revolución Francesa, se aplican principios que garantizan la libertad de los individuos y la aplicación de los procedimientos establecidos para que las personas sean sancionadas observando la ley, pues nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalidad aplicada.

En los Estados Unidos de América el debido proceso es un Derecho Constitucional, su fundamentación, caracterización y desarrollo ha sido de la Suprema Corte, con su desarrollo jurisprudencial y doctrinario, lo que ha constituido una de las más prestigiosas bases del sistema jurídico norteamericano. Su origen constitucional está en la enmienda Consagrada por primera vez, como garantía Constitucional al debido proceso y a la aplicación de la justicia.

Por lo cual deduce de esta forma:

No existe jurisdicción sin acción y sin proceso, ni acción sin jurisdicción y sin proceso, ni proceso sin acción y sin jurisdicción.

Cuando los individuos ajustan espontáneamente su conducta a los dictados de la ley, el derecho funciona sin necesidad de coacción; pero, cuando se incumplen o inobservante las obligaciones, los deberes, las leyes, los reglamentos, etc. Se hace necesario del imperio del Estado, para ordenar la conducta irregular, *"porque el derecho debe velar a toda costa, aún contra la voluntad del obligado"*.

El Estado reacciona por diversos medios, ante la inobservancia o incumplimiento, o ante el ataque de los particulares, a su normal actividad jurídica, bajo una gigantesca estructura, creada a través de los siglos, que es la garantía jurisdiccional o tutela jurídica.

Nuestro Código de Procedimiento Civil sobre la JURISDICCIÓN en su artículo. 1 preceptúa: *" La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia*

determinada, potestad que corresponde a los magistrados establecidos por las leyes".

En su definición podemos decir que ha sido materia de discusión jurídica creando serios problemas a los procesalistas. En derecho procesal, la palabra jurisdicción implica la facultad conferida a ciertos órganos del Estado Función Jurisdiccional para administrar justicia. Pero, no obstante aquello, la Función Ejecutiva y la Función Legislativa, también ejercen jurisdicción, la primera a través de sus distintos órganos y la segunda, por la Asamblea cuando se llama a Juicio Político.

El debido proceso se ha considerado como diseñado para proteger aquellos principio fundamentales de libertad y justicia que yacen en la base de todas las instituciones civiles y políticas¹⁸.

De allí que algunos autores hablan de la jurisdicción judicial que la ejercen los órganos de la Función Judicial, la administrativa y la política, que la ejercen las funciones ejecutiva y legislativa, en su orden, podríamos decir, que el ejercicio de la jurisdicción surge como manifestación del interés público y general dirigido a la satisfacción de los intereses individuales y colectivos tutelados por el derecho.

2.2.4.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Pudiendo decir entonces que el carácter político del Principio de Legalidad, nace en la Edad Media, con la necesidad de buscar la limitación del poder, estando siempre unida al Principio de que ninguna persona podía ser castigada sin juicio previo, aunque al mismo tiempo la intervención directa de los reyes en los asuntos judiciales siempre se consideró como una de las manifestaciones más claras del poder absoluto. Esta garantía funcionaba de un modo u otro según el poder o prestigio que tuviera quien pretendía valerse de ellos.

Otras nociones del Principio de Legalidad, según numerosos autores se manifiestan con el Estado de Derecho, en la Carta Magna dada por el rey Juan II de Inglaterra en el año 1215 y en España en el decreto de Alfonso IX en la Corte de León de 1188.

En 1950 la Convención Internacional de Protección Derechos Humanos y libertades fundamentales plasma el Principio de Legalidad como un Derecho fundamental que asiste y protege a toda persona a la cual se le impute la comisión de un delito, ya que el Estado solo puede exigirle responsabilidad a los particulares por sus hechos, cuando estos hayan sido declarados punibles por una ley. Actualmente este Principio se encuentra reflejado en casi todas las Constituciones Políticas de los Estados así como sus Códigos Penales y Procesales.

Entonces podemos plantear que el origen de este Principio, es consecuencia de la necesidad y exigencia de los pueblos, que se le garantice un juicio y penas justas previamente establecidas en la ley, que limiten el poder penal del Estado frente sus ciudadanos.

El Principio de Legalidad, en una concepción amplia, es proceder como la Ley lo establece y en virtud del cual el Estado puede aplicar el Ius Puniendi a través de

¹⁸ Hoyos Arturo. ob. cit. pag.22

una sentencia firme dictada por un tribunal competente a cargo de jueces imparciales e independientes. Es un proceso legal en el que se absorben las garantías y formas esenciales y los procedimientos previos a una ley anterior.

El objetivo fundamental de este Principio es que ninguna conducta sea castigada o sancionada si no cumple con los presupuestos requeridos por la Punibilidad.

La Tipicidad, es decir, que la conducta realizada esté prevista en una norma jurídica como delito. Lo antijurídico, o sea, que el comportamiento del sujeto esté en contra de las leyes del ordenamiento al cual está adherido y la culpabilidad, que el sujeto por la comisión de este acto antijurídico y típico sea merecedor de una pena. En 1950 la Convención Internacional de Protección Derechos Humanos y Libertades fundamentales plasma el Principio de Legalidad como un Derecho fundamental que asiste y protege a toda persona a la cual se le impute la comisión de un delito, ya que el Estado solo puede exigirle responsabilidad a los particulares por sus hechos, cuando estos hayan sido declarados punibles por una ley.

Actualmente este Principio se encuentra reflejado en casi todas las Constituciones Políticas de los Estados así como sus Códigos Penales y Procesales. Entonces podemos plantear que el origen de este principio, es consecuencia de la necesidad y exigencia de los pueblos, que se le garantice un juicio y penas justas previamente establecidas en la ley, que limiten el poder penal del Estado frente sus ciudadanos.

El Principio de Legalidad, en una concepción amplia, es proceder como la Ley lo establece y en virtud del cual el Estado puede aplicar el ius puniendi a través de una sentencia firme dictada por un tribunal competente a cargo de jueces imparciales e independientes. Es un proceso legal en el que se absorben las garantías y formas esenciales y los procedimientos previos a una Ley anterior. Según Claus Roxin en 1989:¹⁹

Este principio significa limitar al poder judicial en lo penal, es decir, establece que no debe haber pena sin una ley que previamente establezca la punibilidad del hecho. Y responde a la idea de retribución, entonces completamente dominante según la cual el Estado para la realización de la Justicia absoluta tiene que castigar sin excepción toda violación a la Ley.

El concepto de este principio se conoce por primera vez con Cesare Beccaria, quien formulaba que sólo las leyes podían decretar las penas correspondientes a los delitos, siendo su máximo exponente Anselm Feuerbach con su frase latina “nulum crimen, nullum poena sine lege” que constituyen dos exigencias: “nulum crimen sine lege” y “nulum poena sine lege”; es decir, no hay delito sin ley anterior al proceso, y no hay pena si no está establecida previamente en la ley.

Este Principio se encuentra consagrado en nuestra Constitución y dispone que nadie puede ser procesado ni condenado por delitos o actos que no estén tipificados en la ley, ni sometido a procedimientos que no estén previamente establecidos.

¹⁹ Claus Roxin, Derecho Procesal Pena, Tomo 1 Editores del Puerto , Buenos Aires 2008, pág. 117.

El Art. 2 Código Penal establece que: *“nadie podrá ser condenado a una pena o sometido a una medida de seguridad, sino mediante una sentencia firme, dictada por un tribunal competente en un proceso, conforme a los derechos y garantías consagrados en la Constitución, y las disposiciones de este Código y a los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales, suscritos y ratificados por la República del Ecuador”*.

De estas disposiciones jurídicas podemos considerar que del Principio de Legalidad se desprenden las siguientes garantías: No son delitos o faltas más que los hechos definidos como tales en el Código. Sobre esta garantía afirma Luzón Peña “El Principio de Legalidad sirve para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal”.

En esto se establece que sólo podrán considerarse como delitos las acciones u omisiones calificadas y penadas por la Ley, determina que cuando un Juez o cualquier otra autoridad judicial competente se encuentre frente a un hecho que no esté contenido en la ley pero según su criterio sea merecedor de una pena, no podrá ejercer ninguna acción. Bacigalupo sostiene,²⁰ Que el Derecho Procesal Penal es el sismógrafo de la Constitución de un Estado, ya que en ningún otro ámbito los intereses colectivos y los del individuo entran en una colisión de una manera tan contundente”.

Garantía Penal: “Nadie puede ser condenado o sancionado con penas diversas a las establecidas en la Ley”. Con ésta se evita imponer consecuencias jurídicas indeterminadas ya que el Juez o Tribunal no pueden excederse de los límites que señala la Ley para la pena en un determinado delito; pudiéndose establecer la condena entre el mínimo y el máximo de la pena según las circunstancias que rodeen la comisión del delito.

Garantía Jurisdiccional: Por medio de esta garantía, no podrá imponerse ninguna sanción o pena, sin que se haya realizado un proceso en los términos establecidos por la Ley y ante la autoridad respectiva, que deberá ser siempre la competente. “Todo procesado tiene derecho a ser sometido a juicio sin dilaciones y por autoridad competente que deberá ser la que la Ley señala exigiéndose así que el delito y la sanción penal que se pretende imponer sean determinadas por una sentencia judicial debidamente motivada.

La persona a la cual se le imputa la comisión de un delito sólo podrá ser condenada si es llevada a juicio donde goce de todas las garantías constitucionales y procesales y se pruebe su culpabilidad conforme a Derecho. El Código Penal prohíbe la analogía, es decir la aplicación de una Ley a un hecho similar al que ella contempla, pero que en la realidad jurídica no son iguales, son dos hechos distintos, así, el artículo 4 del Código Penal segundo párrafo señala: “El Juez debe atenerse estrictamente a la letra de la Ley”.

Este Principio se encuentra consagrado en nuestra Constitución. Así podemos hablar que nuestra Constitución dispone que nadie puede ser procesado ni condenado por delitos o actos que no estén tipificados en la ley, ni sometido a

²⁰ Dr. Bacigalupo Enrique, Justicia Penal y Derechos Fundamentales, Madrid-Barcelona 2002. Ct. II Cit, Pág.

procedimientos que no estén previamente establecidos, los que deben ser aplicados por órganos que gocen de competencia e independencia en la administración de justicia. No son delitos o faltas más que los hechos definidos como tales en el Código sobre esta garantía afirma Luzón Peña.

“El Principio de Legalidad sirve para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal”, en este se establece que sólo podrán considerarse como delitos las acciones u omisiones calificadas y penadas por la ley, determina que cuando un Juez o cualquier otra autoridad judicial competente se encuentre frente a un hecho que no esté contenido en la ley pero según su criterio sea merecedor de una pena, no podrá ejercer ninguna acción.

Según Binder: Existe una relación paralela entre la previa legalidad de la tipificación de los delitos y la previa estructuración legal del proceso; es decir, si no se puede condenar a una persona por un delito que no esté previamente tipificado en la Ley, tampoco se le puede imponer un proceso que no existe en el ordenamiento jurídico vigente.

Éste Principio tiene un aparente sustrato moral muy fuerte que lo fundamenta y hace necesario, el análisis del problema debe continuar indagando las razones históricas y políticas en la configuración del mismo en especial el vínculo entre modelo procesal inquisitorial y derecho penal infraccional, caracterizado por el desplazamiento del conflicto primario entre víctima y victimario, al conflicto secundario, entre victimario y autoridad.

Prohibición de la analogía: El Código Penal prohíbe la analogía, es decir la aplicación de una Ley a un hecho similar al que ella contempla, pero que en la realidad jurídica no son iguales, son dos hechos distintos.

Así, el Artículo 4 Código Penal segundo párrafo señala “El Juez debe atenerse estrictamente a la letra de la Ley”, es decir se prohíbe la interpretación extensiva de la misma, por ser ese su espíritu.

El Principio de Legalidad como manifiesta Caferata Nores, implica la automática e inevitable reacción del Estado, a través de los Órganos predispuestos que frente a la hipótesis de la Comisión de un Delito se presenta ante la Jurisdicción reclamando la investigación, el Juzgamiento y el castigo; aquel opera plenamente en los llamados delitos promovidos por acción pública, en los cuales la investigación y consiguiente promoción de la acción penal deviene en obligatoria para el representante de la Fiscalía²¹.

Así también Vélez Mariconde, una vez promovida la persecución penal, ella no se puede suspender, interrumpir, hacer cesar sino por el modo y la forma previsto en la Ley Procesal, es decir irrevocabilidad. En los delitos de acción pública iniciada la acción penal, ni el juez ni el fiscal pueden retractarse y dejar de continuar el proceso penal; iniciado, debe seguir en forma total hasta terminar por uno de los medios previsto por la ley. Bajo pretexto alguno el fiscal se puede retractar o el juez oponerse a su tramitación.

²¹ Peña Cabrera Freyre Alonso, op. cit., p. 43

No pueden, porque la acción penal es pública e irrenunciable y constituye una obligación ineludible que la sociedad ha impuesto a los encargados de la administración de la justicia penal con la finalidad de que no queden impunes los delitos²².

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos “*establece como requisitos de la detención lo siguiente: Que debe llevarse a efecto con arreglo al procedimiento establecido por la Ley, y segundo, debe haber indicios racionales de que la persona ha cometido una infracción, y tercero, se detiene o se mantiene la detención preventiva al sospechoso para ponerle a disposición de la autoridad judicial competente.*”

2.2.4.2. LA ORALIDAD.

La idea de que el juicio Oral constituye un derecho central del debido proceso, surge del análisis de los Tratados Internacionales sobre los derechos humanos, en materia de garantías procesales. Éste principio indica que solo el material procesal presentado tendrá que ser discutido oralmente, para que constituya la base de la sentencia²³.

De esta manera el primer aspecto regulado por las normas internacionales en materia de garantías del debido proceso, se refiere a la idea del derecho a ser oído por un tribunal. Por lo que esta está expresamente mencionada en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre derechos Humanos, y el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante el Pacto- Tratados que fueron suscritos, y ratificados por el Ecuador.

Adjunto a la anterior, esta misma garantía fue contemplada en el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, donde se señala expresamente que el propósito del derecho a ser oído, debe de ser visto como la noción genérica de salvaguardia del resto de garantías específicas enumeradas en el mencionado artículo, por lo que la idea central respecto a la regulación de los derechos humanos en el ámbito procesal está constituida por la idea de juicio.

El juicio está considerado por los estándares internacionales de derechos humanos, como un marco de protección general para todas las garantías del procedimiento. Sin juicio es difícil concebir la existencia de un proceso penal capaz de respetar los derechos individuales.

Tenemos como ejemplo un sistema de justicia criminal, puede ser muy protector de los derechos de la defensa durante la etapa de investigación preliminar en un proceso, pero si ese defensor no tiene luego la posibilidad, de discutir sus argumentos, presentar sus pruebas y contradecir la evidencia presentada por el fiscal en el juicio todas las salvaguardas, de las etapas preliminares del proceso carecen de sentido.

Tenemos con lo anterior los impactos del juicio respecto a la protección de garantías individuales, no está n vinculados con el mejoramiento de los mismos y

²² Cueva Carrión Luis, El Debido Proceso, Ediciones Cueva Carrión 2013, cit. pág. 213

²³ Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Tomo II, pág. 92-93.

su relación con el juicio, como por ejemplo la publicidad, sino también se proyectan a otras garantías que se hacen operativas en etapas preliminares de las mismas, como mencionábamos a propósito de la idea de la central del juicio.

La verdad es que el juicio oral determina intensamente lo que ocurre en todo momento de la persecución penal, el trabajo de la policía, el fiscal, durante la investigación, la posibilidad de derivar a procedimientos abreviados, todo está determinado por la sombra del juicio oral que se cierne sobre el resto de las etapas, aún en aquella inmensa mayoría de casos que jamás llegaran al mismo por ejemplo ¿ por qué la policía decide inhibirse de interrogar al procesado a través de apremios ilegítimos o de realizar allanamientos ilegales si a través de ellos puede obtener resultados?

Sin embargo en un sistema acusatorio el verdadero control está en el juicio oral; la policía comienza a percatarse de que puede ser llamada al estrado durante el juicio, para dar cuenta de la investigación, que realizó que debería de reconocer en público las infracciones a la ley que cometió en el curso de ella.

Caso contrario podría observar impotente como la defensa iría surgiendo dichas infracciones ante un tribunal que alcanzaría a convencerse de ellas, actuando en pequeñas cantidad de casos a que está reservado no condice, en absoluto con la importancia que el juicio tiene para modelar la conducta de los actores, en todo momento de la persecución, y para configurar el resultado de todo el resto de las causas del sistema.

Sin embargo los casos que van a Juicio Oral, en los sistemas de enjuiciamiento criminal contemporáneo normalmente constituyen un porcentaje menor del total de ingresos de dichos sistemas. Todos los modernos acusatorios comparados insisten en instalar al Juicio Oral, como la etapa central del Procedimiento Penal negándole el valor probatorio a los antecedentes recogidos por el Fiscal, durante la investigación y resguardando la audiencia principal como un conjunto de garantías procesales, en un modelo acusatorio, el Proceso Penal, es el Juicio Oral.

El juicio oral es una garantía central del debido proceso porque surge del análisis de los Tratados Internacionales, sobre los Derechos Humanos en materia de Garantía Procesales. De este modo el primer aspecto regulado por las Normas Internacionales en materia de garantías básicas del debido proceso, tiene que ver con la idea de ser oído por un Tribunal, lo que tiene que ser visto como la noción genérica de salvaguarda del resto de garantías específicas.

En consecuencia la idea central con respecto a la regulación de los derechos humanos en el Ámbito Procesal, está constituido por la idea de Juicio, y es considerado como un marco de protección general para todas las garantías del procedimiento.

Sin juicio es difícil concebir la existencia de un proceso penal capaz de respetar los derechos individuales, como por ejemplo: un sistema de justicia criminal puede ser muy protector de los derechos de la defensa durante la etapa de investigación preliminar en un proceso, pero si ese defensor no tiene luego la posibilidad de discutir sus argumentos, presentar sus pruebas y contradecir la evidencia presentada por el fiscal en el juicio, todas las salvaguardas de las etapas preliminares del proceso, carecen de sentido.

Por lo que los impactos del juicio con respecto a la protección de garantías individuales, no están vinculados con el mejoramiento de los mismos y su relación con el juicio como por ejemplo la publicidad, sino también se proyectan a otras garantías, que hacen operativas en etapas preliminares de la misma.

La oralidad es la encarnación de la sabiduría y el conocimiento, y es un medio de comunicación indispensable, que imprime u efecto dialógico permanente entre los sujetos protagonistas del juzgamiento; mediante la oralidad los actores involucrados tienen la posibilidad de que las preguntas sean bien comprendidas en su caso esclarecidas e inclusive ser reformuladas en razón de su carácter ambiguo, impreciso e impertinente.

Mixan Mass, anota que el principio de oralidad, quienes intervienen en la audiencia deben expresar a “viva voz” sus pensamientos (preguntas, respuestas, argumentos, alegatos, pedidos, etc.) esto implica el deber de proferir oralmente los pensamientos en la apertura, desarrollo y finalización de la audiencia (del “juicio oral”)²⁴. La oralidad le imprime al juzgamiento un máximo de garantías, a través de este conducto los sujetos procesales en el juicio oral, tendrán la posibilidad plenamente su derecho de defensa y contradicción ante el Tribunal, bien interponiendo una tacha, cuestionando un medio probatorio, proponiendo una técnica de defensa, en el examen del acusado, del testigo, del perito, etc.

La oralidad les permite a los sujetos procesales un estudio de plena intermediación con los miembros de la sala. *Roxin, escribe que el principio de oralidad tiene la ventaja de la expresividad, frescura y rapidez, pero tiene como consecuencia los peligros de la falta de atención y del olvido, aquellos déficit pueden subsanarse válidamente con la protocolización de las actuaciones orales, asentándose en el acta respectiva*²⁵.

2.2.4.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Ante un mal como es el delito, se responde con otro mal, la pena, y entre estas dos razones rige una relación que por un cercano y profundo sentido de justicia exige la presencia de una cierta igualdad o equivalencia. De este modo, el componente retributivo vendría a configurarse como "el alma de la pena". En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena proporcionalidad abstracta como la aplicación judicial proporcionalidad concreta.

Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi.

²⁴ Peña Cabrera Freire, Alfonso (Manual de Derecho Procesal Penal, p. 495)

²⁵ Peña Cabrera Freire, Alfonso, op. cit., p.495

Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal. Sin embargo, al ser la proporcionalidad un "cálculo de ponderación" en el proceso de aplicación de la pena, al establecer tal ámbito de restricción a la actividad judicial, colisiona con lo dispuesto del artículo 76 literales c, e, g, f, k de la Constitución, que exige al legislador "establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa".

De este modo, señala que el principio de proporcionalidad opera como un límite a todas las restricciones de los derechos esenciales o fundamentales, derivando su aplicación del principio del Estado de Derecho, por lo cual tiene rango constitucional. Tal derivación del Estado de Derecho, es en virtud del contenido esencial de los derechos que no pueden ser limitados más allá de lo imprescindible para la protección de los intereses públicos.

Por último, la proporcionalidad en sentido estricto también denominado mandato de ponderación, consiste en someter a juicio la pluralidad de intereses contrapuestos y en el cual se trata de hacer prevalecer a aquel al cual se le atribuya un mayor valor. De este modo, una vez que el medio ha sido afirmado como idóneo y necesario para alcanzar el fin pretendido se examina si su aplicación no resulta excesiva para el individuo.

En suma, el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido o integrado en el ordenamiento constitucional en aquella regla que declara la prohibición general de la arbitrariedad, así como aquella que consagra la garantía genérica de los derechos establecida en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho art. 76 numeral 6 de y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos, además del valor justicia inherente al derecho.

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de que manera. El principio de proporcionalidad se vuelve relevante, si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. Lo que interesa es de que manera y con qué requisitos se puede limitar los derechos.

El discurso sobre el derecho de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles, entre ellos en la medida en que sea posible. Por lo que el principio de proporcionalidad constituye hoy en día, el más conocido, y recurrente, límites de los límites a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.

Para entender la finalidad del principio de proporcionalidad, hay que partir de los presupuestos desde los cuales se formula su común entendimiento. Estos presupuestos tienen que ver a dos categorías jurídicas: los derechos fundamentales y la Constitución.

Los derechos fundamentales son entendidos como principios, y los principios son entendidos como mandatos de optimización. En palabras de ALEXI "Los

principios son mandatos de optimización y que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”²⁶

La garantía constitucional de la Libertad se traduce en el requerimiento imposterizable de que la causa de privación de libertad haya sido prevista por la ley, y en que se respete el contenido esencial del derecho y sea, por tanto razonable y proporcional a la finalidad. La consecuencia de esta garantía es un equilibrio muy satisfactorio para el ciudadano, por un lado queda asegurado frente a las restricciones de las libertades arbitrarias desproporcionadas o infundadas; por otro lado también se evita que la problemática planteada por una gran diversidad de supuestos se reconduzca al único recurso de la detención, singularmente cuando la utilización de las posibilidades garantistas que este ofrece son inútiles, sobradas o inadecuadas.

2.2.4.4. PRINCIPIO DISPOSITIVO.

Las partes son el sujeto activo del proceso ya que sobre ellos recae el derecho de iniciarlo y determinar su objeto, mientras que el juez es simplemente pasivo pues solo dirige el debate y decide la controversia.

La aplicación del principio dispositivo produce dos efectos básicos en el proceso, el primero solo la parte afectada por un conflicto puede impulsar, a través del ejercicio de su acción, su apertura para que se le decida, y el segundo se traduce, en el que el juez no pueda decidir mas allá de que los sujetos activos y pasivos o la ley sometan a su consideración.

En materia constitucional su aplicación es universalmente aceptada, pero con importantes excepciones y reservas. Para examinarlos debemos precisar, que en el contencioso constitucional existen tres grandes canales para abrir un proceso, dos de ellos por impulso de sujetos legitimados y el tercero por orden de la Constitución o la ley.

Al principio dispositivo se lo define como el acto procesal en virtud del cual un sujeto legitimado se dirige a un tribunal para que abra un proceso, donde puede plantear la satisfacción de sus pretensiones.

El derecho procesal constitucional hace suya y reconoce plenamente esta forma de abrir el proceso, y la contempla especialmente cuando se trata de la protección de las garantías constitucionales, y tanto es así que las constituciones y su legislación complementaria, para el amparo de la libertad, otorgan acción pública. En la decisión de conflictos entre poderes públicos, también los sistemas funcionales contemplan, la posibilidad de que los órganos públicos afectados puedan traspasar los conflictos, a un proceso de competencia de un tribunal constitucional por medio de la acción, pero limitan a sus actores.

²⁶ Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducción Ernesto Garzón Valdéz. CEC. Madrid, 1993, p.

Los sujetos legitimados son los sujetos de la acción o sea, quienes están constitucional o legalmente facultados para hacer uso de ella PLANCK, refiriéndose al principio dispositivo. El tribunal por su parte espera pasivamente la presentación de dicho material, interviniendo únicamente en los términos necesarios para asegurar, que las actividades procesales de los litigantes, se desenvuelvan en base a métodos ordenados, sin exceder los límites establecidos por ley.

El procedimiento adquiere así la forma de una controversia de las partes permitida y supervisada por el Tribunal. La iniciativa para que se decreten las pruebas y practiquen para demostrar los hechos materia del tema recae sobre las partes de acuerdo con el principio de la carga de las pruebas, es decir, el demandante le corresponde probar los hechos en que sustenta sus peticiones, mientras que al demandado le interesa demostrar los que significan la defensa, así también la carga de la prueba le corresponde a la fiscalía en cambio el juez carece de facultad para decretar pruebas de oficio tendientes a aclarar hechos del debate limitándose a lo que aparezca de las solicitudes por las partes.

Resumiendo; debemos hacer notar, desde un punto de vista general, que no se puede apreciar concretamente una prueba, sino es apreciando el valor de la credibilidad subjetiva y formal y de la eficacia objetiva; sólo en virtud de esta doble apreciación (que se hace triple en las pruebas personales que tiene el sujeto distinto de la forma) se puede llegar a determinar en concreto el valor de una prueba dada²⁷.

El tratadista Héctor Enrique Quiroga, en su obra Derechos y Garantías Constitucionales en el Proceso señala *“Pero en la concepción nacional socialista del Estado, el juez no se puede considerar como un órgano imparcial situado por encima de las partes; debe ser, por el contrario, el ordenador y componedor de sus diferencias para establecer la paz y el orden”*.

Añade, que el principio dispositivo solo existe en la relación privada entre particulares; pero cuando una cuestión entra en el ámbito judicial, el principio dispositivo en el proceso es no solamente peligroso para la parte más débil o menos expuesta, sino que pone en peligro la dignidad de los tribunales y del Estado; lo cual debe ser debidamente aclarado, en las políticas públicas de justicia que debe dictar el nuevo Consejo de la Judicatura de conformidad con lo que dispone el Art. 3 del Código Orgánico de la Función Judicial, que manifiesta

Con el fin de garantizar el acceso a la justicia, el debido proceso, la independencia judicial y los demás principios establecidos en la Constitución y este Código, dentro de los grandes lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo, los órganos de la Función Judicial, en el ámbito de sus competencias, deberán formular políticas administrativas que transformen la Función Judicial para brindar un servicio de calidad de acuerdo a las necesidades de las usuarias y usuarios.

Políticas económicas que permitan la gestión del presupuesto con el fin de optimizar los recursos de que se dispone y la planificación y programación

²⁷ Framarino Nicolás, Lógica de las Pruebas, Valetta Ediciones – 2008, pág. 118

oportuna de las inversiones en infraestructura física y operacional; políticas de recursos humanos que consoliden la carrera judicial, fiscal y de defensoría pública, fortalezcan la Escuela de la Función Judicial, y erradiquen la corrupción.

De todo lo anotado se desprende que la función del juez actualmente es conseguir la paz social, esto es resolver el conflicto entre las partes procesales, aplicando el derecho, pacificando esos ánimos en diferencia; en definitiva la sentencia que es la máxima expresión de la voluntad del Estado a través de los jueces que dependen de la Función Judicial y el convencimiento sobre la justicia del caso, debe buscar conforme señala el Art. 21 del Código Orgánico de la Función Judicial, la paz social y la ética social pública.

Finalmente se presenta el dilema ¿Si en el proceso penal, que busca el esclarecimiento de la verdad, los jueces y tribunales de garantías penales tienen o no la atribución señalada, pues dentro del sistema acusatorio la investigación de los delitos de acción penal pública está a cargo de la Fiscalía General del Estado y, el juzgamiento a cargo del juez o tribunal de garantías penales; de tal manera que actualmente no existe proceso sin acusación fiscal, o sea como dice la doctrina germana donde no existe acusador no hay juez.

Este punto debe ser aclarado de manera urgente por el Consejo de la Judicatura dentro de sus Políticas Públicas, para que no exista conflicto entre los diversos operadores de justicia, esto es entre los Jueces y Tribunales de Garantías Penales, la Fiscalía General del Estado, y la Defensoría Pública.

2.2.4.5. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad constituye uno de los elementos para diferenciar a los sistemas penales inquisitivo y acusatorio y es aquel por el cual, se puede suspender, interrumpir o renunciar la persecución del delito²⁸.

Para Montero Aroca, éste principio parte de reconocer la autonomía de voluntad y los derechos privados subjetivos, de tal forma que si alguno de los mismos desaparecen, carece de razón de existir al haberse anulado la distinción, entre intereses colectivos y privados.

El sistema procesal regido por el principio de legalidad, es aquel en el que necesariamente un procedimiento penal debe incoarse ante la sospecha de comisión de cualquier hecho delictivo, sin que el Fiscal pueda instar el sobreseimiento, mientras subsistan los presupuestos que lo han originado y además, se haya descubierto a un presunto autor, es decir, exista un procesado en la causa.

Por otra parte, un sistema procesal regido por el principio de oportunidad, indica que los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a ejercitarla, incoando el procedimiento o facilitando su Sobreseimiento.

²⁸ Cueva Carrión Luis, op. cit., p. 216

En opinión de Gimeno Sendra, el principio de oportunidad implica “ *la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado*”.

A diferencia del principio de legalidad, el fundamento del principio de oportunidad, según se ha dicho por parte de la doctrina, no sólo que habría que buscarlo en motivos de descarga a la administración de justicia del gran número de asuntos penales que no puede tramitar adecuadamente por falta de medios básicamente, sino además por la utilidad pública o interés social.

No obstante, este principio no debe entenderse como un exponente de arbitrariedad de aquel que aplica la ley, aunque se ha llegado a afirmar que la instauración del principio de oportunidad podría conculcar el principio de igualdad, reconocido en la Constitución, ya que la sanción penal prevista por la norma ha de ser aplicada por igual a todos los ciudadanos ante la comisión de los mismos hechos delictivos.

Así pues, en algunos ordenamientos de derecho comparado, este principio se justifica, por ejemplo: en Alemania, se pueden acordar sobreseimientos con base en la escasa lesión social producida por la comisión de un delito, y ello por la falta en el interés público de la persecución penal.

Introducen el principio de oportunidad de forma reglada, al posibilitar, según los casos previstos por la norma, el sobreseimiento por razones de oportunidad no persecución de asuntos de poca importancia, archivo del asunto en el caso de cumplimiento de determinadas condiciones, abstención de la persecución de hechos punibles accesorios no esenciales, etc.

Por ello a pesar de que su actuación está sujeta al principio de legalidad, ya que con la reforma de 9 de diciembre de 1974 Gran reforma del proceso penal, ostenta el monopolio de la acción penal, sin que sea posible el ejercicio de la acusación particular ni la acción popular, aunque la víctima podrá adherirse a la acción formulada.

Ello produce una gran descongestión judicial, al eliminar, en gran medida, infracciones menores o faltas que, por ejemplo, en España, suelen terminar con una suspensión de la ejecución de las penas impuestas. En este país, goza de tales potestades y funciones con base en una absoluta confianza jurídico-política en la institución, a pesar de que depende del poder ejecutivo y está estructurado bajo los principios de unidad y jerarquía, como ocurre en España.

En Italia, para evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, se instauró el denominado *pateggiamento* recogido, introducido, mediante el cual, si el procesado no es reincidente lo solicitaba el juez, previo acuerdo del Fiscalía, podía aplicar alguna pena sustitutiva a la de privación de libertad, extendiéndose con la nueva regulación a aquellos supuestos de criminalidad medio-graves, siendo aplicable por tanto, a la mayor parte de los procedimientos penales.

De esta forma, la solicitud puede provenir tanto del procesado como de la Fiscalía, conjuntamente o bien de uno con el consentimiento del otro, determinándose la

naturaleza y la duración de la sanción a aplicar, y que podrán ser: libertad controlada o detención sanciones sustitutivas; penas pecuniarias; y penas privativas de libertad, aunque estas últimas están limitadas, de forma que, disminuidas hasta en un tercio, no deben superar los dos años de prisión o de arresto.

Al igual que en la Fiscalía monopoliza el ejercicio de la acción penal, sujeto al principio de legalidad, si bien su estructura orgánica está ubicada en el marco de la Magistratura, independiente del Poder Ejecutivo, con autonomía de cualquier otro poder y sin que rijan los principios de jerarquía y de unidad de actuación.

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

En nuestro país actualmente en el Art. 39.3 del Código de Procedimiento Penal establece lo siguiente: el Fiscal en razón de una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal y de los derechos de las partes podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada.²⁹

El hecho constitutivo del presunto delito no comprometa gravemente el interés público, no implique vulneración a los intereses del Estado y tenga una pena máxima de hasta 5 años de prisión y aquellos delitos cuyas circunstancias el infractor sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal o cuando tratándose de un delito culposo los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad. Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio, el fiscal no podrá abstenerse en ningún caso de iniciar la investigación penal.

La doctrina Española no ha coincidido inicialmente en la introducción del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento de forma que frente a una opinión tradicionalmente defensora a toda costa del sometimiento al principio de legalidad, derivada básicamente del tenor de los preceptos aplicables a nuestro ordenamiento procesal penal desde hace ya bastantes años y en coincidencia con la tendencia europea antes indicada, han empezado a surgir partidarios de la instauración de dicho principio.

Los primeros consideran que no cabe acoger el referido principio por entender vigente de forma estricta el principio de legalidad, mientras que los segundos, lo admiten, por una parte, porque, sin necesidad de grandes transformaciones en el ordenamiento procesal vigente.

Se entiende como integrante del propio principio de legalidad a aquel, por cuanto sería la propia ley la que señalara las reglas a que debe quedar sometida una

²⁹ Código de Procedimiento Penal Art. 39.3, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualización julio del 2009.

actividad discrecional en ese sentido; o por considerar la compatibilidad de ambos principios si se valorara la indispensable e inaplazable celeridad de la justicia penal basada en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas o por motivos de interés público.

Se ha señalado la dificultad que constitucional y procesalmente supone la introducción de la oportunidad en nuestro sistema procesal penal, a pesar de reconocer la necesidad de adoptar medidas para conseguir una descarga de la administración de justicia y de la posibilidad de articular mecanismos próximos a la oportunidad para la llamada criminalidad, es decir, para los hechos cuyo reproche es escasa y cuyo bien jurídico protegido se entiende de menor relevancia.

Así pues, de entrada, se argumentó por parte de la doctrina que no sería necesaria la introducción del principio de oportunidad por motivos de una sobrecarga de trabajo de los órganos judiciales penales, ya que con aumentar los medios al servicio de la administración de justicia se podría solucionar el problema, manteniendo el principio de legalidad, y evitando de esta forma un cambio importante, no exento de peligros, de nuestro ordenamiento.

Por otra parte, con base en el mismo motivo, se argumentó que debían otorgarse por ley a la Fiscalía, una serie de facultades con o sin aprobación judicial para que rechace la persecución de hechos delictivos, legalmente determinados, que se consideren de escasa relevancia o reproche social. Otros fundamentos esgrimidos por nuestra doctrina, pueden resumirse:

Por razones de utilidad pública o interés social, como por ejemplo, la escasa lesión social producida por el delito; la falta de interés público en la persecución; el estimular a la pronta reparación a la víctima si bien éste es criticado por la doctrina Alemana.

Sin embargo, como objetivo de transacción penal, se encuentra vigente en Inglaterra, Escocia, Bélgica y Noruega, aunque con peculiaridades, de forma general, sólo aplicable en penas privativas de libertad y bajo confesión de culpabilidad; evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; favorecer la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de rehabilitación a cuyo cumplimiento queda condicionado el sobreseimiento este procedimiento de diversión penal permanece vigente en Francia.

Por favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, por constituir el único instrumento real que permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros con un mínimo interés social y en los que la pena carezca de significación.

No obstante se ha señalado en este punto que es engañoso entender que lo que es susceptible de ser valorado como escasamente reprochable, socialmente carece de relevancia, y ello porque, primeramente, suele ser aquel el segmento de criminalidad que en mayor medida afecta a los ciudadanos, y en segundo lugar, porque no cabe desdeñar el interés de la víctima, máxime cuando su pronta reparación se considera otra de las finalidades de la aplicación del principio de oportunidad. Conforme a lo indicado, subsisten manifestaciones del principio de

oportunidad, tanto en nuestras leyes procesales como sustantivas, y puede plasmarse directa o indirectamente:

Directamente, por ejemplo, con la conformidad de la pena más grave previa al juicio oral con la conformidad en el procedimiento abreviado y en el juicio rápido habiéndose producido con este último un efecto acorde con la economía procesal requerida al objeto de velar por un proceso sin dilaciones indebidas, y que al mismo tiempo preserve un cierto equilibrio entre los principios de celeridad y de tutela judicial efectiva con todas las garantías para la persona imputada en ese procedimiento especial.

En los últimos años se han reactivado las tendencias de reforma de una ley procesal penal en el sentido de otorgar al Fiscal la dirección de un procedimiento preliminar, como pilar básico para introducir plenamente el principio de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico si bien una vez clarificada afirmativamente la posibilidad constitucional de que el Fiscal dirija la investigación.

Estaríamos hablando más bien de un principio de oportunidad política y no jurídico, ya que habría que plantearse si conviene o no la atribución de la investigación oficial al Fiscal, tratándose por tanto de una cuestión de política legislativa, totalmente discutible.

No obstante, si bien algunos autores tratan conjuntamente y vinculan la atribución de la dirección de la investigación oficial al fiscal con la introducción del principio de oportunidad, otros opinan que para su establecimiento no es indispensable que se regule en nuestro ordenamiento procesal penal un procedimiento preliminar dirigido por el Fiscal, se ha regulado el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal junto a la atribución de la dirección de la investigación al Fiscal.

De esta forma, la sentencia citada indica que la opción del modelo a imponer corresponde al Asambleista, que puede configurar aquel sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Un Fiscal imparcial y sujeto al principio de legalidad, investigador en el proceso penal y al servicio de un juicio justo y con todas las garantías, proponiendo una serie de medidas, entre las que destacan: Fiscal encargado de la investigación en la fase de instrucción con un juez imparcial que garantice la realización de la prueba y los derechos de los implicados; criterios de actuación objetivos y acordes al principio de igualdad por la Fiscalía, policía judicial dependiente; imposibilidad de que el gobierno pueda impedir una actuación concreta por la Fiscalía.

No obstante esto, en la práctica, puede ocasionar ciertas distorsiones con la investigación dirigida por el Fiscal, siempre y cuando hubiera divergencia en los criterios a seguir en determinadas investigaciones, por lo que se produciría el riesgo de que el resultado de las diligencias de investigación ordenadas en principio por el Fiscal, pudieran tener, al igual que algunas puramente policiales, ciertas dudas sobre su consideración en el proceso penal, al ser en cualquier caso, el que debe estimarlas como eficaces para la investigación.

El ámbito de actuación de la Fiscalía en el modelo propuesto, abarcaría la dirección de la investigación propia de la Instrucción Fiscal, pero no el resto de actividades que integran la misma, y en este sentido, podrá realizar y practicar todas aquellas diligencias de investigación que estime pertinentes para el esclarecimiento de los hechos delictivos, para descubrir al culpable y las fuentes de prueba necesarias para fundamentar la acusación, podrá acordar la detención y realizar cualquier diligencia de prevención, como adoptar medidas cautelares reales.

Sin embargo, no podrá dirigir la práctica anticipada de la prueba, adoptar medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales, así como ordenar o practicar diligencias de investigación restrictivas de aquellos derechos o adoptar resoluciones como la apertura del juicio oral o el Sobreseimiento. Del análisis de los preceptos que regulan, resulta claro que los fiscales no son independientes, ya que dado un caso concreto, estos no pueden autónomamente considerar si su actuación es acorde a la legalidad, al estar sometidos a las órdenes e instrucciones emanadas de sus superiores.

En Guayaquil dicha deficiencia en materia penal, sobre todo en los Juzgados y Tribunales de lo Penal, que aparte del desconocimiento y fallas de asuntos penales más el incremento que la violencia de género ha supuesto.

En nuestro derecho esto no es posible ya que cabe la acusación particular en todos los supuestos, de tal forma que si a la Fiscalía interesa el sobreseimiento de la causa y la acusación particular personada formula escrito de acusación, en las diligencias urgentes del procedimiento abreviado para determinados delitos o el Tribunal, está obligado a dictar el correspondiente auto de apertura de juicio oral respecto del acusado, señalando día para la vista oral, una vez despachados los respectivos escritos de la defensa.

Lógicamente en nuestro derecho, la suspensión de la ejecución de las penas, está sujeta a los requisitos legales que se establecen en el Código Penal, aunque siempre debe atenderse a una cierta discrecionalidad, teniendo en cuenta las circunstancias de los hechos delictivos y los antecedentes del penado. Aquí debe tenerse presente que dicha discrecionalidad en el ejercicio de la acusación, entendida conforme a un principio de oportunidad procesal, tiene su fundamento en la ponderación del principio de proporcionalidad en términos de política criminal ya que se trata por el fiscal de efectuar una ponderación entre medios y fines retribución, prevención, a fin de conseguir la solución más idónea, o menos gravosa para cada caso concreto.

El principio de oportunidad fue introducido en nuestro sistema penal por la Constitución del 2008; el primer inciso del art. 195 lo estableció de la forma siguiente: ***“Art. 195.- La fiscalía dirigirá de oficio o a petición de parte la investigación pre-procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública, con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención, al interés público y a los derechos de la víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal”***.

Así pues, se vela por el establecimiento de un juez de garantías que estaría acorde con los principios de igualdad y contradicción entre las partes del proceso

consecuente con una mejor protección de los derechos fundamentales desde el inicio de la instrucción, al no estar pendiente de culminar la instrucción con unos determinados resultados, ganando por tanto, en imparcialidad y objetividad.

El juez se centraría en controlar la legalidad de los actos realizados por el fiscal y garantizar los derechos de las partes. Se evitaría de este modo una confusión de funciones, ya que el juez, al involucrarse en la investigación, podría perder en objetividad e imparcialidad. Así sucede en el sistema procesal diseñado por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Evidentemente podría evitarse una cierta contaminación por la actividad investigadora realizada.

2.2.4.6. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN.

Este concepto consiste en que una parte tenga la oportunidad de oponerse a un acto realizado a instancia de la contraparte y a fin de verificar su regularidad. Por tanto, este principio únicamente se presenta en los procesos donde existe un demandante y un demandado, es decir, en los procesos de tipo contencioso.

Son dos los aspectos que integran la contradicción, primero el derecho que tiene la parte de oponerse a la realización de un determinado acto y segundo la posibilidad que tiene la parte de controlar la regularidad y cumplimiento de los preceptos legales.

La finalidad que se persigue con este principio evitar suspicacias sobre las proposiciones de las partes. Es por esto que "debe suponerse lógicamente que nadie habrá de tener más interés que el adversario en ponerse y contradecir las proposiciones inexactas de su contraparte; y por consiguiente, cabe admitir que las proposiciones no contradichas deben suponerse exactas", como lo afirma Eduardo J. Couture.

La contradicción no requiere que la parte en cuyo favor se actúe realice los actos que con tal efecto consagra la ley, sino basta que se le haga conocer la respectiva providencia, puesto esto le da la posibilidad de llevarlos a cabo. De ahí que el principio de contradicción tenga íntima relación con el principio de la publicidad.

El derecho de defensa y la correlativa interdicción de la indefensión requieren la posibilidad de un juicio contradictorio, en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos. De ahí la importancia de los actos de comunicación a quien ha de ser parte en el proceso. El principio de contradicción es uno de los principios de derecho procesal, que puede tener más o menos fuerza en función de la legislación procesal de cada ordenamiento jurídico y de la materia sobre la que verse el litigio.

Según este principio, el proceso es una controversia entre dos partes contrapuestas: el demandante y el demandado. El juez, por su parte, es el árbitro imparcial que debe decidir en función de las alegaciones de cada una de las partes. Este principio suele aplicarse más en derecho privado que en derecho público dada la igualdad existente entre las partes, y la idea de no injerencia en asuntos privados.

Sin embargo, en ordenamientos de Derecho Anglosajón, es habitual que el principio funcione también para el ámbito derecho penal, siendo entonces el demandante la fiscalía. El juez una vez más, sería una parte independiente del

proceso. Por otro lado, el principio de contradicción exige que ambas partes puedan tener los mismos derechos de ser escuchados y de practicar pruebas, con la finalidad de que ninguna de las partes se encuentre indefensa frente a la otra.

2.2.4.7. PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Esta garantía general se encuentra reconocida en el artículo 11, Numeral Segundo de la Constitución, “*todas las personas son iguales, y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades*”³⁰. La igualdad no significa que se suprima las diferencias inherentes al distinto papel de cada sujeto procesal que está llamado a cumplir, por ejemplo atribuir la carga de la prueba, a la acusación, no constituye discriminación, sino consecuencia inevitable de la presunción de inocencia, entonces el acusador, así como también la defensa, litiguen en igualdad de condiciones, es decir que tengan las mismas oportunidades para sustentar sus posiciones.

Por lo que San Martín Castro considera inseparables la contradicción y el principio de igualdad efectiva en el proceso y la configuración de parte que se da a los sujetos procesales exige, según el jurista peruano que ambas partes procesales gocen de los medios de ataque y de defensa, y de la igualdad de armas, para hacer vales sus alegaciones y medios de prueba, cuya vulneración produce indefensión.

Por lo que la igualdad entre los sujetos procesales sea todavía más necesaria, en el proceso oral, cuya esencia y eficacia residen en su carácter contradictorio más que otras garantías fundamentales, la tarea del juez resulta determinante en cuanto a precautelar la igualdad procesal, amenazada de ordinario, no tanto por un tratamiento desigual en la ley, cuánto en los hechos, es decir en el decurso mismo del proceso, cuyas incidencias pueden crear situaciones de ventajas indebidas a favor de algunas de las partes.

El principio de igualdad tiene otra dimensión, más general en cuánto elude, no al tratamiento de las partes dentro del proceso, sino a la existencia de fueros que conllevan el establecimiento y mantenimiento de tribunales especiales, distintos de los ordinarios, para que se preocupen del juzgamiento de ciertas personas.

Una de las características de éste principio es la bilateralidad y contradicción porque domina todo el proceso y significa una garantía fundamental para las partes. Importa el tratamiento igualitario a los litigantes y se entiende que resulta del principio constitucional de igualdad ante la ley (Alsina), por lo que, la igualdad supone la bilateralidad y la contradicción, esto es, que el proceso se desarrolla, aunque bajo la dirección del juez, entre las dos partes, con idénticas oportunidades de ser oídas y admitida la contestación de una a lo afirmado por la otra, en forma de buscar, de esta manera, la verdad. El juez, al sentenciar, conoce los argumentos de ambas partes³¹.

³⁰ Constitución de la República del Ecuador (2008), Corporación de Estudios y Publicaciones, pág. 4.

³¹ Véscovi Enrique, Teoría General Del Proceso, Segunda Edición Actualizada, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, pág. 54.

2.2.4.8. PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD.

Aunque el objetivo procesal sea asegurar la comparecencia del procesado a juicio, y asegurar el cumplimiento de la pena artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, la Prisión Preventiva su aplicación tiene que ser de manera excepcional, es decir cuando no haya otra alternativa o remedio adecuados al propósito procesal y la consecución de este se vea realmente amenazada, así lo establece El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“La prisión preventiva, de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, y en su caso para la ejecución del fallo”

Esta es una consecuencia del derecho a la libertad durante el proceso, para asegurar el cumplimiento de los objetivos procesales sin sacrificar excesiva e innecesariamente el bien superior de la libertad, los sistemas procesales han establecidos medidas alternativas. Nuestra Constitución y el Código de Procedimiento Penal las preceptúa aunque con carácter innecesariamente limitado, porque hace que su aplicación según la gravedad del delito, las circunstancias estrictamente procesales relativas a la condición personal del procesado.

El abuso de la prisión preventiva como medida cautelar, que significa una negación al principio de libertad, ha sido observado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya opinión que el problema obedece fundamentalmente a deficiencias en el sistema procesal.

2.2.4.9. EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN.

Este principio obliga a exteriorizar la aplicación de los Principios de razonabilidad, proporcionalidad, excepcionalidad, que fueron utilizados para sustentar la imposición de cualquier resolución que dicte el Órgano Jurisdiccional.

El Estado de Derecho prohíbe absolutamente la arbitrariedad, más aún, la sanciona, de allí que los poderes públicos cuando expiden cualquier acto, llámese ley, reglamento, acto administrativo o sentencia, están obligados a ‘motivar’ la decisión basándola normas preestablecidas, consecuencia del principio de legalidad propio de derecho público. La falta de motivación resta eficacia a los actos del poder, les quita legalidad y legitimidad.

La motivación real de los actos está asociada con su legitimidad, y es lo contrario al arbitrio o voluntad libre del gobernante o legislador. En nuestro país es común que los jueces no cumplan con la obligación de fundamentar sus autos resolutorios mediante los cuales disponen la afectación de garantías fundamentales que tienen que ver con el respeto al Debido Proceso.

Así ocurre cuando se dispone la limitación de garantías constitucionales como el derecho a la libertad, y la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia etc. Lo que ocurre lamentablemente en el Ecuador, en que el auto de prisión preventiva no es debidamente fundamentado o motivado.

Los jueces penales salvo algunas excepciones normalmente disponen una medida de aseguramiento personal como es la prisión preventiva, sin fundamentar tal medida cautelar que debe ser motivada por mandato expreso de la ley, en sus providencias no precisan los indicios que fundamentan la orden de prisión, igualmente los fiscales no fundamentan jurídicamente el porqué de su petición de prisión preventiva para el procesado.

Por lo que en los casos en que no se fundamenta tal medida, se está lesionando el respeto al debido proceso y la seguridad jurídica. La fundamentación o motivación de un auto resolutorio de privación de libertad su fin es que el ciudadano procesado conozca los motivos, por lo que se le está privando de una garantía constitucional, como el derecho a la libertad.

La Constitución artículo 76 *“Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”*. y similar norma contiene el art. 31 de la Modernización del Estado, nosotros sostenemos que *“todo funcionario público o privado que adopte decisiones, necesariamente debe motivarlas”*, no solo el funcionario público, porque vivimos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia donde todos debemos respetar el debido proceso en todos los ámbitos de acción y nadie puede eludir las normas de nuestra ley suprema y someter a padecer injusticia a un sector de la población³².

Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivadas se considerarán nulos. Las servidoras y servidores responsables serán sancionados” Siendo el debido proceso una garantía ciudadana, sin limitación por la materia, esto es que debe aplicarse en cualquier tipo de procedimiento, civil, penal, tributario, fiscal, laboral, administrativo etc.

Referido específicamente el ámbito procesal, la falta de respeto al debido proceso penal, cuando se priva de la libertad, sin que se fundamente una motivación debe ser reparada por el superior mediante el amparo de la libertad, disponiendo la cesación de la medida de aseguramiento personal, sin perjuicio de la sanción para el juez que ha irrespetado el debido proceso, ya que toda persona tiene derecho a acceder a los órganos judiciales y obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que caso alguno quede en indefensión.

Como regla general, los tribunales superiores, ni siquiera cumplen con la obligación de amonestar al inferior, o juez impugnado por el vicio en el procedimiento, ni mandan a que el inferior rectifique el procedimiento, motivando las razones por las que dispone el aseguramiento personal del procesado mediante el auto de prisión preventiva, con esta actitud los tribunales superiores están legitimando el estado de indefensión de quien se encuentra, procesado y privado de su libertad, o en riesgo de ser privado de ella, aunque Constitucionalmente se encuentra en estado de inocencia.

Cuando se exige en la resolución es la existencia y exposición del respaldo fáctico concreto existente en la causa y respecto de cada procesado así como el respaldo

³² Cueva Carrión Luis, ob. cit., p. 293.

normativo que sustenta y justifica la adopción de la medida, pues solo de esa forma se logran individualizar las razones que motivaron la decisión, y solo ahí surge la posibilidad de controlar en alzada esa disposición, es decir el juez a de expresar las razones que existen en la causa que tramita, y respecto del procesado concreto para decidir restringir su libertad, como medida cautelar indispensable, para asegurar la sujeción del procesado al proceso, la averiguación de la verdad, y la eventual aplicación de la ley penal.

La falta de motivación y fundamentación es igualmente notable en las resoluciones judiciales, es decir en el contenido de la sentencia, con lo cual lógicamente se está vulnerando el debido proceso, es de exigencia obligatoria cumpliendo la motivación y fundamentación de los fallos judiciales para garantizar.

La defensa de las partes en el debido proceso, como para atender el respeto a uno de los pilares básicos del Estado de derecho y del sistema republicano, que fundado en la publicidad de los actos del gobierno y de sus autoridades, y funcionarios que son responsables por sus decisiones demanda que se conozcan las razones que amparan y legitiman tales decisiones.

Cafferata Nores “La fundamentación de las resoluciones judiciales, para ser tal requiere la concurrencia de dos condiciones, por un lado debe consignarse expresamente el material probatorio en que se fundan las conclusiones, a que se arriban describiendo el contenido de cada elemento de prueba, con los elementos descriptivo, como el intelectual, la privará de la debida fundamentación.”³³

El principio de motivación exige el razonamiento de los elementos probatorios que sirven de base o premisa para las conclusiones a que llega el juez. La mera enunciación o descripción de los mismos no satisface este requisito, porque no proporciona los elementos de juicio necesarios para verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez para arribar a determinada conclusión ha sido cumplido con respeto por las reglas de la sana crítica.

2.2.4.10.- PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.

El principio de inmediación es a aquel mediante el cual las actuaciones de las partes deben de producirse en presencia directa de los jueces y tribunales penales y demás sujetos de la relación procesal, éste contacto permite al órgano jurisdiccional, apreciar y valorar en forma directa y personal las pruebas que se presenten.

Opera en el juicio oral, con la finalidad de obligar la presencia ininterrumpida de los jueces, y de las partes procesales, contemplando sanciones para aquellas que deliberadamente pretendan evitar el cumplimiento de éste principio, e incluso facultando al Presidente del Tribunal para que designe un defensor público, en caso que el defensor particular del acusado, no concurra al primer llamado, principio que a todas luces trata de darle celeridad al juicio y evitar así dilatorias innecesarias.

³³ Material de Estudios: La Constitución y el Proceso (Dr. Jorge Alvear Macias, Nov. 2008), Comentarios al Debido Proceso y Extradición.- Cafferata Nores, op. cit;284

La aplicación de estos principios alternativos al debido proceso constitucional, dependerá del conflicto a decidir. En las competencias, que comprende la protección de las garantías constitucionales resulta indudable que la inmediatez, es un elemento importante para poder considerar al proceso como debido.

Es el caso típico del amparo personal en que el juez, directamente debe practicar las diligencias necesarias para poner término a una privación o limitación de la libertad, cuando esta sea arbitraria o no se ajuste a los derechos que la Constitución otorga a las personas. En cambio el resto de los casos, es común que los sistemas procedimentales apliquen el principio de la inmediación.

En la inmediación hay un contacto directo entre el juez, y la fuente de prueba, y el juez presencia como sucede, por ejemplo con la prueba testimonial que tan rendidora resulta, en el proceso penal, y sobre todo con sentencia acusatoria, como el testigo evoca y narra lo que rescata del material de la plasmación, es decir de la memoria lo que sabe, y frente a él tiene lugar el interrogatorio de las partes y puede retener las contradicciones en que incurre el testigo, las confusiones que tiene, y todo lo demás que es posible retener con la racionalidad, haciendo valoraciones de la prueba, recibida y retenida en su memoria, para que con esa vía de escuchar, participando en la práctica de las demás.

Es un trabajo sucesivo ir reteniendo de cada prueba lo que sea necesario para los resultados del asunto; de tal manera que se haga un verdadero proceso de estudio en conjunto de lo que vaya resultando de cada prueba. Así pues cuando se hace en la forma señalada, la valoración la crítica de la prueba será un resultado que se logra con mayor facilidad, y con mayor posibilidades, de acierto distinto así la valoración la hiciera un juez que no estuvo presente a través de actas o que a pesar de estarlo no tuvo su percepción, como ya se dijo bajo el yugo de la atención confiado en las actas o en las grabaciones.

La valoración debe ser un fruto madurado a lo largo de la producción de la prueba, por ejemplo el juez retiene las contradicciones, en que incurrió el testigo, el Juez hace anticipación de valoración, que retiene en su memoria con cada medio de prueba, y los va relacionado con los que se vayan practicando, y así sucesivamente hasta lograr la totalidad y la valoración, surge sin realizar proezas o actos heroicos, he aquí la verdadera importancia de la inmediación.

El principio de la inmediación es aquel de la evacuación de pruebas quien directamente se encarga el juez, es obligar al juez para que utilice o evacue los casos. Es en el juicio oral es donde hay que practicar las pruebas, porque sólo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamento legítimo de la sentencia. Así lo exige tanto el carácter público del proceso, como el derecho de defensa.

Lo anterior no quiere decir que necesariamente sea la versión dada en el juicio por el testigo la que vaya a fundamentar la sentencia. En este caso el acusado no tiene por qué aclarar nada, desde el momento en que no está obligado a declarar, pudiendo permanecer callado. El principio de inmediación es de carácter procedimental que tienen su encaje en la garantía genérica del debido proceso penal: de la Constitución, en tanto en cuanto persiguen la regularidad del procedimiento, su equidad y justicia.

Sin embargo, en cuanto al principio de inmediación, este exige que el Tribunal haya percibido por sí mismo la producción de la prueba. Luego, no es posible, en principio, sustituir el interrogatorio de testigos por la lectura de actas. En principio, porque aunque en forma muy restrictiva y excepcional, hay algunos supuestos que a pesar de no ser reproducidos en el juicio oral pueden llegar a tener validez para desvirtuar la presunción de inocencia.

En nuestro país esta hipótesis está si el acusado se niega a declarar, el presidente podrá, en la fase procesal correspondiente, disponer la lectura de las declaraciones prestadas por aquél en la Instrucción, si las hubiera, las que de esa forma se incorporan al debate y en su oportunidad serán valoradas conforme a derecho. En el curso de la audiencia el acusado podrá solicitar ser examinado, momento en el que puede ser interrogado. Cuando el acusado que está declarando guarda silencio frente a una pregunta, se dejará constancia de tal situación y se continuará con el interrogatorio.

Ello permite que puedan "leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en la Instrucción Fiscal que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio se determino que sólo es posible valorar, previa lectura en el juicio oral, conforme a dicho artículo, las declaraciones de un testigo en el sumario o el procedimiento abreviado, si éste ha muerto, si ha desaparecido o si se encuentra fuera de la jurisdicción del Tribunal y éste no puede lograr su presencia.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha hecho hincapié también en la imposibilidad o especial dificultad de reproducción en el juicio oral de la declaración prestada con anterioridad por el testigo, para que pueda alcanzar valor probatorio a pesar de esta última circunstancia, debiéndose garantizar el principio de contradicción. Debe haber una comunicación directa, inmediata entre el juez y los distintos elementos del proceso como son las partes, desgraciadamente en nuestro medio no se cumple sino a medias este principio, por el cúmulo de trabajo que tienen los señores jueces. En cambio la función notarial no está precedida de jurisdicción, entendida esta como la potestad para administrar justicia o decir el derecho mediante sentencia.

Por ello mal podría exigirse en la actuación notarial el ejercicio del "jus postulandi, que comprende el derecho de pedir y defender lo pedido, utilizando los mecanismos y recursos que otorga el proceso para la satisfacción de las pretensiones. En estos términos, ante el notario no es viable exigir el respeto por el derecho de defensa, la presunción de inocencia o el derecho a presentar y controvertir pruebas, razón por la cual el debido proceso, propio de las actuaciones judiciales y administrativas de orden procesal, es absolutamente inoperante.

2.3.1. LOS SISTEMAS DE PROCEDIMIENTO PENAL EN LA HISTORIA DEL ECUADOR.

Es necesario trasladarnos hacia épocas primitivas de España, conquistada por los Cartagineses Fenicios etc., y luego con la Legislación de Castilla, las Leyes de Indias para finalmente revisar nuestra legislación. En el derecho penal

ecuatoriano, la primera Ley de Procedimiento Penal de la República se dictó en el año 1839 y se distinguía por que no existían tribunales pluripersonales, sino que todos eran singulares es decir que no existían un sistema definido de procedimiento pues la redacción y la ubicación de las instituciones procesales carecían de sistematización.

La primera Ley de Jurados la dictó el Congreso el 20 de Noviembre de 1847 la misma que fue sancionada el 8 de Enero de 1848 por el Poder Ejecutivo. Dentro de nuestro estudio nos damos cuenta que desde esa época se adoptó el sistema penal mixto, ya que se encuentra dentro de la ley de instituciones propias del sistema inquisitivo como del sistema acusatorio.

Se admite la incomunicación del acusado hasta que rinda su declaración así también el procedimiento de admisión de caución. El sumario debería estar concluido en el plazo de 3 días y al finalizar si el delito era de competencia del Jurado debía remitirse el proceso el mismo para que se resuelva si la acusación debía o no ser admitida, por lo que el proceso iba al jurado de decisión, debiendo contestar un interrogatorio que le presentaba el Juez y de acuerdo con lo que declaraba el acusado en el interrogatorio de lo declaraba culpable o inocente. El 4 de junio de 1851 la Convención Nacional dictó la ley de Procedimiento Penal promulgada por el Presidente Diego Noboa el 7 de junio del mismo año, esta ley comprende la suspensión del proceso llamados públicos o privados³⁴.

El Código de 1906 es quien extingue con la comunicación del sindicado como consecuencia de prisión preventiva. En el Código de 1920 hubo una reforma en lo referente a la conclusión del sumario se estableció para la conclusión del plazo en 30 días y en 1938 se decretó 15 días para la organización del sumario y el mismo tiempo para su complementación, esto estuvo vigente hasta el código de procedimiento penal de 1955.

El tribunal de crimen, compuesto por jueces y vocales técnicos, reemplazó al jurado popular quedando también abolido el tribunal del crimen por el Código de Procedimiento Penal de 1970. Desde 1983 funciona el tribunal penal integrado

³⁴ Zavala Baquerizo Jorge – Obra citada, pág. 51-93

por tres jueces, abogados y que tienen jurisdicción y competencia para convencer la etapa de juzgamiento y prueba para dictar la respectiva sentencia.

Haciendo historia el primer sistema procesal penal fue el acusatorio luego tenemos el sistema inquisitivo, que se caracterizaba porque se estableció la prisión preventiva como una regla general, en la que los jueces la dictaban desde el primer momento en que tan solamente la persona tenía la calidad de sospechoso. Otra característica de este sistema también era que se aplicaba el tormento en las declaraciones de parte de la policía.

Luego surge un tercer sistema conocido como Mixto que prácticamente es un sistema que sirve de equilibrio entre el Acusatorio y el Inquisitivo, finalmente el sistema procesal penal que tenemos actualmente es el acusatorio oral en donde la prisión preventiva dejó de ser una regla general convirtiéndose en excepcional, en donde la mayoría de los actos procesales se los realiza en la audiencia en forma oral así también dentro de la aplicación del debido proceso, las normas constitucionales tienen gran relevancia en lo referente a los derechos constitucionales de los ciudadanos en la sustanciación de los procesos penales actualmente estamos en una nueva era de un sistema procesal penal con tutela jurídica efectiva es decir con conceptos más humanos.

Carnelutti sostiene: *“Que el Proceso es el conjunto de actos necesarios para conseguir el resultado (en el caso para obtener un castigo), consideradas en su simultaneidad.”*³⁵

2.3.2. OBJETIVO PRINCIPAL DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Recalco que el objetivo central y más importante de este nuevo Código, es lograr la vigencia efectiva de estas Garantías Constitucionales de contenido procesal, pues es un reconocimiento a la importancia de la persona y de sus derechos fundamentales como centro del ordenamiento jurídico y del actuar del Estado. La garantía del Sistema Procesal se encuentra regulada en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, esto es aquellas que se refieren al Debido Proceso con todas las garantías; y que constituye la piedra angular del

³⁵ Carnelutti F, Principios del Proc. Penal II Tomo, cit; Pág. 54

proceso en general, o sea, no puede existir garantía más importante que la de un JUSTO PROCESO.

El nuevo Código trata de conseguir de este modo que en la tramitación de los procesos se respeten las garantías constitucionales de orden procesal, pues solo el respeto de todas esas garantías son las que permiten calificar de Justo o Debido a un determinado proceso. El nuevo Código de Procedimiento Penal, recalco, constituye un verdadero sistema de garantías, destinadas a limitar y encauzar las posibilidades de que una persona sea castigada penalmente, pues hoy éste Código tutela el Derecho a la LIBERTAD, eje sobre el cual gira toda la normatividad penal, para lograr de ese modo, al final, una sentencia penal justa y siempre respetuosa de los principios y garantías básicas.

2.4. EL PASADO JUDICIAL ILIMITADO EN EL ECUADOR, COMO REQUISITO PARA NEGAR LA CAUCIÓN Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD.

“La Libertad” en sentido amplio, como comprensiva de las libertades concretas referidas a las distintas manifestaciones de la personalidad, es uno de los derechos que el Estado garantiza a toda persona en orden a garantizar la libertad personal, Nuestra Constitución regula el ejercicio de ella, sino solamente los casos y la forma en que puede ser limitada: *“nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de un juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley... Nadie podrá ser incomunicado”*.

Las limitaciones de la libertad: La pena y las medidas cautelares. La Legislación contempla dos casos generales de limitación de la libertad personal, el primero, es la aplicación de una pena privativa de libertad, declara en sentencia: el segundo como consecuencia de la adopción de una medida cautelar de carácter personal. Los principios relativos a la aplicación de la pena no son procesales: es una cuestión sustantiva. La privación de libertad como sanción es exclusivamente penal y que, como efecto de la reserva especial prevista en nuestra Constitución, los casos a los que se aplica y su tiempo máximo de duración, deben estar previsto expresamente en una ley preexistente es decir, la aplicación del principio de legalidad.

2.4.1. DOGMÁTICA PENAL.- EL IUS PUNIENDI

Derecho Penal su concepto se utiliza también para referirse a la ciencia que estudia tanto el ius puniendi (derecho subjetivo) como las normas de derecho positivo u objetivo, a través de los cuales se limita y ejercita esa potestad, a esta rama del saber jurídico se la conoce como dogmática penal, a lo largo del tiempo a guiado la evolución del derecho positivo y su aplicación juris prudencial rescatando principios y conceptos y poniendo límites a los intentos de arbitrariedad, improvisación e irracionalidad que suelen caracterizar en tantas ocasiones al poder público, que se expresa en legisladores y jueces.

En definitiva el Derecho Penal como Dogmática permitirá que se cumpla el objetivo del Derecho en general: la realización de la justicia, como un emblema jurídico.

2.4.1.1. EL IUS PUNIENDI.

De una manera sistemática y absoluta los anarquistas han negado la legitimidad del ius puniendi, ya que la vida social debe organizarse con prescindencia de toda autoridad o gobierno, se rechaza la existencia misma del Estado y en consecuencia, su capacidad de sancionar penalmente. Siendo los únicos vínculos normativos en una sociedad son los dictados por la conciencia individual y por la solidaridad natural entre los hombres, no debería existir leyes penales, ni jueces, tampoco sanciones penales preestablecidas.

El hombre nace bueno, afirman los anarquistas, y se eliminaran las coacciones que impone la sociedad a través del sistema vigente no llegaría a delinquir, ni siquiera aunque muy ocasionalmente en el caso ocurriera algún acto gravemente atentatorio, de tales sentimientos de solidaridad, habría que limitarse a esperar la reacción natural, que en forma espontánea se tendría que producir con características distintas a las penas creadas formalmente por las leyes, en una organizada sociedad.

Jiménez de Azúa cita a algunos autores que en sus obras han negado el derecho al estado de sancionar, quizá el caso más interesante sea el del escritor Ruso León Tolstoi, un anarquista cristiano, que niega el ius puniendi, porque ninguna persona puede atribuirse la facultad de castigar a otro ser humano “Porque y

con qué derechos unos pocos hombres se arrogan, el poder de encarcelar, atormentar, pegar, desterrar y condenar a muerte a sus semejantes, siendo así que ellos no difieren de aquellos otros que por su orden son encarcelados, castigados y desterrados”.

A partir de la década de los Ochenta del siglo pasado surgió una tendencia doctrinaria, la del abolicionismo, encabezada por el profesor Holandés Louk Hulsman, que reclama la supresión total del sistema penal, el que debería ser reemplazado por mecanismos de distinta naturaleza, para dar solución a los casos que en la actualidad son conocidos por la justicia penal.

Al ius puniendi la escuela de Kelsen y otros autores que niegan que existan derechos subjetivos anteriores al orden jurídico vigente reconocen al ius puniendi, tanto es así que Kelsen establece la pretensión punitiva del Estado como necesario contrapunto, del deber jurídico base de su doctrina. Ferri y Manzinni lo califican como un atributo de la soberanía estatal; ósea que admiten la potestad del Estado para incriminar determinadas conductas y aplicar las penas correspondientes, aunque rechacen que esta potestad corresponda, a los que por tradición es un derecho subjetivo.

Se reconoce que a lo largo de la historia el Estado se ha reservado la atribución de sancionar penalmente, más todavía se coincide en que, dado el actual desarrollo de la humanidad y sin tomar en cuenta utopía futurista, la sociedad no podría prescindir de un sistemas de sanciones especialmente severo frente a conducta que atentan contra derecho y bienes básico acogido y protegido por la sociedad. Entonces el Derecho Penal como un mecanismo indispensable de defensa social, tiene como finalidad limitar en causar la reacción instintiva y primitiva de la sociedad, en la que se entremezclen de muy variada clase sentimiento frente a hecho violento e injusto que lesionen fundamentalmente los asociados interese.

En la práctica universal de los pueblos esa es la explicación de la existencia del ius puniende al sancionar el Estado al delincuente por medio de los mecanismos legales se evita que la sociedad reacciones en forma violenta e injustificada, poniendo en serios riegos las condiciones fundamentales de la coexistencia social situación que lamentablemente se produce cuando en una sociedad se desconfía de los órganos judiciales.

En lo referente al fundamento de la sanción penal, existe una acalorada discusión entre los juristas al momento de determinar el fundamento filosófico-jurídico-moral de la sanción penal. Están de acuerdo en su existencia pero esto no es suficiente, pues no logran coincidir en aspectos directamente relacionados con las funciones del Derecho Penal ¿Por qué el Estado ha establecido este complicado mecanismo de leyes, sanciones, jueces, tribunales, y cárceles? Las respuestas que se dan en vez de aclarar el panorama, aumenta la confusión.

El maestro de Harvard, Lon Fuller, señala: *“El derecho en los países occidentales demuestra su estado más insatisfactorio en el campo penal. El Derecho ya parece considerar el castigo como una amenaza tendiente a amedrentar a otros posibles criminales, ya como un acto ritual de expiación a cargo del culpable, o como un instrumento para erradicar al hombre culpable de la sociedad, y proteger a esta del peligro representado por la repetición de la conducta delictiva, y, por último también considera el castigo como un medio para la reforma social y moral de individuo.*

Parece incoherente pero se nota en dos normas de nuestro Derecho Positivo. La Constitución artículo 201 establece que el sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad. En cambio el Código Penal, al definir en el artículo primero lo que son las leyes penales afirma que: son todas aquellas que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena.

Las teorías que se han formulado para fundamentar la sanción penal dividiéndola en dos grupos: las llamadas teorías retributivas o absolutas y las preventivas, relativas, se encuentran por supuesto posiciones numerosas mixtas o eclécticas que en definitiva son las que predominan en la práctica y la doctrina.

2.4.2. VICTIMIZACIÓN Y ESTIGMATIZACIÓN DEL PROCESADO A QUIEN SE NIEGA CAUCIÓN POR ANTECEDENTE PENAL.

Existe una afectación al procesado al vulnerarse un derecho constitucional por obtener su libertad mediante el pedido de Caucción ya que al no concedérsele tal beneficio por haber recibido sin ni siquiera tomar en cuenta porque delito tiempo,

o si recibió una justa o injusta sentencia condenatoria en un delito que mereció pena de prisión en sentencia condenatoria.

Se debe terminar con el estigma y victimización al procesado, cuando ofrece caución y esta es negada por el hecho de haber recibido sentencia condenatoria, lo que restringe su aceptación existiendo una verdadera discriminación jurídica, ya que no es lo mismo defenderse cuando esta libre ya que cuando se está siendo privada de ella porque la prisión preventiva es una pena anticipada, y prácticamente al negarle el Juez de Garantías Penales en un delito que merezca pena de prisión en sentencia por el hecho de tener un antecedente judicial es prácticamente aplicarle un castigo.

El derecho penal está evolucionando cada día y esto nos obliga a seguir avanzando pero en la aplicación de un procedimiento penal más humano y que solidarice con la realidad social, y de parte del Estado tiene la obligación y la responsabilidad de tomar parte en la solución de los problemas que atraviesa nuestra sociedad en la mejor aplicación del derecho que nos sirva como cauce para llegar al ideal más grande del hombre que es la libertad.

2.4.3. CONTROL SOCIAL Y DERECHO PENAL

El Derecho Penal puede ser visto, y conceptualizado desde una doble perspectiva fuera del ámbito estrictamente jurídico, la sociedad considera al Derecho Penal, más exactamente a las leyes penales, como un mecanismo de control social y de represión, conjuntamente con la policía y los jueces.

Estos instrumentos se han visto necesarios, porque la experiencia de la vida social, demuestra que en determinados momentos, ciertos individuos incurren en conductas que atentan gravemente contra los derechos de los demás y que, en general desconocen las reglas básicas que rigen la convivencia, desde épocas muy antiguas, incluso anteriores a la organización del Estado, tales actos han sido condenados, desde el punto de vista de religión y de la moral, pero también han sido reprimidos con dureza por la sociedad.

Modernamente se ha tratado de completar este último concepto por parte de algunos tratadistas que sostienen que el Derecho Penal no puede circunscribirse a

la tarea que consideran estrecha y limitada de solamente establecer delitos y penas es decir intervenir cuando se han producido ya lesiones de los derechos ajenos.

Piensan que hace falta darle una función adicional: adoptar medidas que tengan por objeto la prevención de los delitos o diseñar medios de lucha contra la criminalidad y consideran que el Derecho Penal, aparte de intervenir cuando ya se ha cometido un delito para imponer la correspondiente sanción debe desempeñar por añadidura una labor esencialmente preventiva.

Para la criminología clásica, el elemento básico del control social es el miedo al castigo. Sin embargo los teóricos del control social ven en el miedo al castigo sólo uno de los muchos vínculos del individuo con el orden social: no el único ni el prioritario.

El individuo evita el delito porque es el primer interesado en mantener un comportamiento social conforme a las pautas y expectativas de la sociedad; porque tiene una razón actual, efectiva y lógica para obedecer las leyes de esta; la comisión del delito le depararía más inconvenientes que ventajas, y además determinaría el castigo como consecuencia jurídica de la norma penal³⁶.

2.5. LA VICTIMOLOGÍA.

La definición de la Victimología es: “La disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito”. El crimen acompaña a la historia del hombre. El delito es un fenómeno psicológico, social y político, además de jurídico.

Pese a ello, hasta LOMBROSO (médico de cárceles y antropólogo) el análisis del fenómeno delictivo había dejado al margen al delincuente en su esencia humana, cargado de emociones y motivaciones racionales e irracionales, de vivencias e inmersas en un marco económico, social y cultural que casi siempre lo determina. Esta última, para aquellos primeros autores juega un papel, a veces involuntariamente activo, en la comisión del delito o, por decirlo de otra forma, la víctima es parte integrante y no siempre «inocente», en sentido moral, del fenómeno criminal.

Así mismo, parece descubrirse desde un primer momento una serie de personas «propensas» a ser víctimas y, lo que es más importante, parece que empieza a vislumbrarse que, incluso con mayor importancia que con respecto al delincuente,

³⁶ Viscarra Pinto Emilio, Criminología, Bolivia-La Paz 2002, pág. 535

es el propio orden social, la propia sociedad la que en muchas ocasiones determina la condición de víctima.

2.5.1. CONCEPTO DE VÍCTIMA.

Se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial visual, y/o auditiva, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales.

Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal. Para Mendelshon la víctima puede ser tan culpable como el criminal en el hecho delictivo³⁷. Fundamento presunta violación del derecho a la reparación por cuanto no todas las víctimas podrán reclamar una reparación en especial los fundamentos, todas las personas que hubieren sido víctimas o perjudicadas por un delito, tienen derecho a un recurso efectivo para solicitarle al Estado la satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

La limitación arbitraria del universo de personas con capacidad de acudir a las autoridades judiciales para la satisfacción de sus derechos, da lugar a la violación del derecho de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo, consagrados en el artículos 78 y de la Constitución y 8 y 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Las víctimas que demuestren haber sufrido un daño real, concreto y específico, así como sus familiares que cumplan los requisitos probatorios correspondientes, pueden hacer valer sus derechos.

2.5.2. DEFINICIÓN GENERAL.

El concepto de víctima tiene diferentes aspectos por lo que es razón de muchas discusiones y desde el punto de vista se estudia si ésta condición es privativa de la persona física o no, por lo que discrepan muchos autores, también en el momento de limitar los agente de la victimización o causa de ésta. Ni siquiera existe un consenso en la doctrina científica sobre la posibilidad de ópera con un concepto unitario de la víctima.

A juicio de algunos tratadistas la realidad criminal lo impediría, siendo numerosas las implicaciones, criminológicas y político-criminales, que difiere de las respectivas acepciones del término víctima a la oportuna delimitación del concepto de víctima no ha colaborado, desde luego el frívolo manejo de algunas expresiones equívocas o desafortunadas. Por lo que el concepto de víctima tiene su origen en la pareja criminal, donde se analiza la integración de los dos miembros de éste binomio delincuente- víctima.

2.5.3. CONCEPTO JURÍDICO DE VÍCTIMA.

Durante mucho tiempo la figura de la víctima del delito fue casi olvidada por las leyes, de procedimiento penal, o por así decirlo la víctima en un plano secundario, cuando se trataba del desarrollo del proceso penal. Pero en los últimos tiempos, tanto en Europa como en América los penalistas se han preocupado de poner

³⁷ Neuman Elías, El Rol de la Víctima en los Delitos Convencionales y no Convencionales, pág. 57

atención en el sujeto pasivo de la infracción penal sea para brindarles protección jurídica- procesal, o para ubicarla correctamente dentro de los tipos penales, existiendo la preocupación, para asumir la conducta de la víctima en el grado de intervención o de corresponsabilidad que pudo existir en la que luego se califica como víctima.

Consecuentemente la exclusión de la víctima en el procedimiento penal tuvo su explicación porque la sociedad, a través de sus organismos correspondientes reemplazó a la víctimas en la persecución del victimario y, por ende la sociedad asumió en proceso el papel protagónico que anteriormente tenía la víctima en la búsqueda y sanción al victimario, esto es la sociedad se presentó como la víctima y por lógica ya no era necesario la presencia del particular ofendido.

¿Cómo y hasta qué punto las características y aptitudes de la víctima influyen en las decisiones del sistema jurídico penal, de modo directo o mediatamente, a través de los correspondientes estereotipos?, es otro de los temas de la psicología judicial, retomados por la moderna psicología social percepción interpersonal, proceso cognoscitivo, etc., por lo que existe un proceso de interacción juez víctima, del mismo modo que existe un proceso de interacción víctima-delincuente.

Hilda Marchiori (ob.cit.) extraigo una sistematización interesante referida fundamentalmente a la relación autor- víctima del delito, en que se analizan los mecanismos psicológicos de las circunstancias del encuentro entre ambos: b) víctima conocida; víctima desconocida³⁸.

2.5.4. DEFINICIONES CIENTIFICAS.

La víctima según nuestra opinión es un concepto genérico que comprende lo específico a saber, ofendido y agraviado, los que se constituyen en calidad de sujetos pasivos de la infracción conocido con el nombre de paciente, por lo que ha tomado carta de naturalización en el mundo científico, por lo que a la víctima se la considera como la persona sobre la cual de manera principal o secundaria recae el daño proveniente del ofensor.

Se ha dicho con mucha razón que hay una interacción entre el que infringe a la norma y a la víctima, y que se mantiene no solo hasta momentos antes de la inicialización del delito, sino hasta su consumación, por lo que se sostiene la crimino-génesis, no se puede separar al infractor con la víctima. Dentro del planteamiento científico doctrinal, sea para excluir lo antijurídico del acto o como causa de impunidad o como una atenuante, en nuestro Código Penal, el problema de la conducta de la víctima fue tomado en cierta forma con mucha anticipación, ya sea para excluir lo antijurídico del acto.

La víctima del delito necesita de ayuda psicológica, psiquiátrica, reinserción, resocialización, que opere casi exclusivamente una política criminal, sobre el futuro infractor potencial, y se debe diseñar programar y medidas eficaces, con relación determinadas personas y grupos de víctimas que corren el elevado riesgo de convertirse en infractores de la ley y evitar de esta manera que progrese la génesis del delito.

³⁸ Neuman Elías, El Rol de la Víctima en los Delitos Convencionales y no Convencionales, (ob.cit) pág. 67

2.5.4.1. LA VICTIMIZACIÓN

La victimización según el estudio de criminólogos especializados en la relación entre biología y comportamientos antisociales, afirma que los genes no sólo influyen en los comportamientos delictivos de los adolescentes, sino también en las posibilidades de que éstos acaben siendo víctimas de los crímenes de otras personas. Comportamiento afectado es razonable pensar que, si la persona ha sido víctima de violación, es en parte causante de que algunas personas jóvenes sean victimizadas antes que otras, y dado que dicha razón se convierta en victimarios, por lo que existe la posibilidad de que algunos individuos experimenten victimizaciones repetitivas.

Así, los mismos factores genéticos que promueven el comportamiento antisocial pueden promover también la victimización, porque los adolescentes implicados en actos de delincuencia tienden a relacionarse más con delincuentes que a su vez finalmente, estas víctimas serán más tendentes a ser repetidamente victimizadas, y también a victimizar a otras personas.

2.5.4.2. VICTIMIZACIÓN PRIMARIA.

Se entiende por victimización el conjunto de efectos y secuelas que se producen en la víctima o sujeto pasivo de un delito como consecuencia del mismo, ese sentimiento de dolor, en toda su extensión, producido directamente por el delito se denomina victimización primaria. Así las víctimas de un delito de violación sufrirían las consecuencias físicas y psicológicas del impacto violento y de índole sexual contra su libertad y con efectos perdurables en mayor o menor intensidad en el tiempo dependiendo de la fortaleza psicológica o emocional de dicho sujeto pasivo y las circunstancias del hecho violento. La Victimología estudia y analiza sobre el variado y complejo conjunto de daños que padece la víctima, en cuanto al origen y etiología de los mismos³⁹.

Pero las consecuencias del hecho delictivo, a menudo, no se detienen aquí, sino que producen efectos posteriores en la víctima en el momento de enfrentarse con la propia administración de justicia y revivir el hecho cruento y desagradable que supuso el crimen sufrido. En este sentido, la víctima de un delito contra la integridad sexual volverá a repetir la experiencia dolorosa sufrida al tener que relatar los hechos en la comisaría, ante el Juzgado, etc. o al enfrentarse a los interrogatorios capciosos de las defensas en el acto del juicio en los que, a menudo, habrá de probar su no culpabilidad por provocación en la consumación del delito. Desde otro punto de vista, podemos hablar de Victimización.

2.5.4.3 VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.

Se entiende que son terceras personas que, sin ser víctimas primarias en hechos violentos, son testigos del mismo y sufren los efectos psicológicos de dicho crimen. Debido al auge en los últimos años de la relevancia social de los delitos violentos en el ámbito familiar, este estudio va a concretarse en el análisis de la victimización secundaria de los menores como testigos de la violencia habitual doméstica observada en sus progenitores y cómo les afecta en su vida de adultos.

³⁹ Viscarra Pinto Emilio, op. cit., p. 58.

Para ello se hará una exégesis de la violencia doméstica y de los perfiles de los cónyuges, victimario y victimizado, mal tratador y maltratado, que con su conducta propiciaron la victimización secundaria de sus vástagos.

2.5.4.4. VICTIMIZACIÓN TERCIARIA.

La victimización produce aislamiento social, en último término marginación. Todo ello suele producir en una modificación de los hábitos y estilos de vida, con frecuentes trastornos en las relaciones interpersonales.- La actuación de las instancias del control penal formal son, los Policías, Jueces, Fiscal, etc., multiplica y agravan el mal que ocasiona el delito mismo.

En parte porque estas instancias altamente burocratizadas, parecen olvidar los perjuicios ya experimentados por la víctima, la Psicología de esta, su especial sensibilización y legítimas necesidades, etc. En parte también porque la víctima se siente despreciada, maltratada por ellas, como si fuera simplemente el objeto o pretexto de una rutinaria investigación. Algunas situaciones procesales como la confrontación pública de la víctima con el agresor, son experimentadas por esta, como una verdadera e injustificada humillación.

Como se ha dicho con demasiada frecuencia, en víctima del sistema legal, esta victimización se convierte en terciaria, y es aun más preocupante que la primaria y secundaria, por lo tanto la víctima tiene en sus manos, la llave del contacto para la puesta en marcha del sistema legal, ya que la víctima no denuncia el delito, que se ha sido víctima como muchos casos el delito de violación, no comenzará el proceso investigativo y por lo tanto, el delito quedará impune.

2.5.4.5. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES Y VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA.

Pueden hacerle víctima propicia para determinados delitos y están circunstancias pueden ser limitaciones psíquicas y sociales, su escasa capacidad de defensa, poca decisión, el atractivo de su conocido potencial económico el aislamiento o la marginación social, el estilo de vida guarda estrecha relación con dos factores decisivos, a la ha proximidad y la exposición al riesgo. El modo cambiante de cada uno percibe la realidad, sus respectivas actitudes y posturas, relaciones y comportamientos, así como la interpretación que pueden hacer de las responsabilidades del infractor y de la víctima son extremos decisivos en tales procesos de interacción.

La víctima puede desempeñar un papel muy importante en el proceso de motivación del delito, puesto que las imágenes y definiciones con que este opera, actúan como técnicas de neutralización o de justificación de comportamiento delictivo. En todo caso la vulnerabilidad de la víctima potencial, depende de cómo se percibe su atractivo por el posible infractor, más que de su atractivo mismo objetivamente estimado.

2.5.4.6. POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO ANTE LAS VICTIMAS.

Es necesario no obstante, que una adecuada respuesta del Estado de derecho al problema de la víctima dentro del sistema procesal penal, el mismo que debe medirse exclusivamente desde parámetros de eficacia. El estado de derecho

conlleva el obligado respeto a ciertas garantías individuales, legalidad, individualidad, igualdad, seguridad jurídica, etc.

Entre la responsabilidad del Estado tiene que haber una política de resocialización, reparación y tratamiento de las víctimas, de establecer formulación y ensayos de programa y estrategias de asistencia, como existe en los Estados Unidos, más de Quinientos programas de ayuda y compensación a la víctima. Dentro de los programas de asistencia inmediata, se debería ofrecer servicios relacionados con las necesidades más imperiosas, de tipo material, físicos, Psicológicos, que experimentan las víctimas de ciertos delitos frecuentemente no denunciados.

Entre este grupo están los sujetos vulnerables y prioritarios, que nos hablan como resultado de todo esto hay muchas ventajas, ya que da la posibilidad de contribuir a una mejora actitud de los ciudadanos con respecto al sistema. Por lo que operan en el seno de este, que permiten al infractor concienciarse y comprobar los males ocasionados con su delito, perspectivas muy positivas en orden a su deseable resocialización.

Dentro de la política del Estado se debe definir el rol de la víctima y las relaciones recíprocas entre esta y el sistema legal, que es el respeto hacia la víctima y solidaridad social, y con estos dos valores que han de presidir la actitud y comportamiento del sistema, de todas sus instancias respecto a la víctima, ya que la misma no necesita compasión sino respeto, asesoramiento, asistencia y solidaridad de los poderes públicos, de las instancias del control social penal, de su entorno social de los medios de comunicación.

2.5.4.7. FORMAS DE CONTROL SOCIAL.- SUBJETIVA

Se pueden categorizar aquí: la calidad de los motivos determinantes, el valor o desvalor ético de los motivos de actuación, aquí vale lo que en general se ha dicho en Alemania en cuanto a que *"la valoración de la persona del autor se puede tomar en cuenta sobre todo en la circunstancia de si los hechos son expresión de una inclinación criminal, o tan sólo se presentan como delitos ocasionales desconectados entre sí"*. También, se pueden agregar las demás condiciones personales del sujeto o de la víctima si y sólo si han influido directamente en la comisión del delito, la conducta del agente posterior al delito, o bien durante el proceso penal mismo.

Una orientación a la teoría jurídica del delito que se dirija a someter la magnitud de la pena a lo que arroje la valoración sobre el hecho cometido, y con prescindencia en la determinación judicial de la pena de toda consideración preventivo especial, y de aquellos elementos que se relacionen con la personalidad del autor. En este modelo deben prevalecer el desvalor de resultado y la afectación al bien jurídico.

Para finalizar este apartado, cabe preguntarse qué ocurre con la vulneración de este principio y si puede el juez dejar de aplicar una pena señalada por la ley en virtud del principio de proporcionalidad. Para responder a lo primero, es claro que

si el juez aplica una pena mayor que la señalada por la ley procede el recurso de nulidad por errónea aplicación del Derecho, por tratarse de una vulneración al principio de legalidad.

2.5.4.8. CONTROL SOCIAL PRESUNTIVO.

El Derecho Penal Estatal que conocemos surge históricamente, justificado como medio de protección del autor del hecho frente a la venganza del ofendido a su familia, como mecanismo para el restablecimiento de la paz. La historia del Derecho Penal muestra sin embargo, como fue utilizado exclusivamente en beneficio del poder estatal para controlar ciertos comportamientos de individuos sobre quienes infringió crueles e innecesarios sufrimientos, y como excluyó a la víctima al expropiarle sus derechos.

El control social es un subsistema en el sistema global del sistema social⁴⁰, que difiere de este por sus fines (prevención o reprensión del delito) y por los medios que se sirven, como penas y medidas de seguridad. En los delitos de acción privada la víctima es titular exclusiva de la acción penal. Frente a la concentración en las facultades en los órganos del Estado, las víctimas están constituidas como sujetos privados en la realidad, esto es, como sujetos sin derechos.

2.5.4.9. CONTROL SOCIAL OBJETIVO.

Los aspectos objetivos del hecho punible, pueden variar desde la específica entidad de la lesión o el grado de peligro al cual fue expuesto el bien jurídico, la densidad del daño efectivamente causado, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, como las modalidades de comisión, empleo de armas, grado de violencia impetrada sobre la víctima, la recalcitrante tenacidad del agente, grado de energía desplegada en la actividad, o en los casos de omisión, el grado de infracción al deber, el grado de energía desplegada por el victimario, la unidad o pluralidad de víctimas, la ulterior situación de esta o de su familia, etc.

En fin todos aquellos criterios que no fueron abarcados previamente en la configuración de la pena.

2.6. LA ESTIGMATIZACIÓN.

La estigmatización es una condición que seguramente nació con los primeros seres humanos. Quienes la padecen suelen ser excluidos y sometidos muchas veces a ostracismo. En ocasiones el daño es irreparable y las marcas imposibles de borrar. Los suicidios por la crudeza con la que en ocasiones se ejerce la estigmatización no son infrecuentes. Las personas que son marcadas entienden los significados de la crueldad y de la ignominia, marcar con hierro candente a los esclavos era práctica común.

⁴⁰ Viscarra Pinto Emilio, Introducción a la Criminología, pág. 425

Ahora no se utiliza el hierro, pero sí otros agravios similares que duelen distinto, pero matan igual. A los esclavos, que siguen abundando, y a los que no son, se les infama por medio de actitudes parecidas. Uno quisiera pensar que el fenómeno de la estigmatización debería ser proporcionalmente inverso al de la sabiduría. Y uno quisiera también pensar que la sabiduría debería ser proporcionalmente directa al paso del tiempo. Ambos supuestos son erróneos.

El hambre por la sabiduría nada tiene que ver con el hambre espiritual quizás, incluso en ocasiones, sucede lo contrario.

Tres casos que devienen estigmatización bastan para ilustrar algunos de los significados de la condición humana. Es obvia la insana participación del poder, y es igualmente evidente la complicidad de políticos y empresas en la generación y perpetuación de la estigmatización. Son dos las grandes metas de la ética: bregar por la justicia y aspirar a la felicidad. Justicia universal, felicidad, al menos mínima, para todos. Quienes generan estigmatización y quienes los acompañan niegan esos principios.

Es por esto que la misión y finalidad del tratamiento del que delinque debe tender a sintonizarle con la comunidad, es decir, a resocializarle. La mejor profilaxis de la delincuencia será la educación correcta ya que la conducta del delincuente procede del desaliento social, el individuo que ha transgredido la norma no debe ser más desalentado por la pena, sino que debe ser alentado con otras medidas.⁴¹

2.6.1. ETIQUETAMIENTO CRONOLÓGICO.

En éste análisis se pretende presentar de forma escueta, por consideraciones de espacio, la visión que sobre el comportamiento desviado tuvieron algunos de los pensadores durante la primera parte del siglo XX. Además dentro de lo posible, contextualizar esas ideas en torno a la forma en que la sociedad actual se acerca a los jóvenes que se desvían de la norma.

El trabajo comienza mirando el pensamiento de Robert Merton y su redefinición de la teoría de la anomia. Con esta nueva definición, Merton denunció las

⁴¹ Jiménez de Asúa Luis, Psicoanálisis Criminal, Tomo I, Del Arco Ediciones, Cuenca Ecuador, pág. 230-231

incongruencias entre las expectativas sociales y los recursos para alcanzar las mismas, como causas de la conducta desviada.

Se incluye luego una revisión del trabajo de Edwin Southerland, quien al estudiar los llamados crímenes de cuello blanco abrió las puertas para entender que el comportamiento desviado no está necesariamente relacionado a causas patológicas individuales o ambientales, desarrollando así su teoría de la asociación diferencial.

La teoría del etiquetamiento llama a los criminólogos y sociólogos para que estudiaran a los que definen las acciones como desviadas y no necesariamente quienes realizan las mismas. Para Becker, y demás interaccionistas, la pregunta es ¿quién define al criminal?, y no ¿quién es criminal?

No obstante, a pesar de que esta reflexión pretende mirar el trabajo de estos pensadores desde esa perspectiva crítica, la tesis central de este escrito es que gracias a este pensamiento, y al de pensadores como ellos, se pudo romper con unos paradigmas criminológicos positivistas que minimizaban la conducta de la persona desviada como un problema individual que necesita corrección y rehabilitación para que el ofensor regrese a una conducta centrada y ordenada.

Con esta teoría del etiquetamiento, el interés del estudio del comportamiento desviado no se enfocará en el individuo, sino en la sociedad, cambiando no solo las premisas, sino también las interrogantes de los criminólogos psicólogos y sociólogos de la desviación. Quién es el desviado deja de ser importante dando paso a otras interrogantes como: En este sentido, se puede percibir como el estudio del comportamiento desviado desde la perspectiva interaccionista se va a enfocar mas en el análisis de cómo funcionan los mecanismos sociales de control como la policía, los jueces, y las cárceles, entre otros ⁴².

Por tanto, esta teoría entiende que una vez señalado el individuo como consecuencia de una acción desviada, no le quedarán muchas más opciones, excepto asumir esa etiqueta y seguir con un patrón de conducta desviada. Por lo que ha vulnerado una norma penal, como “la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena”.

⁴² Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal Tomo I, pág. 278

A esa primera violación de la norma se le conoce como “desviación primaria” y las violaciones que se deriva de esta se le conoce como “desviaciones secundarias” pretendían reducir el comportamiento de los seres humanos a un objeto de estudio bajo los parámetros de las ciencias naturales, es poco a poco sustituida por formas de analizar mucho más eclécticas que reconocen que no hay soluciones únicas para problemas complejos como los que pueden derivarse de la desviación social.

2.6.2. CONDUCTA DESVIADA

El estudio de "la desviación social", es una consecuencia de considerar a la sociedad como un sistema social estable e integrado. Esa estabilidad e integración resultan principalmente del funcionamiento de estándares morales o de orientación valorativa. Por otra parte la definición de conducta desviada, como infracción de normas, implicaría que el "conflicto social" y el conflicto político quedarían absorbidos dentro del estudio de la desviación.

Para evitar imprecisiones y ambigüedades, Merton establece una distinción entre: conducta aberrante, conducta conformista y conducta rebelde. La relación entre desviación social activa, desorganización y patología social. La conducta desviada es interpretada como una manifestación de desorganización social. Surgiría como resultado de defectos en alguna parte de esa organización y pondría en evidencia un desajuste en las normas, en las expectativas institucionalizadas.

Esta relación entre conducta desviada y desorganización social, precede Durkheim a través de su análisis de la anomia, mientras que las necesidades físicas del hombre están reguladas por la estructura orgánica, las necesidades morales no poseen límites biológicos. Los límites que tiene son sociales y están impuestos por una fuera exterior: el orden colectivo.

2.7. ESTUDIO CRÍTICO A NUESTRO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

Nuestro modelo atraviesa una grande crisis, es decir padece de una enfermedad endémica que ya no resiste mas parches fruto de una agobiante sobrecarga procesal siendo muy notoria la imposibilidad de nuestros Tribunales a cargo de

los Jueces de Garantías Penales, para procesar el conflicto social propiciado por el delito, con celeridad y eficacia, desde un plano garantista.

Para poder hablar en serio de lo que ha de significar la idea del Debido Proceso y la vigencia de la tutela judicial efectiva y en la realidad el trámite de una causa, situación a la larga genera impunidad y un debilitamiento de la seguridad Jurídica consustancial a las máximas del estado de derecho.

Una justicia penal que no puede ser entendida exclusivamente en términos retributivos aunque se diga que se orienta a hacia fines preventivos, pues he sabido que la respuesta jurisdiccional también debe recoger la pretensión indemnizatoria de la víctima que ha sufrido en sus bienes jurídicos los efectos nocivos de la conducta criminal.

Las estructuras anacrónicas burocráticas y excesivamente formalistas, que rigen el actual modelo, convierten al proceso penal en un fatigoso tortuoso procedimiento es decir una viacrucis para los litigantes, cuya consecuencia inmediata es la desconfianza y el recelo hacia la administración de justicia, con ello, la deslegitimación misma del sistema que propicia un distanciamiento de la población con la judicatura de lo que sirve a su vez de carga de cultivo para el incremento de la fenecí del delito.

La reforma procesal penal que actualmente esta rigiendo en nuestro país se encuentra en una etapa en realidad transcendental por lo que parece ser que las autoridades políticas han tomado conciencia de la importancia que significa la adopción de un nuevo modelo procesal penal, que deje atrás el sistema inquisitivo por este nuevo modelo de Sistema Acusatorio Oral, garantista de inclinación adversaría.

Esta crítica no se la debe considerada irracional o infundada, sino que la misma constituya un anhelo de que sea un aporte para la discusión jurídica deseando que la legislación ecuatoriano sea perfeccionada y que responda a nuestra realidad y tradición jurídica que de seguridad y respeto a los derechos fundamentales del hombre y que sea del cauce para llegar a la justicia.

2.7.1.- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA INADECUADA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Se dice que existe una inadecuada administración de justicia, cuando el Estado incumple su obligación de proporcionar un servicio de justicia eficaz y oportuno en primer lugar, a los daños ilegítimos que se causen por el habitual funcionamiento de aparato burocrático de la Administración de Justicia; y, en segundo lugar por todos aquellos actos u omisiones realizados, culposa o dolosamente, por los operadores de justicia, que causen un daño ilegítimo a los involucrados en el proceso judicial; básicamente aquellos presupuestos que establece la Constitución de la República del Ecuador.

La pregunta clave es: ¿Hay responsabilidad del Estado por el funcionamiento inadecuado de la Justicia?

Evidentemente la respuesta es Sí, pues recordemos que la justicia es un servicio público además de ser esencial; y, es un servicio público que debe prestarse en condición de igualdad para todos, de oportunidad, de eficiencia y de calidad, para que pueda cumplir con las exigencias señaladas en nuestra Constitución que reiteradamente señala en la introducción, que el Ecuador es fiel entre otros a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz.

De lo anotado se colige que la responsabilidad del Estado, respecto de proveer una adecuada administración de justicia se fundamenta en que éste ejerce el monopolio de la potestad jurisdiccional; y en esa medida está obligado a proporcionar con arreglo al ordenamiento jurídico un procesamiento adecuado, oportuno y eficaz de los conflictos sociales que se ponen a su consideración.

Daños causados por una inadecuada administración de Justicia. Para procesar los daños ocasionados por la inadecuada administración de justicia, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha establecido una vía específica por la cual el Estado concrete su responsabilidad para este supuesto.

Sin embargo, al hacer la revisión de los recursos que pueden interponerse en el procesamiento penal, se encuentra que solo en el caso del recurso de nulidad, existe las causales para procesar las infracciones al Debido Proceso que influyan de terminantemente en la decisión de la causa.

De lo anotado en esta parte de la Constitución, se engloba dos supuestos:

a.- Actos que hayan producido la prisión de un inocente, esto es privación injusta de la libertad en estricto sentido.

b.- La detención arbitraria.

Al respecto hay que anotar que la Constitución dispone: "Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada". O sea que toda persona debe ser tratada como inocente mientras no exista una sentencia penal de condena: de tal modo, como dice el tratadista Carrara "La Constitución protege a este hombre porque es inocente así lo proclama hasta que no haya sido probado su culpabilidad.

Con los modos y formas que prescribo y que debí respetar" esto es, que en nuestro Ordenamiento Penal Procesal impera un estado de inocencia, desde el momento en el cual el Juez inicia el proceso, especialmente cuando decide vincular a alguien al mismo, debe estar guiado por esta norma rectora.

Esta es la garantía más importante, que se encuentra sobre las demás garantías constitucionales cuando se trata de un proceso penal. Por tal razón señores Jueces, tened en cuenta que la presunción de inocencia es antes que nada una posición de ventaja que la Constitución del Ecuador atribuye al ciudadano que se encuentra en posición de parte acusada o es objeto de una presunción penal.

Recalco, es el eje sobre el cual gira todo el proceso penal y específicamente en el nuevo Código de Procedimiento Penal, porque se trata que hoy en día en el país estemos viviendo un sistema de garantías fundamentales. De este modo, todo procesado es inocente y por tal se debe reducir al mínimo las medidas restrictivas de sus derechos, una vez más recordemos que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional, que solo procederá cuando las demás medidas cautelares no sean capaces de asegurar la presencia del procesado en le audiencia de juzgamiento y prueba.

Hay que tener en cuenta que el principio de inocencia impone que la carga de la prueba corresponda a los acusadores y al fiscal; y que para desvirtuarla sea necesario que la prueba practicada haya tenido lugar en un juicio con todas las

garantías procesales y formalidades previstas. Para condenar señores Jueces, es indispensable la certeza de la culpabilidad, debido a que es la inocencia la que se presume cierta.

2.8. DEFINICIÓN DE SENTENCIA.-

Es la decisión del juez, acerca del asunto o asuntos principales del Juicio. La sentencia es de dos maneras: Interlocutoria y Definitiva. Es interlocutoria, la que decide algún incidente o artículo del pleito y dirige la serie u orden del Juicio, es en definitiva lo que se da sobre la sustancia o el todo de la Causa, absolviendo o condenando al demandado o reo.

Chiovenda dice: *“sentencia en general, es la resolución del Juez, que acogiendo o rechazando la Demanda del actor, afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta de Ley, que le garantiza un bien, o lo que es igual respectivamente la inexistencia o existencia de una voluntad de Ley que le garantiza un bien al demandado”*. Mas sencillamente Eduardo Pallares Diccionario, afirma que: *“sentencia es el acto jurisdiccional, por medio del cual el Juez decide las cuestiones principales materias materia del Juicio o las incidentales que haya surgido durante el proceso”*.

En las Sentencias y Autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal se expresara, el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión.

No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia y de Caución por la mera referencia a un fallo anterior. La Sentencia Penal en sí, su importancia surge en virtud de las consecuencias que la misma provoca en la Sociedad y en el individuo, por lo tanto marcando esta el fin del Proceso por lo que decimos, que ha concluido en una Sentencia, logrando su plena existencia.

Pero cuando la Sentencia ha surgido a la vida Jurídica, el proceso ha concluido y en consecuencia lo que pueda derivarse jurisdiccionalmente de esa Sentencia, el ejercicio del Derecho de impugnación, demanda de indemnización de daños y perjuicios etc.

2.8.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SENTENCIA CONDENATORIA PENAL.

El Proceso Penal se inicia con el objeto de imponer la pena a la persona, que dentro del Proceso es declarada responsable penal, por lo que por causas excepcionales es lo que surge la Sentencia Absolutoria que es lo que impide que el Proceso Penal se pueda perfeccionar. Hablando de la Naturaleza Condenatoria Penal diríamos, que la misma concluye el Proceso Penal mas no una etapa del proceso, ya que la Instrucción Fiscal tiene como objeto el establecimiento conforme a Derecho de la existencia del acto típico, la identificación plena del procesado por dicho acto y la relación causal del mismo con el autor.

La etapa del juicio también tiene sus finalidades propias: La comprobación de la imputabilidad y culpabilidad del acusado, en consecuencia, cuando las etapas principales del proceso penal puede concluir de manera normal y perfecta. Si no se alcanza alguna de las finalidades de las mencionadas etapas el proceso debe concluir de manera anormal o puede concluir de manera normal pero no perfecta sentencia absolutoria.

Tenemos que darnos cuenta que finalmente no hay duda que la sentencia es el acto procesal, que concluye el proceso penal el mismo que constituye la máxima decisión del órgano jurisdiccional penal, también diríamos que la sentencia es un acto jurídico fundamental proveniente del poder jurisdiccional del Estado, el mismo que a través del órgano hace una declaración de voluntad, ya que la sentencia sintetiza y hace la voluntad de la Ley, ya que la función de administrar justicia proviene del órgano jurisdiccional.

Jorge Claria Olmedo, dice:” *Que la sentencia como documento escrito afirma que no existirá como sentencia en sentido jurídico mientras se conserve el mente del juez ni aunque este la transmita, se requiere que el razonamiento y la resolución, queden reflejados por medio de la escritura en forma de documento para que el acto procesal de la sentencia exista jurídicamente y produzca los efectos previstos, una vez cumplida las demás condiciones de Ley*”⁴³.

⁴³ Zavala Baquerizo Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial Edino, pág. 107.

El hecho jurídico es decir el acto procesal, no necesita de la sentencia para vivir, ya que la misma surge como manifestación de la voluntad luego de la deliberación, pero solo se convierte en un acto jurídico capaz de producir los efectos jurídicos previstos por la Ley, en el momento en que toma su forma objetiva, material esto es cuando se convierte un documento escrito que contiene las exigencias mínimas que la Ley procesal penal exige para que se forma la sentencia, la misma que exige la suscripción del instrumento.

“La Sentencia Condenatoria en el Art. 312 del Código de Procedimiento Penal, deberá mencionar como se ha comprobado conforme a Derecho la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; determinará con precisión el delito por el cual se condena, y la pena que se impone. También debe determinar, cuando corresponda la suspensión condicional de la pena, y debe fijar el plazo.

Dentro del cual se ha de pagar la multa. Se debe decidir sobre las costas, la entrega de los objetos incautados, el decomiso, y la destrucción de objetos, según lo previsto en la ley”⁴⁴.

Los miembros del Tribunal, al dictar la sentencia condenatoria, tienen que tener la certeza, sobre la existencia, como la culpabilidad del acusado, es decir que el Tribunal debe de estar convencido, las razones por la cual se motiva la sentencia, y que el delito existió jurídicamente, y que el acusado es el agente del mismo, ya que la certeza es creer en firme.

Por lo que la sentencia condenatoria, debe tener como presupuesto, la comprobación conforme a derecho, de acuerdo a los medios probatorios legalmente solicitados, presentados , practicado y laborado, de la existencia de la infracción, lo que nos ayuda a establecer, en lo que se fundamenta la sentencia condenatoria⁴⁵, es decir la relación causal existente, entre el resultado típico, y la conducta del acusado, como lo determina el artículo 11 del Código Penal, es decir cuando el Tribunal tiene la certeza que ha existido jurídicamente el delito, que tuvo como objeto el proceso.

⁴⁴ Zavala Baquerizo Jorge, ibíd., p.188.

⁴⁵ Zavala Baquerizo Jorge, ibíd., p. 225

La sentencia condenatoria, la importancia especial que asume con respecto a cualquier otro acto Jurisdiccional, por lo que la importancia trascendental que la pena que se impone en la sentencia, que tiene para el condenado.

Por lo que la sentencia condenatoria al imponer la Pena, extingue la situación jurídica que hasta ese tiempo amparaba al acusado y era garantizada por el Estado, cual es su estado de inocencia, es decir su situación jurídica, la misma que en virtud de la sentencia de condena formalmente ejecutoriada es reemplazada por la situación jurídica de culpabilidad con todos los efectos jurídicos y sociales que da a lugar.

La situación jurídica de culpabilidad a diferencia de la de inocencia, es temporal, limitada y concreta por lo que diríamos que se es culpable por una infracción declarada en sentencia condenatoria, por la que se satisface en una pena en la media y en la forma prevista en la ley penal y reconocida en la sentencia, caducando una vez satisfecha la pena o extinguida la misma, por lo que en el futuro solo volverá a tomar valor jurídico de la sentencia condenatoria, no la situación jurídica de culpabilidad en el caso de reincidencia.

Diríamos que la pena hace surgir la importancia extraordinaria que tiene en el mundo jurídico la sentencia condenatoria penal, por estar dentro de ella la voluntad de la ley penal, que tiene como fines que el reo sufra un mal con fines individual y social, por haber cometido una infracción, esto es por la grave consecuencia privada y social que provoca. Por lo tanto la naturaleza jurídica de la sentencia condenatoria penal tiene una importancia particular y extraordinaria no solamente porque el estado tiene el poder efectivo de imponer una pena de parte del órgano jurisdiccional sino que es el único medio que tiene el estado para hacer realidad las consecuencias de la violación de la norma jurídica contra quien la ofende.

Por lo que diríamos que la sentencia condenatoria más compleja y laboriosa que la ratificación de la inocencia, y como se llamaba antes sentencia absolutoria, esto lo digo porque la sentencia condenatoria aparte que tiene que dejar establecido la existencia del acto antijurídico típico con todas las circunstancias objetivas, subjetivas, principales, secundarias también tiene que quedar establecido de forma

concreta el grado de culpabilidad del acusado a quien se le proceso el acto antijurídico.

Por lo que como consecuencia de todo esto nace lo que llamamos acción resolutive o dispositiva de la Sentencia Condenatoria, donde no solamente se debe establecer la pena principal, sino también las accesorias y las medidas de seguridad subsecuentes a fin de conocer de manera precisa inobjetable clara, la pena que tiene en forma imperativa que tiene que ejecutarse, es decir establece la cantidad calidad de la sanción que debe cumplir el condenado el tiempo y la manera determinada en la Sentencia Condenatoria.

2.8.2. REQUISITOS DE LA SENTENCIA CONDENATORIA PENAL.

El Art. 309 del actual Código de Procedimiento Penal nos hace mención sobre los requisitos de la sentencia pero estos no son los únicos pues ahí hay otros que no se los han impuestos en esta disposición, los más comunes son:

La que dicta el Tribunal debe ser escrita, por ser un hecho, un acto, un instrumento, es decir formalizada en un documento cuyo original viva en un proceso como un acto procesal que dio fin a la instancia y que el secretario del órgano jurisdiccional cuya copia debidamente certificada, quede en el archivo del juzgado que finalizó el proceso, lo que da una garantía tanto a la sociedad, en el sentido de que en cualquier tiempo cualquier persona logre enterarse del contenido de esta sentencia.

La sentencia tiene que contener un requisito necesario formalizado, que es la mención del tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta y la hora en la que surge a la vida jurídica, como le menciona la Ley, es sumamente imprescindible que se conozca el lugar donde se dicto la sentencia, para los efectos de competencia, y la fecha y la hora es con la finalidad de que establezca desde que momento la sentencia surtirá efecto jurídico.

La sentencia tiene que ser necesariamente motivada, porque se trata de una decisión de un bien público con afectación a las personas y por lógica jurídica y por seguridad procesal tiene que contener los fundamentos de hecho y de derecho de la decisión de los jueces, constituyendo la motivación de la sentencia o una garantía para el acusado y una seguridad para el juez que la dicta.

Por lo que de esta manera tiene conocimiento del motivo de la condena y tiene que estar relacionado con la motivación, por lo tanto se estaría explicando a las partes procesales y a la sociedad que esta decisión ha estado basado estrictamente en la ley. En la sentencia viene la parte resolutive es decir que le ha puesto fin al proceso de acuerdo a la instancia de que surge sin que esto puede ser objeto de impugnación es decir a recursos, como la autoriza la ley.

La sentencia aparte de ser definitiva tiene que obligatoriamente concretar su situación jurídica la característica de la sentencia es la motivación con la que se encuentra estrechamente unida. La condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción en la determinación al monto económico al ser pagado al ofendido, haya o no presentado Acusación Particular.

La existencia o no de una indebida actuación por parte del fiscal o defensor, en tal caso se notificará en la sentencia al Consejo de la Judicatura lo que garantiza una verdadera tutela judicial. La sentencia debe estar suscrita es decir firmada por los miembros del tribunal por ser un órgano pluripersonal por ser de tres integrantes, salvo el caso del Art. 317 que habla de los votos salvados.

Para condenar o absolver se requiere de dos votos, por lo que quien tenga un decisión contraria da por escrito su voto salvado. Podría darse el caso que unos de los miembros del tribunal no firme la sentencia o por cualquier sentencia formalmente comprobada el actuario del tribunal tendrá la obligación legal de asentar razón, luego notificara la sentencia.

Por lo que y paradójicamente sin que se sancione al juez. Según el Art. 409 del Código de Procedimiento Penal, al que ha litigado con mala fe adicionalmente se lo puede mandar a pagar los Costas Procesales, que consisten en los gastos que le han ocasionado al acusador durante la sustanciación del proceso además de los gastos con los peritos, todo esto será a favor de la persona que tiene la calidad de ofendido. Sentencia de Instrucción, esta Sentencia comprende dos grupos:

Sentencias Preparatorias y las Interlocutorias: *Las Preparatorias* son aquellas que son dictadas para la substanciación de la causa, y para ponerla en estado de recibir fallo definitivo, mientras que las *Interlocutorias* son aquellas dictadas en el

discurso de un pleito, antes de establecer derecho, ordenando la prueba, verificación o tramite de sustanciación que prejuzgue el fondo.

Ambas se distinguen en que las Sentencias Preparatorias nunca prejuzgan el fondo, lo que quiere decir que el tribunal con la misma no deja entrever por cuales de las partes se decidirá, mientras que en las Preparatorias el Tribunal ha aceptado un pedimento de fondo de una de las partes dejando entrever la decisión a tomar. La Sentencia es un acto jurisdiccional que emana de un juez que pone fin al proceso o a una etapa del mismo, la cual tiene como objetivo reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica así como formular ordenes y prohibiciones.

Esta es regida por normas de derecho público, ya que es un acto emanado por una autoridad pública en nombre del Estado y que se impone no solo a las partes litigantes sino a todos los demás órganos del poder público; y por normas de derecho privado en cuanto constituye una decisión respecto de una controversia de carácter privado, cuyas consecuencias se producen con relación a las partes litigantes. Sentencias de Expediente, es aquella que es pronunciada respecto a un proceso entre partes que han estado de acuerdo con respecto acerca del asunto sometido al tribunal.

En ambos casos, se ha ponderado el hecho de que la sanción estatal es innecesaria ante la verificación de un sufrimiento mayúsculo por parte del sujeto activo del delito, puesto que, todo juez debe individualizar una relación entre el daño causado y el daño sufrido, como garantía para evaluar la viabilidad del beneficio.

La jurisprudencia y la doctrina penal, venían reconociendo la idea de la proporción, en su sentido más estricto, como una característica irrenunciable de la pena, en la década de los noventa comienzan a ofrecer una formulación más elaborada de lo que implica el concepto de la actuación pública proporcionada, en la que se tienen presentes el conjunto de rasgos del Derecho penal actual que lo han ido definiendo como un derecho preventivo, mínimo, fragmentario y subsidiario.

Su ámbito de aplicación, su contenido y los criterios que definen la idea de proporción, ha estudiado lo que se conoce como relatividad del principio, la distinción entre proporcionalidad abstracta y concreta. La proyección del principio

en la teoría del delito y la vinculación de lo proporcionado tanto a los fines a que aspira el Derecho Penal como a la gravedad del hecho que obliga a prever o imponer la pena de la que se quiere predicar su proporción, finalizando con una atención más específica a lo que implica la exigencia de proporcionalidad concreta en el proceso individualizador de la pena.

2.8.3. ORIGEN HISTÓRICO DE LA PENA.

La idea de la pena nació en los hombres primitivos del sentimiento de venganza, a infligirle un mal al que le hubiere causado un mal a otro, y ello mucho antes que las especulaciones racionales demostraran que ese procedimiento estaba de acuerdo con la justicia y que era indispensable para la defensa de los derechos humanos.

De esa manera el creador omnipotente conduce a la criatura a la ciega observación de sus leyes. La armonía universal es el resultado de un principio único, constituido por el supremo motor, como órgano del orden y del progreso en la creación, así en el mundo físico como en el mundo moral.

En las sociedades primitivas, el sentimiento congénito de la venganza privada fue elevado de su naturaleza de deseo a la altura de un derecho; exigible, hereditario, redimible a voluntad del ofendido; de un derecho que por muchos años se consideró como exclusivo del ofendido y de sus parientes. Siendo el origen histórico de las penas.

Lo encontramos en los libros de Moisés, en los cantos de Homero, y los viajeros lo han encontrado en Asia, en África y en los pueblos del nuevo mundo. Después de civilizarse los hombres por obra de la religión, tomó esta la dirección universal de sus sentimientos, de donde surgió la idea de que los sacerdotes debían ser los que regulen la venganza privada; por lo que una vez introducida la idea religiosa en la pena y sometidos los juicios a la forma teocráticas, el concepto de la venganza divina se sustituyó por la venganza privada.

Siendo esta una idea civilizadora en su origen, por que los hombres de esa época sin cultura, y que consideraban la venganza como un derecho suyo, no se habían resignado a dejar ese supuesto derecho en manos en manos de otros seres

semejantes a ellos, y se insinuaba que el satisfacerlo era un derecho exclusivo de Dios.

Pero al desarrollarse la civilización los pueblos adquirieron la idea del estado, y personificada de esa manera la sociedad civil, se asentaron instituciones de gobierno sobre esta nueva idea, que con el tiempo, se fueron purgando de mezcla teocrática, siendo esta la manera, que se le adaptó el antiguo concepto de venganza en las penas, considerándose el delito como ofensa a la persona particular, o a la divinidad, sino como ofensa a toda la sociedad, y la pena no se la consideró como venganza privada, sino como venganza a la sociedad ofendida.

Por lo que el sacerdocio que había quitado a los particulares la facultad de castigar, constituyéndose en el único regulador supremo de ella, vio que esa función, le arrebatava la autoridad encargada de dirigir el Estado, como representante de la Nación ofendida. Por lo que sustraídos los delitos a la jurisdicción sacerdotal, primero los políticos y después los religiosos, tuvieron su represión con lo dispuesto en las leyes del Estado y por sentencia de los jueces.

Se insistió en que la venganza es un fundamento primordial como castigo del delincuente, y durante muchísimos años se originó la fórmula de la venganza, ora privada, ora divina, ora pública, sin preocuparse mayormente de la legitimidad jurídica de los castigos. Siendo tan natural e incontestable, parecía el derecho de vengarse, que la controversia nació solo cuando se quiso establecer a quién le pertenecía ese derecho, y consiguientemente, a nombre de quién debía ejercerse.

Siendo este el proceso histórico de las penas, como lo demuestran las tradiciones de todos los pueblos. Por ello los filósofos antiguos sin que se excluya a Cicerón tuvieron como expresiones sinónimas las palabras ultio defensio, y poema venganza, defensa y pena.

El estudio jurídico de la pena, y su origen histórico, en donde no se trata de averiguar porque lo han hecho los hombres, sino porque se debe hacer, y el porqué de proceder así con el fin de que hallado un fundamento jurídico, al hecho pueda este mismo suceso, ser continuado con segura conciencia por los gobernantes de los pueblos y ser respetado por ellos como ejercicio legítimo de un derecho al cual el delincuente no tiene razón de oponerse.

El derecho de castigar que tiene la autoridad del Estado emana de la ley eterna del orden aplicado a la humanidad que es como decir que emana de la ley natural. Cuando hablo de ley natural, de derecho natural no entiendo por naturaleza las condiciones materiales del ser humano, pues este falso concepto que fue origen de tantos errores, conlleva a confundir las necesidades y apetitos del hombre individual considerado, con los derechos de la humanidad.

A veces los apetitos humanos, puede ser la revelación espontánea de la ley natural, cuando son racionales esto es cuando se coordinan con el respeto a los derechos de todos, pero no debe confundirse a la ley natural, con la palabra que en cierto casos la promulga, pues ella precede a esos apetitos, más no procede de ellos, del mismo modo que precede a todo hecho humano. La ley natural es como lo define Aristóteles: ley del orden establecido por la humanidad por la mente suprema.

Por lo que se unifican el principio de la justicia absoluta cuyo primer arquetipo es la ley natural; el principio de la conservación, cuyo instrumento divino es la ley misma y el asentamiento espontáneo de la conciencia universal, que constantemente promulga aquella ley. Siendo estas tres ideas que unifican la fórmula, no ya con tres cosas distintas que puede reunir la fantasía de un eclético para formar un sistema, sino como tres elementos o condiciones ínsitas por naturaleza a un principio único de él inseparables.

La necesidad de castigar es la única razón de la autoridad. Supóngase que ningún hombre violara jamás los derechos ajenos, o que la ley moral tuviera en si misma suficiente fuerza de coacción, o que bastara la sanción, como acontece con las leyes físicas, entonces el gobierno sería una cosa superflua y una injusticia.

La mutua ayuda ante las necesidades de la humanidad y el progreso intelectual indefinido del hombre, que marcha sobre la tradición, encontraría todo lo que necesitan en la única asociación fraterna, a la cual se ve impelida la humanidad y en la cual se mantiene para dar impulso irresistible.

La ley moral puede ser violada a causa de la libertad humana y de las pasiones perversas que arrastran demasiado el mal; no obstante expuesta de esta manera a

ser violada, no tiene en si misma sobre la tierra una coacción eficaz, ni una sanción inmediata y tangible.

De ahí que las necesidades de la humanidad exigieran que esa coacción y esa sanción vinieran a complementarla. Y el instrumento de la ley eterna destinado a ser su complemento, es la autoridad social, la cual consigue ese objeto mediante la amenaza y la irrogación de un mal sensible a los violadores del derecho (función punitiva) protegiendo así legítimamente los derechos de los asociados y los propios.

2.8.4. LAS PENAS EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL.

El juez de garantías penales en el momento de dictar las sentencias es decir al aplicar la pena, tiene la facultad que nuestro Código Penal existe un mínimo y un máximo tanto en la pena privativas de libertad como a las multas, teniendo un criterio libre el juzgador pero debe considerar en forma especial a parte de la aplicación de la norma jurídica punitiva la sana critica y todas las circunstancias que rodean al caso tomando especialmente las subjetivas del acusado.

Toda pena es individualizada para cada acusado, según las circunstancias del caso y el juez tiene la obligación de analizar también la personalidad del infractor así como también y los motivos que rodearon al hecho, de conformidad con el artículo 29 del Código Penal en referente a las circunstancias atenuantes, las misma que incide en la fijación de la pena, pero tenemos conocimiento que no son las únicas ya que para el garantista del debido proceso puede existir otras.

La finalidad es de disminuir la sanción ya sea por las causas subjetivas, que llevaron al individuo a romper las normas jurídicas su conducta con respecto al acto y sus consecuencias tomando en consideración la escasa o ninguna peligrosidad del infractor, en la disminución de la malicia.

Entonces tenemos el problema que si nos vamos al estudio técnico jurídico de la definición de *Penología*, ésta es un sinónimo del Derecho Penitenciario, toda vez que ambas estudiarían la pena y sus consecuencias, tanto el Derecho Penitenciario como la Penología tienen el mismo objeto de estudio, el cual no puede ser justificado como diversos autores han pretendido hacer tratando de validarlo, toda vez que refieren que la diferencia estriba en que uno es Derecho Penitenciario

como dogmática jurídica y la Penología es una Ciencia Causal Explicativa, por lo cual, ambas tienen el mismo objeto de estudio.

De ninguna manera podemos considerar válida la idea que algunos tratadistas emplean, por la simple y llana razón que no importa si el Derecho Penitenciario como dogmática jurídica y la Penología tienen objetos de estudios iguales, toda vez que ambas tienen el grado de Ciencia, el Derecho Penitenciario por el simple hecho de pertenecer a la dogmática represora del IUS PUNIENDI se convierte en Ciencia Penitenciaria, por lo tanto podemos ver que el objeto de estudio de la Penología se ve reducido ya no solo al estudio de la reacción sino únicamente al estudio de la Pena.

2.8.5. LA TEORÍA DE LA PENA.

El desarrollo de las teorías modernas sobre las penas, que conciben éstas como instrumentos cuya principal finalidad es la reforma o reinserción del delincuente, y que encuentran su reflejo en las legislaciones penales contemporáneas, arranca de la obra del jurista italiano del siglo XVIII marqués CESARE BONESANA BECCARIA.

Este autor se mostraba contrario a la imposición de penas crueles e injustas, y afirmaba que la pena a asignar a cada delito debía ser lo bastante dura como para que la persona la valorara en relación con las ventajas que el delito le pudiera reportar, pero no más.

En la actualidad, la rehabilitación de los condenados se plantea mediante diferentes métodos correctivos, desde los experimentos consistentes en el aprendizaje vigilado de un oficio hasta las prácticas de asistencias a necesidades sociales en los periodos de libertad condicional, a modo de voluntariado social. Esta construcción gravitó decisivamente en relación a la ulterior evolución del Derecho Penal y debido a que no existen aún alternativas consolidadas, actualmente conservan relativa vigencia.

En la Jurisprudencia la teoría de la retribución ha tenido un importante papel hasta hace poco tiempo. El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la

Ley del Tali3n significa que las teorías retribucioncita no asignen funci3n alguna a la pena: por una u otra vía le atribuyen la funci3n de realizaci3n de justicia.

La opini3n m3s generalizada afirma que la pena presupone el reproche del comportamiento sometido a ella. Es concebida por 3sta teoría como reacci3n por lo sucedido y desvinculada del porvenir ya que su fin es reparar el delito y no evitar delitos futuros. Esto explica la s3lida interconexi3n establecida entre las teorías del delito y la pena.

El fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito, condici3n de la pena, exige la realizaci3n de un comportamiento contrario a la norma, m3s, la existencia de culpabilidad en el autor del mismo. Se entiende que el criterio retributivo no puede ser absoluto debido a que resulta evidente que no toda culpabilidad debe ser castigada ya que la pena, en el caso concreto, puede producir efectos contraproducentes no explica cu3ndo el Estado debe aplicar la pena.

Teorías Relativas de las Pena son teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos 3ticos a la pena, ella ser3 entendida como un medio para la obtenci3n de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivaci3n, un remedio para impedir el delito, para explicar su utilidad, en relaci3n a la prevenci3n de la criminalidad, se busca apoyo científcico.

En ambos casos, la protecci3n de la sociedad es entendida en el sentido de protecci3n de bienes jurídcos y las conminaciones penales se justifican s3lo, y siempre, por la necesidad de protecci3n de bienes jurídcos. La teoría de m3s incidencia durante la ejecuci3n sería la prevenci3n especial en su versi3n moderna, debido a que el sistema penitenciario debe orientarse al logro de la readaptaci3n social del condenado⁴⁶. En resumen: la teoría de la pena aquí sostenida puede ser resumida de la siguiente manera; la pena sirve a finalidades de prevenci3n especial y general.

Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de

¹⁴Clauxus Roxxin – El Derecho Penal -, pag. 231

prevención especial y no se opongan a ello requisitos mínimos de prevención general.

Durán Díaz Edmundo sostiene que: *“Lo que se busca en el proceso penal es un pronunciamiento de culpabilidad o de inocencia, lo cual es real, pero considerando, que la persona goza de una situación jurídica de inocencia. Lo que se espera es la declaración de responsabilidad, siempre y cuando, la persona de acuerdo con las normas pierda esa calidad, y pase al estado jurídico de responsabilidad, y aún así siempre será inocente para cualquier otra cosa, pues solo ha sido declarada su responsabilidad en ese caso concreto”*.

2.8.6. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.

Entre las penas aplicables a las infracciones son las siguientes: las penas peculiares del delito reclusión mayor y menor, pena acumulativa, prisión de Treinta y un día a Cinco años, prisión, interdicción de ciertos derechos políticos y civiles, sujeción a la vigilancia de la autoridad, privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios; incapacidad temporal o perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público, y las demás determinadas en la ley.

Las penas peculiares de la contravención son prisión de uno a treinta días, y multa, y las determinadas por la ley penas comunes a todas las infracciones multa, y comiso especial.

2.8.7. CONSIDERACIONES Y DELIMITACIONES DE LA SANCIÓN PENAL

El artículo Primero del Código Penal preceptua la conducta típica prohibida, y la pena, o sea la sanción jurídica que establece la ley para quien incurre en esta conducta. Esta simple comprobación del texto legal nos demuestra la importancia transcendental que tiene la pena dentro del conjunto del sistema delito y pena son dos componentes inseparables de esta realidad jurídica y sobre los cuales se ha construido la ciencia del derecho penal. La sanción penal establece las distintas clases de pena, determina su aplicación y los mecanismos a través de los cuales puede modificarse. Finalmente analizaremos un tema que el derecho penal comparte con el Derecho Procesal. La extinción de la acción penal y de la pena.

Pero antes que nada hay que recordar los criterios que sirven para delimitar la sanción penal frente a otras sanciones jurídicas que podrían confundirse con ella, porque consisten en privaciones o delimitaciones de determinados bienes jurídicos, que son, o pueden ser, precisamente los afectados por la pena. Para su distinción de otras sanciones o instituciones, habrá que tener presente el principio de legalidad, porque este principio hace referencia tanto al delito como a la pena.

La pena debe estar establecida por la ley, debe corresponder a un delito tipificado así mismo por la ley debe haberse impuesto en una sentencia condenatoria; la sentencia debe haberse pronunciado luego de un juicio con todas las formalidades de ley. La reunión de estos Cuatro caracteres, dará para una sanción penal, en otros casos no lo habrá. Tomando en consideración muchos factores, para la aplicación de la pena.

2.8.8 PRINCIPIO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

El Primero de estos principios que deben regir la disciplina de la expiación es aquel que tiene por título la **individualización de la pena**. Estamos, una vez más, en la lucha con el incolmable hiatus que separa lo abstracto de lo concreto un paso para colmarlo se dio ya en el terreno cognición penal con la determinación legal elástica de la pena, es decir, con el poder del juez de determinar la medida de la pena, entre el máximo y el mínimo, y aquello que se llama la pena **edictal**, ejercitando un poder cuya discrecionalidad se modera por las reglas establecidas en lo penal, aun cuando la pena se haya comenzado, a individualizar en el proceso de cognición, en el proceso de expiación queda todavía mucho por hacer en este tema⁴⁷.

Por lo que la individualización de la pena no es otra cosa, sino la adaptación de la pena al individuo, es el conocimiento de la persona lo que debe adquirirse, en primer lugar por los órganos de la expiación. La denominación del “proceso de cognición” que se da el proceso el cual conduce a la condena, es eufórica por no decir enfática. Más de una vez ha pasado por la imaginación la pintoresca que del proceso de cognición se pueda decir algo análogo a lo que decía de la palabra **lucus** un conocido filólogo latino: lucus a non lusendo.

⁴⁷ Carnelutti Francesco, Derecho Procesal Penal, Volumen II, año 2006, pág. 210.

2.8.9. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.- NATURALEZA.

Se limitan en diversos grados la libertad individual del condenado, la forma habitual consiste en recluirlo en edificios especiales destinados a éste objetivo y someterlo a un régimen especial de vida, pero la restricción de libertad individual tuvo modalidades antiguas como el destierro, la deportación y el confinamiento en determinado lugar. Actualmente muchos países han recurrido a penas alternativas que restringen la libertad individual de diversas maneras sin privarla en forma completa, contempladas en nuestra Constitución y en el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal.

Las penas privativas de libertad cumplen dos finalidades, y lo que predominará los criterios predominantes en una determinada legislación, y se busca fundamentalmente segregar y mantener aislados a individuos peligrosos, más bien se trata de crear una oportunidad para la reforma de los delincuentes, a fin de que puedan retornar a la vida social como personas útiles, es decir rehabilitación, función preventiva especial positiva.

Las penas privativas de la libertad no estuvieron difundidas antiguamente, las cárceles servían solamente para alojar a los procesados que estaban en espera de su sentencia, o los que se encontraban privados de su libertad, sin fórmula de juicio por razones políticas, religiosas, o de otro orden.

Cuando el liberalismo clásico emprendió su tarea de humanizar la aplicación del derecho penal, entonces surgió la sustitución de la pena de muerte, así como de las corporales. Ernesto Beling⁴⁸, quien mantuvo la tesis de absoluta independencia de las condiciones objetivas de punibilidad, las define así: “son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuricidad y que no tienen carácter de culpabilidad. En la serie de elementos del delito ocupan el 6to lugar; según se dice, las sextas condiciones de punibilidad y, sin embargo, se las suele denominar más comúnmente como segundas condiciones de punibilidad”.

Las circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad se diferencian de una manera clara de los elementos del tipo del delito, en que aquellas no son

⁴⁸ Jiménez de Asúa Luis, Lecciones de Derecho Penal, pág. 279 y 280 ob.cit

circunstancias que pertenezcan al tipo; por lo que, no se requiere que sean abarcadas por el dolo de la gente, sino que basta con que se den simplemente en el mundo externo, objetivo, por la cual se la suele denominar frecuentemente condiciones objetivas.”

2.9. IDEA A DEFENDER.

¿Con la reforma del artículo 175 numeral Segundo del Código de Procedimiento Penal se podrá lograr que se elimine el requisito de antecedente judicial ilimitado, para obtener Caución del Procesado y, se considere su situación jurídica y, se garantice el principio al derecho de libertad del procesado?

2.9.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

Reforma Jurídica y del Numeral segundo del artículo 175 del Código de Procedimiento Penal.

Indicadores:

- Derechos Constitucionales
- Principio de Igualdad
- Celeridad procesal

2.9.2. VARIABLE DEPENDIENTE

Se reconsiderará el requisito de antecedente Judicial ilimitado para obtener el derecho a la Caucción y lograr la libertad del procesado.

INDICADORES:

- Vigencia de los Derechos Fundamentales
- Principio de Inocencia
- Derecho a la Libertad

2.10. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.

- **ABSOLVER.-** Dar por libre al reo demandado civil o criminalmente, liberar de cargo u obligación.
- **ABSOLUTORIO.-** Dar por libre algún cargo u obligación fallo sentencia judicial declara libre de la acusación, pena, delito o deuda, por la cual era demandado el reo o por los cuales era acusado o estaba sufriendo detención o condena.
- **ANTI JURÍDICO.-** Que es contra del derecho.
- **CONDENA.-** Decisión judicial, en donde comprobada la existencia de la infracción y la responsabilidad del proceso, se impone una pena.
- **CAUCIÓN.-** Garantía que presenta el procesado, a fin de suspender los efectos del Auto de Prisión Preventiva, y recuperar la libertad.
- **CONDENADO.-** Es el sujeto que ha recibido una sentencia condenatoria.
- **CRIMINOLOGÍA.-** La ciencia que estudia la conducta desviada del delincuente.
- **CRIMINO GÉNESIS.-** Es el elemento que interviene en el comportamiento criminal en forma objetiva.
- **CONSTITUCIÓN.-** Conjunto de Normas jurídicas que tienen supremacía sobre las otras leyes y que estable los derechos fundamentales de los ciudadanos en un país, por estar compuesta, de la parte dogmática y orgánica.-
- **DEBIDO PROCESO.-** Normas establecidas en la Constitución, que garantizan, los derechos fundamentales del procesado.
- **DESPRISIONIZACIÓN.-** Instrumento de política criminal, alternativa que se dirige y evita la influencia de la cárcel sobre el Reo.
- **DELITO.-** Quebrantamiento de una ley imperativa.

- **DELINCUENTE.-** El que comete acciones u omisiones penadas por la ley.
- **DENEGACIÓN DE JUSTICIA.-** Actitud contraria, a los deberes que las leyes procesales, a los magistrados, en cuanto, a los plazos tramites, y resoluciones.
- **DOLO.-** Acción u omisión al realizar, un acto previsto y sancionado por la ley.
- **EJECUTORIADO.-** Resolución en firme, que pasa a cosa juzgada y que tiene que ejecutarse.
- **ESTIGMATIZACIÓN.-** Expresión de rechazo i de no aceptación del que a vulnerado una norma penal.-
- **ETIQUETAMIENTO.-** Resultado de la estigmatización del o varios individuos.-
- **EQUIDAD.-** Es igualdad implica la idea de relación y armonía, entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza intima.
- **IUS PUNIENDI.-** Derecho a penar, a castigar, generalmente es estatal.
- **JUSTICIA.-** Ideal supremo que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo.
- **LIBERTAD.-** Derecho inherente al hombre en su condición de tal, es la facultad del individuo de actuar, dentro de las limitaciones impuestas, por la convivencia.
- **LEY.-** Es lo que determina las responsabilidades, o las excepciones, y especificas las penas, o medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o de peligro social corresponde.
- **NON BIS IN IDEM.-** Principio jurídico nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

- **ORGANO JURISDICCIONAL.-** Es el director del proceso, el encargado de otorgar las garantías a los justiciables y de controlar la legalidad en las actuaciones de los demás sujetos procesales.-
- **PENA.-** Lo que incluye o impune pena, como Código Penal o ley Penal Criminal o concerniente al Derecho Penal.
- **PENOLOGÍA.-** Es la ciencia de la pena, el estudio de las finalidades que debe cumplir y de los medios de su aplicación más eficaz.
- **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.-** Inferencia que el juzgador extrae de los hechos de autos, llegando de lo probado a afirmar la veracidad de lo probable o desconocido.
- **PRISIÓN PREVENTIVA.** Es la privación de libertad del procesado, con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena, a diferencia de otras medidas cautelares es de naturaleza a la persona.-
- **REHABILITACIÓN.-** Acto de restituir a su antiguo estado, a la persona. O tratar de hacer nuevamente acta o capaz para relacionarse en la sociedad.
- **RESOCIALIZACIÓN.-** Finalidad de la pena que se la logra mediante tratamiento penitenciario.
- **REICIDENCIA.-** Es cometer un nuevo delito con la misma naturaleza, después de haber recibido sentencia condenatoria.-
- **SENTENCIA.-** Resolución judicial en una Causa, fallo en la cuestión principal de un proceso.-siendo el más solemne de un juez o tribunal.-
- **VÍCTIMA.-** Persona que se sacrifica a los intereses o deseos de otra. Quien sucumbe o sufre las consecuencias del comportamiento humano.
- **VICTIMOLOGÍA.-** Estudio de la víctima como una causa importante en la producción de los delitos.

CAPÍTULO III

3.- METODOLÓGIA

3.1 MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación es de una visión prospectiva, cualitativa, interactiva y metodológica, el objeto del estudio es jurídico, en lo referente la Caución negada por pasado judicial lo que estigmatiza y victimiza al procesado, y vulnera su derecho constitucional a obtener su libertad. La modalidad de la investigación será la **INVESTIGACIÓN BIBLIOGRAFICA, DOCUMENTAL E INTERACTIVA.**

Esta investigación aplicada será de beneficio en el área jurídica, porque se ha tomado como referencia publicaciones de libros editados en nuestro ordenamiento jurídico y aplicando el Derecho Comparado con Bibliografía de Juristas Internacionales, siendo su principal objetivo en su aplicabilidad el de impedir la estigmatización, y victimización de un procesado, al negársele la Caución por tener como base un pasado judicial ilimitado. Por lo que esta investigación comprende un proyecto de factibilidad, la misma que se basará en la corrección de la Norma Jurídica artículo 175 Numeral Segundo del Código de Procedimiento Penal.

Es factible porque se refiere a hechos que están regulados por el Derecho y que dan lugar al origen de ciertas normas. Y en lo referente a la aplicación de la Axiología es procedente ya que el Tema de la presente investigación se refiere a los valores que serán el eje para derogar la mencionada norma Penal.

Tiene como tipo de investigación la Jurídica Prospectiva y Analítica, con carácter Propositivo-Jurídica porque su característica es que evalúa fallas de lo preceptuado en las normas en el sistema judicial, cuya finalidad es proponer o aportar posibles soluciones.

El carácter descriptivo lo asume en función de la tendencia de desarrollo, correlación y seguimiento expresado. Bibliográfico y Documental: se ha utilizado para esta investigación recopilando información, acudiendo a instituciones y tomando referencia a publicaciones de libros de autores nacionales

e internacionales, que tienen experiencia en temas en materia Penal, Procesal Criminología y Victimología.

También utilizo la encuesta jurídica- social, aplicando técnicas específicas, con la finalidad de recoger, seleccionar y procesar, y luego analizar ciertas características que se originen en personas de un determinado grupo, lo que coadyuva a seleccionar los métodos y técnicas que se requieren para la interpretación del análisis de resultados.

TIPO DE INVESTIGACION: Jurídica

Prospectiva y Analítica, con carácter propositivo- jurídico, su característica en que evalúa fallas de las normas en el sistema judicial, y tiene como finalidad proponer o aportar posibles soluciones.

3. 2. POBLACIÓN Y MUESTRA.

El Universo de la Investigación se circunscribe en la ciudad de Guayaquil, Provincia del Guayas, donde existen 125 Fiscales, Jueces 26, Tribunales de lo Penal 12, y un Ministro Fiscal, así mismo el Colegio de Abogados tiene 15.300 abogados matriculados, y la Ciudad donde se realizó la encuesta es esta ciudad , al azar de manera aleatoria. Por lo que nuestro Universo quedaría conformado de la manera siguiente:

Nro.	COMPOSICIÓN	CANTIDAD
1	JUECES PENALES	26
2	TRIBUNALES PENALES	12
3	FISCALES	124
4	MINISTRO FISCAL	1
5	ABOGADOS EN EL LIBRE EJERCICIO	15300
	TOTAL	15.453

Se aplicó la encuesta a la totalidad de los estratos. Jueces de garantías penales y tribunales, fiscales, y se extraerá la muestra de los estratos Abogados en libre ejercicio, por tratarse de una muestra considerable, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

$$n = \frac{PQ \times N}{(N-1)(E.E/K.K)+PQ}$$

n= Muestra

E= Nivel de significación

K= Constante correspondiente a la confiabilidad escogida

PQ= Varianza

N= 15453

E= 0.05

K= 1.96 (95% confianza)

PQ= 0.25

$$n = \frac{0.25 \times 15.453}{(15.452)(0.0006507)+0.25}$$

$$n = \frac{3863.25}{10.304}$$

n= 374.927

Como la muestra sigue siendo amplia, se aplica la fórmula para corrección:

$$n = \frac{n}{1 + (n-1/n)}$$

Resolviendo;

$$n = \frac{374.927}{1 + (374.927 - 1/374.927)}$$

$$\begin{array}{r}
 374.927 \\
 n = \frac{\quad}{\quad} \\
 \frac{1+0.997}{374.927} \\
 n = \frac{\quad}{\quad} \\
 \frac{1.997}{\quad} \\
 n = 187
 \end{array}$$

En consecuencia, la encuesta se aplicó a CIENTO OCHENTA Y SIETE PERSONAS EN TOTAL.

3.3 MÉTODOS, TÉCNICA E INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

MÉTODOS TEÓRICOS:

- **Método Inductivo.-** Para obtener conclusiones generales, que tienen origen precisamente de la observación periódica de los hechos reales que ocurren en torno al fenómeno en cuestión. A través de éste método, se obtiene información más detallada, su característica es que va desde lo particular a lo general, lo que nos ayuda, a determinar en forma más objetiva, la situación del problema.
- **Método Deductivo.-** Este método desempeña dos funciones en la investigación científica, por lo que lograré llegar a su característica que va desde el principio desconocido hacia un hecho conocido, se trata de referirse al fenómeno de la ley que nos obliga.
- **Método Comparado.-** Lo utilicé en el estudio de las ramas del derecho procesal penal y criminología, que se apoya en la exposición de las diferentes instituciones jurídicas, para apreciar su coherencia o precisar sus particularidades.
- **Método Estadístico.-** Lo apliqué como una herramienta estadística que permitan transformar todas las informaciones de los cuestionarios de datos más objetivos concretos, para obtener la estadística.

Las técnicas que utilicé en el trabajo de Tesis son: las encuestas y observaciones.

- **Método Empírico.-** He considerado la aplicación de este método por ser deductivo e hipotético ya que es la manera en que la investigación debe seguir para la práctica científica, ya que observa el fenómeno a estudiar, creando una pregunta o hipótesis para determinar el fenómeno causante del problema.

Así también analiza los resultados más elementales que la propia hipótesis; por lo que los enunciados deducidos para verificar la verdad para luego compararlos con la experiencia, la observación de la realidad o momento empírico (verificar y observar es decir que la teoría tenga armonía con lo real).

Este método lo he aplicado, porque en esta investigación se realizó a través de cuestionario tipo encuesta, análisis de contenido y guías de observación.

CAPITULO IV

4.1 ANALISIS DE RESULTADOS

4.2 BASE DE DATOS:

Resultado de las encuestas realizadas a los Jueces, Fiscales y Abogados en Libre Ejercicio Profesional:

ITEMS	Pregunta	Sexo	Edad	Cargo	Conocimiento	Capacitación	Relación	Reforma Jurídica
1	1	2	1	1	3	3	2	2
2	1	2	1	1	3	3	2	2
3	1	2	1	1	3	3	2	2
4	1	2	1	1	3	3	2	2
5	1	2	1	1	3	3	2	2
6	1	2	1	1	3	3	2	2
7	1	2	1	1	3	3	2	2
8	1	2	1	1	3	3	2	2
9	1	2	1	1	3	3	2	2
10	1	2	1	1	3	3	2	2
11	1	2	1	1	3	3	2	2
12	1	2	1	1	3	3	2	2
13	1	2	1	1	3	3	2	2
14	1	2	1	1	3	3	2	2
15	1	2	1	1	3	3	2	2
16	1	2	1	1	3	3	2	2
17	1	2	1	1	3	3	2	2
18	1	2	1	1	3	3	2	2
19	1	2	1	1	3	3	2	2
20	1	2	1	2	2	2	2	1
21	1	2	1	2	2	2	2	1
22	1	2	1	2	2	2	2	1
23	1	2	1	2	2	2	2	1
24	1	2	1	2	2	2	2	1
25	1	2	1	2	2	2	2	1
26	1	2	1	2	2	2	2	1
27	1	2	1	2	2	2	2	1
28	1	2	1	2	2	2	2	1
29	1	2	1	2	2	2	2	1
30	1	2	1	2	2	2	2	1
31	1	2	1	2	2	2	2	1
32	1	2	1	2	2	2	2	1
33	1	2	1	2	2	2	2	1
34	1	2	1	2	2	2	2	1
35	1	2	1	2	2	2	2	1
36	1	2	1	2	2	2	2	1
37	1	2	1	2	2	2	2	1
38	2	2	1	2	2	2	2	1
39	2	2	1	2	2	2	2	1
40	2	2	1	2	2	2	2	1
41	2	2	1	2	2	2	2	1
42	2	2	1	2	2	2	2	1
43	2	2	1	2	2	2	2	1
44	2	2	1	2	2	2	2	1
45	2	2	1	2	2	2	2	1
46	2	2	1	3	3	3	1	1
47	2	2	1	3	2	2	1	2
48	2	2	1	3	1	1	1	2
49	2	2	1	3	3	3	1	2
50	2	2	1	3	2	2	1	2
51	2	2	1	3	1	1	1	2
52	2	2	1	3	3	3	1	2

ITEMS	Pregunta	Sexo	Edad	Cargo	Conocimiento	Capacitación	Relación	Reforma Jurídica
53	2	2	1	3	2	2	1	2
54	2	2	1	3	1	1	1	2
55	2	2	1	3	3	3	1	2
56	2	2	1	3	2	2	1	2
57	2	2	1	3	1	1	1	2
58	2	2	1	3	1	1	1	2
59	2	2	1	3	1	1	1	2
60	2	2	1	3	1	1	1	2
61	2	2	1	3	1	1	1	2
62	2	2	1	3	1	1	1	2
63	2	2	1	3	1	1	1	2
64	2	2	1	3	1	1	1	2
65	2	2	1	3	1	1	1	2
66	2	2	1	3	1	1	1	2
67	2	2	1	3	1	1	1	2
68	2	2	1	3	1	1	1	2
69	2	2	1	3	1	1	1	2
70	2	2	1	3	1	1	1	2
71	2	2	1	3	1	1	1	2
72	2	2	1	3	1	1	1	2
73	2	2	1	3	1	1	1	2
74	2	2	1	3	1	1	1	2
75	2	2	1	3	2	2	1	2
76	3	2	1	3	2	2	1	2
77	3	2	1	3	2	2	1	2
78	3	2	1	3	2	2	1	2
79	3	2	1	3	2	2	1	2
80	3	2	1	3	2	2	1	2
81	3	2	1	3	2	2	1	2
82	3	2	1	3	2	2	1	2
83	3	2	1	3	2	2	1	2
84	3	2	1	3	2	2	1	2
85	3	2	1	3	2	2	1	2
86	3	2	1	3	2	2	1	2
87	3	2	1	3	2	2	1	2
88	3	2	1	3	2	2	1	2
89	3	2	1	3	2	2	1	2
90	3	2	1	3	2	2	1	2
91	3	2	1	3	2	2	1	2
92	3	2	1	3	2	2	1	2
93	3	2	1	3	2	2	1	2
94	3	2	1	3	2	2	1	2
95	3	2	1	3	2	2	1	2
96	3	2	1	3	2	2	1	2
97	3	2	1	3	2	2	1	2
98	3	2	1	3	2	2	1	2
99	3	2	1	3	2	2	1	2
100	3	2	1	3	2	2	1	2
101	3	2	1	3	2	2	1	2
102	3	2	1	3	2	2	1	2
103	3	2	1	3	2	2	1	2
104	4	2	1	3	2	2	1	2
105	4	2	1	3	2	2	1	2
106	4	2	2	3	2	2	1	2
107	4	2	2	3	2	2	1	2
108	4	2	2	3	2	2	1	2
109	4	2	2	3	2	2	1	2
110	4	2	2	3	2	2	1	2
111	4	1	2	3	2	2	1	2
112	4	1	2	3	2	2	1	2
113	4	1	2	3	2	2	1	2
114	4	1	2	3	2	2	1	2
115	4	1	2	3	2	2	1	2
116	4	1	2	3	2	2	1	2
117	4	1	2	3	2	2	1	2
118	4	1	2	3	2	2	1	2

ITEMS	Pregunta	Sexo	Edad	Cargo	Conocimiento	Capacitación	Relación	Reforma Jurídica
119	4	1	2	3	2	2	1	2
120	4	1	2	3	2	2	1	2
121	4	1	2	3	2	2	1	2
122	4	1	2	3	2	2	1	2
123	4	1	2	3	2	2	1	2
124	4	1	2	3	2	2	1	2
125	4	1	2	3	2	2	1	2
126	4	1	2	3	2	2	1	2
127	4	1	2	3	2	2	1	2
128	4	1	2	3	2	2	1	2
129	4	1	2	3	2	2	1	2
130	4	1	2	3	2	2	1	2
131	4	1	2	3	1	1	1	2
132	4	1	2	3	1	1	1	2
133	4	1	2	3	1	1	1	2
134	4	1	2	3	1	1	1	2
135	4	1	2	3	1	1	1	2
136	4	1	2	3	1	1	1	2
137	4	1	2	3	1	1	1	2
138	4	1	2	3	1	1	1	2
139	4	1	2	3	1	1	1	2
140	5	1	2	3	1	1	1	2
141	5	1	2	3	1	1	1	2
142	5	1	2	3	1	1	1	2
143	5	1	2	3	1	1	1	2
144	5	1	2	3	1	1	1	2
145	5	1	2	3	1	1	1	2
146	5	1	2	3	1	1	1	2
147	5	1	2	3	1	1	1	2
148	5	1	2	3	1	1	1	2
149	5	1	2	3	1	1	1	2
150	5	1	2	3	1	1	1	2
151	5	1	2	3	1	1	1	2
152	5	1	2	3	1	1	1	2
153	5	1	2	3	1	1	1	2
154	5	1	2	3	1	1	1	2
155	5	1	2	3	1	1	1	2
156	5	1	2	3	1	1	1	2
157	5	1	2	3	1	1	1	2
158	5	1	2	3	3	3	1	2
159	5	1	2	3	3	3	1	2
160	5	1	2	3	3	3	1	2
161	5	1	2	3	3	3	1	2
162	5	1	2	3	3	3	1	2
163	5	1	2	3	3	3	1	2
164	5	1	2	3	3	3	1	2
165	5	1	2	3	3	3	1	2
166	5	1	2	3	3	3	1	2
167	5	1	2	3	3	3	1	2
168	5	1	2	3	3	3	1	2
169	5	1	2	3	3	3	1	2
170	5	1	2	3	3	3	1	2
171	5	1	2	3	3	3	1	2
172	5	1	2	3	3	3	1	2
173	5	1	2	3	3	3	1	2
174	5	1	2	3	3	3	1	2
175	5	1	2	3	3	3	1	2
176	5	1	2	3	3	3	1	2
177	5	1	2	3	3	3	1	1
178	5	1	2	3	3	3	1	1
179	5	1	2	3	3	3	1	1
180	5	1	2	3	3	3	1	1
181	5	1	2	3	3	3	1	1
182	5	1	2	3	3	3	1	1
183	5	1	2	3	3	3	1	1
184	5	1	2	3	3	3	1	1
185	5	1	2	3	3	3	1	1
186	5	1	2	3	3	3	1	1
187	5	1	2	3	3	3	1	1

4.2.1. FORMULARIO DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS JUECES DE GARANTIAS PENALES.

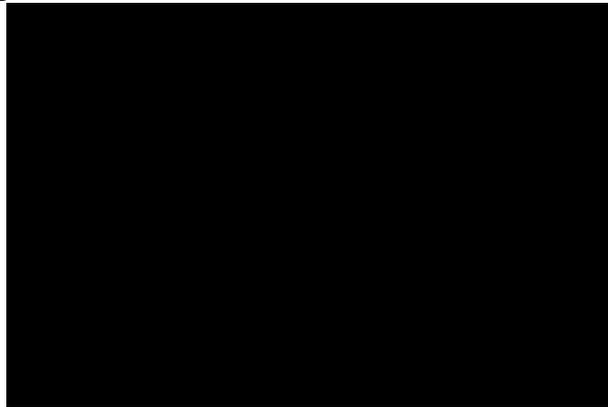
PREGUNTA N° 1

a) ¿Aplica usted la obligación legal de brindar una tutela y seguridad jurídica a las personas que están inmersa en un proceso penal?

CUADRO No. 1

ALTERNATIVAS	FRECUENCIAS	PORCENTAJE
SI	10	100 %
NO	0	0 %
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 1



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 100 % de los jueces encuestados contestaron que conocen y que aplican la obligación que se encuentra dentro de sus facultades de brindar protección o tutela jurídica tanto a las víctimas de un delito, como a las personas que por cualquier causa se encuentran en un proceso penal.

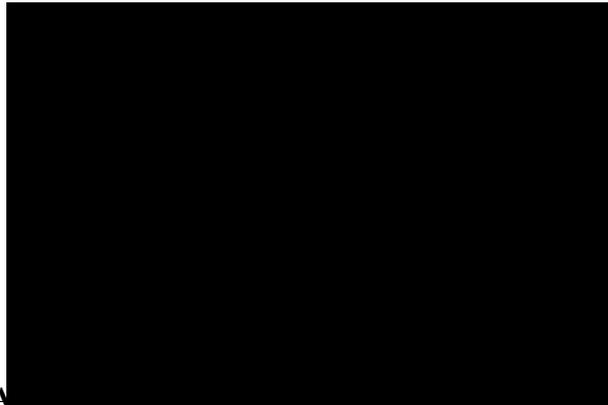
PREGUNTA N° 2

a) ¿Considera usted que la Negativa de Caución por pasado judicial estigmatiza, victimiza y vulnera al Principio Constitucional de Inocencia del Procesado?

CUADRO No. 2

ALTERNATIVAS	FRECUENCIAS	PORCENTAJE
SI	10	100 %
NO	0	0 %
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 2



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 100 % de los jueces encuestados contestaron que existe la necesidad de reformar el Art. 175 N° 2 del Código Penal, para que no exista un verdadero conflicto con la Constitución Art. 11 N° 2, porque al negarse a la caución por pasado judicial del procesado en un supuesto delito, se está contraviniendo al derecho a no ser discriminado, así también se le está vulnerando sus derechos fundamentales.

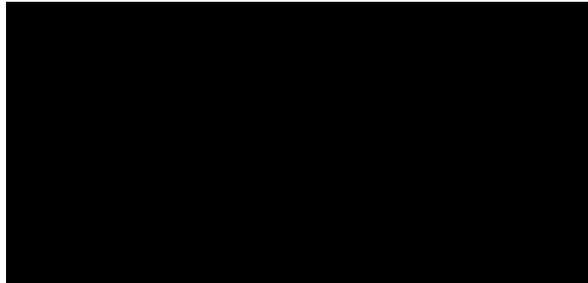
PREGUNTA N° 3

a) ¿Usted como Juez de Garantías Penales aplica en la sustanciación de las causas las reglas del Debido Proceso?

CUADRO No. 3

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
SI	9	90 %
NO	1	10 %
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 3



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 90% contestó que sí por lo que es su facultad de llevar a la practica el cumplimiento de los derechos constitucionales del individuo, como son las garantías del Debido Proceso, en razón de que el sistema procesal penal es un medio para la realización de la justicia, que hará efectiva las garantías en un proceso, velará por el cumplimiento de los principios de mediación, celeridad y eficacia en la correcta administración de justicia. El 10% opinó que lamentablemente en lo referente al principio de oportunidad, que es un derecho que se encuentra dentro del capítulo del Debido Proceso este principio se aplica en muy pocos casos, porque la iniciativa la tiene el Fiscal y las partes en lo referente a los acuerdos reparatorios y aquí se contraviene al principio de legalidad, porque existe la suspensión por ejemplo temporal del procedimiento, y el archivo.

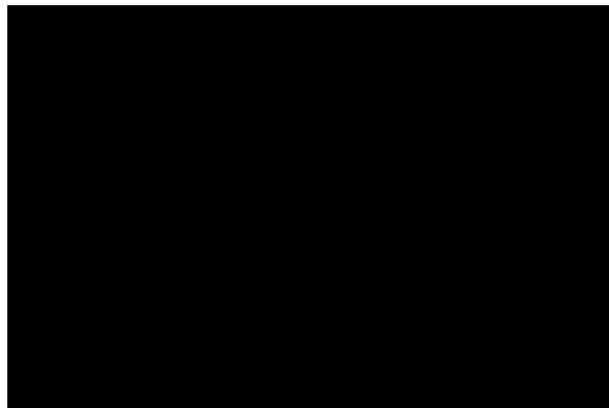
PREGUNTA N° 4

a) ¿Considera que nuestro sistema procesal penal en su ordenamiento jurídico tiene como finalidad un medio de aplicación de venganza, o más bien su finalidad es la de la realización de la justicia?

CUADRO No. 4

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
SI	10	100 %
NO	0	0 %
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 4



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 100 % de los jueces encuestados contestaron que nuestra constitución establece que el sistema procesal penal será un medio para la realización de la justicia, que para lograr celeridad y eficacia en los procesos, y en los trámites tienen que llevarse a cabo mediante el sistema oral con la aplicación de los principios dispositivo, concentración y mediación, para lograr de esta manera la aplicación del debido proceso que tiene como causa llegar al ideal más grande del hombre como es la justicia, respetando también otros sagrados principios como son el derecho a la inocencia y el de defensa.

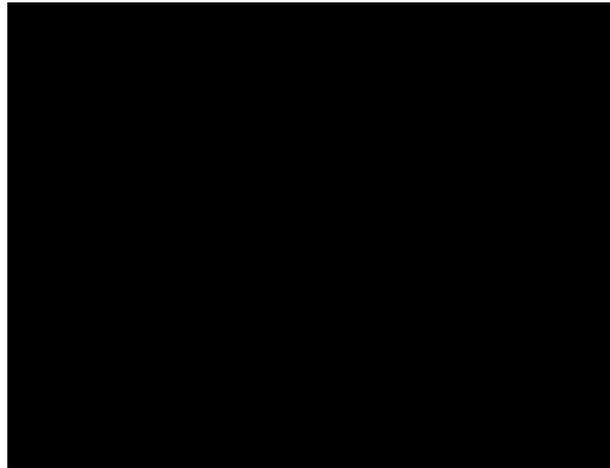
PREGUNTA N° 5

a) ¿Supone usted que la aplicación de la prisión preventiva es una medida cautelar que constituye una pena anticipada?

CUADRO No. 5

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
SI	9	90 %
NO	1	10 %
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 5



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 90 % de los jueces encuestados contestaron en forma afirmativa, porque vulnera su estado de inocencia, pero ventajosamente la constitución establece que se la aplicará en forma excepcional por ser una de las medidas cautelares más severas.

El 10 % contestó que no está de acuerdo porque la finalidad de la prisión preventiva es garantizar la comparecencia del procesado al juicio, sí también para asegurar el cumplimiento de la pena.

4.2.2 FORMULARIO DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS FISCALES

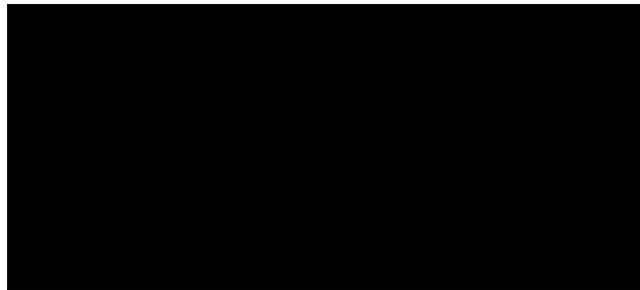
PREGUNTA N° 1

a) ¿Tiene conocimiento que a los condenados por algún delito se le aplican la penología, métodos y procedimientos legales, con la finalidad de lograr su reinserción y rehabilitación social, y evitar su reincidencia?

CUADRO No. 1

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
SI	7	70 %
NO	3	30 %
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 1



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 70 % de los fiscales encuestados contestaron en forma afirmativa; que dentro del ordenamiento jurídico existe este modelo, que servirá de adaptación individual a la estructura social, y en su rehabilitación a los condenados se les aplica los diferentes métodos correctivos desde los experimentos consistentes en el aprendizaje vigilado de un oficio. El 30% de los encuestados contestaron en forma negativa que no se aplica, porque existe un principal obstáculo con el que en un principio se encontró esta política de reeducación, por la combinación de dos factores: en la mayoría de los condenados la falta de educación, y segundo factor la escasa preparación técnica que adolecen los funcionarios de prisiones que guarda armonía con la corrupción.

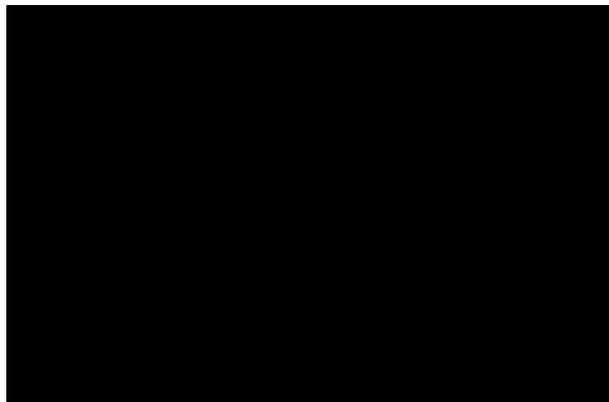
PREGUNTA N° 2

a) ¿Tiene conocimiento que nuestra Constitución en su artículo 11 N° 2 preceptua que en nuestro sistema procesal penal, nadie podrá ser discriminado por su pasado judicial?

CUADRO No. 2

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
SI	8	80 %
NO	2	20 %
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 2



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 80 % de los fiscales encuestados contestaron en forma afirmativa, que no se puede vulnerar sus derechos constitucionales a ningún ciudadano por su pasado judicial, porque contraviene al principio de igualdad ante la ley.

El 20% contestaron negativamente, porque no se aplica este concepto realmente por despreocupación, falta de tiempo en lo académico por las largas horas de labores.

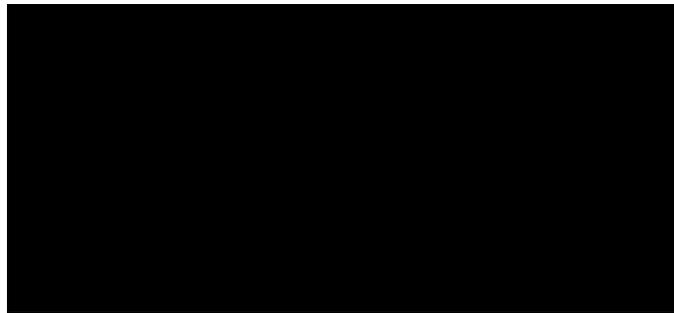
PREGUNTA N° 3

a) ¿Usted como Fiscal está de acuerdo que las personas que estén inmersa en lo referente al Art. 175 Numeral Segundo del Código de Procedimiento Penal, el Juez de Garantías Penales le conceda una medida alternativa a la prisión preventiva?

CUADRO No. 3

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
SI	8	80 %
NO	2	20 %
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 8



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 80 % de los fiscales encuestados contestaron en forma afirmativa, porque así lo exige la Constitución Art. 77 Numeral Primero, hay que tener que el principio de existencia es lo que se presume cierto, y que para desvirtuar este principio de inocencia se impone que la carga de la prueba corresponde a los acusadores y al fiscal, y es necesario que la prueba practicada haya tenido lugar a un juicio en todas las garantías procesales y formalidades previstas en la ley, por lo que para condenar los jueces es indispensable la certeza de la culpabilidad. El 20% contestaron negativamente, que no están de acuerdo con la aplicación de ese artículo, porque no se les debe conceder a los procesados que tengan su pasado judicial, una medida alternativa.

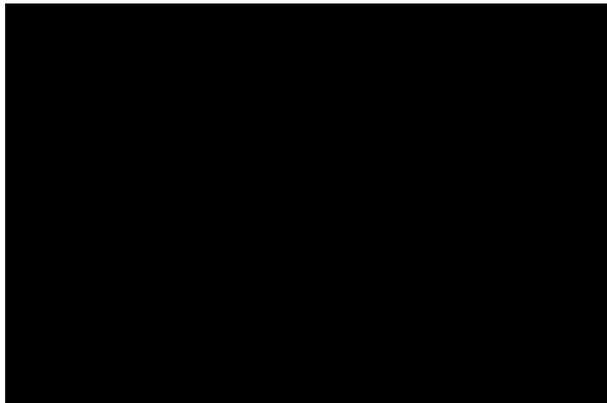
PREGUNTA N° 4

a) ¿Al negársele a un procesado su derecho a la libertad por intermedio a la solicitud de caución, es su criterio que se lo está estigma, victimizándolo?

CUADRO No. 4

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
SI	10	100 %
NO	1	0 %
TOTAL	10	100 %

GRAFICO N° 4



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 100 % de los fiscales encuestados contestaron que si se los estigmatiza porque al quitarles la aplicación de la seguridad jurídica respecto a los derechos fundamentales del hombre se lo victimiza, y existiendo responsabilidad por parte del Estado por no haberle proporcionado al penado una política de resocialización, rehabilitación para dictar sentencia. La aplicación de una justicia penal tiene que ser orientada hacia fines preventivos en la adopción de un nuevo modelo procesal penal que ya dejó atrás el sistema inquisitivo, por un nuevo sistema acusatorio oral, garantista y de inclinación adversaria.

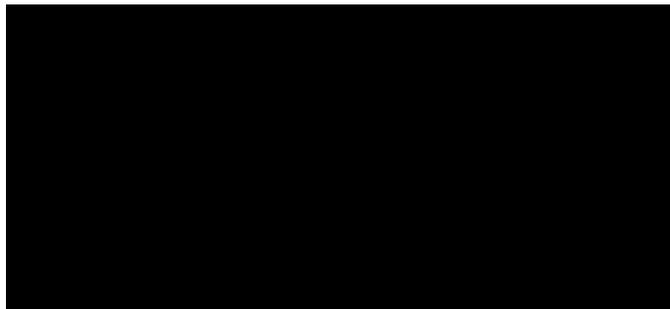
PREGUNTA N° 5

a) ¿Cree usted que sin tratar de justificar la vulneración a una norma penal de un procesado, éste tiene derecho para que se les respete sus derechos constitucionales, como el principio de libertad y de inocencia?

CUADRO No. 5

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
SI	10	100 %
NO	0	0 %
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 5



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 100 % de los fiscales encuestados contestaron en forma afirmativa, porque el derecho procesal penal es verdad que es sancionador y primitivo y ha volcado toda su atención hacia el que delinque pero no es menos cierto que nuestra Constitución, Tratados y Convenios de Derechos Humanos Internacionales garantizan que todos los ciudadanos ecuatorianos somos iguales ante la ley, y tienen que ser respetados nuestros derechos fundamentales, porque caso contrario se lo estaría etiquetándolo, y estigmatiza, ante la sociedad, y no nos olvidemos que también son seres humanos que con debilidades y defectos adecuaron su conducta al rompimiento de una norma penal, pero con derechos constitucionales y mientras no hayan recibido una sentencia condenatoria ejecutoriada se encuentran en un estado de inocencia.

4.2.3 FORMULARIO DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS ABOGADOS DE LIBRE EJERCICIO.

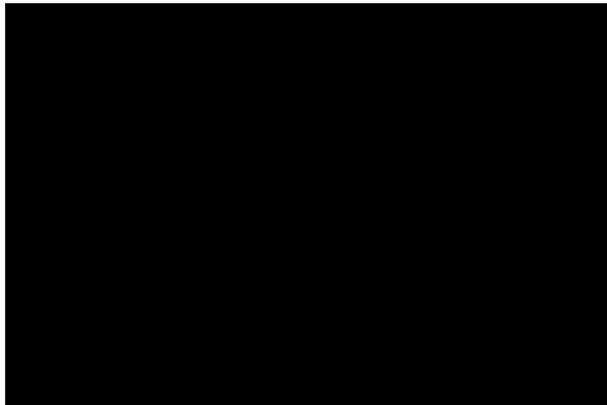
PREGUNTA N° 1

a) ¿Conoce usted el concepto de prisión preventiva?

CUADRO No. 1

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
SI	10	100 %
NO	1	0 %
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 1



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 100 % contestaron que sí, que está preceptuado en el Art. 167 y 168 del Código de Procedimiento Penal, y que es una de las medidas cautelares más severas y que tiene como finalidad asegurar la comparecencia del procesado a juicio

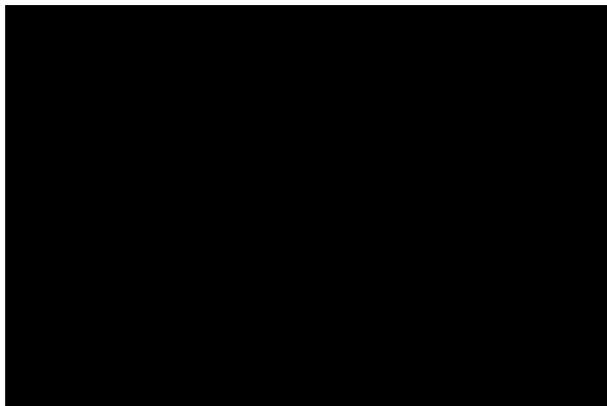
PREGUNTA N° 2

b) ¿Conoce usted el concepto de Caución?

CUADRO No. 2

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
SI	10	100 %
NO	1	0 %
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 2



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 100 % contestaron que sí, que es una de las formas jurídicas para que el procesado obtenga su libertad, que es una medida que actualmente se la solicita menos por cuanto su calificación aparte de ser resuelta en Audiencia Oral exige muchos requisitos.

PREGUNTA N° 3

a) ¿Considera usted que la no aplicación de parte de los jueces penales los principios de inocencia y los plazos razonables, vulnera al Debido Proceso?

CUADRO No. 3

ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	8	80%
NO	2	20%
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 3



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 80% de los abogados en el libre ejercicio profesional, contestaron que si se vulnera el debido proceso por la falta de aplicación de estos principios, por lo que el Estado debería reaccionar por diversos medios ante la inobservancia o incumplimiento ante el ataque de los particulares a su normal actividad jurídica, bajo una gigantesca estructura creada a través de los siglos que es la garantía jurisdiccional o tutela jurídica. El 40% de los abogados en el libre ejercicio profesional, contestaron que si aplican estos principios los jueces de garantías penales tanto para la víctima como para el victimario. Y que si existe un avance en el nuevo sistema procesal penal.

PREGUNTA N° 4

a) ¿Está usted de acuerdo que la libertad bajo caución constituye un derecho otorgado por el Estado?

CUADRO No. 4

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
SI	10	100 %
NO	1	0 %
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 4



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 100% contestaron que si retomando las palabras de Clariá Olmedo que define que la caución es la medida por la cual se libera al procesado contra quien ha recaído el auto de prisión preventiva sujeto a determinadas restricciones cuyo cumplimiento se garantiza mediante caución personal o real, cuando la solicitud de caución reúne todos los requisitos de ley tiene que ser aceptada por el Juez aunque en lo personal no lo considere conveniente.

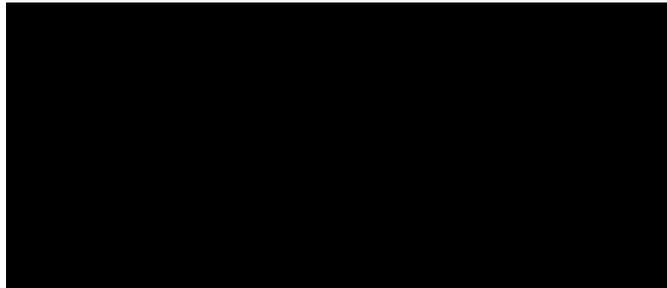
PREGUNTA N° 5

a) ¿Usted considera que en los dictámenes acusatorios de los Fiscales ha existido una verdadera investigación ya que el Código de Procedimiento Penal les concede la facultad de delegar ciertas diligencias?

CUADRO No. 5

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
SI	5	50 %
NO	5	50 %
TOTAL	10	100 %

GRÁFICO N° 5



INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

El 50 % contestaron que no existe una acrisolada y verdadera investigación que de acuerdo a un estudio minucioso de los procesos y a la luz de la sana crítica muchas veces los elementos que el Fiscal aplica en su acusación fiscal no son suficientes, es decir los indicios existentes no conducen de forma alguna para que presuma el Juez de la existencia de una infracción, es decir el nexo causal contemplado en el artículo 88 del Código de Procedimiento, por lo que a mi criterio el Juez no se debe vincular con el criterio del Fiscal ya que él es el garantizador del debido proceso y contralor de la Instrucción Fiscal.

El otro 50% consideran que algunos fiscales sin son conocedores de la materia penal con formación académica y que se preocupan prácticamente en la mayoría de los casos por no delegar ciertas diligencias en las cuales era necesaria su presencia, para que de esta manera cuando ameritare en un dictamen cuando apliquen los elementos de convicción si existan indicios concordantes, unívocos que se relacionen entre sí para de esta manera llegar a la verdad procesal.

4.3 IDEA A DEFENDER

Un documento jurídico victimológico que sustente como el requisito del pasado judicial sin límites logra que el procesado no obtenga Caución, por lo que es necesario que se regule ese requisito, haciendo efectivo los principios constitucionales como el derecho de igualdad, el estado de inocencia y la no discriminación, para que no se continúe vulnerando el derecho de libertad del procesado.

4.4 JUSTIFICACIÓN

Esta investigación, tiene su relevancia Jurídica, con repercusión social, porque el derecho penal responde a los principios de legalidad, irreprochabilidad, proporcionalidad, necesidad, con la aplicación de parte de los Jueces de garantías penales, el razonamiento jurídico que guarda armonía con la sistematización del equilibrio como es el mandato de ponderación o también llamado el alma de la pena, se logrará, de que éste, mi anhelo no sea una utopía, por el contrario, sea una realización del derecho, de la justicia, y de la equidad.

Porque, al habérsele negado a un ciudadano, su derecho de obtener su libertad, por medio de calificación de caución y que por su antecedente judicial, éste se lo considera ilimitado, no es justo que ésta persona deba de permanecer en ésta situación a través del tiempo y del espacio, por lo que, considero que es necesario y urgente, de un cambio en el tratamiento jurídico, en donde no se victimice ni se vulnere sus derechos constitucionales a un procesado.

Nos encontramos constituidos, en un Estado de derechos de un sistema democrático, en donde se hacen efectivos las garantías constitucionales, que sirven como pilares fundamentales para consagrar y tutelar los derechos del hombre, cuya responsabilidad del Estado es que se respete al debido proceso.

Finalmente, que éste Diseño de Investigación sirva para que en el futuro se suprima la idea, de que el derecho procesal penal, se lo utiliza como cause de venganza por parte del Estado para quienes vulneraron una norma, y por su pasado judicial sin límites se les quite el derecho a solicitar Caución en un delito que en sentencia mereciera pena de prisión, mas no de reclusión.

Se encuentra establecido que el sistema procesal penal es un medio para la realización de la justicia, y la aplicación de los principios de inmediación, contradicción, concentración, los mismos que darán seguridad y eficiencia en la administración de justicia, y que hará efectiva las garantías del debido proceso, por lo que, de acuerdo al ordenamiento constitucional, las leyes procesales procuraran la simplificación, uniformidad y eficiencia, agilidad de los trámites para la administración de justicia.

Es factible, por cuanto, en ésta nueva era procesal-penal, moderna, habiendo dejando la era del sistema inquisitivo, y ésta investigación será como un aporte para la sociedad.

Y que no se niegue en el futuro el pedido de caución por pasado judicial al procesado, para que de ésta manera pueda lograr su libertad quien se encuentre inmerso en un presunto delito que en sentencia merezca pena de prisión.

También es mi anhelo que ésta investigación, constituya un aporte para las ciencias jurídicas y que éste tema sea tratado como tema de discusión, porque lo que considero trascendental, y que se le dé una verdadera importancia jurídica.

NORMATIVAS QUE SERVIRAN PARA LA APLICACIÓN DE PARTE DE LOS JUECES GARANTÍAS PENALES EN LO REFERENTE A LA ACEPTACIÓN DEL PEDIDO DE CAUCIÓN EN UN PRESUNTO DELITO QUE MEREZCA PENA DE PRISIÓN SIN QUE SE TOME EN CONSIDERACIÓN SU PASADO JUDICIAL.

ANTE EL PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ART. 175 NUMERAL 2.

El Pleno de la Asamblea Nacional

Considerando:

Que, el Art. 169 de la Constitución establece que el sistema procesal penal es un medio para la realización de la Justicia y que las normas procesales deben consagrar los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y hacer efectivas las garantías al debido proceso. No se sacrificará a la justicia por la sola omisión de formalidades.

Que, la finalidad primaria del Derecho Procesal Penal es asegurar la eficacia de uno de los más importantes Derechos que el Estado Ecuatoriano garantiza a todas las personas dentro del territorio nacional, es el Derecho al Debido Proceso y la aplicación de una Justicia sin dilaciones.

Que por equidad, justicia, el pasado judicial no se debe ser un motivo para que ciertos ciudadanos queden estigmatizados e inhabilitados durante el transcurso de su vida, y se vulnere su Derecho Constitucional de Libertad al haber solicitado Caucción en un supuesto Delito, que merezca de prisión y esta le sea negada.

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL QUE SERVIRÁ PARA QUE SE IMPLEMENTE Y SE DIFUNDA COMO NORMAS LEGALES PARA QUE LOS OPERADORES JURIDICOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA APLIQUEN SIN DISCRIMINACIÓN POR SU ANTECEDENTE JUDICIAL.

ART. 1.- Sustitúyase el numeral 2 del Art. 175 del Código de Procedimiento Penal por el siguiente:

Procede la aceptación del pedido de Caución en un delito de acción pública aunque el procesado hubiese sido condenado anteriormente por delito sancionado con prisión.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia del Pichincha a los 22 días, del mes de Octubre del 2011.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

1.- Los jueces de los Juzgados tribunales de Garantías Penales si están de acuerdo que dentro de lo posible haya un reforma al artículo 175 numeral 2, ya que existe una contradicción entre este artículo y el 11 Numeral Segundo de la Constitución, en lo referente a los casos de los procesados que hubieren sido condenados anteriormente por delito de prisión, de acción pública, no se admite caución, y nuestra Carta Magna establece la no discriminación, cumpliendo con los principios de proporcionalidad y de ponderación, definiendo la finalidad general de la legislación procesal penal, que no es otra cosa que constituirse en un medio para asegurar la eficacia de derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones reconocidos expresamente en la Constitución de la República del Ecuador.

2.- Estableciéndose también la aplicación de igualdad de armas, que es un principio de igualdad en los procesos jurisdiccionales, éste principio reconoce el mandato según el cual cada parte del proceso debe poder presentar su caso condiciones que no representen una posición sustancialmente desventajosa frente a la otra parte.

La eficiencia y cuya esencia es otra de las garantías fundamentales, y cumpliendo con otros de los principios constitucionales como es el de la celeridad que tiene incidencia práctica la estructura del proceso penal y su desenvolvimiento en el caso concreto.

3.- Los fiscales afirman que la demora indebida e injustificada del procesado que se encuentra bajo prisión preventiva y que no puede obtener su libertad aun haya solicitado caución petuniaria por tener a costas una sentencia condenatoria en el pasado existe un quebrantamiento de las garantías procesales constitucionales básicas que afecta a su derecho de libertad personal que el estado garantiza a toda persona que la constitución la regula así como los casos y la forma en la que puede ser limitada y que esta investigación tenga como resultado un cambio en nuestro sistema y estructura social.

4.- Los Abogados en el libre ejercicio profesional que existe una enorme preocupación generalizada para que cumpliendo con la responsabilidad afirman que se plasme de que la Constitución de la República del Ecuador.

Ratificando lo que preceptúa Código de Procedimiento Penal establece que será un medio para la apreciación de la justicia q hará efectiva la garantías del debido proceso y velara por los principios de imediazacion, celeridad y eficiencia en la administración de justicias.

5.- Es necesario realizar un debate jurídico sujeto a discusión en la Asamblea de tal modo que exista un cambio dentro de nuestro sistema jurídico y servirá de ayuda a nuestra estructura solida cumpliendo de esta manera con una mejor protección y tutela jurídica hacia estas personas que por error o cualquier causa de origen social fueron sentenciadas en un delito de acción pública pero se encuentra inhabilitadas de ofrecer caución y que esta sea aceptada por su pasado judicial inhabilitándolos de por vida.

Para ejercer este derecho hacia el camino de su libertad que por mandato constitucional, que a todos los ciudadanos nos corresponde que el presente trabajo investigativo será evaluado en cuanto profesionales del derecho en sus distintos roles, y algunos estudiantes universitarios esta Tesis trasladen sus inquietudes que podrían darse en las aulas de clases y que su fundamentación científica tenga una real acogida.

5.2. RECOMENDACIONES

1.) Este trabajo investigativo está diseñado para que sea conocido o debatido por jueces, fiscales, abogados de libre ejercicio, así también por alumnos de las facultades de jurisprudencia por ser un tema tan importante con relevancia social

2.) La cátedra de Derecho Constitucional debe propugnar a un mejor conocimiento de los principios fundamentales reconocidos en la Constitución, con especial énfasis en las normas que garantice el cumplimiento del debido proceso.

3.) Al Colegio de Abogados de Guayaquil se sugiere desarrollar un debate jurídico en la que se disputan este tema de investigación, para con su implementación de principios y derechos constitucionales se lograra que se establezca al favor del procesado de parte de los operadores jurídicos de la administración de justicia resoluciones penales más justas acorde con la realidad social.

4.) Sobre este tema tan importante, que existe doctrina y jurisprudencia en nuestro país, como por ejemplo el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel en su Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2005 “Proceso Penal y Garantías Constitucionales”, “Delincuencia Organizada Transnacional Lima-Perú 2011”.

También se analice el derecho comparado, lo que sugiero su lectura. Que esta temática en la doctrina procesal penal lo considero que es de mucha importancia, así como su tratamiento se encuentra justificado plenamente en la parte victimologico y criminológico así como en lo adjetivo y lo sustantivo penal, y la originalidad del tema y su contenido va a ser bien acogida por los jueces, fiscales y abogados en el libre ejercicio, y alumnos de las facultades de derecho.

BIBLIOGRAFIA

1. ACOSTA ALVAREZ, Luis. De la Criminología al derecho penal, Bogotá Colombia, editorial Tercer Mundo, 1969.
2. ALBAN GÓMEZ, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, tomo I y tomo II.
3. ANILLAR DE CASTRO, Lola.. Victimología, Centro de investigaciones de la Universidad de Zulia-Maracaibo-Venezuela.
4. ARAGON, Arcesio. Elementos de Criminología y Ciencia Penal, Popayán Imprenta Departamental 1934.
5. BACIGALUPO, Enrique. Justicia Penal y Derechos Fundamentales, Madrid-Barcelona 2002.
6. BINDER M, Albert. Introducción al Derecho Procesal.
7. BUCHELI MERA, Rodrigo. Criminología, Editorial Universitaria, Quito.
8. CÁCERES, Roberto E. Medidas Cautelares en el Nuevo Código Procesal Penal, Juristas Editores E.I.R.L., Primera Edición Lima-Perú Mayo del 2009.
9. CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. El Delito, Universidad Nacional de Loja 1990.
10. CUEVA CARRIÓN, Luis. El Debido Proceso – Segunda Edición actualizada y ampliada al 2013.
11. CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal – Volumen II, Nota 1 del 8966.
12. CARNELUTTI, Francesco. Principio del Proceso Penal, Tomo II Pág. 54.
13. CARNELUTTI, Francesco. Las miserias del proceso penal.
14. CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Penal, Volumen II año 2006.

15. CARBONELL, Miguel. GRANDEZ CASTRO, Pedro. El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo.
16. CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal Tomo I, Buenos AIRES 2008.
17. FALCONI PUIG, Juan. Estudios procesales, Quito 2012.
18. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías.
19. FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales.
20. FALCONI PUIG, Juan. Estudios Procesales.
21. FRAMARINO, Nicolás. Lógica de las pruebas, Valetta Ediciones – 2008.
22. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Teoría del Delito.
23. GARCÍA FALCONI, José. Los Nuevos Paradigmas en Materia Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.
24. GUERRERO VIVANCO, Walter. Manual de Derecho Procesal Tomo II
25. HOYOS, Arturo. El Debido Proceso, Segunda reimpresión, Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2004.
26. JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1976.
27. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Psicoanálisis Criminal, Editorial Del Arco Ediciones, Cuenca Ecuador.
28. LARREA HOLGUIN, Juan. Derecho Constitucional Ecuatoriano. Volumen I. Publicaciones y Corporación de Estudios 2000.
29. NEUMAN, Elías. El Rol de la Víctima en los Delitos Convencionales y no Convencionales.
30. PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. Manual de Derecho Procesal Penal.- Teoría – práctica – y Jurisprudencia.
31. ROXIN CLAUS. Derecho Procesal Penal, editores del puerto s.r.l.

32. ROXIN CLAUS. Teoría del Delito en la Discusión Actual, Primera Edición Enero del 2007 – Editora Jurídica Grijley.
33. SACOTO DE MERLYN, Pilar. Introducción a la Criminología.- Ediciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito- Ecuador.
34. SOMARRIVA U, Manuel. Tratados de las Cauciones.
35. VALIVIEZO VEIMTIMILLA, Simón. Índice Analítico y Explicativo del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, Segunda edición, Corpol-2012.
36. VÉSCOVI ENRRIQUE, Teoría General Del Proceso, Segunda Edición Actualizada, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá
37. ZAFARONI EUGENIO, Raúl. Buenos Aires Pág. 14.
38. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Temas de Criminología, SPE Ecuador.
39. ZAMBRANO PASQUEL, Delincuencia Organizada Transnacional (Doctrina Penal Constitucional y Práctica Penal). Editorial Edilex S.A, año 2011.
40. ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Proceso Penal Tomo.
41. ZAVALA EGAS, Jorge. Constitucional – EDINO – Guayaquil.
42. SAQUICELA RODAS, Iván. Estudio crítico al código de procedimiento penal (2004).

DICCIONARIO

1. CABANELLAS Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1988.
2. DICCIONARIO DE LA REAL ACADÉMIA ESPAÑOLA, Vigésima Primera Edición, II tomo.

LEYES Y CÓDIGOS

1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (RO 449; 20-oct-2008)
2. CÓDIGO ORGANICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, 9 de Marzo del 2009.
3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR. Corporación de estudios y publicaciones. Quito 2009.
4. CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Corporación de estudios y publicaciones.
5. CÓDIGO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y REHABILITACIÓN SOCIAL. Publicaciones y corporación de estudios.- Quito 2006.
6. LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL, AL CÓDIGO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y REHABILITACIÓN SOCIAL, L. Registro oficial No 635, Agosto 7 del 2002.
7. LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Julio del 2009.
8. GARCIA FALCONI, José. www.derechoecuador.com (Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.)

REVISTAS

1. BODERO, Edmundo René.- Fundamentos y orígenes de la Victimología- Revista Iuris Dictio - Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito – Enero 2001.
2. REVISTAS JURIDICA 2008, Facultad de Jurisprudencia, Universidad
3. Católica de Santiago de Guayaquil.
4. REVISTA DEL DERECHO PUBLICO, 2009/01, Facultad de Jurisprudencia,
5. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
6. REVISTA IURIS DICTIO, Universidad San Francisco de Quito
7. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso,

ANEXO I

**ENCUESTA APLICADA A LOS SEÑORES JUECES DE GARANTÍAS
PENALES.**

UNIVERSIDAD CATOLICA SANTIAGO DE GUAYAQUIL.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, POSTGRADO

INSTRUMENTO No 1

CASO No

Distinguido señor:

Se le solicita muy comedidamente su importante colaboración para contestar al presente cuestionario en relación a conocer el grado de conocimiento que usted posee sobre el art. 175 numeral 2do del Código de Procedimiento Penal. “Cuando el procesado hubiera sido condenado anteriormente por delito de acción pública, no se admitirá caución”.

Esta negativa estigma victimiza y vulnera el derecho constitucional de libertad del procesado.

DATOS ESPECIFICOS:

**MARQUE CON UNA “X” LAS SIGUIENTES PREGUNTAS
FORMULADAS**

1. ¿Aplica usted la obligación legal de brindar una tutela, y seguridad jurídica a las personas que están inmersas en un proceso penal?

Si ()

No ()

2. ¿Considera usted que la negativa de Caución por pasado judicial estigmatiza, victimiza, y vulnera el principio constitucional del procesado?

SI ()

No ()

3. ¿Usted como Juez de garantías penales aplica en la sustanciación de las causas las reglas básicas del Debido Proceso?

Si ()

No ()

4. ¿Considera que nuestro sistema procesal penal en su ordenamiento jurídico, tiene como finalidad un medio de aplicación de venganza, o más bien, su aplicación es un medio para la realización de la justicia?

Si ()

No ()

5. ¿Supone usted, que la aplicación de la prisión preventiva es una medida cautelar que constituye una pena anticipada?

Si ()

No ()

ANEXO II

ENCUESTA APLICADA A LOS SEÑORES FISCALES.

UNIVERSIDAD CATOLICA SANTIAGO DE GUAYAQUIL.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, POSTGRADO

INSTRUMENTO No 1

CASO No

Distinguido señor:

Se le solicita muy comedidamente su importante colaboración para contestar al presente cuestionario en relación a conocer el grado de conocimiento que usted posee sobre el art. 175 numeral 2do del Código de Procedimiento Penal. “Cuando el procesado hubiera sido condenado anteriormente por delito de acción pública, no se admitirá caución”.

Esta negativa estigma victimiza y vulnera el derecho constitucional de libertad del procesado.

DATOS ESPECIFICOS:

**MARQUE CON UNA "X" LAS SIGUIENTES PREGUNTAS
FORMULADAS**

1. ¿Tiene conocimiento que a los condenados por algún delito, se les aplica la penología, métodos y procedimientos legales con la finalidad de lograr su reinserción y rehabilitación social, para evitar la reincidencia?
Si ()
No ()
2. ¿Tiene conocimiento que nuestra Constitución en su art. 11 No 2do preceptua que en nuestro sistema procesal penal, nadie podrá ser discriminado por su pasado judicial?
SI ()
No ()
3. ¿Usted como Fiscal está de acuerdo que las personas que estén inmersa en lo referente al Art. 175 Numeral Segundo del Código de Procedimiento Penal, el Juez de Garantías Penales le conceda una medida alternativa a la prisión preventiva?
Si ()
No ()
4. ¿Al negársele a un procesado su derecho a la libertad por intermedio a la solicitud de caución, es su criterio que se lo está estigma, victimizándolo?
Si ()
No ()
5. ¿Cree usted que sin tratar de justificar la vulneración a una norma penal de un procesado, éste tiene derecho para que se les respete sus derechos constitucionales, como el principio de libertad y de inocencia?
Si ()
No ()

ANEXO III

**ENCUESTA APLICADA A LOS SEÑORES ABOGADOS EN EL LIBRE
EJERCICIO PROFESIONAL.**

UNIVERSIDAD CATOLICA SANTIAGO DE GUAYAQUIL.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, POSTGRADO

INSTRUMENTO No 1

CASO No

Distinguido señor:

Se le solicita muy comedidamente su importante colaboración para contestar al presente cuestionario en relación a conocer el grado de conocimiento que usted posee sobre el art. 175 numeral 2do del Código de Procedimiento Penal. “Cuando el procesado hubiera sido condenado anteriormente por delito de acción pública, no se admitirá caución”.

Esta negativa estigma victimiza y vulnera el derecho constitucional de libertad del procesado.

DATOS ESPECIFICOS:

**MARQUE CON UNA "X" LAS SIGUIENTES PREGUNTAS
FORMULADAS**

1. ¿Conoce usted el concepto de prisión preventiva?

Si ()

No ()

2. ¿Conoce usted el concepto de Caución?

SI ()

No ()

3. ¿Considera usted que la no aplicación de parte de los jueces penales los principios de inocencia y los plazos razonables, vulnera al Debido Proceso?

Si ()

No ()

4. ¿Está usted de acuerdo que la libertad bajo caución constituye un derecho otorgado por el Estado?

Si ()

No ()

5. ¿Usted considera que en los dictámenes acusatorios de los Fiscales ha existido una verdadera investigación a pesar de que el Código de Procedimiento Penal les concede la facultad de delegar ciertas diligencias?

Si ()

No ()