



Universidad de Las Américas

Maestría en Derecho Penal con Mención en Criminalidad Compleja

– Ensayo Académico –

La laguna probatoria en los delitos de poder en el Ecuador

Esteban Coronel Ojeda

Quito, julio de 2024

ÍNDICE

<u>Introducción</u>	4
<u>I: Los delitos de poder en el Ecuador</u>	6
<u>1. Una mirada al pasado</u>	7
<u>2. Los delitos de poder un fenómeno vigente</u>	10
<u>3. Una aproximación conceptual a los delitos de poder</u>	12
<u>a. Los delitos de poder desde el régimen presidencialista</u>	13
<u>b. Los delitos económicos</u>	14
<u>c. Los delitos del crimen organizado</u>	16
<u>d. La actividad terrorista</u>	17
<u>4. La complejidad en la judicialización de los delitos de poder</u>	18
<u>II: El estándar de prueba actual de condena más allá de toda duda razonable</u> 21	
<u>1. Origen del estándar y un intento de explicación del estándar</u>	21
<u>2. El estado actual del estándar</u>	22
<u>3. Los aportes del garantismo penal en la construcción del estándar</u>	26
<u>4. Justificación de las decisiones probatorias</u>	28
<u>5. Garantía para las partes</u>	29
<u>6. Distribución del error entre las partes</u>	30
<u>III: En busca de un estándar de valoración probatoria para colmar la laguna probatoria</u>	33
<u>1. ¿Qué es la laguna probatoria?</u>	33
<u>2. El estándar de prueba actual no es suficiente para llenar la laguna probatoria</u>	34
<u>3. Criterios para razonar la prueba</u>	36
<u>4. Los estándares de prueba objetivos aplicables en los delitos de poder</u>	39
<u>5. Un ensayo de estándar para colmar la laguna probatoria en los delitos de poder</u>	46
<u>Conclusiones</u>	51
<u>Referencias bibliográficas</u>	56

Resumen

Judicializar los crímenes del poder en el Ecuador resulta complejo. Desde la óptica del proceso, el estándar de prueba de “condenar más allá de toda duda razonable” resulta ambiguo para entablar responsabilidades en este tipo de crímenes.

Visibilizar en el proceso las dinámicas de los delitos de poder requiere una mirada en perspectiva, enfocando las principales manifestaciones que colocan en riesgo la democracia y los principales derechos fundamentales como los delitos del crimen organizado, la actividad terrorista, los propios de corrupción y los crímenes de los políticos.

La valoración tradicional de la prueba no enfoca las verdaderas necesidades de la criminalidad compleja donde por su naturaleza se presentan lagunas probatorias, en algunos casos por el control de los elementos de prueba de los sujetos de poder.

Con el fin de racionalizar la interpretación probatoria en los crímenes del poder, se promueve criterios para valorar la prueba y una propuesta de un nuevo estándar racional según las nuevas dinámicas y necesidades del proceso.

Palabras claves

Crímenes de poder. Duda razonable. Estándar de prueba. Laguna probatoria. Verdad probabilística. Criterios para valorar la prueba.

Introducción

Judicializar los delitos complejos en el Ecuador supone todo un reto. Los delitos de poder merecen una vista desde arriba para comprender su génesis y principales manifestaciones. Entre los retos que enfrenta la democracia para contener los delitos de poder, este proyecto de investigación, plantea que el estándar de prueba actual de “condena más allá de toda duda razonable” aparte de ser indeterminado, ambiguo y con vaguedad interpretativa, resulta también insuficiente para comprender las dinámicas actuales de los delitos complejos, donde por su naturaleza existen lagunas de prueba, en algunos casos ocasionados por los sujetos de poder.

Como respuesta a la problemática, se explora desde distintas perspectivas un estándar de prueba aplicable a los delitos complejos. Al final, se descartan estándares de prueba, incluido el vigente y se ensaya un estándar aplicable a los delitos complejos o de poder.

Se propone como estándar que al formular la hipótesis prevalezca la probablemente verdadera, construida con elementos de prueba existentes. La garantía de este estándar, como se explora son dos: los criterios objetivos de valoración de la prueba y el peso probatorio que se entregan a los elementos de juicio relevantes.

La propuesta empieza por mirar los crímenes del poder como un fenómeno complejo, para ello nuestro ángulo de observación arranca desde el ideal de visibilizar y contener al poder público y privado a rigurosos vínculos y límites constitucionales.

Luego de analizar que los delitos de poder es un fenómeno vigente con incidencia local y expansión transnacional produciendo un reto de los Estados en la contención simétrica desde el Estado de Derecho. Exponemos sus principales manifestaciones que colocan en riesgo las democracias, como los delitos de corrupción, los delitos económicos, los propios

del crimen organizado y de terrorismo. Se propone como clave de lectura el estrecho vínculo de los poderes políticos, económicos y mediáticos.

En el marco del proceso hay varios retos pendientes, siendo de nuestro especial interés el estándar de prueba que en la actualidad se utiliza. De este, se desentraña su origen e intentos de explicación de lo que realmente significa que un juzgador, en la clase de delitos que se propone, debe “condenar más allá de toda duda razonable”.

Luego se explora la construcción de un estándar con respeto a las garantías y derechos de las partes con el fin de justificar las decisiones probatorias. En este sentido, se visibiliza que la clásica construcción de un estándar de prueba busca minimizar el riesgo de errores, esto es la condena a un inocente y la absolución de un responsable material.

Se debe concientizar que la construcción del clásico estándar de prueba intentaba frenar la arbitrariedad pública en todos los delitos, por ello asume los errores en la obtención y práctica de la prueba. Sin embargo, la dinámica en los delitos de poder es compleja, y en cierto modo distinta. Como se propone en este trabajo, en el caso de evidenciarse una laguna de prueba no puede beneficiar a quien la ocasiona y no se dé por satisfecho el estándar. La distribución del error debe considerar las actitudes y dicha actividad de los distintos sujetos procesales a la hora de establecer un error.

Al final se busca identificar la laguna de prueba en los delitos de criminalidad compleja y la interpretación tradicional de la prueba que, en gran medida se encaminan a una absolución por no construir un cuadro probatorio completo. Con la laguna de prueba y el clásico estándar no es posible refutar todas las hipótesis posibles que encaminan a la inocencia, así también, no es posible refutar la hipótesis posible propuesta por la defensa.

Entonces, la ausencia de prueba en los delitos de criminalidad compleja debe optar por un marco de razonamiento distinto, donde la ausencia o falta de elementos de prueba por la intervención de quien la ocasiona no se encamina a la no satisfacción del estándar.

Al contrario, la propuesta radica en se debe construir una hipótesis verdadera con los elementos de prueba que existan en el juicio, refutando con los mismos datos todas las hipótesis posibles de absolución. La garantía de este estándar para las partes son dos: criterios objetivos para razonar la prueba existente y el peso probatorio del conjunto de los elementos de juicio.

I: Los delitos de poder en el Ecuador

No resulta comprensible, por lo menos del todo, si no se abordan los delitos o crímenes del poder desde una mirada panorámica. Retroceder al pasado nos sirve para resaltar la naturaleza impune y ofensiva de los crímenes que colocaron en su momento en riesgo a la democracia y los derechos fundamentales.

Para ello, es necesario ilustrar los aportes de la teoría de la democracia en la visibilización, límite y control de los poderes al principio de legalidad. Luego, las constituciones de postguerra, por su naturaleza, sometieron a todos los poderes públicos y privados a rigurosos vínculos y límites constitucionales.

Sin embargo, si bien es cierto, los delitos de poder, desde su origen fueron cometidos en gran medida por el Estado en todas las latitudes, llámense delitos contra la humanidad y violaciones a derechos humanos. Luego, por la globalización y el declive de las instituciones de garantía, el Ecuador enfrenta delitos cometidos por los poderes privados evidenciando la participación subterránea de sujetos y poderes públicos.

Una muestra de lo descrito, en clave criminológica, son los delitos de corrupción, cuya propiedad violentada es la eficiencia de la administración pública¹. En su momento, la teoría del garantismo penal² centró su pensamiento en contener la arbitrariedad pública al momento de tipificar delitos, edificar el proceso con garantías y la racionalidad de las penas.

Sin embargo, la racionalización del poder público descuidó en cierta medida los delitos de los privados como son los delitos del poder económico. El auge de las organizaciones criminales y su ofensiva contra la seguridad pública en sus distintos niveles no se logra comprender, si la clave de lectura es la conexión subterránea de los sujetos públicos de poder.

Este primer acercamiento sirve para resaltar que los delitos de poder en Ecuador, además de ser un problema global como se menciona en este trabajo, requieren una solución asimétrica desde el razonamiento probatorio. En nuestro país, al menos, el estándar utilizado es el mismo para los delitos contra la propiedad y para la criminalidad compleja, sin que, hasta ahora, se haya considerado un trato diferenciado.

1. Una mirada al pasado

Para hablar de los principios que sustentan a un régimen democrático debemos retroceder a los principios que los fundaron. Un evento histórico relevante fue la Revolución Francesa, que, como postulados, promovió la transparencia y visibilidad del poder. De hecho,

¹ Hay corrientes que nos invitan a pensar sobre el bien jurídico protegido en los delitos en contra de la eficiencia de la administración pública, no es objeto del trabajo, sin embargo, en esta clase de delitos, otro ángulo de observación es que el bien jurídico protegido es el deber de los servidores o funcionarios públicos.

² El garantismo penal, edificado con cierto impacto desde la ilustración con César Márquez de Beccaria en su tratado de los delitos y de las penas, promovida por Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli, con su obra Derecho y Razón y difundida en el mundo latino por Perfecto Andrés Ibáñez.

para Norberto Bobbio (2017) “(...) la publicidad debe ser la regla y los secretos de Estado la excepción.” (p. 97). El pensamiento ilustrado en gran medida centra su actividad en visibilizar y controlar al poder público con base en el principio de legalidad.

Cuando hablamos de un régimen democrático consideramos ciertos principios edificados por la ilustración y las llamadas constituciones de posguerra, siendo el principio de legalidad, la separación de poderes y la rendición de cuentas de los gobernantes sus principales aportes. Como bien señala el politólogo Guillermo O’Donnell (2007), “hay fragilidad de los principios democráticos cuando se tolera la impunidad en las entidades de control y el sector de la justicia” (p. 287).

A pesar de los aportes de la ilustración de visibilizar al poder y el constitucionalismo de posguerra que promueve la visibilidad del poder público y someterlo a rigurosos vínculos y límites constitucionales, podríamos afirmar que, con dichos aportes políticos y jurídicos, el poder, en palabras de Perfecto Andrés Ibáñez (2011), experimenta “caídas brutales” (p. 90).

Las caídas brutales del poder no es nada nuevo. Hay momentos históricos que marcaron nuestra memoria. Por ejemplo, el asesinato en masa de los judíos en manos de la Alemania nacionalista a finales de 1941 (Costantini, 2007, p.5). El conflicto en la ex Yugoslavia desencadenó la masacre de millones de personas. Así mismo, el genocidio de Ruanda identificó en 1994, en solo 100 días, entre 500.000 y un millón de personas asesinadas (Stanton, 2004, pp. 211-228).

A lo largo de la historia, vemos que el poder, incluso dentro de marcos de legalidad y controles, sigue repitiendo violaciones masivas a los derechos de las personas. Si consideramos el concepto de *corsi e ricorsi* (Vico, 2003, p. 54), observamos que el poder siempre tiende a regresar a su estado natural y salvaje, independientemente del tiempo y el espacio territorial.

Al mirar al pasado, nos damos cuenta de que las constituciones de posguerra establecieron la validez de los derechos fundamentales en el vértice constitucional. Esto significa que los Estados tienen el deber de proteger y garantizar estos derechos. En su momento, Luigi Ferrajoli (2011) denominó a la construcción histórica de los derechos como el núcleo duro de los derechos o “derechos fundamentales” de naturaleza intangible (p. 25).

A pesar de las ideas de la ilustración y los resguardos del constitucionalismo de posguerra, “los años 60 y 80 estuvieron marcados por las luchas contra las dictaduras de larga duración y los regímenes corporativos autoritarios enquistados. Las respuestas represivas del Estado a estos desafíos fueron altamente coercitivas, y a veces brutales, que llevaron a la radicalización de muchos movimientos” (Almeida, 2001, p. 82).

Para Ecuador, este contexto mundial y latinoamericano no es lejano. Desde el retorno a la democracia en 1978, los distintos regímenes democráticos violaron los derechos humanos de sus habitantes (Comisión de la Verdad, 2010). Todavía es una práctica no desterrada la desaparición forzada de personas, las detenciones ilegales, las torturas, y ejecuciones extrajudiciales. En este tipo de ilícitos, recolectar elementos de prueba resulta complejo por la participación de sus actores.

Esta mirada al pasado nos permite observar que el poder público y político, a pesar de las previsiones constitucionales y legales edificadas con mayor rigurosidad en el constitucionalismo de posguerra; enfrenta, incluso, en nuestro país, una arremetida constante en contra de los derechos de los ciudadanos.

2. Los delitos de poder un fenómeno vigente

En su momento los aportes filosóficos y políticos de la ilustración, así como las constituciones contemporáneas centraron sus esfuerzos en vincular al poder público al principio de legalidad, transparencia y rendición de cuentas.

Cesare de Beccaria, en su obra “sobre los delitos y de las penas” denunciaba el uso irracional del poder punitivo del Estado. Luego un tratadista contemporáneo como Darío Ippolito (2018), también recoge una edificación garantista del derecho penal como un “freno a la arbitrariedad pública y privada ante una realidad innegable, que es el poder de castigar” (p. 23).

Un evento que trasciende nuestra memoria, por lo menos para el interés del trabajo, son los preparativos a los juicios de Nuremberg. En aquella época se discutía la responsabilidad de los poderes privados que actuaron en sintonía con el poder público en la explotación laboral, producción de armamento, construcción de cámaras de gas, entrega de suministros que fueron utilizados por el régimen nazi. Se suma la confiscación de propiedades a los judíos y colaboración directa de empresas en la detención, deportación y traslado de víctimas al Holocausto (Triviño, 2007, p. 15).

Desde una mirada al pasado de los crímenes, podemos extraer una idea inicial: las violaciones a los derechos humanos estaban en manos del Estado. Sin embargo, la discusión previa a los juicios de Nuremberg nos deja aprendizajes jurídicos, políticos y sociales que trascienden en la actualidad. De este fenómeno con alto impacto en la protección de los derechos, se extrae la intervención propia de los crímenes del poder privado: económico y mediático en la comisión de delitos, y desde otro ángulo de observación, la impunidad de aquella época en sentar en el banquillo de los acusados.

Si bien es cierto, en la actualidad, la discusión internacional sobre responsabilidad empresarial (o de los poderes privados) fue bien entendida por nuestro legislador al incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El hilo conductor propuesto, nos posiciona por un momento a visibilizar que el poder político, no solo comete delitos contra la humanidad, sino que, también se aprovecha de las instituciones de garantía para perpetrar delitos de corrupción en distintas esferas del Estado³ (Barreto et. al., 2011). Si miramos los procesos judiciales en otras latitudes vemos que no es una patología propia del Ecuador.

Por ejemplo, la trama de corrupción en Perú vinculó a los partidos de turno de los expresidentes Alberto Fujimori, Ollanta Humala, Alejandro Toledo. En España el vínculo político con la trama de corrupción de Gürtel. En Italia el caso *Mani Pulite*. Y en el Ecuador, lo propio con el caso *Sobornos* y cientos de la especie.

En efecto, en el aporte académico realizado en la Universidad de Valencia, con la tesis doctoral "*La investigación a los crímenes del poder en el Ecuador. La cosa juzgada fraudulenta. Una herramienta contra la impunidad*" se evidenció desde la teoría política y desde la criminología crítica la colusión oscura y subterránea del poder político, económico y mediático que ponen en riesgo los principales derechos fundamentales (Coronel, 2022, p.17). De esta base teórica el trabajo salda una cuenta pendiente de investigación, la de proponer un estándar de prueba aplicable a los delitos de poder como tratamos a continuación. Mientras tanto, tratemos los delitos de poder que colocan en riesgo la democracia y los principales derechos fundamentales.

³ Como bien lo dice Hernando Barreto, en su libro *Lecciones de derecho penal: parte especial*, los delitos denominados de corrupción no tienen una tipificación en estricto sentido, el uso del término deviene de los comportamientos de los funcionarios del Estado en las Instituciones de Garantía. En nuestro país, según el COIP, son denominados "delitos en contra de la eficiencia de la administración pública". La tipificación de estos delitos nace de un consenso internacional de "luchar contra la corrupción" recogido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

3. Una aproximación conceptual a los delitos de poder

Los delitos de poder son manifestaciones propias del poder político, económico y mediático que, pese a la edificación de las constituciones contemporáneas y las previsiones legales, aprovechan espacios en la democracia moderna para desarrollar un nutrido grupo de ilícitos que colocan en riesgo el Estado de Derecho y los derechos fundamentales.⁴

Estos delitos, por su naturaleza, se introducen en el normal desenvolvimiento de la sociedad generando complejas formas de impunidad en distintos espacios. En el poder judicial se ha visto, como, por ejemplo, en el caso “Gonzales y otros”⁵, como los sujetos de poder tienen la posibilidad de manipular, destruir, ocultar los elementos probatorios, generando, de esta manera, una laguna probatoria.

En este proceso, el poder judicial, utilizó el control de convencionalidad de sentencias internacionales, para aplicar una figura no regulada en el procedimiento penal ecuatoriano, como es la cosa juzgada fraudulenta (Corte Nacional de Justicia, 2013). La crítica doctrinaria al Control de Convencionalidad es que resulta ambiguo, puesto que autoridades nacionales toman como mandatos morales, no obligatorios a dicha categoría (Henríquez y Núñez, 2016).

La clave de lectura de los delitos de poder es la colusión oscura y subterránea del poder político, económico y mediático. Entre las manifestaciones sobre salientes tenemos las violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, los propios de corrupción, los delitos económicos, los del crimen organizado y el terrorismo.

Al final, judicializar esta clase de delitos resulta complejo por el control de los sujetos de poder de los elementos de prueba. Sumado a que el estándar de prueba de “condenar más

⁴ Por ejemplo, Laura Zúñiga, aborda en Poder y Delito “escándalos financieros y políticos” “La forma como el poder genera espacios de impunidad del actual constitucionalismo.

⁵ En este caso, correspondiente al proceso No. 1772120131631, la Corte Nacional de Justicia, aplicó la institución de la cosa juzgada fraudulenta como una herramienta para enfrentar la impunidad sobre una sentencia con efectos propios de la cosa juzgada (inmutabilidad y vinculatoriedad).

allá de toda duda razonable” genera un espacio de amplia discrecionalidad frente a la ausencia de elementos de prueba, denominados doctrinariamente como “laguna probatoria”.

a. Los delitos de poder desde el régimen presidencialista

Ecuador desde su retorno a la democracia en 1979 abraza el régimen presidencialista, para Luigi Ferrajoli, este tipo de regímenes presidenciales marcan en su interior una profunda inestabilidad política, económica y social (Ferrajoli, 2011, p. 47).

El régimen presidencialista se caracteriza por personalizar la figura del presidente de lo que puede tener como consecuencia actos arbitrarios y abusos del poder. No hay que perder de vista que, desde el retorno a la democracia en el año de 1979 el Ecuador ha sido testigo de profundas violaciones a los derechos humanos. Según las cifras oficiales de la Comisión de la Verdad del Ecuador (2010), en el gobierno de 1984-1988, se cometieron delitos de lesa humanidad en contra de la población. Evidenciando también que posteriores gobiernos a 1988 se han violado derechos humanos de la población ecuatoriana.⁶

En este régimen de tipo presidencialista, denominado incluso como Hiperpresidencialismo, luego de 1998, hasta el 2008, según el referido informe, se cometieron violaciones a los derechos humanos. Si avanzamos en esa línea de tiempo, no es cuestión menor que luego del 2008 hasta el 2023, según el informe estadístico de la Fiscalía General del Estado, encargado de judicializar estos casos, existan cerca de 500 violaciones a los derechos humanos.⁷ Cifra que, incluso, por el contexto de seguridad, podría aumentar en este 2024.

⁶Según el Informe de la Comisión de la Verdad del Ecuador, en el gobierno de 1984-1988 se desprenden 305 víctimas distribuidas en 65 casos.

⁷ Fiscalía General del Estado, Dirección de Derechos Humanos y Participación ciudadana.

Hay que añadir que, por las excesivas facultades conferidas en este régimen también se instauran casos complejos de corrupción que vinculan a distintos mandatarios de los gobiernos de turno. Por citar casos judicializados, tenemos la trama de Odebrecht que sacudió no sólo al Ecuador entre 2008 y 2017, sino también a varios países latinoamericanos que utilizan las instituciones de garantía como medios para cometer distintas infracciones.

b. Los delitos económicos

Desde un principio, observamos que los principales aportes de la ilustración y del actual constitucionalismo, se centraron en frenar la arbitrariedad del poder público. Otra vez, Luigi Ferrajoli, con sus aportes, jurídicos y políticos, ilustra que en la actualidad hay ausencia de vínculos y límites del poder económico (Ferrajoli, 2011). En realidad, lo que sucede es que el poder político está supeditado al poder económico.

Los delitos del poder político no se cometen en soledad, necesita la participación del poder económico. Según Sutherland (2009), los cataloga como delitos de “cuello blanco” o delincuencia económica que son cometidos por los mercados, las corporaciones nacionales e internacionales.

Un ejemplo claro, en el Ecuador, sobre el impacto económico, social y judicial fue la crisis económica de 1998 que puso en riesgo la economía nacional y obligó a emigrar a millones de personas.

En rasgos criminológicos dicho comportamiento a criterio de Zaffaroni y Santos (2019), es denominado como crimen en época del “totalitarismo financiero” Incluso, por su impacto podría ser catalogado a criterio de Ferrajoli como un “crimen económico contra la humanidad”.

Desde otro ángulo de observación, el poco control de la economía local e internacional, por su fragilidad institucional y la impunidad que como se relató al inicio de este capítulo, es bien tolerada, genera un espacio idóneo para lavar dinero en las instituciones financieras nacionales e internacionales. La última estimación del Centro Estratégico de Geopolítica (CELAG) cifró en 3.500 millones de dólares el dinero sucio que se lavó durante el año 2021 en el sistema financiero de Ecuador, triplicando así la estimación de 1.200 millones del período 2007-2016.⁸

En la actualidad, el aumento de la actividad delictiva en el sector económico tiene un impacto negativo en el desarrollo del país. Su impacto se manifiesta en todas las áreas de la economía del país, afectando la equidad, la competencia y la libre actividad del mercado, afectando a los consumidores, a los productores; y, en general, a la industria que se desenvuelve en un régimen de libertad de empresa pública y privada.

Además, este fenómeno afecta negativamente la confianza de los inversionistas, disminuye la atracción de la inversión extranjera y reduce tanto las importaciones como las exportaciones de productos nacionales. En todo caso, dicha delincuencia afecta el sistema fiscal y financiero del Estado, la confianza y buena fe de los usuarios y consumidores.

Se trata, de formas delictuales que aportan a la ruptura en el equilibrio económico regulado por el Estado. Estos delitos atentan el orden económico constituyen una modalidad delictiva, en la mayoría de los casos, procuran ejecutar conductas de manera planificada y organizada para aparentar licitud sobre estas actividades.

⁸Véase en CELAG. (14 de enero de 2023). Cuánto dinero se lava en el sistema financiero ecuatoriano. Una aproximación desde las cifras macroeconómicas. CELAG Data. <https://www.celag.org/cuanto-dinero-se-lava-en-el-sistema-financiero-ecuatoriano-una-aproximacion-desde-las-cifras-macroeconomicas/>

c. Los delitos del crimen organizado.

El crimen organizado es una industria siempre en movimiento, se inserta en el normal desarrollo de la sociedad, se adapta a los mercados y crea nuevas formas de delincuencia, trasciende las fronteras culturales, sociales, lingüísticas y geográficas, en todo caso, no conoce fronteras, ni reglas (López y Arroyo, 1983, p.20).

Se trata, sin duda, de un delito de mera conducta con características propias de un delito de peligro abstracto. Se sanciona el simple acuerdo, la decisión común de varias personas que cometen delitos graves con la idea de crear un estado delictivo entre los asociados (Zambrano, 2011, p.59).

La convergencia de voluntades de al menos tres individuos con el propósito de llevar a cabo conductas delictivas en un sentido abstracto pone en riesgo la seguridad pública. En este contexto, el poder punitivo del Estado sanciona el común designio de que estas personas lleguen a un acuerdo común, aun sin la necesidad de que se materialice la ejecución de algún acto delictivo específico, sino que, basta la simple puesta en peligro de la seguridad pública del Estado.

La piedra angular de la actividad del crimen organizado reside en la formación de alianzas y conexiones, que abarcan tanto a las más altas esferas políticas, económicas y sociales. Cada grupo de delincuencia organizada puede llevar a cabo una amplia gama de operaciones ilícitas, poniendo en peligro no solo la seguridad pública de su país de origen, sino, también, la de cualquier lugar donde busque expandir su influencia (Zaffaroni, 1996, p. 26).

Entre sus expresiones que colocan en riesgo la democracia y los principales derechos fundamentales tenemos la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes, el tráfico ilícito de armas de fuego, el comercio ilegal de flora y fauna silvestre, la venta de medicamentos

adulterados, la delincuencia cibernética y entre otros ilícitos. Es decir, el concepto de criminalidad dentro del ordenamiento jurídico abarca diversos tipos o formas de criminalidad que se expanden por el territorio nacional.

No hay que perder de vista que en esta clase de delitos el Ecuador en estos últimos años se convirtió en un actor silencioso a nivel regional con gran alcance internacional. En el 2021, las autoridades incautaron 210 toneladas de droga, valoradas en 420 millones de dólares.

d. La actividad terrorista

Estas actividades provocan un estado de incertidumbre colectiva frente a la garantía de gozar la paz y tranquilidad pública propios del Estado Constitucional. En realidad, la actividad terrorista acoge varios verbos rectores –delito pluriofensivo– que pueden poner en zozobra al auditorio social, produciendo un detrimento en las bases de un estado democrático y, a su vez, en los derechos fundamentales.

El concepto delineado se centra en el desencadenamiento y mantenimiento de un estado generalizado de temor, amenaza e inseguridad en la sociedad, ya sea en un grupo específico o en toda la población, y en mantenerlo a lo largo del tiempo. Este estado se logra a través de una serie de acciones que aumentan el riesgo para bienes jurídicos fundamentales o aspectos básicos de la vida en comunidad (Delgado, 1987, p. 76).

Entonces, el terrorismo implica forzar a la sociedad a vivir en un entorno marcado por la constante amenaza, siempre conscientes de la posibilidad de un desastre que podría ocurrir en cualquier momento; (Delgado, 1987, p. 80), es decir, afecta a las bases del Estado Constitucional y altera gravemente la paz pública.

Implica la exteriorización de conductas peligrosas para la seguridad pública, con el propósito de causar pánico, desconfianza y zozobra en el conglomerado social. Es, por lo tanto, el terrorismo se describe como una acción violenta que pone en peligro el bienestar público en todas sus dimensiones.

El Ecuador evidencia la penetración del terrorismo en las esferas públicas y privadas del poder, que, mediante el uso del miedo y la violencia, se promueven situaciones que sugieren la existencia de un Estado fallido, donde las actividades del terrorismo superan la capacidad de respuesta de del Estado. Los ataques con bombas, los actos de violencia dirigidos a civiles y las masacres en las cárceles, contribuyen a que la población perciba un entorno de inseguridad y desprotección (Benavides, 2022, p. 56).

4. La complejidad en la judicialización de los delitos de poder

Los aportes de la ilustración y de la democracia moderna buscaban visibilizar el poder y someterlo a rigurosos vínculos y límites constitucionales. Frente a esta promesa incumplida, el poder judicial toma un rol protagónico para investigar y sancionar los delitos de poder que colocan en riesgo los derechos y la democracia.

En varias ocasiones los delitos de poder son tratados de forma aislada, uniforme y desde el positivismo jurídico. Es decir, no se toma en cuenta la conducta entrelazada de la organización criminal, del delito de terrorismo o los propios de corrupción.

Para Donella Meadows (1992), el mundo es un “fenómeno del sobre pasamiento a una escala mucho mayor” (p. 30). En gran medida interconectado, finito, biológico-psicológico- económico. Lo tratamos como si fuera divisible, separable, simple e infinito. Nuestros sistemas globales surgen directamente de este desajuste.

En el marco del proceso penal, se trata el fenómeno del crimen del poder en palabras de Karl Popper (1972), “como si fuera un reloj: comprensible, ordenado y predecible” (p.87). Cuando lo cierto es que el proceso penal debe entender que, por su naturaleza y colusión obscura, los delitos de poder son irregulares, desordenados, en constante cambio y poco predecible. Si viéramos a los delitos de poder tratados en este capítulo como una nube, entenderíamos que está en constante movimiento, buscan espacios desatendidos o de poco control para desarrollarse y afianzarse.

Esta idea vista desde la edificación exterior del derecho procesal penal tiene sentido. Por ejemplo, la etapa de instrucción fiscal en todos los delitos dura máximo 120 días, conforme lo determina el Art. 592 del Código Integral Penal (COIP, 2014). Esta duración puede ser para delitos contra la propiedad, hasta, cualquiera de los delitos de poder relatados en este trabajo.

En este tipo de delitos, es decir en los de poder, el sistema procesal debe realizar un trato diferenciado. En la actualidad, hay discusiones profundas en torno a la complejidad de judicializar y contener los crímenes del poder en el Ecuador desde el poder judicial. Por ejemplo, en la esfera pública se discute sobre el control de garantías penitenciarias en esta clase de delitos. Según nuestro ordenamiento, una vez ejecutada la sentencia el condenado pasa al control del juez de garantías penitenciarias del lugar donde cumple la pena.⁹

De la mano también caminan propuestas para que la acción en delitos complejos sea imprescriptible. El juzgamiento en ausencia de esta clase de delitos es otra propuesta¹⁰. Los

⁹ En los delitos de poder, como, por ejemplo, en los propios del crimen organizado, se ha visto que el Estado es ineficiente en el control penitenciario donde cumple la pena el detenido. Una alternativa asimétrica, es que existan jueces de control de garantías penitenciarias asociados a los delitos de corrupción y crimen organizado.

¹⁰ Esta propuesta nace de la experiencia Italiana de la Lucha contra el terrorismo y el crimen organizado con la Ley antimafia llamada “Ley Rognoni” – La Torre de 1982.

argumentos, en cierta medida válidos, para asumir como razonable esta propuesta es que si los delitos en contra de la humanidad o los que atentan la eficiencia de la administración pública son según la Constitución del Ecuador son imprescriptibles también esta clase de delitos que atentan bienes jurídicos elementales deberían tener igual tratamiento.

La propuesta razonable en torno a los delitos complejos denominados en este trabajo, como delitos de poder se centra en generar asimetría, por lo menos, desde mi punto de vista, con la edificación del derecho penal garantista¹¹. Frente a otras propuestas que atentan los derechos fundamentales, a mi parecer como, por ejemplo, la doctrina del derecho penal del enemigo propuesto por Gunter Jakobs (Jakobs & Meliá, 2003, p. 62). Desde otro ángulo de observación, el profesor Jesús Silva Sánchez (2006), justifica la expansión del derecho penal con ocho causas¹².

Como vemos, hay un campo complejo en torno a los problemas en la judicialización de los delitos de poder. Ahora, una vez identificados los delitos de poder, las propuestas que giran en torno a resolver los fenómenos complejos desde el derecho, en lo que sigue, es de nuestro interés analizar el estándar de valoración de prueba de “condena más allá de toda duda razonable” en los delitos de poder.

¹¹ Por ejemplo, Luigi Ferrajoli en Derecho y Razón.

¹² En este estado, el profesor Jesús - María Silva Sánchez, recoge algunas causas de la expansión del derecho penal, como: la aparición de nuevos riesgos, la sensación social de inseguridad, la configuración de una sociedad de “sujetos pasivos”, la identificación de la mayoría social como víctima del delito, el descrédito de otras instancias de protección, los gestores atípicos de la moral, la actitud de la izquierda política, el desprecio de las formas.

II: El estándar de prueba actual de condena más allá de toda duda razonable

1. Origen del estándar y un intento de explicación del estándar

Este estándar nació en el siglo XVIII, antes de la introducción del concepto de “condena más allá de toda duda razonable”, lo que ocurría es que a los testigos y veredictos se les tomaba juramento sobre el compromiso de emitir un veredicto verdadero. Antes de declarar la culpabilidad, en el sistema anglosajón, el jurado sólo debía declarar la culpabilidad si es que los miembros del jurado estaban absolutamente seguros (Laudan, 2013, p. 64).

La ilustración, con los aportes de John Locke y John Wilkins, se percataron que en los asuntos humanos no había cómo obtener certeza absoluta como sucede en las matemáticas o en la lógica.

Dada la dificultad de obtener certeza en las decisiones judiciales, los jueces advertían al jurado que el veredicto de culpabilidad requería que el jurado creyera en la culpabilidad del acusado “más allá de toda duda razonable” o que dicha creencia constituyera una “certeza moral” (Laudan, 2013, p. 64).

El concepto de duda razonable como estándar de prueba tiene su origen en el derecho anglosajón, sin embargo, a lo largo del tiempo, la propia Corte Suprema de Estados Unidos, ha desalentado su uso lingüístico de la “certeza moral” que debe aplicar los jurados por la ambigüedad y la interpretación del término (Laudan, 2013, p. 65).

Dada esta exclusión, los jueces y los académicos en el sistema inglés, han tenido que explicar a los jurados de que mismo se trata el estándar objeto de nuestro trabajo, manteniendo una evolución confusa del término de la siguiente forma:

- a) Más allá de toda duda razonable como aquella seguridad en creencias que consideramos apropiadas para la toma de decisiones importantes en la vida.
- b) Más allá de toda duda razonable como el tipo de duda que haría que una persona prudente vacilara en actuar.
- c) Más allá de toda duda razonable como una convicción estable en la culpabilidad del acusado.
- d) La duda razonable como para la cual puede ofrecerse una razón.
- e) Más allá de toda duda razonable como una creencia altamente probable.

Cualquier explicación del estándar recogida por Larry Ludan, puede llegar a ser subjetiva con un alto grado de probabilidad que existan respuestas diversas desde la doctrina y la jurisprudencia sobre lo que se debe entender por “condenar más allá de toda duda razonable”.

Teniendo esta experiencia anglosajona en la edificación y, por lo menos, bajo mi concepción en la indeterminación del estándar actual, nuestro sistema acoge como propio dicho estándar. Si bien, la génesis fue explicar el estándar de prueba a los jurados para determinar la culpabilidad. Corresponde, entonces, explicar la acogida como propia de dicho estándar, para luego, esgrimir la función y características del estándar.

2. El estado actual del estándar

Un estándar de prueba es un conjunto de reglas que sirven para valorar la prueba aportada en el proceso. La construcción de un estándar de prueba depende de circunstancias exteriores al proceso como la política legislativa y las exigencias de la sociedad según las dinámicas propias del proceso.

El punto de partida para asumir como propio este estándar de prueba es la irracionalidad del Estado en la tipificación de delitos, edificación de proceso sin garantías y la imposición de penas inhumanas. En el capítulo anterior, se visibilizó en una parte la arbitrariedad del Estado en la comisión de delitos en contra del ciudadano débil frente al poder. En este contexto, la duda en la investigación, proceso y juzgamiento favorece a los ciudadanos sometidos al monopolio Estatal.

En el Ecuador, tradicionalmente el estándar de prueba utilizado en el sistema judicial requiere "condenar más allá de toda duda razonable", estándar que es empleado para el juzgamiento de delitos comunes y los delitos de poder manifestados en el anterior capítulo. No existe distinción, por lo menos, normativa frente al cambio de dinámica actual, es decir delitos complejos de probar.

Los delitos de poder, al ser parte de un fenómeno complejo de investigar, procesar y sancionar; el razonamiento de la prueba y el estándar de prueba debería ser distinto según las corrientes que se analizan en este trabajo.

Resulta que este estándar de prueba de condena más allá de toda duda razonable, parte de un criterio subjetivo, esto es, alcanzar un nivel de certeza supeditado al convencimiento y las máximas experiencias del juzgador.

El COIP, en el art. 5, numeral 3 establece como "Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable." La duda a favor del reo parte de la idea de distribución del error al sujeto débil del proceso.

Revisemos los principales aportes doctrinarios y sus críticas a este estándar. Para Couture (1974), “La duda razonable es inherente al sistema de la sana crítica racional en la valoración de la prueba” (p.187).

En este contexto, la sana crítica es, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. Para Houed (2007), “la sana crítica se conjuga a partir de la unión de la lógica y las experiencias, sin excesivas abstracciones de orden intelectual u objetivas” (p.70).

Entonces, al afirmar que con la sana crítica el juzgador tiene plena libertad de valorar la prueba del proceso, no implica la omisión de las reglas de su lógica y máximas de experiencias; sin embargo, ello no exime de posibles arbitrariedades supervinientes a la subjetividad de su razonamiento. Para Michele Taruffo (2013), “este sistema tiene una connotación negativa que genera incertidumbre en la forma en que el juzgador ha de llevar a cabo su valoración discrecional” (p.132.)

En realidad, el estándar de duda razonable a través de un ejercicio de subjetividad sobre el establecimiento de un umbral probatorio pretende minimizar la condena sobre los inocentes. Para Taruffo (2013), este estándar de prueba edificado en la sana crítica no solo apela a criterios subjetivos, sino que, “se edifica sobre reglas impredecibles e indeterminadas para dar como acreditado un hecho” (p.133).

Si bien es cierto la sana crítica, fue parte del derogado código de procedimiento penal, sin embargo, el COIP, art 5, numeral 3, plantea como estándar de valoración de prueba la “condena más allá de toda duda razonable”

En realidad, esta valoración de la prueba supeditada a la íntima convicción del juzgador, desde su aspecto subjetivo, deja abierta la posibilidad de una valoración arbitraria, dejando a discreción del juzgador la determinación del valor de las pruebas. He aquí, desde

esta arbitrariedad e intersubjetividad probatoria, donde los sujetos de poder buscan espacios de impunidad a través de las lagunas probatorias (Taruffo, 2013, p.132).

La indeterminación de este estándar de prueba trae la incapacidad de fijar qué nivel de duda es exigible para declarar la inocencia en un proceso, habida cuenta de que las sentencias son absolutamente diversas en este punto. Tampoco existe unidad, en absoluto, acerca de qué nivel de suficiencia probatoria de cargo debe alcanzarse para poder dictar una sentencia de condena (Nieva, 2012, p. 279).

De lo anotado, desde el razonamiento probatorio, condenar más allá de toda duda razonable, resulta insuficiente cuando se trata investigar, procesar y sancionar a los denominados crímenes del poder, puntualmente, porque el criterio subjetivo aplicado en el estándar de prueba no considera las lagunas probatorias originadas y beneficiadas por los sujetos de poder, aumentando de este modo, posibles escenarios de impunidad.

La laguna probatoria, a la luz del sistema de valoración de prueba empleada en el Ecuador, implica que los juzgadores deberán resolver a favor de sujetos de poder, fomentando la perpetración de ilícitos en sus distintas esferas económicas, políticas y sociales, que afectan los principales derechos fundamentales y el mantenimiento del Estado Constitucional de Derechos (Ferrajoli, 2013, p.61).

Ante estos escenarios, el Ecuador, en el ámbito del proceso, no está preparado para desentrañar los patrones, colusiones y círculos de impunidad que rodea a los crímenes del poder. Para ello, la interpretación del estándar de prueba para el tratamiento de estos delitos de poder debería partir con criterios objetivos que permitan superar las llamadas lagunas probatorias.

Si se parte de criterios objetivos, en cierta medida el juzgador deberá justificar con la garantía de motivación si se satisface o no el estándar. Del mismo modo, el justiciable, conocerá con anterioridad cuales son los criterios de valoración de prueba en dichos delitos, asumiendo que la seguridad jurídica es un derecho que garantiza el Estado Constitucional.

3. Los aportes del garantismo penal en la construcción del estándar

El enfoque del garantismo penal considera que la actividad jurisdiccional, entre ella, la valoración probatoria estricta, sirve como una garantía epistémica de los derechos fundamentales considerada al establecer un estándar de prueba susceptible de ser verificado o refutado mediante prueba de los hechos ventilados en el proceso.

Se argumenta que estándares subjetivos no son apropiados para el proceso penal, ya que, entre otras razones, dificultan el ejercicio del derecho a la contradicción y conocimiento previo de los sujetos procesales (Nieva, 2010, p. 90). La valoración supeditada al convencimiento y las máximas experiencias del juzgador limita la posibilidad de refutación de la valoración probatoria aportadas en el proceso; de allí, la necesidad de partir de estándares objetivos.

Ahora, para aplicar la teoría del garantismo penal al estándar probatorio, es fundamental partir de la actividad jurisdiccional relacionada con el conocimiento de los hechos. Los aportes de Ferrajoli permiten establecer garantías epistémicas de jurisdiccionalidad, entre ellas, la legitimidad de una sentencia, aplicables a la configuración de los estándares probatorios (Ferrajoli, 2011, p. 147).

La primera garantía, por su parte, alude a la necesidad de prueba, lo que implica que la acusación o refutación de esta debe sustentarse con múltiples pruebas que, con una alta probabilidad, demuestren la veracidad de las hipótesis que se atienden en el proceso. La segunda garantía consiste en la oportunidad para refutar la prueba, lo cual, implica que las partes puedan cuestionar y contradecir las pruebas, en realidad, supone para Ferrajoli (2011), que “para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera no basta que sea compatible con varios datos probatorios, sino que también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos virtualmente disponibles” (p.151).

Finalmente, la tercera garantía refiere a la imparcialidad y motivación de la decisión judicial respecto de las hipótesis de la acusación y la defensa. A su vez, para Ferrajoli (2011), esto requiere que “la hipótesis acusatoria no sólo debe ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida por ninguna contraprueba, sino que, también debe prevalecer sobre todas las posibles hipótesis en conflicto con ella” (p.148).

De estas tres garantías epistémicas de jurisdiccionalidad, esto es: necesidad de prueba, refutación de prueba, la imparcialidad y motivación de la decisión, parte de la idea alcanzar un alto grado de probabilidad de confirmación fáctica y satisfacción de elementos normativos.

La idea de construir estándares de prueba sobre los fundamentos del garantismo penal, en su conjunto, permiten construir el grado de suficiencia probatoria necesario, bajo criterios de objetividad, que permitan fenecer la posibilidad de arbitrariedades de una argumentación probatoria subjetiva, a fin de garantizar los derechos fundamentales a la luz de decisiones probatorias (Ferrer, 2021).

Para Nieva (2010), “El desvanecimiento de arbitrariedades supeditadas a una argumentación probatoria subjetiva no solo permite refutar valoración probatoria” (p.91), sino que, permite superar las lagunas probatorias de las que se sirven los sujetos de poder.

He aquí, donde surge la necesidad construir estándares de prueba sobre las garantías epistémicas de jurisdiccionalidad del garantismo penal, dejando a un lado, por lo menos en los delitos de poder la clásica visión de condena más allá de toda duda razonable que proviene de una tradición anglosajona que por su origen e intentos de explicación resulta indeterminado.

4. Justificación de las decisiones probatorias

El estándar de prueba en el Estado Constitucional, de la exploración teórica, tiene tres funciones básicas que se exponen de forma sintética: justificar las decisiones probatorias, garantía de las decisiones probatorias en un estándar fijo y determinado previamente, la distribución del error entre las partes.

Para Marina Gascón (2010) “los estándares de prueba cumplen con una función heurística y justificativa” (p.59). La función heurística, por su parte, proporciona criterios que permiten valorar y explicar el mayor número de hechos posibles, de los cuales depende la decisión que se adopte. (Gascón, 2010, p. 165). La segunda función, provee de criterios que alimentan el umbral de suficiencia probatoria, a partir del cual puede tomarse en cuenta una hipótesis como probada, a fin de motivar una decisión.

En esencia, el estándar probatorio proporciona los criterios necesarios para determinar cuándo las pruebas pueden satisfacer un umbral de suficiencia probatoria, para

que, se adopte una decisión sobre los hechos probados, dotando, de este modo, de legitimidad las premisas fácticas de un argumento (Ferrer, 2021, p. 110).

Cuando una hipótesis alcanza este umbral, se considera que hay eficacia probatoria para sostenerla, lo que permite que sea tomada en cuenta en el proceso de toma de decisiones judiciales. Este proceso de justificación no sólo es fundamental para determinar la verdad de los hechos en un caso dado, sino que, también desempeña un papel crucial en la legitimidad y la integridad del sistema judicial.

Al establecer estándares claros y objetivos para la evaluación de la evidencia, se asegura que las decisiones judiciales estén fundamentadas en un análisis racional y basado en pruebas sólidas de las hipótesis. Al establecer un umbral de suficiencia probatoria, se proporciona un marco objetivo para explicar y justificar las decisiones tomadas por los juzgadores. Esto permite que las partes involucradas en el proceso judicial comprendan el razonamiento detrás de las decisiones judiciales y les brinda una esfera de certidumbre. (Nieva, 2013, p. 53).

De esta manera, la garantía de motivación se convierte en un filtro de control de la arbitrariedad y discrecionalidad frente a un estándar indeterminado y laxo como el que rige en nuestra latitud. En palabras de Ferrajoli “la justificación de la decisión es un verdadero ejercicio del saber sobre el poder.”

5. Garantía para las partes

Los estándares de prueba no solo entregan criterios y guías a los operadores jurídicos para su valoración, sino que, garantizan, en lo principal, los derechos fundamentales de las

partes. Como bien lo señala Ferrer, no solo garantiza el debido proceso, sino que, esta garantía se extiende a la misma existencia del Estado Constitucional (Ferrer, 2021, p. 112).

Ello implica que las partes conocen el umbral de suficiencia probatoria para recurrir a sus derechos fundamentales y hacerlos valer en el proceso. A través de esta justificación probatoria, no solo se motiva la decisión sobre los derechos de los justiciables, sino que, se los garantiza.

En esencia, los estándares de prueba no solo cumplen una función técnica en el sistema judicial, sino que, también desempeñan un papel fundamental en la salvaguarda de los principios democráticos y constitucionales (Del Vecchi, 2019, p. 132).

Al proporcionar un marco de suficiencia probatoria, estos estándares contribuyen a la legitimidad de la motivación en la toma de decisiones sobre los derechos que se litigan, expresando verdaderas garantías para la efectiva vigencia y ejercicio de los derechos de las partes. A su vez, implica la promoción de la tutela judicial -en la esfera del debido proceso- para la consolidación de los cimientos del Estado de Derecho y la democracia constitucional, mermando las arbitrariedades judiciales.

6. Distribución del error entre las partes

Si bien es cierto, los estándares de prueba coadyuvan al juzgador y a las partes alcanzar un umbral de suficiencia probatoria, minimizando el error de los hechos, sin embargo, ello no implica que no exista un margen de error, sino que, se reduce significativamente este error, para alcanzar el mayor grado de confirmación fáctica.

Es decir, cada decisión judicial se encuentra expuesta a un margen de error en el umbral probatorio, no obstante, los estándares de prueba pretenden disminuir el error judicial. Dicho error coloca en evidencia los defectos del proceso judicial y como este produce un detrimento este proceso, aumentando la necesidad de establecer estándares más objetivos para reducir el error.

En el proceso penal, el riesgo de errores fácticos significa absolver a quien es realmente culpable o condenar a quien es inocente, esta situación fue denominada errores en los valores extra epistémicos. Ante estas situaciones, Laudan (2013), señala que “la decisión más aceptable, es la absolución, ante la duda y la presunción de inocencia” (p.56).

La doctrina dominante entiende que la finalidad de los estándares de prueba en materia penal es minimizar el riesgo de error que se considera indeseable, en lo principal, el de condenar a un inocente. Según Miranda (2019), “dicho error se puede prevenir con el establecimiento de exigencias probatorias para condenar, basadas en criterios objetivos para establecer umbrales de suficiencia probatoria” (p.56).

Según Gascón (2005), el umbral de suficiencia probatoria es considerado aceptable cuando “los dos errores posibles merecen la misma protección (es decir, si se consideran igual de tolerables o asumibles ambos tipos de error)” (p.131). Por lo tanto, al existir equivalencia en los errores, existe una dosificación para establecer una probabilidad prevalente -según las pruebas aportadas-; o, en su defecto, al existir duda, la absolución por una duda razonable.

En todo caso, para Laudan (2013), “ambos errores en los valores extra epistémicos se constituyen en verdaderos problemas para la legitimidad del actuar del Estado, principalmente, en la labor de los administradores de justicia” (p.142).

La edificación de estándares de prueba desde el garantismo pretende, en gran medida, disminuir el error de condena de una persona inocente. El sistema penal distribuye el error entre las partes. Es claro que la acusación asume los errores en la obtención y práctica errónea de las pruebas, la incorrecta imputación de un delito y la violación de garantías procesales y penales. Es decir, la acusación se hace responsable de los errores generados, favoreciendo de este modo al sujeto débil del proceso penal.

El sistema busca disminuir las condenas erróneas con mecanismos de revisión en el sistema penal ecuatoriano. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando la laguna probatoria es generada por el sujeto de poder, según nuestra hipótesis, el estándar de prueba al ser indeterminado también inclina la balanza a su favor por la ausencia de prueba.

A nivel convencional la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido consciente tanto de las condenas erróneas, así como su jurisprudencia identifica la existencia de juicios fraudulentos que benefician a sujetos de poder en casos de violaciones a los derechos humanos.¹³

De forma excepcional la Corte IDH ha solicitado a los estados reabrir los procesos por identificar absoluciones fraudulentas donde se violaron garantías procesales como son independencia e imparcialidad judicial. Al respecto, Colombia por ejemplo, edificó en su procedimiento penal en el art. 192, una causal de revisión de sentencias absolutorias con sospechas de ser fraudulentas a pedido del organismo internacional.¹⁴

¹³ La Corte IDH en los casos: Carpio Nicolle Vs Guatemala, sentencia de 22 de noviembre de 2004; Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006; La Cantuta Vs. Perú, sentencia del 29 de noviembre de 2006; Escher y Otros Vs Brasil, sentencia del 06 de julio del 2009; Nadege Dorzema y Otros Vs República Dominicana, sentencia del 24 de octubre del 2012; Masacres del Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador. En estos casos, la Corte evidenció en casos de violaciones a los derechos humanos la inobservancia de garantías orgánicas y procesales a favor de los presuntos responsables.

¹⁴ Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente

En estos casos, donde se violan las garantías procesales a favor de los sujetos de poder, la propia Corte IDH reconstruye figuras como la cosa juzgada y distribuye el error en contra de los sujetos de poder que buscan el beneficio procesal.

En este estado, vemos como la distribución del error beneficia a los sujetos sometidos al proceso penal. Sin embargo, a estas alturas, es claro que los sujetos de poder merecen ser tratados con igualdad de garantías, lo que no significa que, por lo pronto, no se identifiquen espacios o lagunas probatorias que a la luz del estándar actual se encaminan a una interpretación favorable por no contar con pruebas completas.

III: En busca de un estándar de valoración probatoria para colmar la laguna probatoria

1. ¿Qué es la laguna probatoria?

La doctrina considera a la laguna probatoria como ausencia de elementos de prueba en el proceso. La laguna probatoria se puede generar por el comportamiento procesal de la parte que se ve beneficiada con la ausencia del elemento, o por la falta de recolección del elemento de prueba por el órgano acusador o, vista desde otro ángulo, teniendo el elemento de prueba no es presentado o practicado en juicio¹⁵. Es decir, la prueba existe en el mundo físico, sin embargo, no es recolectado o practicado en juicio.

la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar sería e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates.

¹⁵ Ahora bien, la laguna probatoria, no solo dependerá del sujeto de poder, sino también de la actividad del Fiscal. Un marco ideal de investigación, el fiscal también puede generar una laguna probatoria. Esto es, conoce que existen los elementos de prueba y no los obtiene. De otro modo, obteniendo, no los practica.

Tomemos algunos conceptos para aclarar lo propuesto. Jordi Ferrer Beltrán define la laguna probatoria como la ausencia en el juicio de pruebas que serían necesarias para comprobar el cumplimiento de una predicción derivada de la hipótesis a probar. Cuanto más poderosas sean las lagunas probatorias, menor será el peso del conjunto de pruebas disponibles en el proceso (Ferrer, 2021, 233).

Para Susan Haack (2020), la ausencia de elementos de prueba dependerá del mecanismo de compensación que el sistema prevé. Por otra parte, J. L. Cohen, lo define como el aporte al proceso de las pruebas relevantes o la totalidad de las pruebas relevantes disponibles. Ejemplifica el primer supuesto, sobre las pruebas relevantes, como si en un proceso por homicidio no se dispusiera de un testigo porque falleció antes de declarar en juicio el conjunto de pruebas no sería completo (Ferrer, 2021, p. 233).

La pregunta es cómo debemos valorar la prueba ausente o que estándar de prueba puede satisfacer las realidades procesales actuales como cuando un sujeto de poder: oculta, manipula, destruye los elementos de prueba.

La línea tradicional de valoración de prueba será que ante la presencia de una laguna probatoria no estaría satisfecho el estándar actual de “condena más allá de toda duda razonable”, precisamente por la indeterminación de dicho estándar.

2. El estándar de prueba actual no es suficiente para llenar la laguna probatoria.

El estándar de prueba actual aplicado a los delitos del poder, con su dimensión subjetiva, implica que en caso de duda sobre el cometimiento de estos delitos graves, el juzgador debe absolver. Las denominadas lagunas probatorias generan escenarios de duda en

los administradores de justicia y, por lo tanto, se convierten en verdaderas limitaciones para establecer responsabilidades penales.

Para Jordi Ferrer (2021), “las lagunas probatorias se constituyen en verdaderos obstáculos para acreditar hipótesis, a la luz de pruebas que deberían ser aportadas en el proceso y no lo han sido” (p.214). Como explica Ferrer, se hace necesario matizar la exigencia de completitud del acervo probatorio para poder alcanzar una confirmación de los hechos (Ferrer, 2021, p. 231).

De este modo, los crímenes del poder se aprovechan de los escenarios de duda a la luz de las lagunas probatorias, para obtener absoluciones y evadir la acción punitiva del Estado, generando escenarios de impunidad y la pérdida de confianza de las distintas instituciones del Estado por parte de los ciudadanos (Guevara, 2010, p.63).

La ausencia de estándares de prueba con parámetros objetivos para el juzgamiento de estos delitos de poder, no sólo producen escenarios de impunidad y la pérdida de confianza de la institucionalidad del Estado, sino que, hace que la impunidad sea bien tolerada en el normal desarrollo de la sociedad.

Por ello, resulta fundamental establecer estándares de prueba bajo parámetros objetivos, a fin de acreditar un hecho no sólo para condenar, sino también para absolver, bajo la justificación fáctica de los hechos acreditados, reduciendo el margen de error de las decisiones judiciales y la recuperación de la institucionalidad del Estado.

Antes de analizar los estándares de prueba objetivos y seleccionar un estándar de acuerdo con la hipótesis propuesta extraigamos parámetros objetivos para razonar la prueba.

3. Criterios para razonar la prueba

En el proceso, según nuestro diseño, nos interesa la verdad de la hipótesis acusatoria, es decir la verdad que narra el fiscal marca el campo de acción de la defensa. Frente a ello, el juzgador espera que el hecho sea reconstruido con pruebas completas. Una herramienta del saber, como es la epistemología, en los últimos tiempos nos entrega luces para razonar la prueba aportada, criterio que no debe confundirse con el estándar de prueba que se aplica luego del análisis propuesto.

Una posición teórica sólida pero poco difundida, por lo menos en la academia y en la jurisdicción del Ecuador, es la que nos entrega Daniel González Lagier (2023) en su texto “Argumentación jurídica y prueba de los hechos”, sobre los criterios o elementos para valorar la prueba.

Para González (2013), la valoración debe realizarse en tres momentos:

1.- La valoración de los elementos de prueba, bajo los criterios de:

- a) Cantidad: mientras más elementos de juicio más confirmada estará la hipótesis.
- b) Variedad: más elementos de juicio, eliminan hipótesis alternativas. Es decir, mejor estará confirmada la hipótesis.
- c) Fiabilidad: mejor fundadas están en otras inferencias o premisas, mejor estará confirmada la hipótesis.
- d) Pertinencia y relevancia: Mientras esté más relacionada con la hipótesis, más confirmada estará.

2.- A la valoración de los elementos, se suma un criterio de conexión o enlace basado en:

- a) Grado de fundamentación de la generalización empírica diferenciada por la máxima de las experiencias y generalizaciones científicas.

b) Grado de probabilidad de la correlación

3. Criterios de valoración acerca de la hipótesis.

a) No refutación.

b) Confirmación de la hipótesis derivada.

c) Coherencia: mientras más coherente más confirmada está la hipótesis.

d) Capacidad explicativa: mientras más explicada está la hipótesis, mejor confirmada está.

e) Simplicidad: mientras menos hechos no comprobados exija la verdad de la hipótesis, mejor confirmada estará.

f) Eliminación de hipótesis alternativa: Mientras no subsista una hipótesis alternativa, más estará confirmada la hipótesis alternativa (pp. 25 -38).

Estos criterios determinan el grado de confirmación de una hipótesis. Desde un plano ideal, se exige que la reconstrucción de los hechos sea lo más completa posible.

Los criterios de valoración de los elementos de la prueba, el grado de conexión y el criterio de valoración de la hipótesis del caso, en gran medida, intentan disminuir la discrecionalidad y arbitrariedad judicial. Es de nuestro interés visibilizar que el estándar de prueba actual no recoge criterios de valoración tasados o reglados.

Es por ello que nuestro estándar de prueba, conocido como el de la íntima convicción o libre valoración de prueba genera espacios en blanco de interpretación. Bajo la línea propuesta, es decir criterios de valoración de la prueba, se intenta desde un ángulo de observación disminuir la arbitrariedad, sin embargo, la problemática surge que, luego de valorar la prueba, el juzgador se somete a un estándar de prueba abierto, que por su naturaleza, y desde otra perspectiva también genera poca seguridad al justiciable por no encontrar reglas claras de valoración de la prueba.

Para los delitos que proponemos en el primer capítulo, es decir los propios de la criminalidad compleja, por las dinámicas de los sujetos de poder, no siempre el cuadro probatorio es completo. La ausencia de elementos de prueba, a la luz de nuestro estándar de prueba de condena más allá de toda duda razonable, nuestro sistema distribuye el error a favor del acusado.

Sin embargo, al menos desde la idea que se propone con la laguna probatoria y el estándar de prueba actual, lo más probable es que no se encuentre satisfecho el estándar, si es que tomamos con rigurosidad de que las pruebas deben ser completas.

Cambiando la dinámica, debemos introducir un ingrediente relevante, como es la participación directa del sujeto de poder en los delitos complejos, que por su naturaleza generan lagunas probatorias, como por ejemplo: manipulación de evidencias, destrucción de objetos, desaparición forzada de personas. etc. En estos casos, por la presencia de lagunas de prueba, bajo la tesis propuesta estaría satisfecho el estándar si con dicho comportamiento procesal se vería beneficiado.

No obstante, a la luz de nuestro estándar, las pruebas no serían completas, favoreciendo de este modo a quién se beneficia de la laguna probatoria. Dejando sentado que es de nuestro interés, la laguna probatoria ocasionada por el sujeto de poder. En este espacio, no analizamos el comportamiento y ánimo del órgano acusador en la recolección y presentación de los elementos de prueba.

En su momento, en la tesis doctoral presentada en la Universidad de Valencia presenté estándares para identificar investigaciones, procesos y juicios fraudulentos. En el trabajo se destacó que los juicios fraudulentos se dan por circunstancias externas como es: la independencia e imparcialidad del poder judicial. En ese espacio se destacó la falta de deberes

de los investigadores (fiscales y delegados de la investigación) que en los procesos a sujetos de poder realizaban investigaciones aparentes, incorrectas o fraudulentas beneficiando con la categoría de la cosa juzgada a sujetos de poder.

En este espacio, no se analiza el comportamiento de los encargados de la investigación, aunque es un espacio de especial interés a la hora de asegurar un juicio debido y justo. Ahora, nos interesa analizar el estándar de prueba que se aplica de condena más allá de toda duda razonable en espacios de ausencia de prueba generados por las dinámicas propias de delitos complejos.

Finalmente, razonada la prueba con los criterios establecidos, el juzgador, aplicará el estándar de prueba, a todas luces, cualquier duda, en el razonamiento de la prueba, puede generar una duda que, según nuestro sistema, es atribuible a la persona más débil del proceso, que como sabemos no es un sujeto de poder.

4. Los estándares de prueba objetivos aplicables en los delitos de poder

En principio, los estándares de prueba son criterios para delimitar la prueba de los hechos, es decir, son parámetros para fijar con probabilidad de una hipótesis y grados de confirmación de los hechos, permitiendo alcanzar un umbral de suficiencia probatoria (Fernández, 2005, p.16).

Ahora, respecto a la construcción de estos estándares probatorios, se ha señalado que éste debe abarcar dos esferas –en el contexto procesal– para alcanzar la confirmación de los hechos. El primero, corresponde al grado de certeza y probabilidad para dar por aceptada una hipótesis como verdadera; mientras que, la segunda, corresponde a los criterios objetivos que configuran dicho grado de certeza de la hipótesis (Taruffo, 2013, p. 169).

Para la valoración probatoria en los delitos del poder resulta ineficaz e insuficiente basarse en un criterio subjetivo, esto es, alcanzar un nivel de certeza supeditado al convencimiento y las máximas experiencias del juzgador, que será el filtro para arribar a la condena. Sin duda, esto aumenta la posibilidad de una valoración subjetiva y arbitraria, ya que, por los delitos complejos analizados en un primer capítulo el estándar de prueba debe ser distinto.

He aquí, la necesidad de construir estándares que no apelan a criterios subjetivos, sino que se fundamenten en criterios objetivos para establecer con mayor exactitud los hechos que servirán de fundamento en la toma de decisiones de los juzgadores, sin perder de vista las garantías, principios y libertades que caracterizan a un Estado Constitucional.

Un sistema procesal que carece de estándares de prueba es un sistema arbitrario, puesto que, carece de fundamentos que sustentan tanto las decisiones que se toman sobre los hechos. Ello no solo implica el detrimento en los derechos fundamentales, sino que, hasta pone en duda la legitimidad y el deber de motivación de los juzgadores en base a un estándar claro, estable y con anterioridad de los hechos.

Para Ferrer (2021), “los estándares de prueba encuentran su importancia en el razonamiento probatorio es probabilístico y la certeza racional sobre una hipótesis fáctica, que, en su conjunto, permiten alcanzar un alto grado de probabilidad a partir del cual estamos dispuestos a dar por probada la hipótesis y que esta forme parte de una adecuada motivación judicial” (p.109). Es decir, permiten alcanzar un umbral de suficiencia probatoria para decidir motivadamente sobre los hechos.

En cierta medida, el autor español, establece la “certeza racional” de una hipótesis fáctica. Ya en su momento, la ilustración, al observar el estándar de prueba de “condena más allá de toda duda razonable”, denunciaron que en los asuntos humanos, por la complejidad

de los hechos, no es posible llegar a una certeza. De la mano, los jueces explicaron al jurado al momento de tomar una decisión que el estándar equivale a una certeza moral.

Lo razonable, a mi parecer, es que no se pueden tener certezas en el ámbito del proceso. Las nuevas formas de probar los hechos con el avance de la tecnología, el auge de la Inteligencia Artificial, los nuevos descubrimientos de la ingeniería genética, la puesta en duda de la fiabilidad de los informes periciales¹⁶, el error en la valoración de las pruebas testimoniales (Gómez, 2023; Atienza, 2023; Vázquez, 2022; y, Mazoni, 2019). Sumado a ello, los propios filtros anti epistémicos, si tomamos las palabras de Larry Laudan para llegar a la verdad, como son las garantías procesales: el derecho silencio, la presunción de inocencia, la asistencia de un abogado y el estándar de prueba a favor del acusado, impiden en cierta medida arribar a una verdad absoluta o certezas (Laudan, 2013, p. 19).

En este momento, concluimos que no es posible arribar a una certeza, sino a hipótesis probables. Sin embargo, en el Ecuador, el sistema de libre valoración de la prueba en los delitos de poder apela a los elementos psicológicos de quien toma la decisión, esto es, la valoración de la conciencia, la convicción y la certeza subjetiva. Ello implica una limitación para el control intersubjetivo del juzgador tampoco facilita la revisión de la corrección de la decisión ni para dar garantías sobre las hipótesis.

¹⁶ En estas latitudes, existen, entre varios aportes, algunos que apuntan a los sesgos, normas deontológicas y criterios de experticia, como elementos que no nos permiten o nos dificultan arribar a la certeza de un hecho. Por ejemplo, Juan Gómez, en su obra del Juez Robot, señala que la IA carece de conocimiento racional, motivado del ser humano, acotando la probabilidad de que el algoritmo tenga sesgos. Manuel Atienza, por su parte, en la obra Justicia genética, narra el auge de la intervención genética y su problema con la deontología y la bioética. Del mismo modo, Carmen Vázquez, en su obra Manual de prueba pericial, denota que los informes periciales, por su contenido mínimo, la identificación de su objetivo y la información relevante para lograrlo, pueden carecer de fiabilidad. Finalmente, Giuliana Mazzoni, en su aporte Psicología del testimonio, expone las falencias de un testimonio y los parámetros de su valoración.

En orden de ideas, la ausencia de parámetros para alcanzar un umbral de suficiencia probatoria, no sólo se constituye en un límite para investigar, procesar, condenar o absolver a los sujetos de poder; abriendo la posibilidad de escenarios de impunidad y de arbitrariedades y atropellos a las garantías procesales.

Según Ferrer, para la formulación de un estándar de prueba objetivo se quiere atender a dos requerimientos. El primero, atiende a cuestiones que versan sobre la adecuada formulación desde el punto de vista epistemológico o metodológico; mientras que, el segundo, atiende a cuestiones que fundamentan el nivel de exigencia del umbral probatorio.

Desde un punto de vista epistemológico, la formulación de un adecuado estándar de prueba debe tomar en cuenta:

- (i) la apelación a los criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan;
- (ii) cumplir la función de establecer un umbral lo más preciso posible a partir del cual una hipótesis fáctica pueda considerarse suficientemente corroborada a los efectos de la decisión que debe tomarse;
- (iii) establecer los umbrales de suficiencia en criterios cualitativos; y,
- (iv) la exigencia probatoria de los distintos estándares de prueba que operen a lo largo de un mismo proceso debe ser progresivo. (Ferrer, 2022, p.446).

En contraste, desde un punto de vista de fundamentación del nivel de exigencia del umbral de exigencia probatoria, se requiere, por lo menos, tomar en cuenta:

- (i) la gravedad del error en caso de condena falsa;
- (ii) el coste del error de las absoluciones falsas;
- (iii) las dificultades probatorias del tipo de casos al que se pretende aplicar el estándar de prueba; y,

(iv) los estándares de prueba no son las únicas reglas que inciden en la distribución del riesgo probatorio, sino que, existen otras reglas (Ferrer, 2022, p. 447).

A la luz de los requisitos metodológicos y valorativos que deben tomarse en consideración para definir un estándar de prueba y desvanecer la mayor cantidad de errores fácticos; nuevamente, Ferrer (2021) fórmula “siete estándares -distintos- que cumplen con todos los requisitos” (pp.209-210) antes señalados, fijando el grado de corroboración de mayor a menor exigencia, a saber:

Observemos la exigencia de cada uno de los estándares de prueba y extraigamos en lo posterior el estándar de prueba 4 para ensayar un estándar de prueba en los delitos de poder cuando de por medio exista una laguna probatoria.

Estándar de prueba 1)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso. b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, excluidas las meras hipótesis ad hoc.

Estándar de prueba 2)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular

deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso. b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él, salvo que se trate de una mera hipótesis ad hoc.

Estándar de prueba 3)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.

b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación.

Estándar de prueba 4)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

a) Que sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo —excluidas las pruebas redundantes—.

Estándar de prueba 5)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

- a) Que la hipótesis sea más probablemente verdadera que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.
- b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo —excluidas las pruebas redundantes—.

Estándar de prueba 6)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:

Sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

Estándar de prueba 7)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:

La hipótesis sea más probablemente verdadera que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

Estos estándares de prueba apelan a un criterio objetivo, aumentando el nivel de exigencia para alcanzar un umbral probatorio suficiente para la investigación, procesamiento y juzgamiento de los delitos comunes y aquellos de criminalidad compleja.

A partir de esta valoración objetiva, no solo se pone verdaderos límites a las arbitrariedades intersubjetivas de la valoración de la prueba para acreditar hechos; sino que, se proporciona verdaderas herramientas para garantizar los derechos fundamentales y reducir los escenarios de impunidad en los delitos de poder, a fin de establecer verdaderos umbrales de suficiencia probatoria.

En definitiva, la aplicación de los estándares de prueba objetivos limita considerablemente el razonamiento probatorio a favor de las lagunas probatorias que benefician a los sujetos del poder, puntualmente porque permite alcanzar la acreditación de hipótesis, aun cuando la prueba se encuentre oculta, manipulada o destruida por estos sujetos.

A la luz de una valoración probatoria con criterios objetivos, de manera conjunta con los estándares de prueba objetivos; resulta ser más sencillo establecer responsabilidades frente a la perpetración de los crímenes del poder, reduciendo los escenarios de impunidad.

En definitiva, los estándares de prueba abordados en el presente acápite permiten disminuir los yerros fácticos en las decisiones judiciales, excluye la duda y fija un alto nivel de acreditación de la responsabilidad penal desde el material probatorio disponible. De modo que, la hipótesis que se considera probada debe ser capaz de explicar los datos disponibles, colgándose de forma coherente, refutando las hipótesis plausibles alternativas, bajo la identidad de elementos probatorios de la hipótesis acreditada, para obtener un grado de confirmación.¹⁷

5. Un ensayo de estándar para colmar la laguna probatoria en los delitos de poder

Según la hipótesis propuesta al inicio de este trabajo, la intención, por lo menos académica, surge desde la necesidad de colmar la laguna probatoria a través del razonamiento probatorio. Sin que ello signifique por una parte bajar la exigencia probatoria. A menor exigencia probatoria, más condenas existirá. A menor exigencia probatoria es propio de un sistema que busca la eficiencia sobre el control de garantías. Si pensamos de otra manera, si

¹⁷ En principio, los estándares de prueba al ser reglas que determinan el umbral de suficiencia probatoria para que una hipótesis sea considerada como probada, frente a la motivación de parámetros fácticos. Por consiguiente, al aportar dicha determinación sobre los hechos, estas reglas justifican las decisiones probatorias, garantizan los derechos fundamentales y distribuyen el riesgo del error de las partes.

se propone mayor exigencia de prueba para acreditar una hipótesis, menos personas condenadas existirán.

Entonces es labor de la política legislativa distribuir el error entre las partes y proponer un nivel de exigencia de prueba de acuerdo con los delitos relevantes con mayor o menor exigencia de prueba.

Tampoco, es objetivo del trabajo, como se enfatiza, reemplazar o atenuar las funciones propias del encargado de la investigación en la recolección y presentación de los elementos de prueba. Es decir, tomamos como idea central el marco ideal de respeto de las garantías de la jurisdicción como son independencia e imparcialidad judicial. En este marco de institucionalidad plena, los deberes de quien obtiene los elementos de prueba y presenta debe ser de forma debida y justa, descartando, entonces, las acciones u omisiones incorrectas, aparentes o fraudulentas.

Queda por proponer, un estándar de prueba de edificación legislativa que, con los criterios para razonar la prueba propuestos en este capítulo como parámetros de valoración de los elementos de prueba, la garantía de conexión y los criterios para valorar la hipótesis, serán entonces espacios de reducción de discrecionalidad judicial y de motivación de los hechos.

La propuesta del razonamiento judicial o de un método de valoración de prueba se instaure en un filtro anterior a la aplicación del estándar de prueba que se propone, cuya finalidad o estado final del razonamiento es colmar la laguna probatoria en los delitos de criminalidad compleja a través del razonamiento judicial.

Para la formulación o propuesta se descartan los estándares 1,2 y 3 descritos en el apartado anterior, por no evidenciar en su formulación la posibilidad de que en la recolección

de pruebas se presente la laguna probatoria. En dichos estándares si hay una laguna probatoria se resolverá a favor del acusado, con independencia si fue quien lo ocasionó.

Además que en dichos estándares se propone:

1. Refutar todas las hipótesis plausibles explicadas con los mismos datos que se encaminan a la inocencia.¹⁸
2. Debe refutarse la hipótesis alternativa de la defensa.¹⁹
3. Debe refutar la hipótesis con alguna prueba aportada por la defensa.²⁰

Como observa el nivel de exigencia del estándar baja según las necesidades propias del proceso, en los estándares propuestos la laguna probatoria se encamina a no acreditar la hipótesis.

Queda por escoger el estándar 4 que se formula de la siguiente manera:

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

- a) Que sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.²¹

¹⁸ El estándar resulta exigente. Refutar todas las hipótesis plausibles coloca al acusador a refutar todas, absolutamente todas las hipótesis que resulten posibles de un hecho. Si una hipótesis no es refutada, por más que el expediente tenga pruebas directas, se encaminará a la absolución del acusado.

¹⁹ En este caso, se debe acreditar la hipótesis alternativa de la defensa, si la acusación con los datos disponibles en el expediente plantea una hipótesis, se entenderá como no probada la hipótesis por no refutar con algún elemento la hipótesis alternativa de la defensa. Ejemplo: Juan es detenido con 50 gramos de marihuana. En el Ecuador, es punible la posesión de droga en esa cantidad, así Juan justifique que 10 amigos le encargaron comprar la marihuana. Juan plantea una hipótesis alternativa, plausible en nuestro medio. Ello nos lleva a concluir que no estará acreditada la hipótesis oficial por no refutar la hipótesis de la defensa.

²⁰ En este caso, el nivel de exigencia baja. En el mismo ejemplo de Juan encontrado con marihuana. Para dar por acreditada la hipótesis de Juan, este debe por lo menos probar la existencia de sus amigos, el dinero, y que su fin fue la de consumo. Así, la defensa refuta la hipótesis oficial con pruebas.

²¹ Cuando el autor se refiere a “expediente judicial”, lo hace con la intención de explicar los elementos de prueba que consten en el proceso, es decir: los anunciados y practicados en juicio. Para objeto de este trabajo, el expediente judicial, significará pruebas aportadas.

b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo —excluidas las pruebas redundantes—.

Para tomar este estándar como posible debemos realizar las siguientes precisiones.

Lo significativo de este estándar es que exige refutar la hipótesis planteada por la defensa, así sea plausible, pero dichas hipótesis no sean ad hoc o imaginativas, sino que consten como datos disponibles en el juicio. Esto significa que para considerar como probada una hipótesis debe tener mayor probabilidad (refutación) que otras hipótesis construidas con los datos del juicio.

Para satisfacer este estándar es necesario que la hipótesis sea probable o posible a la luz de los datos que existan en el juicio, descartando como vimos en el primer capítulo de la certeza moral o la que la existencia vaya más allá de la duda razonable

Si tomamos este estándar para justificar una hipótesis en los delitos de poder, la laguna probatoria originada por el sujeto de poder será irrelevante, puesto que basta construir una hipótesis verdadera a la luz de los elementos de prueba que existan en el juicio para dar acreditada la hipótesis.

Si nos interesa la verdad procesal construida con los datos constantes en el expediente fiscal. De la misma manera, la hipótesis de la defensa debe centrar su actividad en el marco del proceso. Entonces, la actitud del investigado o procesado al momento de destruir, ocultar, desaparecer o manipular los elementos de prueba, serán valorados como un elemento más para acreditar la hipótesis probable que plantea la acusación.

La crítica que formulamos a este estándar es que cualquier hipótesis planteada puede llegar a ser probable a la luz de la coherencia, persuasión y grado de convencimiento de quien formula la hipótesis probablemente verdadera.

Sin embargo, para que el estándar 4 esté satisfecho y sea una garantía real de control de discrecionalidad judicial, debe concurrir el peso probatorio. Este término tiene su origen de Keynes, distinguiendo a los que nos referimos sobre los “criterios para valorar la prueba constantes en este capítulo” (Keynes, 1921, como se citó en Ferrer, 2021). El peso probatorio mide el grado de plenitud, la riqueza del conjunto de elementos de juicio que adopta la decisión, favorables y desfavorables que atribuyen el valor a cada hipótesis en conflicto.

El peso probatorio se encamina al acierto de la decisión tomando en cuenta la riqueza de los elementos de juicio existentes para decidir. En este punto, la hipótesis que sea más probablemente verdadera tiene una cláusula de garantía que será el peso probatorio descartando de este modo la laguna ocasionada por el sujeto de poder. Valorando los datos disponibles en el juicio a la luz de una hipótesis más probable.

Para finalizar este apartado, el juzgador en los casos de criminalidad compleja debe ser consciente de la existencia de lagunas probatorias, la cuales no deben encaminar a la absolución. El razonamiento debe seguir si es que la hipótesis planteada es probable con las pruebas disponibles. En un segundo momento se debe valorar si las pruebas constantes son relevantes y accesibles para el proceso.

Finalizamos con un ejemplo: Si para acreditar la muerte de Juan el testigo presencial es asesinado antes de declarar, a la luz de los estándares 1,2,3, la prueba no sería completa, operaría la llamada duda razonable.

En cambio, bajo un ejercicio argumentativo, quedará por acreditar la hipótesis más probable, a la luz de los datos disponibles en el juicio según el peso probatorio otorgado. Entonces, la laguna probatoria en los delitos complejos no debería entenderse como no satisfecho el estándar, si por un lado se logra probar un comportamiento procesal que le beneficia.

Conclusiones

Desde la ilustración hasta el constitucionalismo de posguerra se vinculó al poder a rigurosos vínculos y límites constitucionales. Los resguardos en contra de la arbitrariedad del poder público se justificaban por la irracionalidad de los delitos, del procedimiento y de las penas.

Cuando miramos al pasado tenemos en nuestra memoria las graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad sucedidos en el Ecuador desde el retorno a la democracia de 1979. Luego con mayor incidencia tenemos la inflación sin precedentes de los delitos propios de corrupción que no es una patología ajena al Ecuador, sino, también de varios países de la región.

En gran medida los vínculos y límites del poder centraron su atención al poder público, desatendiendo desde la ilustración y luego del constitucionalismo a las ofensivas propias del poder privado como los delitos del poder económico, los propios del crimen organizado y los de terrorismo. La clave de lectura propuesta en dichos delitos fue la colusión de los poderes políticos, económicos y mediáticos que afectan la estructura y las bases del Estado Constitucional.

Los delitos de poder en el Ecuador requieren un trato especializado para comprender su complejidad, pero lo tratamos como si fueran delitos comunes con las mismas herramientas procesales. Entre varias necesidades de reforma procesal tenemos si el plazo instrucción fiscal en delitos complejos es suficiente, la prescripción y la ausencia del procesado en juicio, y en otra arista, el control penitenciario en delitos de corrupción y crimen organizado.

En el marco del proceso vemos que hay un trato igualitario en el estándar de prueba de condena más allá de toda duda razonable aplicado en los delitos en contra la propiedad y en los propios de criminalidad compleja.

El origen del estándar y el intento de explicación a los jurados como “certeza moral” en la justicia estadounidense genera en la actualidad ambigüedad en su interpretación, elevando las cifras de absoluciones y condenas erróneas.

Este estándar de prueba lo acogimos como propio, lo cierto es que su poca claridad en el enunciado afecta en gran medida al derecho a la seguridad jurídica y principio de legalidad de las partes. Establecimos que el estándar de prueba coadyuva a la justificación de decisiones de prueba y distribuye el error.

En la distribución del error, el estándar actual juega un papel protagónico para inclinar la balanza a las absoluciones teniendo incluso elementos que fundan la responsabilidad. Según la formulación del estándar la duda razonable genera absolución ante la existencia de una laguna de prueba.

El rol de fiscalía es protagónico al momento de recabar y presentar los elementos de juicio. Es trascendental para un juicio justo el respeto de las garantías orgánicas de independencia e imparcialidad judicial. Fuera de este contexto que en realidad importa, también de cara al futuro aparecerán nuevas formas de probar hechos que hasta la presente fecha no consideremos como lagunas de prueba.

Se evidencia que en el marco de la recolección y presentación de pruebas existen deficiencias. Sin embargo, el trabajo evidenció que en el marco ideal de las atribuciones de la Fiscalía interesa la laguna de prueba generada por el propio sujeto que se beneficia.

La laguna probatoria o ausencia de prueba causado por el sujeto de poder, a la luz del estándar actual genera duda por no completar el cuadro probatorio. La distribución del error en este caso, no contempla la posibilidad de que las pruebas no sean completas en los casos de criminalidad compleja, al contrario se mantiene el estándar para todos los delitos, por consiguiente, el estándar no estaría satisfecho.

El razonamiento de la prueba debe ser distinto en casos de criminalidad compleja. Por su naturaleza, en los delitos de poder, el cuadro probatorio no es completo por varias razones, entre ellas, la destrucción, ocultamiento y manipulación de las mismas.

La propuesta radica en proponer en un primer momento un método racional de valorar la prueba, para luego introducir en un estándar de prueba objetivo. La valoración actual de prueba se desarrolla sin un criterio racional. Se destacaron los tres momentos para valorar la prueba:

1. Valoración de los elementos de prueba.
2. El criterio de conexión o enlace entre elemento y la hipótesis. Construida con fundamentación empírica de las máximas experiencias y generalización científica. Y el grado de probabilidad de la correlación.
3. Criterios de valoración de la hipótesis.

Con este cuadro de valoración racional de la prueba, buscamos un estándar de prueba objetivo aplicable en la criminalidad compleja. Para ello descartamos los estándares que buscan la refutación de todas las hipótesis plausibles, incluida la propuesta de hipótesis alternativa de la defensa aportada con alguna prueba o no. Esto por la infinidad de hipótesis posibles que no están en el proceso y que no cuentan con un respaldo de elementos de prueba.
(laguna de prueba)

Si al proceso penal garantista le interesa la verdad de la hipótesis acusatoria, construida únicamente con elementos de juicio que constan en el proceso, el estándar de prueba debe encontrarse satisfecho con los elementos de prueba que consten en el proceso. Para la satisfacción de este estándar el fiscal debe recabar todos los elementos de cargo y de descargo. Es decir, la obtención de los elementos lleva un ánimo de actuar con transparencia y diligencia, descartando actuaciones procesales incorrectas, aparentes o fraudulentas.

La actuación diligente viene acompañada de los deberes de elevar al máximo la posibilidad de encontrar elementos que acrediten una hipótesis de condena o absolución. De esta manera, la ausencia o la laguna probatoria no beneficia a quien la ocasionó, ni tampoco, no debe considerarse como no satisfecho el estándar. Al contrario, si es una hipótesis probablemente verdadera a la luz de los elementos de juicio constantes, deberá reunir la condición de que los elementos de juicio tengan un peso probatorio.

La propuesta de estándar para los delitos complejos es cierto que puede venir acompañada de un relajamiento o flexibilización del estándar de prueba que busca eliminar los errores de condenas y absoluciones falsas. Sin embargo, el método judicial propuesto, tiene al menos tres caminos por recorrer que fueron detallados en este trabajo.

El primero, los criterios objetivos para razonar la prueba. El segundo, la aplicación del estándar de verdad probabilística construida con los elementos de juicio disponibles en el juicio, acompañada de la refutación de hipótesis posibles construida con los mismos datos del expediente (elemento de prueba) Finalmente, el razonamiento del peso probatorio otorgado a los elementos de juicio existentes.

Este fenómeno complejo en el Ecuador no tiene una contención asimétrica desde el proceso penal. Frente a la falta de discusión de las herramientas político-criminales que el Estado debería encauzar en el marco del proceso. Se evidencia que la interpretación del

estándar de prueba actual de “condena más allá de toda duda razonable”, sufre, por su descripción de diversas interpretaciones judiciales.

Referencias bibliográficas

Almeida, P. (2001). *Movimientos sociales en América Latina perspectivas, tendencias y casos*. New York: Springer.

Atienza, M. (2023). *Justicia genética y ética humanista*. León: Eolas Ediciones.

Barreto, et. al., (2011). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Bogotá; Universidad Externado de Colombia.

Benavides, M., & Guamán, M. (2022). *Seguridad y crimen transnacional: La geopolítica del narcotráfico como amenaza a la seguridad. Caso: Los carteles mexicanos en Ecuador y la vulnerabilidad del Sistema de Seguridad Nacional durante el período 2017-2021*. [Tesis de pregrado]. Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Bobbio, N. (2017). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.

Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 377 de 25 de enero de 2021.

Coronel, E. (2022). *La investigación a los delitos de poder en el Ecuador. La cosa juzgada fraudulenta, una herramienta contra la impunidad*. [Tesis doctoral] Universidad de Valencia.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador [CNJ], Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado. (2013). Juicio No. 17721-2013, 16 de diciembre de 2014. Sistema de Gestión Judicial E-Satje 2020.

Costantini, P. (2007). *El genocidio nazi: nuevas perspectivas de interpretación*. XI Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia.

Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Tucumán.

<https://www.aacademica.org/000-108/634>

Couture, E. (1974). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.

Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 29 de marzo de 2023.

Comisión de la Verdad. (2010). *Resumen ejecutivo: Informe de la Comisión de la Verdad: sin verdad no hay justicia*. Quito: Ediecuatorial.
<https://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/2580>

Del Vecchi, D. (2019). *Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos*. Madrid: Marcial Pons.

Delgado, E. M. (1987). *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones.

Fernández, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Editorial Iustel.

Ferrajoli, L. (2011). *La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (34), 15–53.
<https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>

Ferrer, J. (2022). *Manual de razonamiento probatorio*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Gascón, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (28), 127–139. <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.10>

Gómez, J.L. (2023). *El Juez Robot. La independencia judicial en peligro*. Madrid: Tirant lo Blanch.

Gonzales, D. *Los criterios de valoración de la prueba como criterios de corrección de la inferencia probatoria*. (2023). En P. Ibáñez & D. Gonzales, *Argumentación jurídica y prueba de los hechos* (pp. 25-38). Lima: Editorial Palestra.

Guevara, G. (2010). *Delincuencia organizada*. Bogotá: Consejo superior de la judicatura.

<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m14-1.pdf>

Haack, S. (2020). *Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas*. Madrid: Marcial Pons.

Houed, M. (2007). *La prueba y su valoración en el proceso penal*. Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.

Henríquez, M., & Núñez, J. (2016). El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (21), 326-339. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572016000100017&lng=es&tlng=es.

- Ibáñez, A. (2011). *Prólogo a Poderes salvajes*. En L. Ferrajoli (6ta.), *La crisis de la democracia constitucional* (pp. 9-17). Madrid: Editorial Trotta.
- Ippolito, D. (2018). *El Espíritu del Garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*. Madrid: Editorial Trotta.
- Jacobs, G. J., & Meliá, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- López, R., & Arrojo, M. (1983). *Criminalidad y abuso de poder*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Mazoni, G. (2019). *La psicología del testimonio*. Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Miranda, M. (2019). *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*. Madrid: Marcial Pons.
- Meadows, et al., (1992). *Más allá de los límites del crecimiento*. Madrid: Ediciones El País S.A.
- Nieva J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva, J. (2012). *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Nieva, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Barcelona: Marcial Pons.
- O'Donnell, G. (2007). *Disonancias, críticas democráticas a la democracia*. Buenos Aires: Editorial Prometeo.
- Pérez, J. (2007). *Los juicios de Nuremberg*. Santiago de Cuba: Editorial UO.
- Popper, K.R. (1972). *Conocimiento objetivo: Un enfoque evolucionista*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.

- Silva, J. M. (2006). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: Editorial B de la F.
- Stanton, G. (2004). Could the Rwandan genocide have been prevented?. *Journal of Genocide Research*, 6(2), 211-228.
<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1462352042000225958?scroll=top&needAccess=true>
- Sutherland, H. (2009). *El delito de cuello blanco*. Montevideo: Editorial B de F.
- Taruffo, M. (2013). *La prueba. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán*. Madrid: Marcial Pons.
- Triviño, J.L. (2007). *Los juicios de Nuremberg*. Barcelona: Editorial UOC.
- Vázquez, C. (2022). *Manual de prueba pericial*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Vico, G. (2003). *La Filosofía de la historia y filosofía del derecho. Volumen 98*. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla.
- Zaffaroni, E. (1996). *El Crimen. Organizado. Una categoría frustrada*. Bogotá: Editorial LEYER.
- Zaffaroni, E. y Santos, I. (2019). *La nueva crítica criminológica Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Ciudad de Panamá: Editorial El Siglo.
- Zambrano, A. (2011). *Delincuencia Organizada Transnacional, Doctrina Penal, Constitucional, y Práctica Penal*. Lima: Edilex S.A. Editores.