



FACULTAD DE DERECHO

**Las garantías judiciales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos
y la aplicación de las mismas en el ámbito nacional, haciendo énfasis en
el Derecho a la defensa.**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado

Profesor Guía:
Dr. Álvaro Román Márquez

Autor:
María Daniela Bravo Ayala

2011

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el/la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Álvaro Román Márquez

1707261788

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

María Daniela Bravo Ayala

1714962154

AGRADECIMIENTO

Agradezco Al Dr. Álvaro Román que no solo ha sido mi profesor de titulación, sino un pilar básico en la elaboración de este trabajo. De igual manera quiero reconocer la ayuda incondicional que mi amigo y guía el Dr. Ramiro García me ha brindado desde el inicio de mis estudios, con su ejemplo y sus consejos.

DEDICATORIA

Una dedicatoria especial a mis padres quienes han estado apoyándome durante todos estos años en mi educación para hacer de mí una mejor persona, con sus consejos y su amor.

RESUMEN

El estudio de las garantías judiciales, como son el debido proceso, la presunción de inocencia, la publicidad del juicio, el derecho a la defensa y el derecho a recurrir, dentro de un proceso penal resulta imperativo para el adecuado entendimiento del sistema judicial garantista que tiene nuestra normativa en la actualidad, la cual da prioridad a los derechos humanos del procesado.

En esta tesis se hace un recuento y análisis sobre la evolución de las garantías judiciales tanto en el ámbito internacional como en el nacional. Anteriormente, la puesta en práctica de estos derechos eran omitidos por los funcionarios públicos con la excusa de que no se encontraban tipificados, dejando en estado de indefensión al procesado. Ahora, se puede observar un avance sustancial en términos tanto de tipificar los derechos y garantías, como de aplicarlos en los procesos judiciales. No obstante, todavía falta mucho camino que recorrer en términos de protección de las garantías judiciales para que se satisfagan las necesidades de la sociedad, del procesado y del Estado. Por esta razón las personas que se consideren afectadas por decisiones judiciales o por la actuación de cualquier funcionario público, y que no haya podido encontrar justicia dentro del sistema judicial interno, tiene la potestad de demandar al Estado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que nuestro país es suscriptor de la Convención Americana de Derechos Humanos, con lo cual el afectado llegaría a obtener justicia.

Finalmente, el análisis realizado en este trabajo logra demostrar la importancia de la aplicación de las garantías judiciales para que exista una adecuada administración de justicia en el país.

ABSTRACT

The study of judicial guarantees, such as due process, presumption of innocence, the publicity of trial, the right to defense oneself and the right to appeal in a criminal trial is imperative for the proper understanding of the judicial system, which gives priority to human rights of the accused.

This thesis recounts and analyzes the evolution of a fair trial in both the international and national levels. Previously, the implementations of these rights were ignored by public officials on the grounds that they were not established in any law, leaving defenseless the defendant. Now you can see substantial progress in terms of both typify the rights and guarantees, as they apply in court proceedings. However, there is still a long way to go in terms of protecting the judicial guarantees that meet the needs of society, the accused and the State. For this reason, people who consider themselves affected by judicial decisions or action by any public official, and cannot find justice within the domestic judicial system has the power to sue the State for Inter-American Court of Human Rights because our country is a signatory to the American Convention on Human Rights, so the person concerned would get justice.

Finally, the analysis in this study does demonstrate the importance of the implementation of judicial guarantees for the existence of a proper administration of justice in the country.

INDICE

1. Capítulo I Introducción	1
2. Capítulo II Breve historia de los Derechos Humanos	3
2.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	4
2.2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	6
2.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	9
3. Capítulo III Debido proceso.....	12
3.1 Breve Historia.....	12
3.2 Concepto.....	13
3.3 Importancia del debido proceso.....	15
4. Capítulo IV Presunción de inocencia	18
4.1 Historia	18
4.2 Concepto.....	20
4.3 Indubio Pro Reo.....	22
4.4 Carga de la Prueba	24
4.5 Prisión Preventiva.....	27
5. Capítulo V Publicidad del juicio.....	34
5.1 Concepto.....	34
5.2 Funciones.....	36
5.3 Reglas	37
5.4 La publicidad y los medios de comunicación	38
6. Capítulo VI Derecho a la defensa	40
6.2 Conocimiento de la imputación.....	42
6.3 Designación del defensor (Defensa material y técnica)	44
6.4 Comunicación libre y Defensa efectiva y eficiente	46
6.5 Derecho a la defensa en la Indagación previa	48

6.6 Derecho al silencio y a no declarar contra uno mismo	50
6.7 Proponer y Probar y controlar la prueba	54
7. Capítulo VII Derecho a recurrir	58
7.1 Concepto	58
7.2 Principio de “Doble conforme”	60
8. Capítulo VIII Evolución del Derecho a la defensa en la legislación interna como en los fallos de la Corte IDH.....	64
8.1 Derecho a la información y comunicación.	64
8.1.1 Normativa.....	64
8.1.2 Análisis.....	66
8.2 Defensa técnica, efectiva y eficiente.....	70
8.2.1 Normativa.....	70
8.2.2 Análisis.....	71
8.3 Derecho al silencio y a no declarar contra uno mismo	75
8.3.1 Normativa.....	75
8.3.2 Análisis.....	77
8.4 Principio contradictorio	79
8.4.1 Normativa.....	79
8.4.2 Análisis.....	82
9. Capítulo IX Conclusiones y recomendaciones.	85
BIBLIOGRAFÍA	95

1. Capítulo I

Introducción

El fin del derecho procesal penal es encontrar la verdad procesal para poder declarar a un procesado culpable o inocente del delito que se lo acusa. Al decir “verdad procesal” nos estamos refiriendo a que es imposible conocer la verdad absoluta, y también al hecho de que existen garantías judiciales que limitan el poder judicial en esta búsqueda de la verdad. Estas garantías fueron creadas para proteger los derechos humanos dentro de los procesos judiciales ya que anteriormente estos eran atropellados, dejando en total indefensión a cualquier sospechoso del cometimiento de un crimen.

Poco a poco se fueron incluyendo estos derechos dentro de las legislaciones de cada país, pero es a partir de la segunda mitad del siglo XX que de verdad se pone énfasis en estos temas y se crean tratados internacionales para reforzar la idea de tener leyes garantistas que pongan al ser humano como el centro del sistema.

En el Ecuador el momento que marcó la diferencia en cuanto a poner en el escalafón más alto a los derechos humanos, se dio con la creación de la Constitución de 1998 la cual garantizaba el debido proceso a todos los ciudadanos. Con esto se dieron las correspondientes reformas a las demás leyes y códigos para que tengan concordancia tanto con la Constitución como con los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales fueron la base de nuestra legislación. Así, el Ecuador ya tenía normativa suficiente para ofrecer a los procesados un debido proceso con todas las garantías necesarias para que tanto el acusador, el acusado y el resto de la sociedad tengan seguridad de que se les puede administrar justicia.

A lo largo de este estudio analizaremos las diferentes garantías judiciales que salvaguardan a los procesados. Si bien no queremos poner a ninguna de estas

garantías por sobre las otras, ya que todas son considerados como iguales en la Constitución, haremos un análisis más minucioso sobre el derecho a la defensa y su evolución en nuestra legislación y en la Corte IDH.

En el ámbito internacional, es menester estudiar los casos contenciosos de la Corte IDH ya que siendo el Ecuador signatario de la CADH, tiene la obligación de hacer prevalecer los derechos humanos, y se somete a la jurisdicción de la Corte IDH en caso de que existan violaciones a estos derechos por parte de funcionarios públicos y que el Estado no haya podido resolver internamente. Así las sentencias dictadas por este organismo no solo se vuelven de cumplimiento obligatorio para el Estado que es encontrado culpable, sino que las sentencias deberían servir como punto de referencia para los jueces nacionales al dictar sentencias.

En el contexto nacional actual encontramos que debido a la alta inseguridad que estamos teniendo, se ha puesto en la mira como el principal causante de esta situación a las Cortes judiciales y a los funcionarios que trabajan en todo el sistema judicial. Es por esta razón que es importante estudiar y entender cómo funciona realmente el sistema judicial y como se lleva a cabo un proceso penal con las condiciones actuales, ya que resulta muy fácil que el ejecutivo culpe a una institución de todos los problemas de seguridad de un país, pero lo grave está en que por ignorancia sobre el tema los ecuatorianos creamos en esta teoría y no cuestionamos otras posibles razones para este aumento en la criminalidad dentro del país.

Finalmente, una vez terminado este estudio esperamos poder comprender mejor la enorme importancia que tienen las garantías judiciales al igual que encontrar tanto virtudes como falencias dentro de los procesos penales para así reconocer las razones y posibles soluciones a los problemas que aquejan a este desgastado y desprestigiado sistema judicial.

2. Capítulo II

Breve historia de los Derechos Humanos

Los derechos humanos se han ido desarrollando a lo largo de la historia a través hombres con ideas innovadoras y posteriormente con movimientos de personas que defendían lo que ellos creían eran sus derechos por la simple razón de ser humanos. Así a finales del siglo XVIII comenzaron a darse una serie de eventos que cambiarían el derecho y el mundo para siempre. El primero fue la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, el segundo y el más relevante, fue La Revolución Francesa de 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Con la creación de este instrumento se da inicio a una nueva era, es el principio de un cambio sistemático y global en la forma de hacer leyes, de gobernar, en general, en el trato a las personas indistintamente de su posición social. Es por esto que a continuación se tomó a éste instrumento como referencia para la creación de cualquier documento que tenga relación con los derechos de las personas.

Ya en la edad moderna podemos mencionar a la primera y a la segunda guerra mundial como puntos clave para el desarrollo de las formas de protección de los derechos del hombre; principalmente con ésta última se dio lugar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos la cual insta a las naciones y a los individuos a promulgar, enseñar y respetar los derechos humanos.

A continuación en el derecho internacional se da la necesidad de crear sistemas regionales de derechos humanos, así encontramos, el Convenio Europeo en 1951, Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1959, la Convención Americana de Derechos Humanos 1969. Ésta última fue establecida veintiún años después de la creación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ya que en un principio los países parte no quisieron que ésta sea obligatoria y vinculante, por lo que solo persiguieron dejarla en “Declaración”, aunque “posteriormente con cierta presión de EEUU

se logró que la mayoría de estados firme la Convención.”¹ la cual estudiaremos a continuación.

2.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos , también llamada Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Ha sido ratificada por 25 países de los cuales Trinidad y Tobago ha sido el único en denunciarla y 21 de ellos reconocen la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²

En cuanto a la finalidad que tiene la Convención resulta significativo lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC –2/82 de 24.9.82 en cuanto señaló: “Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”³

Para poder llevar a cabo estos objetivos la Convención tiene dos órganos importantes a su disposición: la CIDH y la Corte IDH, los cuales se encargan del cumplimiento de la convención por parte de los Estados parte. Además tiene dos protocolos adicionales: a) en Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), de 1988, y

¹ Notas Corte Interamericana de Derechos humanos, 42 Período extraordinario de sesiones, noviembre del 2010, Seminario Internacional: "Desafíos Presentes y Futuros del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos"

²http://es.wikipedia.org/wiki/Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos

³<http://www.derhumanos.com.ar/opiniones%20consultivas/opinion%20consultiva%2002.htm>

b) Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 1990.

El Ecuador ratificó la Convención el 21 de octubre de 1977 sin reservas específicas y al mismo tiempo aceptó la competencia de la Corte como órgano competente en materia de Derechos Humanos. En la actualidad, la Constitución vigente en el Ecuador da un trato preferencial a este tipo de tratados internacionales poniéndolos sobre las normas dictadas en la misma Constitución:

“Art.424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. *La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”*

“Art. 11 numeral 3.- Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

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

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

Con éstos artículos ningún juez o autoridad pública podrá alegar falta de norma para poder fallar en un caso de violación de derechos humanos, pues están

facultados para aplicar directamente las normas internacionales que más favorezcan a la protección de los derechos esenciales del hombre, en este caso los consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

A continuación revisaremos los dos órganos que trabajan para que se cumplan las disposiciones tipificadas en la convención: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.2 Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH nace en 1959 a raíz de la revolución cubana y con la preocupación de los países del continente de que se formen regímenes comunistas en la región.⁴

La CIDH es órgano principal y autónomo de la OEA, sus funciones principales son las de promover la observancia y defensa de los derechos humanos en la región. Está conformado por 7 miembros, los cuales son elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA por un período de 4 años.⁵

En sus inicios, al no existir reglamentos, no estaban bien definidas cuales serían las facultades o los procedimientos que debería seguir la CIDH, sin embargo ésta empezó a recibir denuncias de particulares sobre abusos cometidos por los Estados al igual que peticiones para realizar visitas e informes sobre países que presuntamente violaban los derechos humanos. Recién en 1965 la CIDH fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales. También los reglamentos de este órgano han ido cambiando en varias ocasiones desde su creación, siendo la última en el 2006.

⁴Notas Corte Interamericana de Derechos humanos, 42 Período extraordinario de sesiones, noviembre del 2010, Seminario Internacional: "Desafíos Presentes y Futuros del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos"

⁵<http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>

Si bien han existido varios cambios dentro de la institución, éstos se han dado gracias a la evolución de la misma, de los conceptos y necesidades que van teniendo las partes para hacer respetar sus derechos. Precisamente por la necesidad de denunciar las infracciones que se cometen a diario, es de gran importancia saber las funciones y atribuciones de la comisión al igual que la manera en la que la comisión lleva los casos que recibe. Así la comisión en el ejercicio de su mandato:

- a) *Recibe, analiza e investiga peticiones individuales que alegan violaciones de los derechos humanos, según lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención.*
- b) *Observa la vigencia general de los derechos humanos en los Estados miembros, y cuando lo considera conveniente publica informes especiales sobre la situación en un estado en particular.*
- c) *Realiza visitas in loco a los países para profundizar la observación general de la situación, y/o para investigar una situación particular. Generalmente, esas visitas resultan en la preparación de un informe respectivo, que se publica y es enviado a la Asamblea General.*
- d) *Estimula la conciencia de los derechos humanos en los países de América. Para ello entre otros, realiza y publica estudios sobre temas específicos. Así por ejemplo sobre: medidas para asegurar mayor independencia del poder judicial; actividades de grupos irregulares armados; la situación de derechos humanos de los menores, de las mujeres, de los pueblos indígenas.*
- e) *Realiza y participa en conferencias y reuniones de distinto tipo con representantes de gobiernos, académicos, grupos no gubernamentales, etc... Para difundir y analizar temas relacionados con el sistema interamericano de los derechos humanos.*
- f) *Hace recomendaciones a los Estados miembros de la OEA sobre la adopción de medidas para contribuir a promover y garantizar los derechos humanos.*
- g) *Requiere a los Estados que tomen "medidas cautelares" específicas para evitar daños graves e irreparables a los derechos humanos en casos urgentes. Puede también solicitar que la Corte Interamericana requiera "medidas provisionales" de los Gobiernos en casos urgentes de peligro a personas, aún cuando el caso no haya sido sometido todavía a la Corte.*
- h) *Somete casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana y actúa frente a la Corte en dichos litigios.*

i) *Solicita "Opiniones Consultivas" a la Corte Interamericana sobre aspectos de interpretación de la Convención Americana.*⁶

Para poder presentar un caso ante la CIDH es necesario saber que cualquier persona, grupo de personas u ONG legalmente reconocidos en uno o más Estados miembros de la OEA, puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de cualquier derecho humano sin importar que éstos no estuvieren tipificados en la legislación interna del país demandado, ni que el país no haya ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos.

Además hay que tomar en cuenta que el denunciante no puede acudir a la Comisión como primer paso después de ocurrida la supuesta violación, es decir que para poder llegar a esta instancia internacional hay que antes haber pasado por la justicia nacional y se tendrá que demostrar que se han agotado todas las instancias legales en el ámbito interno, o que se le ha negado o impedido tener acceso a éstas acciones legales, o que se han violado las garantías judiciales necesarias para tener un juicio justo.

Una vez que la CIDH verifica que la denuncia tiene todos los requisitos necesarios para ser admitido, invita al denunciante y al Estado a llegar a un acuerdo amistoso entre las partes, siempre teniendo en cuenta que solo se podrá sugerir este tipo de solución a los Estados que ratificaron la Convención. Si esta forma de solución de conflictos no es posible, la Comisión hará las recomendaciones que crea necesarias para remediar la violación lo cual puede incluir una compensación para las víctimas. Sin embargo no tiene el poder para hacerlas de cumplimiento obligatorio. "Si un Estado no sigue las recomendaciones, la Comisión tiene la opción de hacer público su informe o

⁶<http://www.cidh.oas.org/que.htm>

llevar el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siempre y cuando el Estado en cuestión haya aceptado la jurisdicción de la Corte”.⁷

2.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH, con sede en San José de Costa Rica, fue creada en la Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo no entró en vigencia hasta 1978, año en el cual un onceavo país ratificó el instrumento, número necesario para que la Corte pudiera empezar a funcionar.

La Corte está conformada por 7 jueces de países miembros de la OEA, los cuales son electos a título personal por un período de 6 años con posibilidad de ser reelectos por una sola vez.⁸ Ellos serán los responsables de emitir los fallos de la Corte y de responder a las consultas e interpretaciones que les hayan sido planteadas. Hay que tomar en cuenta que aunque los jueces no se encuentren permanentemente en la Sede, la Corte IDH sí es una Corte permanente puesto que durante todo el año se reciben y se tramitan los procesos en la Secretaría, y de ser necesario el Presidente convocará a reuniones extraordinarias las cuales pueden realizarse en cualquier momento que se considere necesario, además de las reuniones ordinarias que están programadas con anterioridad para cada período.

Los propósitos fundamentales de la Corte son los de aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos. Es por eso que tiene una función contenciosa y otra consultiva.

Por un lado la función jurisdiccional sirve para determinar si un Estado ha incurrido en la violación de un derecho consagrado en la Convención o en cualquier instrumento del Sistema Interamericano de Protección de Derechos

⁷http://www.cidh.org/Prensa/brochures/Brochure_CIDHspa.pdf

⁸<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/BasicosIntro.htm>

Humanos. Pero esta única instancia solamente es aplicable a los Estados que hayan ratificado la competencia contenciosa de la misma.

Por otro lado la función consultiva e interpretativa de Convención como de cualquier otro instrumento de Derechos Humanos puede ser hecha por parte de cualquier país miembro de la OEA. Asimismo aceptará las peticiones de opiniones sobre la compatibilidad de leyes internas de un Estado y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Es necesario saber que la Corte es un órgano de instancia única que puede declarar culpabilidad en la violación de un derecho humano solamente al Estado en donde se realizó esta violación, es decir que no juzga a personas naturales. A pesar de esto, sí está en sus facultades el exigir por medio de una sentencia, que el Estado hallado culpable inicie investigaciones y procesos internos, en contra de las personas que realizaron dichas faltas.

También está dentro de las facultad de la Corte pedir medidas cautelares. El artículo 63.2 de la Convención señala que: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”⁹.

En cuanto a las sentencias emitidas por la Corte, éstas deberán ser motivadas, obligatorias, definitivas e inapelables. En primer lugar deberán ser motivadas porque los jueces tendrán que explicar en el fallo claramente las razones por las decidieron tomar una u otra decisión, sin perjuicio de que uno o más jueces que no representen mayoría, estén en desacuerdo con el fallo y presenten su voto en contra con sus respectivas aclaraciones. En segundo lugar son obligatorias porque las partes tienen que cumplir con lo dictado en la sentencia de forma inmediata. En tercer lugar son definitivas porque no existirán cambios sobre la misma, aunque las partes están en su derecho de pedir que se

⁹<http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/provisionales.htm>

expliquen aspectos que crean que no están totalmente claros. Y en último lugar las sentencias son inapelables porque la Corte es un órgano de última instancia.

Finalmente los fallos podrán disponer de una indemnización compensatoria a favor de las víctimas, el cual ayudará a subsanar los daños cometidos en su contra. No obstante, éste no es un requisito necesario en todos los fallos, puesto que muchas veces es suficiente con regresar al estado anterior de las cosas, o cesar alguna violación de derechos.

3. Capítulo III

Debido proceso

3.1 Breve Historia

Los orígenes del debido proceso se encuentran en la Carta Magna de Inglaterra de 1215 instaurada por el rey Juan. La creación de este documento se dio gracias a la manifestación de la gente en contra de la opresión, la tiranía y el abuso del monarca.

Este documento estableció que: “ningún hombre libre será aprehendido ni encarcelado ni despojado de sus bienes ni desterrado o de cualquier forma desposeído de su buen nombre, ni nosotros iremos sobre él ni mandaremos ir sobre él, si no media juicio en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país.(law of theland)".¹⁰ Si bien es cierto que éste documento da la pauta para lo que ahora conocemos como debido proceso, también hay que recalcar que esta ley solamente regía para los hombres libres, los cuales en esa época eran muy pocos, y, generalmente eran nobles u hombres de mucho poder, por lo que la gente común, el proletariado, no vio cambiar su situación de abusos continuos.

Al pasar de los siglos se fueron haciendo reformas a la Carta Magna, al igual que se crearon otras normas para reforzarla como son “la Petición de Derechos (1628) y la Declaración de Derechos (1689). Durante las rebeliones del siglo XVII, se discute si la Carta realmente incluye a los hombres libres, o solo a los nobles. Triunfa la primera hipótesis”¹¹

Posteriormente, encontramos que la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica hace mención al debido proceso. A continuación, con la

¹⁰OTEIZA Eduardo, “Debido Proceso, Realidad y Debido Proceso. El Debido Proceso y la Prueba”, Autores Varios, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe – Argentina, primera edición, 2003, p. 6

¹¹RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, “DERECHOS HUMANOS una introducción a su naturaleza y a su historia” Editorial Quorum, 1era edición, Buenos Aires, 2007, p. 123

Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se consolidó la importancia y el respeto al debido proceso. Además este documento sirvió de influencia y como pilar para la posterior Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual “surge con mayor nitidez el concepto de igualdad de las partes en disputa y las nociones de independencia e imparcialidad.”¹²

Asimismo, el concepto de debido proceso ha seguido evolucionando con los tratados internacionales como el PDCP, y la CADH, los cuales tienen los conceptos que se utilizan en la actualidad como puntos de referencia para los países parte.

3.2 Concepto

Por no existir en nuestra normativa ninguna definición de lo que es el debido proceso, debemos tomar los conceptos dados por la doctrina para entender con precisión a que hace referencia este derecho. A continuación mencionaremos algunas definiciones de destacados juristas:

El Dr. Jorge Zabala Baquerizo dice: “entendemos por debido proceso el que se inicia, se desarrolla y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, los principios, y las normas constitucionales legales e internacionales aprobadas previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de justicia, provocando como efecto inmediato la protección integral de la seguridad jurídica del ciudadano, reconocida constitucionalmente como un derecho.”¹³

¹²OTEIZA Eduardo, “Debido Proceso, Realidad y Debido Proceso. El Debido Proceso y la Prueba”, Autores Varios, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe – Argentina, primera edición, 2003, p. 10

¹³ZABALA BAQUERIZO, Jorge, “El Debido Proceso Penal”, Edino Ediciones, Quito - Ecuador, 2002, p.25

Oswaldo Alfredo Gozaíni dice: “el debido proceso es el Derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio.”¹⁴

Alberto Suarez Sánchez divide al debido proceso en formal y material:

“Debido proceso formal: consiste en que nadie puede ser juzgado sino con la ritualidad previamente establecida

Debido proceso material: es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite a la función punitiva del Estado.”¹⁵

Todas estas acepciones están en lo correcto, simplemente ven el debido proceso desde ópticas diferentes. Al respecto, tomaremos la posición de Jorge Zabala Baquerizo como punto de partida de nuestro estudio.

Por la importancia que tiene el debido proceso como derecho fundamental de las personas y como límite para el Estado, es que éste se encuentra positivado en los tratados internacionales sobre derechos humanos, los cuales nos han servido de guías para la creación de nuestra Constitución y el resto de normativa nacional. Además al ser de tanta importancia, éstos no necesitan de normas de aplicación interna para estar vigentes, los servidores públicos podrán aplicar estos principios de forma directa aun si no existiesen leyes nacionales que lo corroboren.

En nuestra Constitución se menciona el debido proceso en varios artículos¹⁶, haciendo notar su importancia para una correcta administración de justicia.

¹⁴GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo, “El Debido Proceso”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1era edición, Santa Fe - Argentina, 2004, p.28-29

¹⁵SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, “El Debido Proceso Penal”, D’ivinni Editorial Ltda. Universidad Externado de Colombia, 1998, Bogotá Colombia, p.196

¹⁶ConsE Art. 11 “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 9 (...) El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de

3.3 Importancia del debido proceso

El debido proceso es la base de los principios que rigen el derecho procesal. Está conformado por un grupo de garantías que defienden los intereses de los procesados poniendo límites al Estado en su afán de llegar a la verdad a través del proceso judicial. El procesado necesita de éstos límites frente al Estado para que se puedan mantener intactos sus derechos fundamentales y exista un proceso válido y legítimo.

“Solo se puede hablar de “debido proceso” cuando éste ya está formado y concluido”¹⁷ es decir que no puede faltar, dentro del juicio, ninguno de los elementos que forman parte de él pues de lo contrario el procesado no estaría siendo protegido en su totalidad y ocasionaría una nulidad del proceso, por lo tanto no existiría debido proceso. Es por esto que el Estado debe desarrollar mecanismos para propiciar el cumplimiento de todas las garantías propias del proceso, y si se llegara a fallar se pudiera corregir dentro de la justicia nacional para no tener que llegar a instancias internacionales donde el país podría ser condenado severamente.

justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. (...)”

ConsE Art76 “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas (...)”

ConsE Art.169 “-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

ConsE Art 194 “La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso”

ConsE Art 215 “La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país.

Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes: 4 Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas.”

ConsE Art. 437 “Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 2 Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.”

¹⁷ZABALA BAQUERIZO, Jorge, “El Debido Proceso Penal”, Edino Ediciones, Quito Ecuador,2002, p. 27

Además, el cumplimiento de estas garantías también permite “el afianzamiento del poder del Estado para la preservación de la paz jurídica y social. Cuando el proceso no cumple la finalidad concebida en el mecanismo, deviene el escepticismo de los particulares y el debilitamiento del Estado que lo puede conducir a su propia desaparición.”¹⁸ Es decir que el cumplimiento del debido proceso no sólo es gran valor para la parte inculpada dentro del proceso, también tiene importancia para el Estado ya que permite sentir a los ciudadanos seguridad jurídica y protección de los derechos fundamentales dentro del proceso.

Es verdad que el derecho al debido proceso es una garantía básica dentro de un proceso judicial, pero no tenemos que llegar a los extremos. Por ejemplo, el garantismo llevado a una situación extrema haría que existan una excesiva cantidad de garantías que podrían evitar que se llegue a descubrir la verdad procesal, además perderían su funcionalidad y eficacia. Por otro lado si se reducirían las garantías nos encontraríamos en una sociedad autoritaria en el que se atropellarían los pocos derechos humanos que estarían vigentes, es decir sería un retroceso para la sociedad. “Las sociedades autoritarias pueden ser caracterizadas por un nivel de baja protección del no culpable, aun a riesgo de condenar a un inocente. (...) Las sociedades basadas en la libertad, por el contrario, asumen mayores riesgos de que un culpable no sea penado.”¹⁹

En la actualidad si bien existe una gran cantidad de doctrina y de leyes que normen y garanticen el debido proceso, tenemos que decir que los derechos del procesado siguen siendo vulnerados en todas las etapas del juicio, y por diferentes autoridades públicas. Las razones para que se den estas situaciones son muchas y de diferente tipo, por ejemplo, se puede dar por el desconocimiento de la ley por parte de las autoridades, puede existir corrupción en el sistema público, puede haber falta de recursos económicos, puede haber

¹⁸SANGUINO SÁNCHEZ, Jesús María, “Debido Proceso, Realidad y Debido Proceso. El Debido Proceso y la Prueba”, Autores Varios, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe – Argentina, primera edición, 2003, p. 262

¹⁹BACIGALUPO Enrique, “El debido proceso penal”, Editorial Hammurabi, 1era edición, Buenos Aires - Argentina, 2005, p. 25

una mala formación de los jueces, etc. Existe un sinfín de razones para que se dé una mala o nula aplicación de las garantías, pero lo que sí está claro es que éste es un problema actual que tiene el Ecuador y que no ha podido ser contrarrestado a pesar de las reformas recientes tanto en las leyes como en el Consejo de la Judicatura. Más adelante en este estudio se propondrán posibles soluciones para aminorar las consecuencias negativas de la no aplicación de las garantías constitucionales, siendo una de éstas el principio de inocencia del procesado, tema que veremos a continuación.

4. Capítulo IV

Presunción de inocencia

4.1 Historia

En la doctrina actual podemos encontrar que los autores difieren sobre cuál fue el verdadero origen sobre la presunción de inocencia de una persona dentro de una investigación o juicio. Así veremos que algunos ubican los antecedentes de este principio en el Derecho Romano, así como en la Biblia²⁰, mientras que otros aseguran que su concepción actual proviene directamente del iluminismo y más precisamente de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.²¹

Si bien el tratadista Simón Greenleaf ubica el origen de este principio en la Biblia, creemos que es más evidente su desarrollo en el Derecho romano, pues existen varias citas en diferentes documentos, unas tan importantes como el Digesto, las cuales tienen la misma idea sobre las pautas que debería tomar en cuenta un tribunal antes de dictar sentencia condenatoria.

“Es preferible dejar impune a un malhechor que condenar a un inocente”²².

“Siempre en caso de duda deberá entenderse lo más favorable”²³.

“Hágase entender a los acusadores que no se aceptarán sus cargos a menos que sean demostrados por testigos apropiados o documentos concluyentes, o

²⁰GARCÍA FALCONÍ, Ramiro y AMBOS, Kai, “Temas fundamentales del Derecho Procesal Penal, Tomo I”, Editora jurídica Cevallos, Quito - Ecuador, 2011, p 25 cita GREENLEAF, Simon; *The Testimony of the Evangelists Examined by The Rules of Evidence Administered in Courts of Justice*, Baker Book House, Grand Rapids, 1874

²¹MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 495

²²MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 494 cita 53

²³GARCÍA FALCONÍ, Ramiro y AMBOS, Kai, “Temas fundamentales del Derecho Procesal Penal, Tomo I”, Editora jurídica Cevallos, Quito - Ecuador, 2011, p 25 cita Dig. Lib. L, Tít. XVII, 56: *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.*

*por evidencia circunstancial que demuestre el hecho de forma indubitable y clara como el día*²⁴.

Es claro que estas citas tienen gran relación con las garantías actuales sobre la inocencia de los procesados hasta que no haya sido dictada una sentencia final. Y aunque aún se encuentran lejos de lo que es éste principio hoy en día, no podemos negar la influencia del Derecho Romano durante la historia y la evolución del derecho en la misma.

Por eso no resulta extraño que dentro del Derecho Canónico y hasta en la época de la Inquisición se encuentren postulados relacionados con la presunción de inocencia, sin embargo es evidente que no fueron puestos en práctica ya que es de conocimiento general que durante este período oscuro de la historia no existían garantías para los procesados, mucho menos un juicio justo. Es más, se puede decir que en principio regía todo lo contrario a una presunción de inocencia puesto que el acusado era culpable hasta que no demostrara su inocencia, y no solo esto, además los inquisidores creían que la forma correcta de llegar a la verdad era a través de la tortura para conseguir las pruebas necesarias para probar su caso.

Como una reacción a la represión de la Inquisición se fue desarrollando un movimiento llamado Iluminismo el cual integraba a grandes pensadores de todas las áreas de conocimiento, en especial en Derecho, el cual culminó con la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano el cual en su Art. 9 declara presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable (...)²⁵

Hoy en día los tratados internacionales señalan a la presunción de inocencia como garantía esencial que debe existir en todo proceso judicial, lo cual ha sido

²⁴GARCÍA FALCONÍ, Ramiro y AMBOS, Kai, "Temas fundamentales del Derecho Procesal Penal, Tomo I", Editora jurídica Cevallos, Quito - Ecuador, 2011, p 25 cita Código, Libro IV, Tomo XX, 1, 1.25

²⁵MAIER, B.J. Julio, "Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos", Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 491

adoptado por la mayoría de legislaciones del mundo. Veamos cuales son las acepciones más comunes y la tipificación que se le ha dado a la misma.

4.2 Concepto

Existen diferentes posiciones sobre la inocencia en del derecho procesal penal, por un lado hay autores como el ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, el cual nos dice que la inocencia no es una presunción, es un bien jurídico personalísimo del hombre, el cual genera un derecho subjetivo que le permite al ciudadano exigir su cumplimiento al Estado. Por esto, el bien jurídico inocencia vive en el ser humano desde que nace hasta que muere.²⁶

Por lo que para este autor no es correcto decir que se presume la inocencia de una persona que está siendo imputada, pues la inocencia siempre está presente y no se la debe tomar como una presunción, sino que la persona inocente se presume que puede ser culpable de un hecho delictivo en concreto por el cual está siendo investigado.

Este es un claro ejemplo de una posición iusnaturalista en la cual se cree que toda persona es inocente en razón de ser seres humanos.

Por otro lado tenemos a Julio Maier, tratadista argentino, el cual señala a la inocencia como lo que el procesado ha hecho o ha dejado de hacer en el momento del hecho que le es atribuido. La presunción de inocencia es construida por la ley.²⁷

Por el contrario este es un ejemplo de una posición nominalista que considera que existe la presunción de inocencia en razón de encontrarse consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos y en la Constitución.

Nosotros seguiremos con nuestro estudio tomando como base del mismo la segunda posición, la nominalista, pues es el mismo hombre que ha sufrido

²⁶ZABALA BAQUERIZO, Jorge, “El Debido Proceso Penal”, Edino Ediciones, Quito Ecuador, 2002, p. 51

²⁷MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 493

abusos continuos durante la toda la historia, el que razona y pelea por obtener garantías y por no dejar que se sigan haciendo injusticias. El hombre se da cuenta que todos los seres humanos deberían ser tratados con igualdad, que todos deberían tener derechos de libertades y derechos sociales que sean respetados, y para esto llegaron a la conclusión de que estas normas no solo deberían estar en los corazones de la gente, sino que deberían estar positivados en documentos de aplicación obligatoria para todos. Es por esto que en la actualidad podemos encontrar en los tratados internacionales y en las legislaciones nacionales, la tipificación de la presunción de inocencia, la cual también se apoya más en la posición nominalista.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Art. 14.-2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Art. 8.- Garantías judiciales.-2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas

Constitución de la República del Ecuador

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

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

El denominador común en los artículos que se refieren al tema es el derecho a que se presuma la inocencia, es decir que la presunción de inocencia es globalmente aceptada como parte del debido proceso, el cual se debe mantenerse intacto hasta llegar a sentencia ejecutoriada.

Otro de los principios básicos de la presunción de inocencia que consideramos deben ser analizados son el in dubio pro reo para cuando se dicte sentencia, la carga de la prueba por parte del acusador, y la prisión preventiva como medida cautelar.

4.3 Indubio Pro Reo

El Derecho Procesal Penal tiene como uno de sus fines la búsqueda de la verdad, y para realizar esta tarea tiene a su disposición las normas procesales en las que se desarrolla el juicio. Sin embargo esta verdad de la que estamos hablando no se refiere a una verdad material o absoluta, pues ésta debe ser una guía, un ideal, es imposible de alcanzar especialmente en el sistema mixto que manejamos en el Ecuador en la actualidad.

Anteriormente, cuando el proceso era inquisitivo, se pensaba que sí existía una forma de llegar a la verdad absoluta y que para llegar a ella era indispensable la ayuda del procesado, además de la utilización de cualquier medio posible para producir pruebas. Uno de los métodos más conocidos fue la de torturar para obtener información de cualquier persona involucrada. No obstante esta técnica tampoco garantizaba que el resultado fuera conseguir una verdad absoluta.

En el sistema penal moderno aparte del sistema inquisitivo se incluye “el modelo procesal acusatorio, basado en el contradictorio y en el rol de tercero e imparcial del juez, así como la concepción, que está detrás de dicho modelo, de la verdad procesal y de sus criterios de aceptación y de control. Ésta es una

verdad refutable, es decir que una tesis es aceptable como verdadera sólo si es refutable”²⁸

Ésta verdad relativa es a la que el proceso penal aspira llegar, “y esta verdad procesal no debe ser tomada por definición como algo menor”²⁹, es decir que a través de las garantías penales y procesales se llega a la verdad máxima dentro del proceso. Para llegar a ella hay que tomar en cuenta los límites propios del sistema garantista el cual pone la dignidad y los derechos humanos en primer plano. Si bien estas garantías dificultan el conocimiento de los acontecimientos, también es verdad que son absolutamente necesarios para poder llevar a cabo un proceso válido.

El aforismo in dubio pro reo representa una garantía constitucional derivada del principio de inocencia cuyo ámbito propio de actuación es la sentencia pues exige que el tribunal alcance la certeza sobre todos los extremos de la imputación delictiva para condenar y aplicar una pena.³⁰ Es decir que la fiscalía o el acusador tiene que realizar el trabajo exhaustivo de presentar todas las pruebas necesarias para que haya certeza absoluta de que el procesado es el culpable del cometimiento de un delito, puesto que si existe una mínima duda sobre la culpabilidad del sujeto, entonces el juez se verá obligado a sobreseer y declarar inocente al procesado.

Las características de este principio hacen que siempre se aplique a favor del menos fuerte, del más desprotegido, en este caso el procesado. Es por esto que el aforismo se aplica también para beneficiar al enjuiciado una vez que éste haya sido declarado culpable dentro de una sentencia, ya que si existe, por ejemplo, duda sobre si hubo o no dolo en la realización del delito, entonces el juez ante la duda deberá favorecer al procesado y sentenciarlo con la pena más baja para ese delito. De la misma manera si existe una ley posterior al

²⁸GUZMÁN Nicolás, “La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”, Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina. 2006, p.VIII

²⁹GUZMÁN Nicolás, “La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”, Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina. 2006, p. 25 cita 13Cf. Taruffo, *La provadeifattigiuridici*, cita, p.53

³⁰MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 505

cometimiento del delito, que beneficie al ya juzgado, se deberá tomarla en cuenta para una posible reducción de pena.

4.4 Carga de la Prueba

La carga de la prueba va estrechamente relacionada con el indubio pro reo pues al necesitar de una certeza del cometimiento del hecho punible por el procesado para poder sancionar. Se necesitará que el acusador pruebe esta culpabilidad, y de no hacerlo correctamente existirán dudas sobre los hechos, lo cual hará que los jueces absuelvan al procesado.

En el párrafo anterior se mencionan palabras claves como certeza y duda, las cuales deben ser examinadas en profundidad para poder saber con exactitud a que nivel de conocimiento de la verdad ha llegado el juez una vez que le toca deliberar.

Así, podemos afirmar que las expresiones certeza, probabilidad y duda, “se refieren a estados mentales en que puede encontrarse quien ha emprendido una investigación, luego de realizada ésta. Se habla de certeza (subjetiva) cuando no existen dudas de que el enunciado es verdadero.”³¹ En otras palabras, éste es el único estado en el que se puede encontrar el juez para dictar sentencia condenatoria en contra del procesado pues para él se ha demostrado con pruebas, las cuales no han podido ser exitosamente refutadas o puestas en duda, que el procesado es la persona que cometió los actos que fueron investigados por ser considerados delitos.

En un punto medio entre certeza y duda encontramos a la probabilidad la cual puede ser positiva cuando los elementos probatorios muestran que lo más probable es que el procesado haya sido el autor del delito. En tal caso el juez pudiera dictar medidas cautelares. Si por el contrario la probabilidad fuese negativa, es decir que los elementos reunidos hacen pensar que el hecho no

³¹GUZMÁN Nicolás, “La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”, Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina, 2006, p.28

haya existido o que el imputado no haya sido su autor, entonces el juez deberá sobreseer o absolver al procesado. Finalmente la duda representa un estado neutro, sin salida posible, pues expresa el fracaso absoluto del intento por conocer sobre la hipótesis objeto de la averiguación.³²

Una vez que el juez, dentro de su libertad de valoración de la prueba, determine que el acusador no pudo probar eficazmente su hipótesis y que existe duda sobre el cometimiento del delito por parte del procesado, deberá inmediatamente aplicar el principio indubio pro reo para absolver al procesado.

Es preciso señalar que el procesado, al tener a su favor el principio de inocencia, no tiene que probar que es inocente por lo que toda la carga se vuelve al acusador. Pero dentro de este proceso no podemos olvidar que el trabajo del acusador, más que tratar de inculpar al detenido, es buscar la verdad de los hechos, sea que éstos beneficien o perjudiquen al procesado, y una vez reunida toda la información, se la presenta en el juicio donde el tribunal de jueces deberán decidir si se cometió o no el delito por parte del procesado.

Sin embargo, en el Ecuador existen leyes que son contrarias a que la carga de la prueba recaiga sobre el acusador. Uno de estos ejemplos lo encontramos en la Ley para Reprimir el Lavado de Activos en su Art. 2.- “Por operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas, se entenderán aquellas que no guarden correspondencia con los patrones regulares de las actividades económicas que normalmente realiza el sujeto por investigarse y cuyo origen no pueda justificarse”. En la última parte del artículo lo que los legisladores nos quieren decir es que el procesado tendrá que demostrar y justificar el origen de sus actividades económicas, cambiando así la carga de la prueba y haciendo caso omiso a la Constitución del Ecuador cuando garantiza la presunción de inocencia. Y esto no es un tema nuevo pues en el Art. 73 de la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y psicotrópicas de 1990 también se invertía la

³²GUZMÁN Nicolás, “La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”, Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina, 2006, p. 28,29

carga sobre el imputado.³³ Lo que nos demuestra que a pesar de que existen 20 años de por medio entre estas dos leyes, el Ecuador y en específico sus legisladores no han sido capaces de cambiar una ley que afecta directamente a los derechos de los ciudadanos, yéndose en contra no solo de los tratados internacionales de los que somos parte, sino también de nuestra propia Constitución.

Si bien es un tema particularmente sensible para nuestro país que se encuentra sumergido en la lucha contra el narcotráfico, y que necesita tipificaciones certeras y severas contra las personas que cometan este delito, esto no justifica la omisión de la protección de los derechos humanos, los cuales nos hemos comprometido a dar total amparo como uno de los más altos deberes del Estado. Además no podemos decir que nos encontramos en una sociedad de riesgo para sacrificar garantías en favor de seguridad.

Este es un tema que se viene tratando hace décadas y que actualmente en el Ecuador se ha venido debatiendo debido al incremento en los niveles de delincuencia y delitos relacionados con el narcotráfico. Dentro de éstas discusiones no es difícil encontrar aquellas personas que proponen se sacrifique garantías del procesado en pos de mayor seguridad para la ciudadanía. Sin embargo, no hay que olvidar que este tipo de premisas fueron utilizadas por los movimientos nacionalistas de mediados del siglo XX, los cuales crearon un sistema policial en el que el cualquier sospechoso o procesado no tenían ningún derecho dentro de un proceso penal, pues lo importante era preservar la seguridad común.

Siguiendo esta línea de pensamiento se puede llegar a la premisa de que mientras mayores sean las garantías procesales, entonces menor será la seguridad. Y mientras menores sean las garantías, mayor será la seguridad. En síntesis, llegaríamos a través de ésta afirmación que la sociedad más segura,

³³Art. 76.- “la persona respecto de quien existan presunciones de que es productor o traficante ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o de precursores u otros productos químicos específicos se halle involucrado en otros delitos previstos por esta ley, y que directamente o por persona interpuesta realice gastos o aumente su patrimonio o el de un tercero en cuantía no proporcionada a sus ingresos sin justificar la legalidad de los medios empleados para efectuar esos gastos u obtener el incremento patrimonial, será sancionado...”

es aquella que menos garantías ofrece a sus ciudadanos, lo cual resulta indefendible por cualquier coeficiente intelectual normal.³⁴

Como lo mencionamos en capítulos anteriores, las garantías del debido proceso no pueden ser omitidas por ninguna razón, y menos aún ser tipificadas como inválidas, pues estarían en contra del CADH y por lo tanto el Estado podría ser sujeto de sanciones.

Otro momento en la que la carga de la prueba recae sobre el procesado se da cuando existe flagrancia en el cometimiento de un delito. En estas circunstancias la fiscalía ya tendría en su poder todas las pruebas necesarias para inculpar al sospechoso, por el que éste tendrá que tratar de probar lo contrario, o justificarlo por ejemplo con legítima defensa, o ser menor de edad o no haberlo hecho con conciencia y voluntad etc. De cualquier forma la carga de la prueba la tendrá la persona detenida en flagrancia.

Nuevamente se están violando derechos fundamentales del procesado, principalmente el de presunción de inocencia y el de carga de la prueba, pues sin existir sentencia ejecutoriada por parte de juez competente, se le está dando al procesado la calidad de culpable. Además en los procesos penales el procesado no tiene que probar su inocencia, es el acusador el que debe probar su hipótesis en contra del procesado. Y en caso no lograr crear la certeza en la mente del juez, el procesado deberá ser absuelto.

4.5 Prisión Preventiva

El Estado tiene el poder coercitivo para poder restringir ciertas libertades de los individuos cuando las considere totalmente necesarias para poder llegar a un fin deseado. En este caso así como el Estado tiene la facultad de sancionar a los delincuentes con penas restrictivas de su libertad, también tiene la potestad de restringir ciertas facultades tanto personales como reales a los ciudadanos

³⁴GARCÍA FALCONÍ, Ramiro y AMBOS, Kai, “Temas fundamentales del Derecho Procesal Penal, Tomo I”, Editora jurídica Cevallos, Quito - Ecuador, 2011, p 25

que se encuentren procesados en la comisión de un delito. No obstante no podemos confundir estas dos acciones, que en un principio pueden sonar similares pero que tienen fines distintos. En el primer caso la restricción de libertad personal se da como una sanción a una acción tipificada y antijurídica, mientras que en el segundo caso ocurre como un método para lograr los fines propios del derecho procesal penal.

Existe otra opinión sobre el mismo tema pero con un enfoque más garantista. Ferrajoli sostiene la ilegitimidad e inadmisibilidad de la prisión preventiva, en cuanto su incompatibilidad con el principio de inocencia, “aún con la finalidad de cumplir “necesidades procesales”, pues afirma que una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por ‘necesidades procesales’, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por ‘necesidades penales’ ”³⁵

Si bien el enfoque garantista le da más importancia, validez y fuerza a una verdadera presunción de inocencia en todo sentido, también es irrealista para el contexto cultural en el que nos encontramos, por lo tanto lo podríamos tomarlo como un principio al cual aspiramos llegar, pero que por el momento no es práctico ni realizable.

“El fundamento real de una medida de coerción sin sentencia sólo puede residir en el peligro de fuga del imputado o en el peligro de que se obstaculice la averiguación de la verdad” .³⁶No se puede permitir que la prisión preventiva se utilice también para cumplir con los fines materiales del derecho penal. Tampoco sirve para impedir la posible ejecución de otros delitos, o porque se genere conmoción social, o por que exista reincidencia en el cometimiento de un delito entre otros. La CIDH es clara en este tema y se ha pronunciado al respecto:

Caso Barreto Leiva vs. Venezuela *“La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir*

³⁵FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, Editorial Trotta, Sexta Edición, Madrid - España, 2004, p.126

³⁶MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 516

indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga³⁷. Sin embargo, “aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador “*En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia³⁸; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional³⁹, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales⁴⁰, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención”*

³⁷Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 101 y *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 90.

³⁸ Cfr. *Caso Servellón García y otros*, supranota 17, párr. 90, y *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 111.

³⁹ Cfr. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 197, y *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106.

⁴⁰ Cfr. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 228.

El primer fundamento, sobre el peligro de fuga, es necesario porque la persona no puede ser juzgada si está ausente, lo cual haría que la mayoría de los delitos queden en la impunidad, además, la ausencia podría llegar a ser tan larga que haría que los delitos prescribieran.

Además, hay que poner en consideración que no es fácil determinar cuál procesado es proclive a fugarse y cual no. “Este déficit es en gran medida insuperable, pues se trata, como es sabido, de sentar una predicción de comportamiento.”⁴¹ No obstante, Maier ha expuesto las circunstancias que deben ser tenidas en consideración para afirmar q existen riesgos de fuga.⁴²

El segundo fundamento es válido porque el procesado al estar libre podría manipular evidencia necesaria para el juicio, o podría dañar las pruebas en su contra o amedrentar a posibles testigos, etc. Pero hay que tener claro que estas medidas se las debe tomar con mucha precaución y sin abusar de ellas porque se refiere a la supresión de un bien jurídico protegido que es de gran importancia para ser humano. Es por esto que debe ser tomada como una medida excepcional solo para casos en los que se demuestre que no puede ser sustituido por otras medidas cautelares que existen para precautelar el fin del derecho procesal penal.

Al respecto Ferrajoli propone que se detenga al acusado por el tiempo estrictamente necesario para salvaguardar las medidas probatorias amenazadas por el imputado.⁴³ Creemos que esta idea debería tener una buena acogida en nuestras legislaciones ya que si se utiliza el argumento de que la prisión preventiva solo se realiza para que no haya oscurecimiento de la investigación con relación a la producción de pruebas, entonces la fiscalía

⁴¹DONNA, Edgardo Alberto, Director, Revista de Derecho Procesal. “La injerencia en los Derechos Fundamentales del procesado I”, Rubinzal - Culzoni Editores, 1era edición, Santa Fe, 2006, p. 135

⁴² “Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; la pena que se espera como resultado del procedimiento; la importancia del daño resarcible y la actitud que el procesado adopta, voluntariamente, frente a él; y el comportamiento del procesado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal”

⁴³DONNA, Edgardo Alberto, Director, “Revista de Derecho Procesal. La injerencia en los Derechos Fundamentales del procesado I”, Rubinzal - Culzoni Editores, 1era edición, Santa Fe, 2006, p. 120

debería agilizar este proceso dentro de lo posible para que el procesado no pueda manipular ningún tipo de evidencia e inmediatamente debería realizarse la audiencia de instrucción fiscal. De esta forma el sospechoso que se encuentra detenido podría salir en libertad en un plazo más corto ya que se han cumplido con los objetivos procesales que se presumía podrían haber estado expuestos a deterioros por parte del procesado.

Ahora bien, si después de valorar el caso el juez decide que la prisión preventiva es necesaria para dicho caso en particular, entonces debe procurar que la medida no dure más de lo estrictamente necesario. En nuestra legislación se pone un máximo de 6 meses en los casos que la pena del delito sea sancionado con prisión, y de 1 año en los casos en que la pena sea de reclusión, y una vez que haya transcurrido ese tiempo se tiene que inmediatamente dejar en libertad a los detenidos, sin importar en que instancia se encuentre el juicio.

Si bien parecen plazos sensatos en cuanto a la proporcionalidad con respecto a su eventual condena, hay que ubicarnos en el contexto ecuatoriano y podremos darnos cuenta que con una administración de justicia con problemas enormes con respecto a cumplir con los tiempos procesales legales, es imposible resolver un caso en los límites de tiempo dados por la ley, por lo que en la actualidad nos encontramos con un problema muy grave, pues los detenidos al sobrepasar su tiempo máximo de estar detenidos bajo la denominada prisión preventiva, están justamente demandando que se los deje en libertad de forma inmediata. Sin embargo si se les permite esto, entonces veremos que un sinnúmero de detenidos no volverán a aparecer para continuar sus juicios, y si no se les permite salir en libertad se estaría yendo en contra de los principios del debido proceso.

Al respecto del plazo razonable, encontramos que la CADH menciona este derecho en dos artículos diferentes, en el art. 7.5 y posteriormente en el Art. 8.1

⁴⁴ La diferencia entre ambos es que en el primero se refiere al plazo razonable de la prisión preventiva y en el segundo al plazo razonable de la duración del proceso. Estos plazos deberían estar estrechamente relacionados unos con otros y se debería dar prioridad a los juicios en los que se encuentra una persona detenida, ya que la necesidad de tener una sentencia expedita es de especial importancia para la persona que se encuentra restringida en su derecho a la libertad.

Si bien no existe una definición clara del plazo razonable, la Corte Europea señala que deben tomarse tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso. a) La complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales. Es decir hacer un análisis global del procedimiento, criterio que la CortelDH acoge plenamente.⁴⁵

El tema del plazo razonable ha sido y sigue siendo un problema preocupante en nuestro país, es más el Ecuador ha sido demandado internacionalmente (caso Rosero Suárez vs. Ecuador; caso Acosta Calderón vs Ecuador) por la falta de aplicación de un plazo razonable tanto de la prisión preventiva como del proceso. Y, aunque ha sido condenado en las dos ocasiones, parece que este tema no puede ser superado.

El problema no tiene fácil solución, pero queda claro que aumentar el tiempo permitido para la prisión preventiva no es la salida adecuada. Creemos que las medidas a tomarse deberían ir más por el camino de agilizar el proceso penal en los cuales la persona se encuentre privada de libertad, los jueces deberían actuar con mayor diligencia y celeridad, mientras que los abogados no

⁴⁴CADH Art. 7.5 “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.”

Art. 8.1 “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

⁴⁵GARCÍA FALCONÍ, Ramiro y AMBOS, Kai, “Temas fundamentales del Derecho Procesal Penal, tomo I”, Editora jurídica Cevallos, quito Ecuador, 2011, p273

deberían dilatar los juicios de forma deliberada. Si no existe una reestructuración profunda en el sistema judicial esta situación se mantendrá ya que si bien la norma está presente, en la práctica resulta casi imposible ponerla en uso.

Una vez que el sospechoso pasa a ser procesado de un delito, éste tendrá a su disposición otros derechos y garantías que lo protegerán durante el proceso judicial, en este caso revisaremos la publicidad en el proceso penal.

5. Capítulo V

Publicidad del juicio

5.1 Concepto

La noción de publicidad del juicio se encuentra plasmada en la Constitución de varias formas y en varios artículos⁴⁶. Así notamos que desde el primer artículo en el cual se menciona que en el Ecuador rige una democracia participativa, se hace alusión no solo al hecho de que la sociedad pueda participar activamente dentro de la política nacional, también tiene relación con la posibilidad de que exista un control efectivo por parte de la ciudadanía de los actos realizados tanto por entidades como por empleados públicos. Asimismo, dentro de esta categoría se encuentra el debido proceso judicial y por lo tanto el principio de publicidad.

También advertimos que cuando se menciona en el artículo 168 sobre la oralidad del proceso en todas sus etapas e instancias, se crea una relación de dependencia con la publicidad pues la oralidad es una de las formas en que se puede garantizar la adecuada aplicación de la publicidad del proceso.

Sin embargo en el Art 168.5 de la Constitución encontramos la tipificación precisa para el principio de publicidad. “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 5.- En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley” y CPP art 255⁴⁷.

⁴⁶ConsE Art. 1 “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.”

ConsE Art 76.7 d) “Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.”

ConsE Art. 168 “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 5 En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley.”

⁴⁷CPP Art 255 - La audiencia del Tribunal de Garantías Penales será pública; pero será reservada cuando el proceso tenga por objeto el juzgamiento de los delitos comprendidos en los Títulos I y VIII del libro Segundo del Código Penal, y se realizará con la sola presencia del acusado, del acusador particular si lo

Cabe señalar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, existe una discrepancia entre lo que manda la Constitución y lo que dice el Código de Procedimiento Penal en su artículo 215, pues mientras en la Constitución dice que este principio regirá en *todas* las etapas, el CPP dice que la indagación previa “se mantendrá en reserva de terceros ajenos a ésta y del público en general”. Ahora bien cuando la Constitución habla de excepciones, no se está refiriendo a ésta en particular, se está refiriendo a los delitos sexuales y los delitos contra la seguridad del Estado, los cuales no deben ser públicos para proteger a las víctimas y a las personas involucradas.

En este caso estamos en desacuerdo con que la publicidad no exista durante la indagación previa, pues si existe la presunción de inocencia desde el primer momento de la indagación, entonces el procesado no debería temer por su honra o dignidad si el caso se hace público, todo lo contrario, la publicidad lo puede ayudar para que haya un mayor control de las diligencias que realiza la fiscalía en una etapa en la que actualmente es prohibido el conocimiento de terceros.

Es necesario que las leyes estén de acuerdo con los principios de la Constitución, por lo que uno de los dos debería ser reformado para que no haya malas interpretaciones, y en este caso creemos que el Código de Procedimiento Penal es el que debería ser reformado.

Además, como lo mencionaremos en capítulos posteriores, el derecho a la defensa está vigente desde el principio de la etapa indagatoria hasta el momento que se dicta sentencia y se da como cosa juzgada. Es decir que al no permitir que exista publicidad desde el inicio de esta etapa, se está violando un derecho humano, por lo tanto el Estado podría ser demandado en instancias internacionales. Aunque en este caso no sería por una mala aplicación de la

hubiere, de los defensores, de la Fiscal o el Fiscal, y del secretario, y si fuere del caso, de los peritos y de los testigos, sin que pueda violarse la reserva, durante o después de la audiencia. No se admitirá la transmisión de la audiencia, a través de los medios de comunicación.

En ningún caso, la jueza o el juez o magistrado que conozca de una causa penal sometida a su resolución puede formular declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social, ni antes ni después del fallo. La violación de esta prohibición será sancionada con su destitución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que hubiere.

ley, sino que sería por que las leyes ecuatorianas no se adecuan al sistema garantista propugnado por los instrumentos internacionales. Situación que debe ser examinada por los legisladores ya que cuando suscribimos la CADH, aceptamos adecuar nuestras leyes a los cánones internacionales de derechos humanos.

A continuación mostraremos tanto las funciones de la publicidad en el proceso, como las reglas que deben existir para se pueda aplicar correctamente este derecho.

5.2 Funciones

Las funciones de la publicidad en el proceso judicial se concretan según la doctrina en tres funciones principales, las cuales tienen distintos titulares: desde el interés del procesado, la publicidad de los juicios puede vincularse con la función de tutela de todas las garantías con las que debe ser juzgado; desde el interés del Estado la publicidad sirve a una determinada política criminal; y desde la posición de los ciudadanos se vincula con el control de los actos del propio Estado, en este caso el control sobre la tarea de administrar justicia.⁴⁸

Es decir que la publicidad no solo es importante para las partes procesales, y en especial para el procesado como se suele pensar, este principio es fundamental para la sociedad en general, pues es una de las formas que permite hacer saber a la gente, de que los juicios son llevados a cabo con rectitud y que de verdad se está administrando justicia. Esto hace que la sociedad se sienta más segura sabiendo que los delincuentes tendrán que pagar por el daño ocasionado. Además si en algún momento llegamos a ser acusados de un hecho delictivo, tendremos la certeza de que el proceso se llevará a cabo bajo la protección de todos los derechos y garantías emanados de la Constitución.

⁴⁸http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=40

5.3 Reglas

Para que la publicidad del debate pueda llevarse a cabo de manera óptima, deben existir reglas dentro del proceso, las cuales según Julio Maier son las siguientes: La primera regla es la *presencia ininterrumpida* de quienes participan en el procedimiento, esos son el procesado y su defensor, el acusador y los jueces. La segunda regla es la *oralidad* en el proceso. La tercera y cuarta son la *concentración* de todos los actos del debate en una audiencia *continua*.⁴⁹

La importancia de estas reglas, es que permiten que la publicidad funcione adecuadamente para que pueda ser conocida tanto por las partes como para el público en general. Así por ejemplo, si no existiera la oralidad sería imposible que los asistentes a la audiencia se enteraran de las pruebas practicadas, o de la valoración de las mismas. Si no tuvieran que concurrir las partes y los jueces, no podría ni siquiera llevarse a cabo la audiencia, pues si faltase la defensa y la audiencia se llevara a cabo, se estaría incumpliendo el derecho a la defensa, si faltaran los jueces, no podrían decidir sobre el caso pues no tendrían la información suficiente, y si faltara el acusador no habría razón para llevar a cabo el juicio.

También la concentración y la continuidad hacen que haya una secuencia lógica de los hechos, las pruebas de cargo y de descargo al igual que su valoración para finalmente llegar a una sentencia, la cual de igual manera deberá ser continua, es decir que al terminarse el debate el tribunal tendrá que retirarse a deliberar ininterrumpidamente y una vez que se llegue a una conclusión, deberán volver a la audiencia para dictar sentencia.

⁴⁹MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 657 y ss.

5.4 La publicidad y los medios de comunicación

La parte más controversial de este principio se da una vez que los medios de comunicación entran a ser parte de un proceso judicial, pues esto hace que se involucre en el juicio al resto de la sociedad, y esto genera que la gente tome una posición dentro del mismo.

Pese a que la publicidad es internacionalmente reconocida como una garantía del debido proceso, una vez que entran los medios de comunicación, encontramos que existen varias opiniones sobre el conocimiento público de los procesos judiciales. Por una parte están los garantistas que creen que el principio debe aplicarse a cabalidad en todo momento sin importar el debate público que se generaría y las posibles presiones que puedan surgir de éste hacia el tribunal. Por otro lado encontramos una posición en la que se está en desacuerdo en hacer que los juicios sean públicos para los medios de comunicación, ya que podrían poner a la sociedad en favor o en contra del procesado, lo que a su vez podría hacer injerencia en la sentencia final.

Nosotros creemos que debe protegerse esta garantía trascendental en todo momento, pues como dice Ferrajoli se trata de “una garantía de garantías. Sólo si el proceso se desarrolla en público es posible tener una relativa certeza de que han sido satisfechas las garantías primarias, más intrínsecamente epistemológicas, de la formulación de la acusación, la carga de la prueba y el contradictorio con la defensa”⁵⁰ es más, consideramos de gran importancia y valor el hecho de que la ciudadanía pueda participar activamente en temas relevantes para la comunidad. De esta forma se democratiza el sistema judicial penal lo que hace que exista transparencia y un mejor control del proceso. El debate público y la investigación por parte de medios de comunicación sirven como control de los órganos de justicia, y los empleados públicos que participan dentro de estos procesos. Por ejemplo, los jueces no deberían preocuparse del escrutinio por parte de los medios de comunicación, si su trabajo es realizado de manera profesional y bajo los parámetros de la ley. Es

⁵⁰FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, Editorial Trotta, Sexta Edición, Madrid - España, 2004, p. 616

decir que no deberían sentirse presionados al tomar decisiones, pues siempre tienen que realizar sentencias motivadas basadas en las pruebas practicadas dentro del juicio haya o no exposición por parte de los medios.

Ahora bien, no hay que descartar las posiciones de juristas como Jorge Zabala Baquerizo⁵¹, ya que si bien creemos que el principio de publicidad es de gran importancia para el juicio, tenemos que tomar en cuenta que su significado se ha ido tergiversando con el tiempo, pues ha dejado de ser el acceso de los ciudadanos a los procesos para que exista control del mismo; ahora los medios han logrado cambiar esto para crear juicios paralelos fuera de las cortes, es decir que los medios de comunicación no presentan los hechos tal y como son, sino lo que ellos entienden que pasó, lo que crea una confusión en la gente, y en ciertos casos esto ocasionaría que exista influencia de la sociedad sobre el juez que decide la causa.

Por otra parte, creemos que es de gran importancia el control ciudadano para que no exista corrupción en ningún nivel y menos aún por parte de los jueces. Además éstos deberían estar preparados para cualquier tipo de presión y no dejarse influenciar por ningún motivo, y si no están en capacidad de hacer esto, entonces no deberían estar en ese puesto privilegiado.

En la actualidad hemos visto juicios importantes que han sido expuestos a la ciudadanía mediante los medios de comunicación, han generado el escrutinio público y la correspondiente investigación, y como resultado han hecho que se demuestre falencias por parte de los jueces los cuales han tenido que rectificar sus decisiones para tratar de componer el daño causado al igual que evitar sanciones posteriores.

⁵¹“El Derecho concedido a los hombres de ser juzgados en un proceso público se convirtió en nuestra sociedad en un peligro para la correcta administración de Justicia, pues se hizo de la publicidad un medio para influenciar, en bien o en mal, sobre la conciencia ciudadana a favor o en contra del sindicado, o para presionar al Tribunal para que resuelva de una u otra forma, provocando de esa manera sentencias injustas, particularmente en perjuicio de los acusados.”

6. Capítulo VI

Derecho a la defensa

6.1 Concepto

En la doctrina mundial existen varios conceptos sobre el derecho a la defensa, entre ellos podemos encontrar el de Pedro Pablo Camargo, “El derecho a la defensa es, un derecho constitucional fundamental, de aplicación inmediata, y se aplica en todos los campos de la actividad humana y en todas las esferas del derecho, sin limitación alguna.”⁵²

Verónica Velásquez Velásquez por su parte nos da un concepto dirigido más al aspecto procesal. Por derecho de defensa, puede entenderse el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente.⁵³

Y aunque existen un sin número de definiciones del mismo, nuestra Constitución Política no nos da una definición de la misma, simplemente enumera las garantías que se derivan del derecho a la Defensa, por lo que tomaremos las definiciones que nos da la doctrina como punto de partida para este estudio.

Una vez más descubrimos que para llegar a tipificar este derecho como uno de los derechos fundamentales del hombre, se tuvo que pasar por un proceso exhaustivo en el que la gente cansada de los abusos por parte de los monarcas

⁵²CAMARGO Pedro Pablo, “El debido proceso”Editorial Layer, Segunda Edición, Bogotá - Colombia, Pág. 152

⁵³<http://www.eumed.net/rev/cccss/02/ivvv.htm>

y posteriormente de los Estados, decide poner límites a éstos para que toda persona que se encuentre envuelta en un proceso judicial pueda tener una relativa igualdad de armas frente al ministerio público para poder descartar la acusación, o en su defecto atenuar las posibles consecuencias.

Así, encontramos que en la Constitución de Los Estados Unidos de Norteamérica ya se encuentra el derecho inviolable de los ciudadanos de poder defenderse con todas las garantías necesarias. Posteriormente en la Revolución Francesa con la Declaración de los Derechos fundamentales del Ciudadano y del Hombre, se confirma esta misma idea, de que todo hombre tendrá garantías mínimas dentro de un proceso judicial las cuales serán irrenunciables e inalienables.

En la actualidad el derecho a la defensa es uno de los pilares del debido proceso, por lo que se encuentra tipificado en los tratados internacionales de derechos humanos (CADH Art. 8, PIDCP Art 14) al igual que en la Constitución Ecuatoriana Art. 76.7. Lo que permite que este derecho sea tomado en cuenta como de aplicación directa por parte de los jueces y de los demás funcionarios públicos.

También debemos decir que éste es un derecho y garantía al mismo tiempo. Es un derecho de las personas ya que se les atribuye una facultad, en este caso se les permite intervenir en el procedimiento penal; es una garantía pues el Estado lo utiliza como un medio para hacer efectivo el derecho, es decir es la seguridad que se le brinda al ciudadano de que se respetaran sus derechos y que el proceso penal tenga total validez.

El derecho a la defensa incluye varios principios que deben ser puestos en práctica para que una vez terminado el juicio no se pueda alegar indefensión por parte del procesado. Estos principios fundamentales que son parte del derecho a la defensa son: Conocimiento de la imputación, Designación del

defensor, Comunicación libre y defensa efectiva y eficiente, Derecho al silencio y a no declarar contra uno mismo, y principio de contradicción.

6.2 Conocimiento de la imputación

Tanto en los tratados internacionales como en la normativa interna se encuentra el derecho de la persona detenida o imputada a ser informada de forma inmediata y clara de las razones por las cuales se le está privando de su libertad, puesto que “nadie puede defenderse de algo que no conoce”⁵⁴, el supuesto delito del que se le acusa, acompañado del nombre de la autoridad que dio la orden de detención y la del oficial que la está ejecutando. Además se le deberá hacer conocer los derechos que lo amparan tal y como lo señala el Art 12 del CPP. *“Toda autoridad que intervenga en el proceso debe velar para que el imputado conozca inmediatamente los derechos que la Constitución Política de la República y este Código le reconocen...”* Estos derechos se encuentran enumerados en la ConsE en el Art. 77.4 *“En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.”*

En el supuesto de que la persona detenida sea extranjera, se deberá proporcionar la asistencia de un traductor, el cual le informará de manera precisa los cargos formulados en su contra, al igual que los derechos que la asisten, entre ellos está la posibilidad de contactarse con el consulado de su país para que de este modo le proporcionen la ayuda y recomendaciones necesarias.

Una vez que el detenido tiene conocimiento tanto de los motivos de su detención como de sus derechos, éste tiene la potestad de exigir que se le

⁵⁴MAIER, B.J. Julio, *“Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”*, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 541

comunique con sus familiares y en especial con un abogado de confianza o un defensor público si es el caso, para poder recibir el asesoramiento jurídico oportuno. “Una postergación en la prontitud en la disponibilidad del asesoramiento puede tener para el procesado efectos perjudiciales irreversibles”⁵⁵. Así, cualquier intento o pretexto para mantener al procesado incomunicado causaría graves consecuencias que en un futuro podrían producir la nulidad del proceso, pues al encontrarse el procesado en ese estado de indefensión sería más vulnerable a que se cometan arbitrariedades, así como a abusos tanto físicos como mentales. Sin dejar de lado la preocupación e incertidumbre de los familiares que no sabrán de la situación ni del paradero del detenido.

También hay que tomar en cuenta que cualquier declaración del detenido que haya sido tomada a base de torturas o engaños, o que no haya sido tomada en la presencia de su defensor, será ilegal y por lo tanto nula como prueba en el proceso ya que los requisitos principales son que ésta sea voluntaria y que haya tenido la asesoría técnica necesaria para saber las consecuencias que se derivarán de la misma.⁵⁶

⁵⁵FLEMING Abel, LOPEZ VIÑALS Pablo, “Garantías del procesado” Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe - Argentina, 2008, p. 303

⁵⁶Constitución Art 76.7“El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.”

CPP Art. 71.- “Necesidad del defensor.- Ninguna persona podrá ser interrogada ni aún con fines de investigación, sin la presencia de un abogado defensor de su confianza. Si el interrogado no designa un abogado defensor privado, se contará con un defensor público o de oficio. El defensor está obligado a instruir al declarante de su derecho a guardar silencio, así como de las consecuencias favorables o desfavorables de tal decisión.

No tendrán valor probatorio alguno los actos pre procesales o procesales que incumplan esta disposición”

6.3 Designación del defensor (Defensa material y técnica)

Como se menciona en el artículo 76.7.g de la Constitución⁵⁷ y en el Art12 del CPP⁵⁸, el procesado tiene el derecho a designar un defensor el cual tiene que ser un profesional del derecho, para que le asesore delineando la mejor estrategia para salir absuelto de los cargos, o en su defecto para mejorar la situación del procesado. No obstante si el procesado no tiene los medios económicos para designar un abogado defensor, o por cualquier otra razón no puede conseguir o no quiere un defensor; el Estado estará en la obligación de proveerle una defensa técnica efectiva, la cual ayudará a reducir la brecha gigantesca que existe entre la maquinaria y el poderío del Estado y la situación de inferioridad del procesado, la cual empeora si éste se encuentra detenido. De esta forma, se logra que exista por lo menos una aparente igualdad de condiciones entre las partes.

Todas estas circunstancias influyen para que no exista una igualdad de armas verdadera. No obstante, queremos señalar que la creación de la Defensoría Pública ha sido un gran avance para proteger los derechos y garantías de los ciudadanos ya que anteriormente los procesados no tenían defensa alguna por lo que lo más probable era que se violen sus derechos y se lo declaren culpable.

Si bien en la gran mayoría de casos la Fiscalía es mucho más fuerte que la parte acusada, no hay que olvidar que existe un pequeño porcentaje de

⁵⁷Constitución Art 76.7. “El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.”

⁵⁸CPP Art12 “Toda autoridad que intervenga en el proceso debe velar para que el procesado conozca inmediatamente los derechos que la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y este Código le reconocen. El procesado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, la Jueza o Juez de garantías penales deben designarlo de oficio, antes de que se produzca su primera declaración. la Jueza o Juez de garantías penales o Tribunal de Garantías penales pueden autorizar que el procesado se defienda por sí mismo. En ese caso el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica.”

procesos en los que se invierte esta circunstancia. Por ejemplo, si hablamos de delitos penales económicos tenemos que tomar en cuenta que los fiscales no están bien preparados en estos temas y tienen una carga enorme de trabajo, mientras que el procesado puede tener a su disposición a grandes abogados de sobrenombre los cuales dedican todo su tiempo a un solo caso y son muy bien remunerados. Éste tipo de situaciones no son muy comunes en el proceso penal ecuatoriano, sin embargo valía la pena mencionar que existen excepciones a la regla.

Adicionalmente a la defensa técnica, existe la posibilidad de que el procesado pueda tener una defensa material, es decir se pueda defender a sí mismo en el proceso que se lleva en su contra. Sin embargo, para lograr esto se tiene que hacer una petición por escrito al juez de garantías penales el cual tendrá que decidir si le concede o no la posibilidad de defenderse personalmente. Si el juez acepta, el defensor tendrá que limitarse a controlar la eficacia de la defensa técnica como lo menciona el Art 12 del CCP. De lo contrario, si el juez no considera oportuna la defensa material mandará a que se designe un defensor de inmediato pues no puede existir indefensión del procesado en ninguna etapa del proceso.

Si bien se puede obtener la facultad de representarse a uno mismo en el proceso, no hay que confundirse y pensar que una vez aprobada la autodefensa se podrá prescindir del abogado defensor. Todo lo contrario, la defensa técnica estará en todo momento asistiendo y guiando al procesado para obtener la mejor defensa posible aún si ha decidido optar por defenderse personalmente.

Puede ser que parte de esta confusión se dé a partir del Art 8.1d, el cual nos dice que “*derecho del procesado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*” en este enunciado la disyuntiva “o” podría dar una idea

errónea de que es o lo uno o lo otro, sin embargo si se lee el siguiente numeral queda claro que el derecho a la defensa técnica es irrenunciable.

Al respecto también cabe decir que una vez que se tiene los dos tipos de defensa, es necesario crear una relación de confianza y cercanía entre las partes, puesto que para lograr una mejor efectividad tienen que trabajar en conjunto delineando las estrategias que serán utilizadas en el proceso para beneficiar al procesado. Si bien suena lógico que estos dos actores unan fuerzas por un mismo objetivo, hay que decir que en la práctica esto no siempre ocurre así y se crean discrepancias entre lo que el defensor cree que es una buena táctica y lo que el procesado piensa que es mejor para él. En estos casos la doctrina está de acuerdo en que “en caso de conflicto, debe primar la voluntad del defensor sobre la del procesado, pues lo contrario tornaría inútil la necesidad de asistencia técnica y llevaría a una incongruencia”⁵⁹ es decir que siendo el abogado el conocedor de las leyes y el derecho seguramente tendrá más argumentos de convicción para tomar una u otra decisión, mientras que el procesado por falta de experiencia y tal vez por encontrarse en una situación inusual, puede tomar decisiones apresuradas sin saber realmente cuales pueden ser las posibles consecuencias de esos actos. Pero “por excepción el imputado puede renunciar válidamente a los recursos interpuestos por el defensor a su favor.”⁶⁰

6.4 Comunicación libre y Defensa efectiva y eficiente

La libre comunicación entre el procesado y su abogado es una de las garantías claves para la adecuada defensa del procesado, en especial si éste se encuentra detenido, ya que el defensor sería la persona facultada para mantener informado al procesado de todo lo que va sucediendo en el proceso.

⁵⁹FLEMING Abel, LOPEZ VIÑALS Pablo, “Garantías del procesado” Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe - Argentina, 2008, p.299

⁶⁰MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p.551

Las visitas del defensor tienen que ser libres y tan frecuentes como sea necesario, sin la presencia de autoridad alguna, pues lo que el procesado tenga que decirle a su abogado es en estricta confidencialidad y en ningún caso podría ser esto utilizado en su contra. Tampoco es legal escuchar las conversaciones telefónicas o revisar el correo que se mantuviese entre estas dos personas bajo ningún precepto. A menos que existan pruebas, obtenidas por otros medios, en las que haya indicios de algún tipo de complicidad; en ese caso se podrá pedir al juez una orden judicial para poder intervenir sus medios de comunicación.

Ahora bien, tener un defensor durante todo el tiempo que dure el proceso penal, no es suficiente para proclamar que se está cumpliendo el derecho a la defensa del procesado. “El concepto (de tener una defensa efectiva) es mucho más complejo y comprende el derecho a ser asistido con un mínimo de eficacia, lo que implica que el debido proceso puede verse esencialmente afectado cuando factores inherentes a la negligencia del defensor o a un criterio obstruccionista del tribunal conspiran contra el desarrollo de una labor razonablemente adecuada para contrarrestar la acusación.”⁶¹

No es difícil encontrar casos en los que por culpa de una pobre actuación de los defensores, en su mayoría defensores públicos, los procesados terminen con sentencia condenatoria, y las razones para que esto se origine pueden ser varias, como no tener motivación e incentivos, no tener un buen salario, acumulación excesiva de casos, o simplemente por negligencia. Sea cual sea la razón, los defensores tienen que velar en todo momento por los intereses del procesado, no pueden descuidar las causas por ningún motivo ya que está en juego uno de los valores más importantes del ser humano, su libertad.

Y no solo es culpa de los defensores el no brindar una defensa de calidad, es vital que los jueces manteniendo su imparcialidad en todo momento, hagan que se cumpla la defensa efectiva en todo momento, si es necesario remover de su

⁶¹FLEMING Abel, LOPEZ VIÑALS Pablo, “Garantías del procesado” Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe - Argentina, 2008, p. 305

cargo a un defensor que no está cumpliendo las expectativas mínimas necesarias, entonces tendrán que hacerlo sin dudar y sin que se cuestione su imparcialidad.

Ahora bien, si la defensa pública que patrocinó a un procesado fue totalmente negligente y por lo tanto se provocó la indefensión del mismo, es posible que el Estado sea demandado tanto internamente como internacionalmente ya que es un funcionario público que no cumplió ni respetó uno de los derechos fundamentales de los procesados. Sin embargo, si bien podemos decir que en teoría es factible que se den este tipo de demandas, en la práctica esto nunca ha pasado por lo que no tenemos jurisprudencia para saber en qué sentido fallaría una corte internacional frente a éste tema, pero creemos tomando en cuenta que tenemos en un sistema garantista no es del todo imposible que se falle en contra del Estado por permitir que se produzca la indefensión de un procesado.

6.5 Derecho a la defensa en la Indagación previa

La indagación previa en el proceso penal ecuatoriano se encuentra descrita en el Art. 215 del CPP. “Antes de resolver la apertura de la instrucción, si lo considera necesario, el Fiscal con la colaboración de la policía judicial que actuará bajo su dirección, investigará los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento.(...) Sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa; las actuaciones de la Fiscalía, de la Función Judicial, de la Policía Judicial y de otras instituciones y funcionarios que intervengan en la indagación previa, se mantendrán en reserva de terceros ajenos a ésta y del público en general, sin perjuicio del derecho del ofendido, y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados, de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones. El personal de las instituciones mencionadas que habiendo intervenido en estas actuaciones, las divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o las difundan

atentando contra el honor y al buen nombre de las personas en general, serán sancionados conforme a lo previsto en el Código Penal.”

El último párrafo de este artículo, el cual se encuentra citado anteriormente, fue reformado en marzo del 2009 por la Asamblea Nacional, la cual trató de “ Añadir los principios procesales de la Constitución vigente (...)”⁶² El trabajo realizado por los asambleístas fue bien intencionado y acertado en muchos de los artículos, haciéndolos compatibles con la nueva Constitución de la República del Ecuador, sin embargo en este párrafo del Art 215 el esfuerzo no fue suficiente. Es verdad que agregaron elementos importantes como mencionar la garantía constitucional del derecho a la defensa, y también cambiaron el hecho de que antes esta investigación tenía que mantenerse en reserva frente a cualquier persona, ahora solo estará en reserva frente a terceros ajenos, es decir que las partes involucradas y sus abogados, sí tendrían garantizado el acceso inmediato y efectivo a dichas investigaciones.

Dentro del sistema mixto que se maneja en el proceso penal ecuatoriano, vemos que se ofrecen mayores posibilidades de aplicación de las garantías de lo que sucedía anteriormente. Y hay que entender estas garantías procesales no como meras formalidades del proceso, sino como derechos humanos que deben ser respetados. Es por esto que es indispensable que los legisladores adapten el proceso penal nacional, en este caso la indagación previa, a los cánones internacionales de derechos humanos. Ya que omitir estas garantías procesales tanto en la tipificación como en la práctica, equivale a violar derechos humanos fundamentales.

En un principio se podría pensar que el enunciado verdaderamente está protegiendo el derecho a la defensa de las personas que están siendo investigadas, sin embargo, en la realidad vemos que el artículo se queda corto frente a las verdaderas necesidades de los ciudadanos, dado que, en ningún momento durante la indagación previa la Fiscalía tiene la obligación de informar

⁶²<http://www.asambleanacional.gov.ec/20090820319/legislacion/comision-legislativa-y-fiscalizacion-leyes/comision-legislativa-y-de-fiscalizacion-leyes-aprobadas.html>

a las personas afectadas de que se está realizando una indagación en su contra por un presunto delito. Eso quiere decir que en algunos casos las personas no se enteran que están siendo investigadas, hasta que se inicia una instrucción fiscal en su contra. Y está claro que al no existir notificación alguna, los ciudadanos no podrán hacer uso efectivo de su derecho a la defensa. De tal forma que los cambios hechos al art. 215 haciendo énfasis en las garantías procesales de acceso a la información de esta etapa, en realidad no son completamente efectivos. Y no solo que no son efectivos, sino que permanecen contrarias a la Carta Magna en su art. 76.7.a

“Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.” Y eso incluye la indagación previa.

“En muchas ocasiones es fundamental ejercer el derecho de defensa desde el momento en que una persona es considerada sospechosa, porque ésta puede hacer uso oportunamente de los medios de prueba que, con el transcurso del tiempo y mientras termina la indagación policial o fiscal, pueden desaparecer o deteriorarse.”⁶³ Además es necesario estar asesorado por un Doctor en derecho desde que la persona es considerada como sospechosa, para que pueda intervenir en las investigaciones de la fiscalía, para que genere posibles estrategias que pueden ser utilizadas en el proceso, para buscar pruebas que demuestren la inocencia del sospechoso, etc.

6.6 Derecho al silencio y a no declarar contra uno mismo

El derecho al silencio es una garantía básica del derecho a la defensa y que al mismo tiempo está estrechamente relacionada con la presunción de inocencia del procesado, concordancia que hemos mencionado en capítulos anteriores.

⁶³ZABALA BAQUERIZO, Jorge, “El Debido Proceso Penal”, Edino Ediciones, Quito Ecuador, 2002, p.130

Encontramos normativa sobre este tema tanto en tratados internacionales como en nuestra Constitución Art. 77.7b, c⁶⁴ y Código de procedimiento penal Art. 81.⁶⁵ Además de doctrina en materia penal, la cual unánimemente destaca la importancia de la “voluntad” del procesado, “Dicha voluntad debe ser expresada en un contexto de entera libertad que las disposiciones procesales se encargan de describir como el que se halla exento de todo tipo de presión o influencia que implique el aprovechamiento de la situación de desventaja en que se encuentra el procesado”.⁶⁶

Una vez que el procesado se encuentra dentro de dichas condiciones, podrá elegir hacer confesiones declarándose indistintamente culpable o inocente del hecho delictivo del que se le está culpando, o simplemente permanecer en silencio haciendo valer su derecho a la presunción de inocencia. Pero, en el caso de que no se encontrase en tales circunstancias de libertad para escoger su mejor plan de defensa, por ejemplo si existiese presión psicológica por parte de la policía para que se declare culpable, o se lo esté amenazando con generarle dolor físico a través de la tortura, o peor aún que existan efectivamente las torturas; en esos casos toda declaración del procesado tendrá que ser descartada como prueba ya que al ser obtenida de manera ilícita generaría nulidad de la prueba. Y curiosamente aunque se supone que la policía y demás servidores públicos están capacitados en este tema y saben que la confesión obtenida mediante cualquier tipo de presión no es válida dentro cualquier juicio, de igual manera siguen ejerciendo coacción no solo a los procesados, sino a cualquier persona involucrada en un juicio, para obtener una “verdad” que tarde o temprano deberá ser eliminada de las pruebas y que en varias ocasiones han sido el núcleo de la acusación que realiza la fiscalía por lo que básicamente se caerá todo el juicio.

⁶⁴ConstE Art. 77.7 El derecho de toda persona a la defensa incluye: b) Acogerse al silencio. c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

⁶⁵CPP Art. 81 Se reconoce el derecho de toda persona a no auto incriminarse

⁶⁶FLEMING Abel, LOPEZ VIÑALS Pablo, “Garantías del procesado” Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2008, pág. 323

Además cualquier declaración obtenida de forma irregular “solo es aprovechable en todo aspecto que lo beneficie (al imputado) (...) ello pues ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador”⁶⁷ por lo que realmente no tiene sentido conseguir confesiones bajo estos parámetros ilegales.

De la misma manera si el procesado ha sido informado sobre sus derechos y decide dar una confesión pero ésta lo incrimina sin que el procesado se haya dado cuenta, entonces tampoco puede ser utilizado esto en su contra ya que sólo es válido como se menciona anteriormente, los aspectos que beneficien al procesado.

Otro punto clave para la efectividad de la declaración del procesado es la adecuada y oportuna información al procesado de su derecho a permanecer en silencio sin que esto sea tomado como una actitud negativa, ni como prueba en contra del mismo.

También es de gran importancia tener la presencia de un abogado para que le informe al procesado de las consecuencias de cualquier decisión que tome en aquel momento sobre hacer o no declaraciones y así juntos podrán delinear un plan que los beneficiará dentro del juicio.

La importancia de estos derechos han hecho que se vayan consagrando en los distintos ordenamientos ciertas garantías del derecho a guardar silencio:

- a) La necesidad de informar al imputado de la existencia de este privilegio.
- b) La prohibición absoluta del empleo de cualquier mecanismo de coacción.
- c) Tener asistencia letrada.

El derecho a no declarar contra uno mismo tiene un doble destinatario: por un lado, las autoridades judiciales y policiales, que deben favorecer su ejercicio, respetarlo y, en su caso, rechazar toda actuación que haya sido lesiva de este

⁶⁷FLEMING Abel, LOPEZ VIÑALS Pablo, “Garantías del procesado” Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe - Argentina, 2008, p. 330 cita, Maier, B.J. Julio, Derecho Procesal Argentino, fundamentos, ps 436 y ss.

derecho, y, por otro, el acusado, que puede acogerse a este derecho con la seguridad de que ello no le va a suponer perjuicio alguno.⁶⁸

Precisamente la generalidad en los ordenamientos latinoamericanos es que el silencio no sea considerado como algo malo, ni tampoco como algo bueno, sin embargo existen excepciones, como es el caso argentino, el cual su Tribunal Supremo tanto como el Tribunal Constitucional permiten extraer consecuencias negativas del silencio del imputado, siempre que se cumplan las siguientes exigencias básicas:” a) que el silencio no sea el único elemento en que se funde la condena; b) que no haya existido coacción en la toma de la declaración y, por último, c) que en caso concreto las circunstancias exijan una explicación del imputado”.⁶⁹

Esta forma de juzgar en Argentina el silencio de un procesado nos parece atentatorio contra los derechos garantizados en la CIDH, ya que está poniendo límites a las garantías que tiene toda persona que está siendo procesada. En el Ecuador nuestra Constitución principalmente garantista que tenemos, nos protege de esta situación al poner el derecho al debido proceso, a la presunción de inocencia, ala defensa, y al silencio, como el más alto deber del Estado para hacer respetar en su totalidad, ya que estos principios son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.⁷⁰ Además hay que recordar que la carga de la prueba recae sobre la fiscalía, y si el procesado no quiere dar una declaración explicando cualquier circunstancia en especial, el juez no debería tomar el silencio en contra del procesado ya que es deber del fiscal investigar y obtener pruebas que develen lo sucedido en el hecho investigado.

⁶⁸SCHMIDT, Eberhard, “Los Fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal”, Lerner Editora SRL, Buenos Aires – Argentina, segunda edición traducida del alemán, 2006, p.143

⁶⁹SCHMIDT, Eberhard, “Los Fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal”, Lerner Editora SRL, Buenos Aires – Argentina, segunda edición traducida del alemán, 2006, p.130

⁷⁰ConsE Art 11 –“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6 Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. 9El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (...)”

6.7 Proponer y Probar y controlar la prueba

Desde el inicio del proceso penal se intenta crear una igualdad procesal entre las partes, es decir que tanto el acusador como el procesado tengan las mismas posibilidades para probar o desmentir, según sea el caso, las presuntas acusaciones formuladas en contra del procesado. Si bien la ley contempla esta igualdad en el art. 14 CPP⁷¹, la realidad procesal en el Ecuador es otra, puesto que el Ministerio Público tiene ventajas enormes con respecto al procesado, en especial en la primera etapa del proceso en el que cuenta a su disposición con la policía judicial, la cual es la encargada de realizar todo lo que sea necesario para que la fiscalía pueda probar su hipótesis inicial. Sin embargo, una vez iniciado el juicio las partes parecen encontrar una igualdad más efectiva. Así “el juicio es idealmente el momento o período procesal en el cual el acusador y el acusado se enfrentan, a la manera de proceso de partes, en presencia de un equilibrio procesal manifiesto. Tanto es así que las facultades que son otorgadas a uno y otro son paralelas.”⁷² Es decir que en este momento en el que las partes tienen que practicar sus pruebas, la ley les confiere exactamente las mismas potestades, art. 5.2 CPP “las partes tendrán derecho a conocer y a controvertir las pruebas, así como intervenir en su formación. El juez resolverá con base a los argumentos y los elementos de convicción aportados. El juez carecerá de iniciativa procesal.”

“El principio contradictorio (o de contradicción) es la posibilidad que tienen las partes de cuestionar preventivamente todo aquello que pueda luego influir en la decisión final y como tal presupone la paridad de aquéllas (acusación y defensa) en el proceso: puede ser eficaz sólo si los contendientes tienen la misma fuerza o, al menos, los mismos poderes. Es la posibilidad de refutación de la contraprueba. Representa a su vez el derecho a la igualdad ante la ley

⁷¹ Se garantiza a la Fiscalía o al Fiscal, procesado, a su defensor, al acusador particular y sus representantes y a las víctimas el ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República y este Código.

⁷² MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 579

procesal, de contar con las mismas armas para formar –con las mismas posibilidades- el convencimiento del juzgador.”⁷³

Se puede decir que es la base del derecho a la defensa, al igual que un buen método para que el juez encuentre la verdad y la certeza que necesita para poder dictar una sentencia justa. Gracias a este principio se puede garantizar la producción de la prueba ya que las partes pueden controlar la prueba de los otros para poder refutarla y debatirla en el juicio. Asimismo gracias a este principio se logra que exista una mayor igualdad entre las partes.

Según el mismo Maier para que el procesado tenga las mismas posibilidades en la etapa de juicio, deberá tener por lo menos las siguientes 4 facultades:

- I. Control de la prueba que valorará el tribunal en la sentencia.
- II. Producción de prueba de descargo.
- III. Valoración de la prueba.
- IV. Valoración jurídica.⁷⁴

Estas facultades hacen que la defensa pueda proporcionar al tribunal las pruebas que considere necesarias para probar su inocencia o disminuir los cargos en su contra, a la vez que podrá tener bajo su control las pruebas presentadas por el acusador para así poder ejercer un debido control de las mismas, tomando en cuenta la forma en la que las pruebas han sido obtenidas, si han cumplido con todos los requisitos formales que deben tener para ser considerados dentro del fallo. Sin embargo existen excepciones en cuanto a los actos urgentes CPP Art. 35⁷⁵ y las pruebas testimoniales urgentes, CPP Art. 119⁷⁶ En ambos casos no se podrá afectar los derechos del procesado, sin

⁷³<http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=134>

⁷⁴MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p.585 y ss.

⁷⁵CPP Art. 35 “En los casos de acción pública, la fiscal o el Fiscal podrá realizar los actos urgentes que impidan la

consumación del delito a los necesarios para conservar los elementos de prueba pero sin afectar los derechos del ofendido. En los casos de acción privada será el Juez de Garantías Penales quien podrá realizar tales actos, con notificación a la persona contra quien se presentará la diligencia.”

⁷⁶Art. 119 “la prueba testimonial se recibirá en la etapa de juicio ante el Tribunal de Garantías Penales. (...) como excepción, los jueces de garantías penales pueden recibir y practicar los testimonios urgentes

embargo por su carácter de urgente, no habrá necesidad de notificar a la parte interesada cuando el delito sea de acción pública. Con respecto a las pruebas testimoniales urgentes, éstas pueden ser tomadas fuera de la etapa de juicio si fuera totalmente necesario, y deberán regirse por las mismas normas que se manejan con cualquier otro testimonio que fuera dado dentro del juicio, es decir que la defensa deberá estar presente y podrá hacer uso de su derecho a interrogar a la persona en cuestión y a hacer cualquier observación que crea necesario. El resto de testimonios y demás pruebas deberán ser, necesariamente, formuladas dentro del juicio.

Una vez realizado esto, es tiempo de que se valore la prueba “para el acusador y el procesado ello significa la posibilidad de indicarle al tribunal el sentido que debe tener su decisión, desde el punto de vista fáctico.”⁷⁷ Cada una de las partes en el debate oral deberá intentar demostrar y convencer al tribunal que a través de las pruebas practicadas en el juicio se ha demostrado que el procesado debe ser declarado culpable o inocente según su posición.

A continuación el Tribunal de Garantías deberá salir de la sala de audiencias para reunirse en privado a debatir y evaluar las pruebas proporcionadas por las partes. Éstas serán valoradas tomando en cuenta la importancia de las mismas dentro del juicio, si fueron obtenidas legalmente, las reglas de la interpretación de la ley, sana crítica del juez, su experiencia en juicios anteriores, la jurisprudencia, etc. Una vez hecho esto podrán responder sobre si la hipótesis inicial hecha por el acusador puede ser considerada como verdadera (certeza) o si aun después de presentar todas las pruebas obtenidas y después de que hayan sido refutadas, todavía quedan dudas sobre la veracidad de los hechos y de sus autores.

de personas enfermas, personas que van a salir del país, de las víctimas de violencia sexual y de aquellos que demuestren que no pueden concurrir al tribunal de Garantías Penales en la etapa de juicio (...)

⁷⁷MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 588

En este punto los jueces tienen la libertad de decidir sobre la culpabilidad del procesado, pero teniendo en cuenta el análisis de todo el proceso judicial y las pruebas en especial, ya que al dictar sentencia tendrán que justificar su decisión basándose en los hechos probados en el juicio. Y si cualquiera de las partes no se encuentra conforme con la motivación de la sentencia, entonces podrá apelar a la misma o podrá utilizar cualquiera de los recursos que se encuentren a su disposición, para que la resolución sea revisada o modificada en las partes que fueren contrarias al derecho. Siguiendo el proceso, ahora estudiaremos el derecho a recurrir una vez que ha sido dictada la sentencia por parte del juez.

7. Capítulo VII

Derecho a recurrir

7.1 Concepto

“Impugnación, dentro del proceso, es el acto de objetar, rebatir, contradecir o refutar un acto jurídico procesal de los sujetos del proceso. Es el acto de recurrir, especialmente contra las resoluciones del juzgador.”⁷⁸

En este caso hablaremos en específico sobre el derecho a recurrir una sentencia. Una vez que el juez de garantías penales dicte sentencia sobre el juicio, las partes serán notificadas. En caso de que ambas partes se encuentren totalmente de acuerdo con la sentencia, no se tendrá que hacer nada, simplemente la sentencia será cosa juzgada y se tendrán que llevar a cabo las resoluciones determinadas ella. En cambio si cualquiera de las partes se encuentran en desacuerdo con la misma, podrán presentar dentro de los términos determinados por la ley, un recurso a la sentencia para evitar que ésta sea ejecutoriada y surja efectos.

El derecho a recurrir es una garantía que internacionalmente se la considera únicamente válida a favor del procesado. Así se lo expresa la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 8.2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. De la misma forma la Constitución Ecuatoriana menciona en su Artículo 76 El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

⁷⁸<http://www.derechocambiosocial.com/revista012/principios%20de%20la%20impugnacion.htm>

Podemos notar que ambas normas están expresando una garantía en favor de la persona inculpada. En ningún momento se señala que la parte acusadora tendrá el derecho de impugnar el fallo acusatorio emitido por tribunal competente. “la CADH no se propone, ni se puede proponer, “defender” al Estado, sino, por el contrario, conceder una garantía a quien sufre la coacción estatal.”⁷⁹ es decir que bajo ninguna circunstancia un Estado parte podría alegar que la CADH lo ampara bajo el derecho a recurrir, y que por ello tienen la potestad de pedir apelación a todas las sentencias dictadas a favor del procesado.

En nuestro sistema penal está permitido que los fiscales impugnen sentencias condenatorias con motivo de incrementar las penas impuestas. El artículo 324 del CPP señala “(...) cuando la ley no distinga, el derecho a impugnar corresponde a las partes”. Y tanto la apelación como la casación no mencionan distinción alguna entre quien puede o no utilizar estos recursos, por lo que faculta a la fiscalía a utilizar estos mecanismos, haciendo que muchas veces el proceso se alargue más de lo necesario.

Existen diferentes puntos de vista con respecto a este tema, por un lado existen los que creen que el acusador público sí debería tener el derecho a recurrir ya que debe existir la igualdad entre las partes dentro de un proceso penal, y además es “interés del Estado que el derecho sea respetado en los procesos que preceden a las decisiones que dictan los jueces”.⁸⁰

En nuestra opinión los fiscales no deberían tener la potestad de recurrir el fallo ante juez superior pues es un derecho en favor del procesado, ya que este recurso sirve para que la persona afectada por una decisión judicial, que lo privare de su derecho a la libertad o que lo sancionara de cualquier forma, pueda hacer revisar de forma integral tanto el proceso como el fallo emitido.

⁷⁹MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 713

⁸⁰KAMINKER Mario E., “Debido Proceso, Realidad y Debido Proceso. El Debido Proceso y la Prueba”, Autores Varios, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe – Argentina, primera edición, 2003, p. 208

No obstante podría existir una excepción, cuando se trata de una acusación particular, ya que en ese caso no sería el Estado el que impugna la decisión judicial, sería una persona que se ve afectada por un acto cometido por la otra parte, y al estar en igualdad de condiciones que el procesado, tendría a su favor, al igual que el procesado, el derecho a recurrir el fallo.

En cuanto a las finalidades del recurso, también podemos mencionar que éste es útil para el Estado en cuanto puede asegurarse de que efectivamente se está suministrando justicia una vez que los jueces produzcan sentencias apegadas a las normas vigentes, y si esto no llegara a pasar, existe un tribunal superior que tiene la facultad de controlar y arreglar cualquier error que se pudo cometer. Así, la sociedad también tendrá la certeza de que el Estado ha hecho todo lo posible por generar sentencias certeras y que pueden ser sometidas al control de un tribunal superior.

Una vez que está establecido la necesidad e importancia de tener la opción de recurrir un fallo del que cual no estamos de acuerdo, tenemos que tomar en cuenta que existen reglas para aplicar apropiadamente esta garantía. En este caso estamos hablando del principio de doble conforme el cual regularía los posibles abusos que se pueden derivar del derecho a recurrir.

7.2 Principio de “Doble conforme”

“Las decisiones judiciales son acciones humanas respecto de las cuales puede predicarse que son susceptibles de error en el hacer que las ha procedido o en lo sustancial que lo determinan.”⁸¹ Es por esto que el procesado necesita tener el derecho a recurrir sobre un fallo condenatorio en su contra.

Ahora bien, en el sistema penal ecuatoriano existen dos instancias ordinarias y una extraordinaria, con las cuales el Estado ecuatoriano cree que ya cumple

⁸¹KAMINKER Mario E., “Debido Proceso, Realidad y Debido Proceso. El Debido Proceso y la Prueba”, Autores Varios, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe – Argentina, primera edición, 2003, p. 207

con la norma de garantizar el derecho a recurrir. Sin embargo esto no es cierto. Por ejemplo, supongamos que el procesado es absuelto en primera instancia, y la fiscalía apela la decisión, y en segunda instancia el procesado es condenado por el cometimiento del delito. En esta situación el procesado no tendría otra instancia a la cual apelar por lo que se le está negando su derecho a recurrir.

Es por esto que en la actualidad se habla de la necesidad de la doble conforme es decir que para que una sentencia llegue a ser cosa juzgada necesita que dos tribunales diferentes hayan llegado a la misma conclusión sobre el caso. “dos veces el mismo resultado es igual a una gran probabilidad de acierto en la solución.”⁸²

Podemos decir que si las dos primeras instancias fallan en el mismo sentido, entonces no existiría problema alguno, pero si no hay conformidad entre ellas se necesita un tercer tribunal para que tome la decisión final. De esta forma observamos que nuestro sistema no garantiza la doble conforme al no existir un tercer tribunal que rectifique el fallo dictado por un juez inferior. “se vulnera expresas disposiciones de los instrumentos internacionales antes vistas, lo cual produce, como no puede ser de otra manera, una responsabilidad del Estado al no adecuar su sistema recursivo dentro de los límites mínimos requeridos para la efectiva vigencia de los derechos humanos.”⁸³

Si bien acabamos de decir que en el Ecuador hace falta una tercera instancia judicial para poder proteger el derecho a recurrir del procesado, eso no quiere decir que estemos a favor de la elaboración de nuevos tribunales de jerarquía superior, ya que eso solamente haría que el proceso se alargue más, que los gastos sean mayores tanto para el Estado como para el procesado y que este último pueda dilatar aún más el proceso para lograr una posible prescripción, o el término de una prisión preventiva.

⁸²MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 713

⁸³http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5366&Itemid=426

En este caso una posible solución sería cambiar la casación de ser un recurso extraordinario, a ser un recurso ordinario. Debe existir una transformación en la forma en que se lleva a cabo la casación.

En primer lugar la casación debe convertirse en un “recurso accesible, desprovisto de rigorismos formales absolutos que provoquen su rechazo in limine, sin posibilidad alguna de corrección y auxilio del tribunal que lo juzga para ello.”⁸⁴ La casación tiende a ser un recurso en el cual las formalidades son de extrema importancia, llegando al punto de omitir justicia a favor de las formalidades, lo cual está totalmente en contra del derecho penal. Si bien es cierto que en el Art. 358 del CPP se encuentra tipificado que “(...) si la sala observare que la sentencia ha violado la ley, admitirá la casación, aunque la fundamentación del recurrente haya sido equivocada”. También es verdad que esta parte de la norma no se cumple a cabalidad, es más en varias ocasiones el recurso de casación ha sido negado desde un principio por la falta de formalidades requeridas.

Una vez que se supera el problema de accesibilidad del recurso de casación, Maier menciona que éste “es idóneo como remedio, con una ampliación significativa de su objeto, consistente en la incorporación de todos los motivos que autorizan la revisión, la posibilidad de incorporar hechos nuevos o elementos de prueba nuevos, conocidos después de la audiencia del debate e, incluso, la de demostrar la falsa percepción sustancial por parte del tribunal decisor de aquellos elementos valorados en la sentencia que tornen írrito el fallo”⁸⁵

El principal y más importante cambio consideramos es la inclusión de una nueva valoración de la prueba, la cual está expresamente prohibida en el Art

⁸⁴MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 733

⁸⁵MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 733

349 del CPP⁸⁶, además de la revisión de los hechos, no solo del derecho. Una vez que cambie el recurso de casación y que se “garantice un examen integral de la decisión recurrida”⁸⁷ se resolvería el problema que tenemos en la actualidad de no tener el doble conforme en los fallos.

Si bien existen constitucionalistas que están en desacuerdo con esta solución ya que dicen que “(la casación) es una institución que parcialmente persigue fines diversos y por ello mismo, es de acceso excepcional”⁸⁸, tenemos que expresar nuestra discrepancia, ya que en el Ecuador las finalidades que en un principio tenía la Corte Suprema de Justicia, tales como el control de las decisiones judiciales, o como la unificación jurisprudencial, son ahora formalizadas con la acción extraordinaria de protección y por la Corte Constitucional, otra razón por la cual la casación debería cambiar su estructura para poder garantizar así efectivamente el derecho a recurrir.

Una vez revisadas todas las garantías judiciales, consideramos necesario realizar un análisis más profundo sobre su evolución conceptual dentro del marco jurídico ecuatoriano con relación a las leyes y doctrinas internacionales, que será expuesto a continuación.

⁸⁶Art. 349 El recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la Ley; ya por contravención expresa a su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación.

No serán admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba.

⁸⁷http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5366&Itemid=426

⁸⁸MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 732

8. Capítulo VIII

Evolución del Derecho a la defensa en la legislación interna como en los fallos de la Corte IDH.

Al ser el derecho a la defensa uno de los pilares del debido proceso, y un derecho humano imprescindible en todo proceso judicial, creemos necesario hacer un análisis más profundo sobre la evolución que ha tenido la misma a través de los años y conforme a los cambios que han tenido las leyes ecuatorianas. Es por esto que compararemos y estudiaremos las últimas tres Constituciones políticas, los últimos tres Códigos de Procedimientos Penales y las sentencias de la Corte IDH.

8.1 Derecho a la información y comunicación.

8.1.1 Normativa.

Constituciones:

ConsE.1978.cod. 93.

Art. 19.17 i) Toda persona será informada inmediatamente de la causa de su detención;

ConsE. 1998

Art. 24.4. Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio. También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente.

Art. 24.6. Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro

horas. Se exceptúan los arrestos disciplinarios previstos por la ley dentro de los organismos de la fuerza pública. Nadie podrá ser incomunicado.

Art. 24.12. Toda persona tendrá el derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra.

ConsE. 2008

Art. 77.3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

Art. 77.4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

Art. 77.5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.

Art. 77. 6. Nadie podrá ser incomunicado

Art. 77.7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.

b) Acogerse al silencio.

Art. 76.7 f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

Códigos de Procedimiento Penal

CPP 1983

Art. 130.- Si el sindicado estuviera privado de la libertad, se le recibirá su testimonio dentro del plazo de veinticuatro horas contado desde el momento en que fue puesto a órdenes del Juez. Este plazo podrá prorrogarse por otras veinticuatro horas cuando el Juez lo estimare necesario o cuando el sindicado lo pidiere. La incomunicación del sindicado, que sólo podrá ser ordenada

por el Juez y no podrá durar más de veinticuatro horas, no impedirá que aquél entre en comunicación directa con su abogado defensor.

CPP 2009

Art. 12.- Información de los derechos del procesado.- *Toda autoridad que intervenga en el proceso debe velar para que el procesado conozca inmediatamente los derechos que la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y este Código le reconocen. El procesado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, el juez de garantías penales debe designarlo de oficio un Defensor Público, antes de que se produzca su primera declaración. El juez de garantías penales o tribunal de garantías penales pueden autorizar que el procesado se defienda por sí mismo. En ese caso el defensor debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica.*

Art. 13.- Traductor.- *Si el procesado no entendiera el idioma español, podrá designar un traductor. Si no lo hiciera, el Fiscal o el tribunal lo designará de oficio. El Estado cubrirá los costos de las traducciones.*

Art. 72.- Incomunicación.- *En ningún caso y bajo ninguna circunstancia, nadie podrá ser incomunicado, ni aún con fines de investigación.*

Art. 166.- Comunicación.- *Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio. También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez de garantías penales, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente. La misma comunicación se debe realizar a una persona de confianza que indique el imputado y a su defensor.*

8.1.2 Análisis.

Con relación a la comunicación del procesado una vez que ha sido detenido, podemos notar como en la Constitución del 78 solo menciona vagamente que el procesado deberá ser informado de la causa de su detención, sin embargo esta simple norma no cubre las necesidades ni el derecho de la persona detenida, ya que el procesado no solamente necesita saber la causa de su detención, también es requisito fundamental el que se le haga conocer sobre los derechos que lo amparan en esta situación entre otros.

Si nos remitimos a la normativa del CPP vigente en aquella época encontraremos que no brinda más protección al procesado, es más, legaliza la posibilidad de dejar al procesado incomunicado por un período de 24 horas, lo cual contraría cualquier tratado internacional de derechos humanos, incluyendo la CADH del cual el Ecuador ya era signatario cuando se puso en vigencia esta ley.

Durante este período de incomunicación si bien se podía comunicar con un abogado defensor, no tendría la oportunidad de informar a sus familiares sobre su paradero, lo cual generaría una preocupación por parte de los mismos. Además si la persona era de escasos recursos y no lograba conseguir un abogado, se daban todo tipo de abusos, como obtener ilegalmente una declaración inculpatoria, ya que el procesado era informado sobre su derecho de guardar silencio.

Este tipo de situaciones eran muy comunes durante la vigencia de estas leyes, ya que al no existir protección para el procesado las autoridades públicas podían actuar de cualquier forma sin ser sancionados. Es por esto que las personas que se sentían afectadas por maltratos o abusos no podían recurrir a la justicia nacional para obtener justicia, debían llegar a instancias internacionales para poder obtener resultados que la función judicial ecuatoriana no fue capaz de proporcionar. Ejemplos claros de esto son los casos Suarez Rosero vs. Ecuador y Acosta Calderón vs. Ecuador, Tibi vs. Ecuador, que se llevaron a cabo en la Corte IDH y en los cuales el país fue sancionado por no tener leyes adecuadas para la protección de los derechos humanos, al igual que por negligencia y abusos por parte de las autoridades públicas.

Posteriormente, se creó una nueva Constitución Política y un nuevo CPP los cuales reformaron positivamente las leyes, en especial las relativas a la protección de derechos humanos. Con respecto al derecho a la defensa y el derecho de información, hay que decir que se tomó, en gran medida,

consideración de la CADH ya que se incluyen todos los preceptos de la misma en relación a éste tema.

Particularmente tenemos que mencionar que ahora se pone como obligación de las autoridades públicas el proteger los derechos del procesado. También se incluye el deber de informar sobre los derechos que lo amparan tanto en la Constitución como los tratados internacionales. Adicionalmente, se prohíbe tajantemente la incomunicación del detenido bajo cualquier circunstancia, lo cual es un avance que se dio no solo dentro de lo que a nuestra legislación se refiere, también es un cambio que se da a nivel internacional ya que anteriormente la CortelDH aceptaba la existencia de leyes que permitan la incomunicación por 24 horas. Así lo podemos constatar en la sentencia del caso Suarez Rosero vs. Ecuador:

Como ha dicho la Corte (supra, párr. 51), la incomunicación es una medida excepcional para asegurar los resultados de una investigación y que sólo puede aplicarse si es decretada de acuerdo con las condiciones establecidas de antemano por la ley, tomada ésta en el sentido que le atribuye el artículo 30 de la Convención Americana (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 38). En el presente caso, dichas condiciones están previstas en el artículo 22.19.h de la Constitución Política del Ecuador, al disponer que “[e]n cualquiera de los casos [el detenido] no podrá ser incomunicado por más de 24 horas”. Este precepto es aplicable en virtud de la referencia al derecho interno contenida en el artículo 7.2 de la Convención (supra, párr. 42).

La CortelDH también se ha pronunciado en relación al derecho a la comunicación de la siguiente manera en el caso Acosta Calderón vs. Ecuador:

El artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al procesado la acusación formulada en su

contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso⁸⁹. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el procesado rinda su primera declaración.

Caso Tibi vs. Ecuador:

El derecho a ser informado “sin demora” de la acusación exige que la información se proporcione de la manera descrita tan pronto como una autoridad competente formule la acusación. En opinión del Comité, este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa.

En estas sentencias, al igual que otras, es importante notar que se reconoce el derecho del procesado de conocer las acusaciones formuladas en su contra, pero además agrega que se debe conocer los delitos que presuntamente cometió, es decir la tipificación previa en la legislación, sobre los actos supuestamente realizados por el procesado. Esto es de mucho valor ya que tanto en la Constitución del 1998 como en la del 2008, no se menciona el deber de informar cual es el delito exacto del que se le acusa. Sin embargo como existe la jurisprudencia de la CorteIDH, la cual suple la falta de norma, las autoridades públicas tendrán que ponerlas en práctica para que exista una defensa efectiva.

⁸⁹ Cfr. Caso Tibi, supra nota 6, párr. 187; y Eur. Court HR. Case of Pélissier and Sassi v France. Judgment of 25 march 1999. 51.

8.2 Defensa técnica, efectiva y eficiente

8.2.1 Normativa.

Constituciones:

ConsE. 1978 cód. 93.

Art 17.e) Nadie podrá ser penado sin juicio previo ni privado del derecho de defensa en cualquier estado y grado del proceso. Toda persona enjuiciada por una infracción penal tendrá derecho a contar con un defensor, así como a obtener que se compela a comparecer a los testigos de descargo;

ConsE. 1998

Art. 24.5. Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aun con fines de investigación, por el Ministerio Público, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el Estado, en caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, pre procesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria.

Art. 24.10. Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos.

ConsE. 2008

Art. 76.7e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

Art. 76.7 g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

Art. 193.- Las facultades de Jurisprudencia, Derecho o Ciencias Jurídicas de las universidades, organizarán y mantendrán servicios de defensa y asesoría jurídica a personas de escasos recursos económicos y grupos que requieran atención prioritaria.

Para que otras organizaciones puedan brindar dicho servicio deberán acreditarse y ser evaluadas por parte de la Defensoría Pública.

Códigos de Procedimiento Penal

CPP 2009

Art12. *Toda autoridad que intervenga en el proceso debe velar para que el procesado conozca inmediatamente los derechos que la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y este Código le reconocen. El procesado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, la Jueza o Juez de garantías penales deben designarlo de oficio, antes de que se produzca su primera declaración. La Jueza o Juez de garantías penales o Tribunal de Garantías penales pueden autorizar que el procesado se defienda por sí mismo. En ese caso el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica.”*

Art. 71.- Necesidad del defensor.- *Ninguna persona podrá ser interrogada ni aún con fines de investigación, sin la presencia de un abogado defensor de su confianza. Si el interrogado no designa un abogado defensor privado, se contará con un defensor público o de oficio. El defensor está obligado a instruir al declarante de su derecho a guardar silencio, así como de las consecuencias favorables o desfavorables de tal decisión. No tendrán valor probatorio alguno los actos pre procesales o procesales que incumplan esta disposición.*

Art. 74.- Defensoría Pública Nacional.- *La Defensoría Pública Nacional tendrá su sede en la Capital de la República y competencia en todo el territorio del país: y, se encargará del patrocinio de los imputados que no hayan designado defensor.*

8.2.2 Análisis

El derecho a contar con una defensa técnica efectiva y eficaz en todas las etapas del proceso no era algo que existía en el Ecuador antes de la Constitución del 98, ya que observamos que vagamente la Constitución del 78 menciona la necesidad de un defensor, sin embargo no menciona en ningún momento ni en ninguna ley, en que momento tiene que aparecer este defensor, que cualidades debe tener, que pasa si no se designa uno, etc. Es decir que los funcionarios públicos podían interpretar esta norma de cualquier forma, de hecho eso fue exactamente lo que hicieron, generando una gran cantidad de violaciones a los derechos humanos, en especial a lo que se refiere a la toma de declaraciones de los procesados sin la presencia de un abogado defensor. Esta situación permitía que no exista certidumbre sobre si el sospechoso estaba bien informado de sus derechos, y sobre si estaba siendo presionado psicológicamente o físicamente para que haga declaraciones. Sin embargo se

permitía tomar las declaraciones bajo esas circunstancias extremas y lo que es peor aún se las utilizaba como pruebas principales durante el juicio.

Esto cambió con las siguientes constituciones ya que no solamente estaba terminantemente prohibido tomar declaraciones al sospechoso sin la presencia de un abogado, sino que en caso de que fueran tomadas en esas circunstancias no serían válidas en el juicio y el juez no las podría valorar para dictar sentencia.

Por otro lado, debemos mencionar que en aquel entonces no existía una defensoría pública, lo cual hacía casi imposible tener un juicio justo a las personas de escasos recursos. Si bien existían los defensores de oficio que eran designados por el juez, éstos no eran ni eficaces ni efectivos ya que no estaban desde que se detuvo al sospechoso, no les interesaba el resultado del juicio, no iban a las audiencias y muchas veces dejaban el caso sin ni siquiera avisar al juez, mucho menos al procesado.

La Corte IDH ha sido muy clara en este tema mencionando que esta falta de abogados de oficio proporcionados por el Estado, dejaría en indefensión a los sospechosos:

“Si el Estado no proporciona asistencia jurídica a los procesados que carecen de ella, necesaria para ejercitar efectivamente, el recurso es ilusorio para ellos, porque se le ha impedido de ejercitarlos, se viola el derecho a la defensa (violación del artículo 8.2.e)”⁹⁰

Con relación a este tema, encontramos que uno de las creaciones más importantes que se dio en la Constitución del 98 es la inclusión de la defensoría pública. Finalmente, el Estado había creado una institución que se dedicaría a designar abogados de oficio a la gente que lo necesitara. Si bien

⁹⁰ Corte IDH. Caso Hilarie Constantine y otros. Sentencia de fondo, párr. 152.b.

fue un paso gigantesco el haber construido esta institución, no podemos decir que en la práctica era tan efectiva. Los defensores de oficio no eran bien remunerados, tenían exceso de trabajo, y no estaban capacitados. Esto generaba un problema pues en la mayoría de los casos los procesados terminaban siendo declarados culpables y muchas veces se debía a que su defensa no había sido ni efectiva ni eficaz.

En la Constitución del 2008 se incluyó que las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas, al igual que otras organizaciones previamente aprobadas por la Defensoría, puedan brindar un servicio de defensa gratuita para los que lo necesiten. De esta forma se intentó apoyar a la Defensoría para que de un mejor servicio. No obstante, esto tampoco ha arreglado el problema y continúan existiendo abogados de oficio que no proveen de una defensa adecuada provocando serios problemas para la aplicación de los derechos humanos.

La CorteIDH se pronunció al respecto en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

“En especial, la Corte resalta que la defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas⁹¹. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo⁹². Sin embargo, el nombrar un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente

⁹¹ Cfr. ECHR, *Case of Artico v. Italy*, Judgment of 13 May 1980, App.Nº. 6694/74, paras. 31-37.

⁹² *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, *supra* nota 100, párr. 62.

con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados.”

En el caso del Ecuador, no se han tomado las medidas necesarias para brindar una adecuada defensa, pero ese no es el único problema que hay ya que si se lograría contratar buenos abogados defensores para que participen en los juicios en los que se les solicita, igual existen otros factores que no les permitirían realizar un buen trabajo, como son la burocracia y la demora en la realización de los juicios; y la falta de colaboración y capacitación de los agentes de la policía judicial, los cuales muchas veces entorpecen el proceso y no permiten que se ejerza el derecho de defensa. Por ejemplo, cuando el abogado va a visitar al detenido no se les da la privacidad que necesitan, o en otras ocasiones simplemente no se les permite comunicar en absoluto.

Esta garantía a la libre comunicación con el defensor es de especial importancia cuando se trata de una persona que se encuentra privada de su libertad, ya que su defensor es la única vía por la que puede informar sobre sus derechos y sobre lo que va sucediendo en su juicio. El no permitir una comunicación fluida y libre entre ambas partes creará un perjuicio muy grande en contra del procesado.

El caso CastilloPetruzzi y otros vs. Perú proclama claramente la importancia de que la defensa proporcionada sea efectiva, eficaz, pero además que ésta no sea contrariada por un sistema judicial que obstruye la justicia:

“Si no se cuenta desde la fecha de detención con asistencia legal, o si se cuenta pero no con la asistencia de abogados de su elección, se viola el derecho de defensa. También se viola el derecho de defensa si los abogados tienen obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos. De hecho, los procesados no se beneficiaron del conocimiento adecuado de los cargos que les eran reprochados; las condiciones en las cuales sus defensores

ejercieron fueron absolutamente inadecuadas, y estos últimos no tuvieron acceso al expediente sino la víspera del pronunciamiento de la decisión de primera instancia. En consecuencia, el papel y la presencia de los defensores fueron puramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.”⁹³

8. 3 Derecho al silencio y a no declarar contra uno mismo

8.3.1 Normativa.

Constituciones:

ConsE. 1978 cód. 93.

Art 17 f) Nadie podrá ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o compelido a declarar con juramento en contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionarle responsabilidad penal;

ConsE. 1998

Art. 24.4. Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio. También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente.

Art.24.9. Nadie podrá ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o parientes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni compelido a declarar en contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de quienes resulten víctimas de un delito o las

⁹³ Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi otros, Sentencia de fondo, párr. 146-149.

de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas, además, podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

ConsE. 2008.

Art. 774. *En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.*

Art. 77.7 b) *Acogerse al silencio*

Art. 77.7c) *Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.*

Códigos de Procedimiento Penal

CPP 1983.

Art. 128.- *No se obligará al encausado, mediante coacción física o moral, a que se declare culpable de la infracción. Por lo mismo, queda prohibido tanto en la investigación procesal como en la extraprocesal, el empleo de la violencia, de las drogas o de técnicas o sistemas de cualquier género, que atenten contra el testimonio indagatorio libre y voluntario.*

Los funcionarios, empleados o agentes de policía que contravengan a esta disposición incurrirán en la sanción penal correspondiente.

Art. 127.- *Testimonio indagatorio es el que, en el sumario, rinde el sindicado y se lo recibirá sin juramento. Tal testimonio se lo considerará como medio de defensa y de prueba en favor del sindicado. Sin embargo, de haberse probado la existencia del delito, la admisión de responsabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio indagatorio el valor de prueba en contra del encausado.*

Art. 130.- *Si el sindicado estuviera privado de la libertad, se le recibirá su testimonio dentro del plazo de veinticuatro horas contado desde el momento en que fue puesto a órdenes del Juez. Este plazo podrá prorrogarse por otras veinticuatro horas cuando el Juez lo estimare necesario o cuando el sindicado lo pidiera.*

La incomunicación del sindicado, que sólo podrá ser ordenada por el Juez y no podrá durar más de veinticuatro horas, no impedirá que aquél entre en comunicación directa con su abogado defensor.

CPP 2009

Art. 81.- *Se reconoce el derecho de toda persona a no autoincriminarse*

Art. 166.- *Comunicación.- Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio.*

También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez de garantías penales, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente. La misma comunicación se debe realizar a una persona de confianza que indique el procesado y a su defensor.

Art. 143.- *Valor del testimonio.- El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el tribunal de garantías penales. Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él. Si así lo solicitare de manera expresa el acusado, su testimonio podrá prestarse bajo juramento.*

En todo caso, antes de comenzar la declaración, se debe comunicar detalladamente al acusado el acto que se le atribuye, un resumen de los elementos de prueba existentes y del tipo de infracción que se le imputa.

8.3.2 Análisis

El derecho a no declarar en contra de uno mismo ha estado tipificado en las últimas tres constituciones y en los últimos tres códigos prácticamente de la misma manera. La base del derecho no ha cambiado y en todas se garantiza que no se ejercerá presión para que el sospechoso se auto incrimine, en especial se enfatiza en la condena a las prácticas de tortura para lograr confesiones de los sospechosos.

Por otra parte el derecho al silencio no se encuentra tipificado ni en la constitución del 78, ni en el CPP del 83. No solo no existe este derecho sino que se menciona en el CPP que el sospechoso deberá dar su testimonio en las primeras 24 horas desde su detención, lo que quiere decir que no tiene alternativa sobre si dar o no su declaración, ésta es obligatoria. Esta situación generaba presión psicológica en el detenido ya que en menos de un día tenía que tener preparado con su defensor una estrategia a seguir durante el juicio, para según eso hacer las declaraciones que ayudarían a su caso.

Afortunadamente en la creación de las leyes que le siguieron se hicieron los cambios necesarios para que se encuentre claramente estipulado que el procesado tiene el derecho a mantenerse en silencio, sin que eso sea tomado como una actitud negativa de falta de cooperación en el proceso. Además es importante que toda persona que sea detenida, sea informada de forma inmediata de su derecho a permanecer en silencio.

Éste derecho es uno de los que han sido más ampliamente difundidos en la sociedad, ya que permite al detenido tener la oportunidad de estudiar el caso y analizar si es o no conveniente que de su versión, o saber de qué forma hacerla para que sea lo más favorable para él posible. Además no hay que olvidar que si el procesado da una declaración e intencionalmente se perjudica, éstas no deberán ser tomadas en cuenta en el juicio ya que solo sirve lo que es en beneficio del procesado. Igualmente esta confesión no tendrá validez como prueba sino es ratificada bajo juramento durante el juicio.

8.4 Principio contradictorio

8.4.1 Normativa.

Constituciones:

ConsE. 1998.

Art. 14. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna.

Art. 15. En cualquier clase de procedimiento, los testigos y peritos estarán obligados a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio respectivo, y las partes tendrán derecho de acceso a los documentos relacionados con tal procedimiento.

ConsE. 2008 Art.

76.4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria

Art. 76.7 h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

Art. 76.7d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

Códigos de procedimiento Penal

CPP 1983

Art. 62 Los jueces deben intervenir personal y directamente en la práctica de los actos procesales de prueba, y cuidarán que se realicen con observancia de las normas legales.

Art. 64.- Toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica.

Art. 108.- *En ningún caso el Juez admitirá como testigos a los coacusados. Tampoco recibirá el testimonio del cónyuge del encausado, ni de los parientes de éste, comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*

Art. 124.- *Testimonio instructivo es el que, en el sumario, rinde el agraviado. Por sí solo no constituye prueba.*

El agraviado está obligado a comparecer ante el Juez a rendir dicho testimonio, el que lo prestará con juramento.

Art. 129.- *En cuanto aparezcan en el proceso datos que hagan presumir la responsabilidad penal de una persona, el Juez hará extensivo el sumario en su contra y ordenará que rinda el testimonio indagatorio*

.CPP 2000.

Art. 11.- *Inviolabilidad de la defensa.- La defensa del procesado es inviolable.*

El procesado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas.

Si el procesado está privado de la libertad, el encargado de su custodia debe transmitir acto seguido al juez de garantías penales, al tribunal de garantías penales de la causa o a la Fiscalía las peticiones u observaciones que formule

Art. 79.- *Regla general.- Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces de garantías penales.*

Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio.

Art. 84.- *Objeto de la prueba.- Se deben probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta investigación del caso. Por cualquiera de los medios previstos en este Código.*

Art. 86.- *Apreciación de la prueba.- Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica.*

Art. 126.- Testimonio inadmisibile.- No serán obligados a declarar los parientes del acusado comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni su cónyuge ni conviviente en unión de hecho.

No se recibirá el testimonio de las personas depositarias de un secreto en razón de su profesión, oficio o función, si la declaración versa sobre la materia del secreto. En caso de haber sido convocadas, deben comparecer, explicar el motivo del cual surge la obligación de guardar el secreto y abstenerse de declarar.

Art. 143.- Valor del testimonio.- El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el tribunal de garantías penales. Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él.

Si así lo solicitare de manera expresa el acusado, su testimonio podrá prestarse bajo juramento.

En todo caso, antes de comenzar la declaración, se debe comunicar detalladamente al acusado el acto que se le atribuye, un resumen de los elementos de prueba existentes y del tipo de infracción que se le imputa.

Art. 218.- Declaración del procesado.- Durante la etapa de instrucción el Fiscal recibirá y reducirá a escrito con fidelidad y en presencia del abogado defensor, la versión libre que sin juramento proporcione el procesado sobre las circunstancias y móviles del hecho y sobre su participación o la de otras personas.

La versión será firmada por el procesado, el agente Fiscal y el defensor. Si el procesado no supiere o no pudiere firmar, se hará constar este particular y a nombre suyo firmará un testigo. Si no quisiere firmar, se hará constar este particular, y firmará un testigo.

CPP 2009

Art.5.2 Contradictorio.- Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. El juez resolverá con base a los argumentos y elementos de convicción aportados. El juez carecerá de iniciativa procesal.

Art. 84.- Objeto de la prueba.- *Se pueden probar todos los hechos y circunstancias de interés para el caso. Las partes procesales tienen libertad para investigar y practicar pruebas siempre y cuando no contravengan la Ley y derechos de otras personas.*

Art. 86.- Apreciación de la prueba.- *Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo.*

8.4.2 Análisis

En cuanto a la valoración de la prueba debemos decir que las diferencias que existen entre las leyes antiguas y las más modernas versan principalmente sobre sistema penal vigente en cada época. Así, vemos que las leyes penales promulgadas hace veinte años tienen relación con un sistema inquisitivo, mientras que en la actualidad tenemos un sistema mixto que incorpora al sistema acusatorio en el proceso penal.

La diferencia entre estos sistemas, con relación a la valoración de la prueba, radica en que en el sistema inquisitivo el juez no es un tercero imparcial, sino que es parte activa en el proceso como la parte que acusa. El juez penal se convertía en juez y parte, lo que hacía que no exista igualdad de armas durante el proceso, ya que al ser el mismo juez el que produce las pruebas, el que interroga a los testigos y el que valora la prueba y a su vez dicta sentencia, no dejaba mucho lugar para que el defendido haga valer su tesis.

En cambio en el sistema acusatorio es el fiscal el que hace toda la investigación del caso en la indagación previa, es el que genera la hipótesis en la cual señala al procesado como posible autor del delito e inicia el proceso judicial, o declara que no hay suficientes pruebas en su contra y lo sobresee. Posteriormente es el fiscal el que actúa las pruebas en el juicio junto con el defensor, para que el juez tenga certeza en sus decisiones. Esto quiere decir que en ningún momento el juez realiza actos que favorezcan al ministerio

público, como lo hacía antes. Ahora el juez sirve para dar equilibrio al proceso y para asegurarse que éste se dé con relativa normalidad y dentro de los parámetros que dicta la ley.

Una de las innovaciones que trajo este sistema es el principio de contradicción, el cual les da la oportunidad a las partes de tener acceso a toda la información y pruebas que existan del caso. Así, tienen la posibilidad de investigar y proponer las pruebas que consideren necesarias al igual que pueden refutar las pruebas de la otra parte. Durante el juicio tendrán igual oportunidad de interrogar a los testigos y de hacer la valoración de las pruebas que llevará a que el juez dicte sentencia de acuerdo a lo presentado en el juicio.

En el ámbito internacional encontramos que la CIDH se pronuncia de manera similar con respecto a tener igualdad de armas dentro del juicio:

“Un justiciable debe tener un derecho real y efectivo para responder a los cargos y pruebas presentados por el ministerio público. La efectividad de ese derecho implica el hecho que éste pueda ejercerse desde las primeras etapas del proceso, de lo contrario acusaciones erróneas o injustas por parte del ministerio público, o falsas declaraciones de testigos, podrían llevar a la prisión obligatoria y prolongada al justiciable sin que exista oportunidad de contradecirlas. Conferir a la defensa el derecho de demandar o de presentar sus pruebas, es asegurar la efectividad del principio de igualdad de las armas”⁹⁴

No hay que olvidar que en todas las Constituciones y códigos analizados mencionan la importancia de obtener las pruebas de forma legal para que éstas sean válidas en el juicio. Si bien es cierto que en las leyes más recientes se hace más énfasis en los derechos humanos y la forma de obtención de las

⁹⁴Informe CIDH n°50/00, caso Reinaldo Figueredo Planchart c/ Venezuela; 13 de abril de 2000.

mismas, en los códigos anteriores se menciona la ilegalidad de conseguir declaraciones a través de la tortura o cualquier mecanismo que produzca lesiones en el procesado. Si bien en este caso no se menciona al resto de las pruebas, creemos que por analogía se puede entender que sí se aplica para la obtención de cualquier prueba.

9. Capítulo IX

Conclusiones y recomendaciones.

A lo largo de este estudio se ha logrado hacer una breve síntesis sobre las garantías judiciales que protegen a los procesados en un proceso judicial penal. Estas garantías al encontrarse tipificadas en los tratados internacionales, tienen el rango jerárquico más alto en cuanto a leyes se refiere, es decir que ningún Estado que haya suscrito convenios internacionales sobre derechos humanos podrá alegar falta de norma interna para ponerla en uso.

En este caso hemos tomado como referencia tanto la Convención interamericana de Derechos Humanos, como las consultas realizadas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y a la jurisprudencia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todas estas fuentes nos han servido de base para la creación de nuestra normativa actual, la cual consideramos que en temas de garantías judiciales es muy buena, sin embargo siempre hay lugar para mejorar. Esta jurisprudencia internacional también debería servir como punto de referencia para los jueces nacionales cuando dicten sentencias en temas relacionados, no obstante esto no se ha logrado dar todavía, pero se espera que en los próximos años se haga énfasis en la obligatoriedad y en la necesidad de utilizar las sentencias de la Corte IDH como guía principal.

A pesar de tener leyes garantistas que deberían ser puestas en práctica en todo momento, debemos decir que esto no pasa con frecuencia. Tener una normativa completa y protectora de los derechos humanos no necesariamente lleva a tener un sistema judicial eficaz y eficiente, es más dentro de nuestro país podemos decir que los funcionarios públicos no cumplen con su deber de proteger al procesado poniendo en práctica las garantías constitucionales.

Está claro que el problema aquí tiene sus raíces en otro lado como puede ser la falta de capacitación de las autoridades públicas en temas de Derechos

Humanos. También se lo puede atribuir a la gran cantidad de trabajo que se tiene en el sistema judicial, el cual hace que se baje la calidad del trabajo. Otra teoría nos lleva a pensar que los salarios bajos podrían ser en parte causantes de que los profesionales más calificados no quieran trabajar en el sector público y prefieran el sector privado. Éstas y otras razones han hecho que en el país no se cumplan las reglas básicas para tener un debido proceso. No obstante, sin dejar de lado las razones antes mencionadas, creemos firmemente que el problema principal en el sistema judicial ecuatoriano está relacionado con la corrupción tanto dentro como fuera de las cortes y en todos los niveles. No es un problema nuevo con el que tenemos que enfrentarnos, por muchos años era un secreto a voces que ciertos políticos eran los dueños de las cortes y por lo tanto de la justicia en el país. Ahora las cosas no son tan distintas, y como consecuencia se violan todo tipo de derechos.

La solución no es fácil y se necesitaría hacer una depuración en toda la institución judicial. Además, se debería invertir en infraestructura, en salarios y en capacitaciones para poder generar un ambiente adecuado para llevar los procesos.

Si bien encontramos que nuestro sistema judicial tiene grandes problemas y falencias, no debemos creer que seamos los únicos con dificultades en esta área. Si vemos la forma en la que funciona la Corte IDH nos daremos cuenta que al igual que nosotros ellos también necesitan hacer varios ajustes para obtener mejores resultados. Por ejemplo la Corte IDH tiene problemas económicos ya que el presupuesto que en un principio se le asignó, ya no le alcanza para abastecer el gran número de casos que recibe cada año, y por esta razón existen demoras en los procesos y cada vez es más difícil acceder a esta instancia internacional.

Una posible solución a corto plazo sería pedir a la OEA que se le asigne un monto superior al actual, o hacer que los países miembros proporcionen

recursos tomando en cuenta que los países con más demandas en esta instancia deberían pagar más que el resto.

Viendo la situación desde otra perspectiva y a plazos más largos, la Corte IDH debería tomar acciones para que los Estados no cometan tantas violaciones a los derechos humanos, o en su defecto, hacer que los problemas judiciales de cada país puedan ser resueltos en los mismos sin necesidad de llegar al ámbito internacional. Una forma de lograr esto es a través de campañas informativas de la Comisión, además de dar capacitaciones a los funcionarios públicos. También se puede asesorar a los gobiernos para que crear normas y procesos que permitan ventilar los procesos internamente. Adicionalmente creemos que la Corte IDH debería poner sanciones más severas a los Estados que violen los derechos humanos, para que así no se vuelvan a repetir esos errores, o que por lo menos no sean tan frecuentes. Además deberían tener más poder para hacer cumplir las sentencias a los Estados culpables y hasta deberían poder sancionar monetariamente cuando no se cumplan las sentencias en un período razonable de tiempo, ya que en la actualidad toma años hacer que los Estados cumplan con sus obligaciones.

Una vez que hemos analizado temas generales, ahora entramos a realizar las conclusiones sobre las garantías judiciales.

Debemos mencionar que si bien las garantías son hechas en favor del procesado, éstas también permiten “el afianzamiento del poder del Estado para la preservación de la paz jurídica y social. Cuando el proceso no cumple la finalidad concebida en el mecanismo, deviene el escepticismo de los particulares y el debilitamiento del Estado que lo puede conducir a su propia desaparición.”⁹⁵ Es decir que el cumplimiento del debido proceso no sólo es gran valor para la parte inculpada dentro del proceso, también tiene su importancia para el Estado ya que permite sentir a los ciudadanos seguridad jurídica y protección de los derechos fundamentales dentro del proceso.

⁹⁵SANGUINO SÁNCHEZ, Jesús María, garantía del debido proceso p 262 autores varios ver bibliografía.

Pese a que el Estado se beneficiaría enormemente si la gente tuviera confianza en el sistema penal, la violación sistemática de los derechos y garantías del procesado han hecho que exista un rechazo general al sistema judicial, tanto es así que hasta se empiezan a dar casos de ajusticiamientos populares, los cuales están totalmente por fuera de la ley y destrozan cualquier noción de debido proceso o de derechos personalísimos como el de la vida.

Si bien este tipo de actitudes no tienen justificación alguna, no podemos olvidar que la gente ya está cansada de tener un sistema judicial ineficiente que no satisface las necesidades de la colectividad. Ahora bien, esto no quiere decir que se deba sacrificar garantías en pos de una presunta seguridad que se daría si se recortan derechos de los procesados. Esta forma de pensar se ha venido dando de forma continua desde los atentados terroristas del 11 de septiembre en Nueva York. Se ha dicho que se deben sacrificar libertades personales con el fin de obtener una sociedad más segura pero hasta el momento no hemos visto que hayan resultados positivos, todo lo contrario, en nuestro propio país vemos como de forma apresurada y con pocas bases técnicas se toman decisiones que recortan libertades para supuestamente hacerle frente a la inseguridad actual. Un ejemplo de esto fue la prohibición de la venta de alcohol a partir de ciertas horas en la noche. Si bien la gente aceptó que se le quite una libertad para contrarrestar la creciente inseguridad en las ciudades, ahora vemos que ésta no tuvo ningún efecto en los índices de delincuencia. De la misma manera si se suspendieran garantías como la caducidad de la prisión preventiva, o el derecho al silencio, no se lograría ni que se reduzca la delincuencia ni que se mejore el proceso penal.

Hay que tener claro que estas medidas se las debe tomar con mucha precaución y sin abusar de ellas porque se refieren a la supresión de bienes jurídicos protegidos del ser humano. Es por esto que la prisión preventiva debe ser tomada como una medida excepcional, ultima ratio, solo para casos en los que se demuestre que no puede ser sustituido por otras medidas cautelares que existen para precautelar el fin del derecho procesal penal.

Al respecto Ferrajoli propone que se detenga al acusado por el tiempo estrictamente necesario para salvaguardar las medidas probatorias amenazadas por el imputado.⁹⁶ Creemos que esta idea tendría una buena acogida en nuestras legislaciones ya que si se utiliza el argumento de que la prisión preventiva solo se realiza para que no haya oscurecimiento de la investigación con relación a la producción de pruebas, entonces la fiscalía debería agilizar este proceso dentro de lo posible para que el procesado no pueda manipular ningún tipo de evidencia e inmediatamente debería realizarse la audiencia de instrucción fiscal. De esta forma el sospechoso que se encuentra detenido podría salir en libertad en un plazo más corto ya que se han cumplido con los objetivos procesales que se presumía podrían haber estado expuestos a deterioros por parte del procesado.

Ahora bien, hablando sobre los plazos máximos que se dan para la prisión preventiva, podemos decir que si bien parecen plazos sensatos en cuanto a la proporcionalidad con respecto a su eventual condena, hay que ubicarnos en el contexto ecuatoriano y podremos darnos cuenta que con una administración de justicia con problemas enormes con respecto a cumplir con los tiempos procesales legales, es imposible resolver un caso en los límites de tiempo dados por la ley, por lo que en la actualidad nos encontramos con un problema muy grave, pues los detenidos al sobrepasar su tiempo máximo de estar detenidos bajo la denominada prisión preventiva, están justamente demandando se los deje en libertad de forma inmediata, sin embargo si se les permite esto, entonces veremos que un sinnúmero de detenidos no volverán a aparecer para continuar sus juicios, y si no se les permite salir en libertad se estaría yendo en contra de los principios del debido proceso

Este problema no tiene fácil solución, pero queda claro que aumentar el tiempo permitido para la prisión preventiva no es la salida correcta, creemos que las medidas a tomarse deberían ir más por el camino de agilizar el proceso penal en los cuales la persona se encuentre privada de libertad, los jueces deberían

⁹⁶DONNA, Edgardo Alberto, Director, Revista de Derecho Procesal. La injerencia en los Derechos Fundamentales del procesado I, Rubinzal - Culzoni Editores, 1era edición, Santa Fe, 2006, p. 120

actuar con mayor diligencia y celeridad, mientras que los abogados no deberían dilatar los juicios de forma deliberada. Si no existe una restructuración profunda en el sistema judicial esta situación se mantendrá ya que si bien la norma está presente, en la práctica resulta casi imposible ponerla en uso.

Siguiendo con el análisis, una vez que terminamos de explicar sobre la prisión preventiva nos toca revisar sobre la presunta igualdad de las partes durante el proceso. Empezando con la indagación previa notamos que no existe una verdadera igualdad de armas, es más, esta es la etapa en donde más se marcan las diferencias ya que la fiscalía tiene todos los medios para realizar una investigación profunda, mientras que el sospechoso en muchos casos ni siquiera está enterado de que existe una investigación en su contra. También notamos que la fiscalía tiene la maquinaria poderosa del Estado a su favor, la cual puede incluir a la Fiscalía, la Procuraduría, La Contraloría, entre otras instituciones que sirven de apoyo para la parte acusadora, y esto sin tener en cuenta un posible acusador particular. Durante la indagación es difícil creer que existe una igualdad de armas, pero posteriormente en la etapa de juicio se equilibran las partes con el principio contradictorio, el cual ha logrado que la prueba pueda ser actuada y refutada de igual manera y sin distinción alguna por las partes.

Si bien esta igualdad de condiciones ha mejorado considerablemente desde que se cambió el sistema inquisitivo, en donde el procesado no tenía derechos ni posibilidades frente al acusador, a un sistema acusatorio, en el cual se intenta dar la mayor cantidad de garantías al procesado para que se encuentre en igualdad frente al acusador. No podemos decir que existe, ni que existirá en un futuro cercano esta igualdad de las partes. Podemos decir que llegar a tener un sistema en donde las partes procesales sean totalmente iguales, sería algo utópico e irreal pues siempre el Ministerio Público siempre tendrá más armas para enfrentarse a los juicios. El solo hecho de tener que trabajar en ello todos los días del año los convierte en una institución especializada, mientras que el procesado no se encontrará en esas circunstancias de forma continua, es más,

la mayoría de los ciudadanos no tendrá un proceso penal ni una sola vez en su vida. Asimismo, tampoco podemos olvidar a las instituciones que apoyan al acusador, las cuales sirven para poder obtener pruebas que en la mayoría de los casos los procesados no podrían costear obtenerlas.

Una vez que se realiza el contradictorio se pasa a dar la valorización de las pruebas por parte del juez. Esta es la parte culminante del proceso en donde se decidirá sobre la hipótesis planteada en el principio de la instrucción fiscal. El juez tomará en consideración la valoración de la prueba para tomar su decisión. No hay que olvidar que las pruebas obtenidas de forma ilegal serán nulas y no podrán ser tomadas en consideración como pruebas de una u otra parte. Además, si el procesado eligió mantenerse en silencio durante el proceso, no deberá considerarse como un acto de rebeldía o de incriminación en contra del mismo ya que el derecho lo ampara. Una vez que el juez revisa todo lo actuado en el proceso tendrá que tener certeza total de que el procesado es el culpable del delito por el que se le acusa, ya que si existe duda sobre la posibilidad de que él no haya sido el autor del crimen, el juez se verá obligado a declararlo inocente (*in dubio pro reo*). Así, en la sentencia dictada se tendrá que motivar las razones por las cuales el juez decidió de una u otra forma y cualquiera de las partes que no esté de acuerdo con ese veredicto tendrá la posibilidad de apelar a la sentencia dictada para que un tribunal superior pueda revisar de nuevo el caso y vuelva a dictar una sentencia del mismo.

En nuestra opinión los fiscales no deberían tener la potestad de recurrir el fallo ante juez superior pues solo debería ser un derecho en favor del procesado, ya que este recurso sirve para que la persona afectada por una decisión judicial, que lo privare de su derecho a la libertad o que lo sancionara de cualquier forma, pueda hacer revisar de forma integral tanto el proceso como el fallo emitido.

No obstante podría existir una excepción, cuando se trata de una acusación particular, ya que en ese caso no sería el Estado el que impugna la decisión judicial, sería una persona que se ve afectada por un acto cometido por la otra parte, y al estar en igualdad de condiciones que el procesado, tendría a su favor, al igual que el procesado, el derecho a recurrir el fallo.

Podemos decir que si las dos primeras instancias fallan en el mismo sentido, entonces no existiría problema alguno, pero si no hay conformidad entre ellas se necesita un tercer tribunal para que tome la decisión final. De esta forma observamos que nuestro sistema no garantiza la doble conforme al no existir un tercer tribunal que rectifique el fallo dictado por un juez inferior. “se vulnera expresas disposiciones de los instrumentos internacionales antes vistas, lo cual produce, como no puede ser de otra manera, una responsabilidad del Estado al no adecuar su sistema recursivo dentro de los límite mínimos requeridos para la efectiva vigencia de los derechos humanos.”⁹⁷

Si bien acabamos de decir que en el Ecuador hace falta una tercera instancia judicial para poder proteger el derecho a recurrir del procesado, eso no quiere decir que estemos a favor de la elaboración de nuevos tribunales de jerarquía superior, ya que eso solamente haría que el proceso se alargue más, que los gastos sean mayores tanto para el Estado como para el procesado y que este último pueda dilatar aún más el proceso para lograr una posible prescripción, o el término de una prisión preventiva.

En este caso una posible solución sería cambiar la casación de ser un recurso extraordinario, a ser un recurso ordinario. En primer lugar la casación debería convertirse en un “recurso accesible, desprovisto de rigorismos formales absolutos que provoquen su rechazo, sin posibilidad alguna de corrección y auxilio del tribunal que lo juzga para ello.”⁹⁸ La casación tiende a ser un recurso

⁹⁷http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5366&Itemid=426

⁹⁸MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, 2004, p.733

en el cual las formalidades son de extrema importancia, llegando al punto de omitir justicia a favor de las formalidades, lo cual está totalmente en contra del derecho penal.

Una vez que se supera el problema de accesibilidad del recurso de casación, el principal y más importante cambio que consideramos es la inclusión de una nueva valoración de la prueba, además de la revisión de los hechos, no solo del derecho. Así, una vez que se reforme la casación para que se realice un examen integral de la decisión recurrida, se resolvería el problema que tenemos en la actualidad de no tener el doble conforme en los fallos.

Acabada la revisión del proceso penal actual, debemos mencionar que éste no siempre ha sido como es ahora principalmente porque nuestro sistema penal ha cambiado drásticamente y ha pasado de ser un sistema inquisitivo, a ser un sistema mixto que está conformado tanto por el sistema inquisitivo como por el sistema acusatorio. Anteriormente el juez no era un tercero imparcial, sino que era la parte procesada que debía acusar y buscar las pruebas que garanticen un resultado positivo para su hipótesis y que después sería la persona que tome la decisión final en el caso. Es decir que era juez y parte en el proceso, lo cual no garantizaba el debido proceso judicial.

Este no era el único problema que existía, ya que al no existir una legislación protectora de las garantías judiciales se cometían todo tipo de abusos en contra del procesado, además que las pocas normas que protegían los derechos humanos no eran aplicados por los funcionarios públicos lo cual dejaba al procesado en un estado de indefensión.

En la actualidad hemos visto un avance sustancial en términos tanto de tipificar los derechos y garantías en los procesos judiciales como de aplicarlos en los procesos. Si bien es cierto todavía falta mucho camino que recorrer en términos de protección al procesado, si tenemos que reconocer que se han hecho esfuerzos para lograr obtener un debido proceso que satisfaga tanto las

necesidades de la sociedad, del procesado y del Estado. En todo caso si se agotan todos los recursos para lograr obtener justicia, es necesario saber que se puede llevar el caso a instancias internacionales.

Los cambios no se dan de un día para otro, sin embargo si queremos ver resultados positivos debemos empezar inmediatamente con las reformas que deben darse tanto en niveles altos como políticas de Estado, hasta en la actitud de los funcionarios públicos que llevan los casos. Es decir que no es tarea de un grupo de eruditos que propongan medidas mágicas para crear el sistema perfecto, se necesita que todos pongamos de parte para no seguir cometiendo los mismos errores que nos tienen sumergidos en un sistema corrupto y mediocre el cual no ofrece seguridades jurídicas a los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

- AUTORES VARIOS “Debido Proceso, Realidad y Debido Proceso. El Debido Proceso y la Prueba”, Autores Varios, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe – Argentina, primera edición, 2003.
- BACIGALUPO Enrique, “El debido proceso penal”, Editorial Hammurabi, 1era edición, Buenos Aires - Argentina, 2005.
- CAMARGO Pedro Pablo, “El debido proceso” Editorial Layer, Segunda Edición, Bogotá – Colombia.
- DONNA, Edgardo Alberto, Director, “ Revista de Derecho Procesal. La injerencia en los Derechos Fundamentales del imputado I”, Rubinzal - Culzoni Editores, 1era edición, Santa Fe, Argentina, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón”, Editorial Trotta, Sexta Edición, Madrid - España, 2004.
- FLEMING Abel, LOPEZ VIÑALS Pablo, “Garantías del imputado” Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe - Argentina, 2008.
- GARCÍA FALCONÍ, Ramiro y AMBOS, Kai, “Temas fundamentales del Derecho Procesal Penal, Tomo I”, Editora jurídica Cevallos, Quito - Ecuador, 2011
- GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo, “El Debido Proceso”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1era edición, Santa Fe - Argentina, 2004.
- GUZMÁN Nicolás, “La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”, Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina, 2006
- MAIER, B.J. Julio, “Derecho Procesal Penal Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, tercera reimpression, Buenos Aires – Argentina, 2004.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, “DERECHOS HUMANOS una introducción a su naturaleza y a su historia” Editorial Quorum, 1era edición, Buenos Aires – Argentina 2007.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, “El Debido Proceso Penal”, D’ivinni Editorial Ltda. Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 1998.

SCHMIDT, Ebergard, "Los Fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal", Lerner Editora SRL, Buenos Aires – Argentina, segunda edición traducida del alemán, 2006.

ZABALA BAQUERIZO, Jorge, "El Debido Proceso Penal", Edino Ediciones, Quito - Ecuador, 2002.

Notas Corte Interamericana de Derechos humanos, 42 Período extraordinario de sesiones, noviembre del 2010, Seminario Internacional: "Desafíos Presentes y Futuros del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos".

Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires: Publicidad del juicio.
URL: http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=40

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Información del Estatuto.
URL: <http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Información general.
URL: <http://www.cidh.oas.org/que.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe.
URL: http://www.cidh.org/Prensa/brochures/Brochure_CIDHspa.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Medidas Provisionales.
URL: <http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/provisionales.htm>

Revista Judicial La Hora: La garantía del doble conforme y el recurso de casación.
URL: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5366&Itemid=426

Derechos Humanos Argentina: Opinión consultiva a la Corte IDH.
URL: <http://www.derhumanos.com.ar/opiniones%20consultivas/opinion%20consultiva%2002.htm>

Revista Derecho y cambio Social: Los principios de la impugnación.
URL: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista012/principios%20de%20la%20impugnacion.htm>

Instituto de Ciencia Procesal Penal: Principio contradictorio.
URL: <http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=134>