

Derecho Procesal Penal

LA VIGENCIA DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO

Dr. John Almeida Villacís

Se puede afirmar de manera inequívoca que la actual Constitución Política del Ecuador, vigente desde el mes de Agosto de 1998, constituye una nueva etapa en la evolución del Derecho Constitucional Ecuatoriano y de cuyo contenido es menester resaltar su especial orientación a la vigencia efectiva de aquellos derechos fundamentales de la persona. La relevancia de ese conjunto de derechos se observa AB inició del cuerpo normativo precitado, que en su preámbulo resalta la fidelidad del pueblo ecuatoriano a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad equidad y paz, los mismos que le han servido de guía e inspiración en su largo transitar a través de la Historia.

El artículo 1 de nuestra Ley Fundamental establece que el Ecuador es un estado social de derecho, término jurídico constitucional que se lo puede entender grosso modo como el sometimiento de los gobernantes y gobernados a las normas jurídicas preestablecidas, marco legal al cual deberán circunscribir sus actos soslayando todo capricho o interés personal. De esta manera la esencia del Estado de Derecho está dada por el imperio de la ley, su obligatorio acatamiento y el destierro de toda arbitrariedad así como de cualquier actividad extralegal.

Para bregar contra la arbitrariedad es menester la consecución de una verdadera eficacia de los derechos esenciales de la persona humana, entendidos estos como cualidades o valores esenciales, reconocidos universalmente como inmanentes o connaturales al ser humano, nuestro texto constitucional prevé ciertas GARANTIAS, es decir, *lilas* acciones o procedimientos a los que puede acudir una persona cuyos derechos han sido desconocidos o violados, para que se restablezca el goce y ejercicio de su derecho vulnerado". (1)

Es bajo la denominación de debido proceso, que la Jurisprudencia, concebida como Ciencia del Derecho, engloba al conjunto de GARANTIAS judiciales que permiten el aseguramiento efectivo de los derechos

fundamentales de todos los ciudadanos fijando los límites al poder sancionador (**jus puniendi**) de los Estados de Derecho.

Si bien la institución jurídica del debido proceso está vinculada a varias esferas del derecho, es en el ámbito penal donde adquiere su mayor significancia jurídica en atención al valor de los bienes jurídicos comprometidos, en especial, el de la libertad personal. El artículo 23 numeral 27 de nuestra Constitución Política estatuye que el Estado reconoce y asegurará a las personas el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones. A renglón seguido, en el artículo 24 se consigna las GARANTIAS de ésta notable institución jurídica.

La diferencia entre derecho y garantía es abordada por el afamado juriconsulto ecuatoriano, Dr. Carlos Salmon Alvear, quien en su obra intitulada: "El Régimen Procesal del Amparo Constitucional en el Ecuador", afirma: " Los Derechos son aquellas facultades, cualidades o valores atribuidos -necesariamente- a las personas, a fin de que éstas cuenten con las condiciones indispensables para su debida subsistencia y desenvolvimiento. Estas potencialidades son reconocidas como consustanciales para su titular, independientemente de cualquier tipo de consideración particular". En lo referente a las GARANTIAS, el jurista aborda el tema al explicitar: " Son aquellos medios procesales con los cuales se asegura el cumplimiento, respeto o reintegro de los derechos constitucionales, frente a los atentados -eventuales o no- que pudiesen ejecutar respecto de ellos las autoridades públicas, con lo que se lograría, la plena eficacia de aquellos. Es decir, la Garantía sigue al Derecho como la sombra al cuerpo, y se constituye en su escudo protector".

El concepto de garantía se sustenta en la idea de seguridad y confianza que deben presidir las relaciones jurídicas. El desenvolvimiento de una sociedad en un Estado de Derecho descansa sobre un conjunto de GARANTIAS y seguridades enunciadas en la Carta Magna, en la mayoría de los casos como declaraciones programáticas, y desarrolladas en determinadas leyes, que posibilitan las interrelaciones de los ciudadanos con el Estado y la de los ciudadanos entre sí. De tal manera que en toda sociedad que se ufana de vivir en democracia, aquellos derechos que son inherentes a cada uno de sus miembros, sus respectivas GARANTIAS y el Estado de Derecho, constituyen una relación inescindible, una perfecta tríada en la cual, cada uno de los elementos que la componen, se define y complementa en función de los demás.

Es sobre ésta base triádica donde el debido proceso se erige en un verdadero antemural infranqueable frente al poder punidor estatal, y se configura en la determinación de ciertos parámetros establecidos por la Constitución, Pactos Internacionales y leyes respectivas, marco dentro del cual deberá ceñirse la actividad jurisdiccional y los órganos auxiliares, encaminada a alcanzar la realización de una verdadera administración de justicia imparcial, pronta y efectiva. Decía el orador, escritor y político romano, Marco Tulio Cicerón, "que la justicia es la reina y señora de todas las virtudes", magno valor jurídico que en nuestra opinión debe ser el norte de quienes tienen la obligación de impartirla.

La historia del Enjuiciamiento Penal del Ecuador ha sido pródiga en episodios aciagos y sombríos que lejos de enervarla la han fortalecido pues cada día los ecuatorianos adquieren más conciencia de sus derechos y GARANTIAS, y lo que antes era objeto de imploración ahora son exigencias de una población que clama en los foros y en las calles la imposibilidad de un Estado para sancionar con ejemplaridad a funcionarios venales y omisos cuya actitud e ineptitud desluce la imagen de una honorable función estatal, que brega en forma cotidiana contra sus limitaciones materiales, monetarias y humanas.

El debido proceso es una conquista paulatina de la humanidad que durante muchas centurias estuvo sumida en el oscurantismo, que se manifestaba en un principio a través de prácticas inveteradas denigrantes al ser humano y más tarde en abusos, arbitrariedades y tropelías empleadas para sojuzgar al pueblo por parte de gobiernos autócratas. Por tanto era menester el fijar un límite legal al poder represivo del Estado que si bien hasta hoy no ha logrado evitar su desbordamiento, por lo menos después de muchos siglos de injusticias y atropellos, ha permitido atemperarlo.

En las épocas primitivas de la humanidad no existía proceso sino autojusticia, esto es vindicta. Los poderosos y los fuertes disponían, a su arbitrio, de la vida, la libertad y los bienes de los débiles y subyugados, pues la historia de los derechos humanos es, a grandes rasgos, la lucha incesante de los oprimidos contra los opresores, de los débiles contra los fuertes y los explotados, que siempre han sido mayoría, contra los grupos de explotadores.(2)

Me permito a continuación ejemplificar algunos momentos de barbarie que ha padecido la humanidad en épocas pretéritas:

Las Ordalías.- Eran las pruebas o juicios de Dios a que eran sometidos los acusados durante la Antigüedad y el Medievo. Esta prueba se caracterizaba por tener un carácter mágico o religioso y estaba destinada a demostrar la culpabilidad o inocencia de un acusado. Entre la gran variedad de pruebas, las principales eran las del fuego, del agua, del veneno y del combate, con sus respectivas variantes dependiendo de la localidad. En la primera de ellas, el acusado debía palpar el fuego, su uso ya aparece descrito en el Ramayana y fue muy frecuente durante la Edad Media. La variante del pueblo germano consistía en caminar descalzo sobre rejas ardientes; la de los anglosajones, en transportar un hierro candente de tres libras de peso.

Ya en el continente asiático, los hindúes practicaron el paso sobre brasas y en algunas tribus asiáticas y africanas se usaron algunas variantes como el asir un objeto sumergido en plomo fundido (Birmania), o en aceite hirviendo (África Occidental), o llegar a límites extremos para el ser humano como la barbarie de lamer una cuchara de hierro que se encontraba al rojo vivo (beduinos). La ordalía del veneno consistía en colocarlo en una comida o bebida que debía ingerir el acusado, o en aplicarlo sobre la piel, boca ojos, etcétera. Pruebas denigrantes, muchas de ellas imposibles de soportar, cuyas resultas casi siempre conllevaban la muerte del acusado o improntas terribles para su integridad física.

La Inquisición.- Tribunal eclesiástico establecido para inquirir y castigar los delitos contra la fe. El proceso inquisitorial solía iniciarse, en la primera época, de las resultas de investigaciones periódicas y sistemáticas o por denuncia privada. Posteriormente se afianzó la institución de los familiares, agentes permanentes de la Inquisición no retribuidos, pero con una serie de privilegios fiscales y judiciales, quienes ponían en conocimiento del tribunal los casos a examinar; el caso pasaba a los calificadores, los cuales incoaban el proceso o declaraban su improcedencia; luego el reo era encarcelado y el fiscal iniciaba el proceso. No se permitía que el acusado escogiera un defensor y debía aceptar el que le nombraban de oficio. De esta manera, después de largos interrogatorios, en que solía emplearse la tortura, las pruebas eran ratificadas muchas veces por el confeso.

Posteriormente se permitía la participación de la defensa, que no podía ser nunca eficaz, puesto que en ningún momento se comunicaban los cargos, ni se presentaban los testigos, ni el denunciante impidiendo de esta forma al imputado desvirtuar cualquier asomo de delito; por otra parte el defensor era más un instigador a la confesión, absurdo papel de funcionario persuasivo, puesto que si actuaba realmente como defensor corría el riesgo de ser denunciado como cómplice en la comisión del delito. Al final se realizaba la consultación de fe entre los miembros del tribunal para convenir la sentencia que era comunicada al procesado con antelación a la pronunciación pública del auto de fe.

La escala de penas era la de abjuración, penitencia, multas, penas de prisión, de vergüenza pública, azotes, galeras, con frecuencia iban unidas las tres últimas. La pena de muerte se reservaba a los impenitentes y relapsos (reincidentes en un pecado, de que ya habían hecho penitencia, o en una herejía de la que ya habían abjurado).

Es una época de barbarie que en la actualidad solo se equipara con las torturas practicadas en muchos países que durante décadas tuvieron que vivir bajo la férula de determinadas dictaduras, por ejemplo: Chile y Argentina, en que la dignidad de sus habitantes fue expoliada por perversos liberticidas; una verdad que fue sacramentada por años y develada córam pópulo en forma reciente.

La Situación Jurídica de Inocencia.-

La presunción *juris tantum* de inocencia es universal pues está sacralizada en el Articulado internacional sobre Derechos Humanos, igualmente está consagrada en el artículo 24 numeral 7 de nuestra Constitución Política que prescribe: " Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada".

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe No. 5/96, caso 10.970, consignó: "En el procedimiento penal, el *onus probandi* de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el Estado quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del procesado ... " El imputado "no tiene necesidad de probar su inocencia, construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino

que, quien condena debe construir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión de un hecho punible". (3)

Es que el estado de inocencia es uno de los postulados básicos de nuestro Sistema Penal y por tanto, gozan todos los ecuatorianos, status que significa que antes y durante el enjuiciamiento penal se considera que la persona es inocente hasta que una sentencia en firme no desvirtúe dicha aseveración.

Es un principio que en la actualidad amerita en cuanto a su respeto, una mayor concienciación por parte de todos los estamentos de la sociedad pues la difícil coyuntura política en la que se desenvuelve el Ecuador permite que la profusión de denuncias ante los Mass Media, especialmente la televisión, produzca una verdadera estigmatización social de la persona que ha sido objeto de una delación o una imputación. Es que en la praxis observamos como las imágenes de ciudadanos junto a la pronunciación de sus nombres y apellidos son vinculados con algún acto vituperable originando un adelantado reproche por parte de la colectividad. Lo más preocupante, es que si cotejamos la ingente cantidad de denuncias con el número de sentencias, llegaremos a la conclusión que la diferencia es abismal. Es necesario recalcar que un atisbo de delito es insuficiente para resquebrar el estado jurídico de inocencia de la persona.

No debemos olvidar que el proceso penal *per se* es una tortura para el imputado.

El eminente tratadista italiano, Francesco Carnelutti, en su inmortal obra "Las Miserias del Proceso Penal", manifestaba, inter alia:

"Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes.

"El hombre cuando sobre él recae la sospecha de haber cometido un delito, es dado ad bestias, como se decía en un tiempo de los condenados ofrecidos como pasto a las fieras. La fiera, la indomable e insaciable fiera, es la multitud. Apenas ha surgido la sospecha, el imputado, su familia, su casa, su trabajo, son inquiridos, requeridos,

examinados, desnudados, a la presencia de todo el mundo. El individuo, de esta manera, es convertido en pedazos. Y el individuo, recordémoslo, es el único valor que debería ser salvado por la civilidad ".

De tal manera que tanto el Estado al ejercer el jus puniendi como a los querellantes en un proceso penal, les corresponderá reunir el acervo probatorio necesario para enervar el estado jurídico de inocencia del que goza el posible titular de la conducta/criminosa y pueda ser objeto de punición. Lo expuesto se simplifica trayendo a colación el aforismo jurídico *Onus probandi incumbit Acusationis* (La carga de la prueba incumbe al acusador).

De tal manera que la responsabilidad probatoria para verificar la hipótesis acusatoria es del Estado.

El Derecho a la Tutela Jurídica.-

Nuestra Carta Magna en su art. 24 numeral 17 señala como inconculcable el derecho de todos los ecuatorianos a la tutela jurídica: " toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 25 establece en términos generales la obligación del Estado de proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción una debida protección judicial cuando alguno de sus derechos ha sido quebrantado, siempre que este derecho le sea reconocido por la Convención, por la Constitución o las leyes internas del Estado.

Debemos clarificar que la tutela judicial efectiva también le corresponde al sujeto pasivo del delito, es decir, la víctima, quien ha visto el enervamiento de su garantía fruto de la transgresión a la norma jurídico penal.

Es tal la trascendencia de este presupuesto del debido proceso (junto al Órgano Jurisdiccional y el estado jurídico de inocencia) que a criterio de Cafferata Nores, de la lectura de las opiniones de los

organismos de protección de los derechos humanos se puede inferir que consideran al derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima del delito como: "la base insustituible de legitimación del ejercicio del poder punitivo. Es así que en aquel ámbito supranacional se ha expresado que la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas ... "(4)

La tutela jurídica debe ser efectiva en cuando impide la mantención de la lesión a los derechos insitos de las personas y su posterior reparación por los daños originados como consecuencia de su perpetración.

Uno de los aportes más significativos de la Normativa Supra nacional sobre Derechos Humanos es en la gran relevancia que se le otorga a la imparcialidad de los tribunales y de las personas que lo componen, principio del que se deriva la necesidad de la independencia de los jueces.

La imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice.

Ya en la antigua Grecia el pueblo heleno veneró durante mucho tiempo a la diosa Temis que es la personificación de la Ley divina representada como una mujer con los ojos vendados portadora de una espada y una balanza, símbolos de la justicia y de la observancia de las leyes.

No hay que olvidar que la ausencia de imparcialidad constituye una grave atentación contra el principio de seguridad jurídica de las personas.

Debe ser imparcial en cuanto no se pondrán cortapisas a los derechos de los pleiteantes o a los sujetos activo y pasivo del proceso penal así como el accionar del órgano jurisdiccional competente que estará enmarcado en la ley y cuya resolución será fruto del análisis exhaustivo del proceso, condición sine qua non para el destierro de sentencias inicuas que socavan la justicia y catalizan el imperio de la impunidad.

Como corolario, es tal la relevancia del papel del juez y artífice principal para la transformación moral del país, que Aristóteles en su *Ética* a Nicómaco, manifestaba que ir al juez es ir a la justicia, porque el juez nos representa la justicia viva y personificada.

La Nueva Política Criminal.-

El Ecuador no podía estar exento a los avances del Derecho Procesal Penal en todo el hemisferio por lo que era indispensable, dado la obsolescencia de la Ley Adjetiva, reformas estructurales al Sistema Procesal Penal, herramienta jurídica que hasta ese momento era ineficaz para responder con solvencia al fenómeno criminal y para garantizar la incolumidad de los derechos de los asociados.

El nuevo Código de Procedimiento Penal, debido a las acerbas críticas recibidas por parte de connotados juristas por determinadas falencias en su contenido, a despertado el interés de la comunidad al convertirse en uno de los elementos cardinales de una nueva Política Criminal, herramienta necesaria para que el cuerpo social pueda enfrentar con éxito al fenómeno criminal pero respetando los derechos inherentes a la dignidad del ser humano.

Nos referimos a una Política Criminal Democrática Liberal que se sustenta en la limitación del Poder Punitivo del Estado (potestad punitiva que comprende la determinación del delito, investigarlo, el juzgamiento de la conducta delictuosa y la punición de su hacedor) y ello es factible a través de una serie de principios delimitadores tales como la mínima intervención estatal, la Legalidad de los delitos y de las penas, la Proporcionalidad, y la Culpabilidad. Revisemos algunos de ellos:

El Principio de Legalidad.-

La ley y solo la ley, es la única fuente en Derecho Penal. De esta manera la legalidad se ha constituido en la base del Ordenamiento Jurídico Penal, en el principio cimental sobre el cual se ha edificado la doctrina penal moderna.

La expresión del principio de legalidad es el aforismo jurídico latino: "NULLUM CRIMEN SINE LEGE, NULLA POENA SINE LEGE", cuya

castellanización es la siguiente: No hay delito sin ley previa, no hay pena sin ley previa. El principio exige que el delito y la pena se encuentren señalados en la ley penal escrita y que ésta no admita otra interpretación que la estricta, la norma jurídico penal debe determinar en forma clara la descripción de la conducta reprochable para evitar la interpretación analógica.

Para entender la importancia y valor histórico de este principio, debemos señalar que en España aparece expresado por primera vez en los Fueros de Aragón y, en especial, en la Compilación de Huesca de 1247, donde se intentaba asegurar al individuo que sólo podría ser detenido, procesado y juzgado conforme a las leyes existentes y que sería condenado por hechos considerados delictivos por leyes anteriores.

El principio de Legalidad constituye un límite al Poder Punitivo del Estado, y lo hace merced a la aplicación de tres mecanismos:

1. Ley Previa.- No hay delito ni pena sin una ley penal establecida con anterioridad.

2. Ley Estricta.- El legislador debe de establecer con claridad y exactitud al hecho delictivo, es decir, debe elaborar la norma con exhaustividad.

3. Ley Escrita. Este mecanismo establece que el texto legal es resultado de la Función Legislativa.

El principio fue consagrado en Filadelfia, en la Declaración de los Derechos del Hombre y de allí paso a Francia, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Este principio ha sido incorporado en los Sistemas Jurídicos de casi todos los países del mundo y en la normativa internacional sobre Derechos Humanos.

Esta renombrada Garantía de Libertad y Seguridad ha sido sacralizada en la Constitución Política del Ecuador en su artículo 24 numeral primero, con el siguiente tenor: " Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no está legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley ... "

Para complementar el breve análisis del principal de marras, es menester referimos al tema que versa sobre la eficacia de la ley penal, y en particular a su validez temporal. Para resolver las constantes dubitaciones que se presentan en la praxis en lo concerniente a la eficacia de la norma jurídico penal, son dos los principios existentes en el Derecho Criminal, y que se constituyen en herramientas básicas para poder solventarlas. Así tenemos 2 principios:

La Retroactividad de la Ley Penal más favorable.-

El principio general que rige en el Derecho sobre la temporalidad de las leyes es el de la irretroactividad de la ley. En el Derecho Penal existe una excepción, y es aquella en que se aplica la ley nueva que es más favorable al reo, no obstante, el hecho criminoso se haya realizado bajo el imperio de la ley precedente. El tratadista colombiano, Alfonso Reyes Echandía, nos clarifica lo que debe entenderse por ley más favorable al explicitar: " Es aquella que modifica la precedente eliminando una figura delictiva, disminuyendo la gravedad del delito y sujetándolo a una sanción más leve o creando causas de justificación o excusa o exigiendo querrela de parte para iniciar la acción y, en general, la que en alguna forma mejora la situación del delincuente". (5)

La Ultractividad de la Ley Penal más Favorable.-

Implica la aplicación de una ley anterior, abrogada, que beneficia al delincuente, bajo cuyo imperio se consumó el delito, prevaleciendo frente a la ley ulterior más severa.

NON BIS IN IDEM.-

Expresión latina que significa "no dos veces sobre lo mismo".

Garantía constitucional cardinal reconocida nemine discrepante por las Naciones unidas que consiste en el derecho de toda persona acusada a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho. Para ello se exige una triple identidad: 1) de persona (idem personam); 2) de objeto (idem re), y 3) de causa de persecución (idem causa petendi).

Idem personam se refiere a que ésta garantía sólo puede invocarla la misma persona física que ya fuera objeto de una primera persecución. Se ampara exclusivamente a la persona que fue enjuiciada y sobreseída en

forma definitiva o que recibió una sentencia inmutable o firme. Idem re se refiere a la identidad de objeto. Como anota el tratadista argentino Cafferata Nores (6⁶), se refiere a la identidad entre el contenido fáctico esencial (mismo hecho) de la primera persecución penal con el de la nueva, sea sucesiva o simultánea, y la idem causa petendi es sinónimo de identidad de pretensión ejercitada, que no existirá si la posterior persecución basada en el mismo hecho, contiene una pretensión de naturaleza jurídica no penal..

El Pacto de San José de Costa Rica consagra este requisito del debido proceso, disponiendo en su artículo 8, apartado. 4, que "el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene una disposición similar, al señalar en su artículo 14, apartado 7, que "nadie podrá ser juzgado y sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

Si bien estos articulados vienen a consagrar el non bis in idem, barrera contenible del poder penal del Estado, la redacción de ambos instrumentos jurídicos internacionales es insuficiente, ya que emplean el término "sentencia firme", marginando otras resoluciones judiciales liberatorias de un proceso, como acontece con el sobreseimiento definitivo. El non bis in idem está consagrado como garantía intocable en la parte dogmática de la constitución que reza: "Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa". El Código de Procedimiento Penal determina en su artículo 5 que "Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez por el mismo delito",

Es un principio básico que coadyuva a la atemperación del poder punitivo del Estado, cuya esfera de aprehensión, a criterio de preclaros penalistas y constitucionalistas, debe incluir no sólo aquellas resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, sino también la situación de que ventilándose un proceso penal en alguna judicatura de la materia, no es dable la incoación de otra causa por las mismas razones y contra la misma persona a que se refiere el nuevo folio, es decir, que el posible autor de la conducta justiciable podrá plantear como

argumento jurídico ante la novísima acción la excepción de litis pendencia o pleito pendiente.

Es menester recalcar las dubitaciones de algunos sectores de la doctrina de si el principio jurídico interpolado en el numeral 16 del art. 24 de nuestra Carta Magna tiene un ámbito universal, o si sólo queda delimitado a la esfera penal. Me adhiero a aquella vertiente que propugna que el citado mandato constitucional no tiene límite y se expande a otras ramas del Derecho.

De esta manera el non bis in idem se configura en uno de los puntales del principio de seguridad jurídica.

LA PROPORCIONALIDAD PENAL.-

Es un principio consagrado en nuestra Carta Constitucional en su artículo 24, numeral 3 que prescribe: "Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado".

La pena debe ir acorde a la gravedad del delito. En aquellos países en los cuales existe un discordancia entre la sanción impuesta y la infracción cometida significa que el poder punitivo estatal se ha desbordado, se ha translimitado. Es aquí donde entra en juego la proporcionalidad, principio jurídico necesario para hacer retornar a su cauce a este río torrencioso que desemboca en la esfera del abuso y la arbitrariedad, principio que a más de delimitar el poder represivo, nos permite entrever la manera como el cuerpo social responde al fenómeno criminal. Si tenemos en cuenta que el fenómeno criminal tiene como punto de partida la ley penal, la responsabilidad del legislador para determinar la mentada proporcionalidad parte desde el momento en que elabora la norma, crea las infracciones tras profundas cavilaciones jurídicas, estableciendo con mucha cautela y prolijidad la sanción respectiva, pena que debe guardar correspondencia con el hecho censurable debiendo incluir solo aquellas conductas que realmente conturban a la sociedad evitando de esta manera llegar a una hiperinflación penal, es decir, la inclusión en el catálogo punitivo de un

exceso de delitos, y aspirar de esta forma a la deflación penal, esto es, criminalizar solo las conductas indispensables.

EL DERECHO DE DEFENSA.-

La Comisión Internacional de Juristas, con sede en Ginebra, Suiza, hizo una recopilación de los Principios del Estado de Derecho, resaltando entre otros los que versan sobre la preparación y el ejercicio de la defensa. La Comisión determinó:

- 1) El imperio del Derecho exige que se aseguren al acusado las GARANTIAS necesarias para preparar su defensa. Ello implica que el acusado tiene derecho: toda libertad.
- 2) toda libertad.
- 3) A conocer los cargos de la acusación de la manera más precisa posible.
- 4) A ser asistido en todo momento por un abogado de su elección y a relacionarse con él con convocar a testigos de descargo y a hallarse presente en el momento en que se proceda á recibir su testimonio.
- 5) A conocer, por lo menos en el caso de delitos graves y con tiempo suficiente antes del juicio, la naturaleza de los elementos de prueba reunidos por la acusación.
- 6) A encontrarse presente cuando la acusación someta sus elementos de prueba y a solicitar a su vez que se proceda al interrogatorio de los testigos de cargo.

El artículo 24 de la Constitución en su numeral 4 reza que toda persona será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un Abogado y a comunicarse con un familiar o cualquier persona que indique.

El numeral 5 se dispone que ninguna persona podrá ser interrogada, ni aún con fines de investigación, por el ministerio público, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la asistencia de un abogado. A continuación agrega que el Abogado puede ser un defensor particular o nombrado por el Estado, en caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Y concluye "Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla este precepto, carecerá de eficacia probatoria".

El enunciado constitucional y lo expresado en el articulado internacional sobre derechos humanos no es suficiente para callar el clamor de muchas personas que se encuentran en un estado de desamparo jurídico por la ausencia de defensores técnicos que asuman el compromiso de participar activamente en los múltiples juicios que se acumulan en las Cortes de Justicia del país.

Quienes impetran auxilio jurídico son aquellas personas que no están en capacidad económica para financiar los servicios de un profesional del derecho particular, que en muchos casos son muy onerosos sin soslayar lo que se debe sufragar por concepto de litisexpensas. De esta manera, la mayoría debe depositar todas sus esperanzas en un letrado nombrado por el Estado, y que se denomina defensor público. Debemos acotar que es preocupante la exigua cantidad de defensores públicos frente a las numerosas solicitudes de asistencia jurídica.

La realidad es que existen 32 defensores públicos en todo el país, por ejemplo, la ciudad de Guayaquil con más de tres millones de habitantes cuenta con cuatro defensores y tres asistentes legales; la provincia de Pichincha, con más de dos millones de habitantes, solo tiene cuatro defensores que defienden a los presos de todos los juzgados, en el área Penal, Civil, Inquilinato, Laboral, Sistemas alternativos de resolución de conflictos y ahora también participan en los juicios de la Niñez y la Adolescencia.

Tan complejo es el problema, que a un defensor público le puede tocar en una mañana atender ocho audiencias no faltando aquellas que coinciden en el horario. Es lógico que el exceso de trabajo, el manejar casos de diferentes ramas del Derecho, el estrés y la presión de decenas de personas que acuden al despacho, disminuye el rendimiento físico y mental del profesional, sin olvidar la baja remuneración por sus servicios jurídicos, lo cual, hace que los sindicatos se encuentren en un estado de indefensión. Es lamentable que gran parte de las audiencias en Los diferentes tribunales deban cancelarse diariamente porque la mayoría de los presos no cuentan con abogados defensores aumentando los rimeros de juicios en los despachos judiciales.

El Dr. Enrique Tamariz, en su calidad de Vocal principal del Consejo Nacional de la Judicatura, en declaración dada a diario El Universo y

publicada el 11 de Agosto del 2003/ señala que „la defensa pública en el país es insuficiente para atender el cúmulo de causas que se les asigna. Estamos cumpliendo con las formas del debido proceso pero no con el sentido real /// afirmó.

Nuestra Carta Política garantiza el derecho a la defensa pública, derecho que para hacerlo efectivo, el Código de Procedimiento Penal contempla la creación de la Defensoría Pública Nacional, con sede en la capital de la República y competencia en todo el país y que se encargará del patrocinio de los imputados que no hayal{ designado defensor.

En junio del presente año el Presidente de la República presentó a la Legislatura el proyecto de Ley de Defensoría). Pública Nacional, que propone la creación de una persona jurídica de derecho público, con independencia administrativa, financiera y pres4puestaria destinado a fortalecer el servicio de defensoría pública (asistencia legal gratuita). Este servicio será prestado por el director de la Defensoría Pública Nacional, los defensores provinciales, loa abogados designados como defensores públicos que formen parte de la planta de personal de la Defensoría y abogados titulados y reconocidos por el Estado, contratados como defensores públicos por la entidad.

Es un proyecto de ley que es cuestionado por la Defensoría del Pueblo, como acotó Claudio Mueckay, a diario El Universo, l/es un ente burocrático que duplicará las atribuciones de la Defensoría del Pueblo y que generará un gasto adicional al Estado". Es una opinión que no es compartida por algunos operadores jurídicos quienes aseveran que la creación de la Defensoría Pública está configurada en el segmento normativo procesal respectivo y coadyuvará a reducir la acumulación de los procesos legales pendientes.

Expreso mi disentimiento con el famoso proyecto de ley porque el Ecuador no necesita de nuevos organismos que trabajen a medias sino fortalecer los existentes. El gobierno en lugar de soñar con entelequias debe en forma inmediata pensar en la posibilidad de que los defensores públicos pasen a formar parte de la Defensoría del Pueblo y todo ese dinero que se tiene previsto invertir para este proyecto debe destinarse a fortalecer a este organismo con más recursos monetarios.

Si como hemos podido apreciar en los Medios de Comunicación, el Estado no tiene dinero para mantener las cárceles del país, para aumentar las pensiones a los jubilados, para pagar a educadores, a médicos, no hay suficientes fiscales y jueces lo que ocasiona investigaciones superficiales y la ralentización de los procesos criminales, la Policía no tiene recursos para brindar seguridad a los ciudadanos, se incrementan los subsidios estatales, los Ministerios cuentan con escasos recursos para llevar adelante sus proyectos, me formulo la siguiente interrogante:

De dónde el Estado va a obtener recursos económicos para subvencionar todos los gastos que demanda la creación de la Defensoría Pública Nacional, esto es, conseguir un local en Quito y en todas las provincias del país, además de adquirir muebles, computadoras, suministros de oficina, vehículos, contratar personal administrativo, abogados de planta y abogados externos con excelentes sueldos, etc. Considero que en países ricos como Arabia Saudita y los Emiratos Árabes, donde el dinero fluye a borbotones el proyecto es factible e interesante pero en un país paupérrimo como el Ecuador, cuyo gobierno apenas intenta satisfacer las necesidades de sus habitantes, que vive en un elevado nivel de austeridad, que la mayor parte de sus habitantes viven en misérrimas condiciones, que no tiene escuelas, medicinas, ni trabajo.

Igual problema de insuficiencia de personal adolece el Ministerio Público, la variedad y exceso de casos hace que no se pueda profundizar en ellos, y es por ello las pruebas aportadas en las audiencias son deficientes.

¿ Es factible perfeccionar el procedimiento penal?

El arto 192 de la Constitución establece que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia, que hará efectiva las GARANTIAS del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia.

Si los centros carcelario s se llenan de personas enjuiciadas, con órdenes de prisión preventiva, que son liberadas porque los jueces se excedieron-en el tiempo que consigna la Constitución para que se les dicte sentencia, significa que no existe tal celeridad en este sistema.

No detener ningún proceso por falta de concurrencia de los enjuiciados o porque están prófugos, tal como lo manda la Constitución en su art. 121. Respecto de los enjuiciados por peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. Se debe sentenciar en ausencia.

Sancionar con fuertes multas a las partes procesales, fiscales, abogados, peritos, testigos y más personas que no cumplan las órdenes de los jueces o tribunales de concurrir a las audiencias o diligencias, entregar informes o rendir testimonios.

Otra dificultad que enfrenta la Administración de Justicia Es el hecho de que las audiencias preliminares y de juzgamiento se suspenden por inasistencias al tribunal sea por falta del abogado defensor, por inasistencia justificada del Fiscal, porque los agentes de policía y testigos no llegaron o porque los acusadores no aportaron con las pruebas.

De esta manera las Cortes y Juzgados se han convertido en lugar de paseo matutino de los reos. Las estadísticas del Consejo Nacional de la Judicatura son alarmantes, por ejemplo en el primer semestre del 2003 se realizó 1571 convocatorias a audiencias de juzgamientos, de las cuales solo se realizaron 996, es decir el 63%. Los datos revelaron que al mes se efectuaron 166 audiencias como promedio y 107 se suspendieron. Señaló el Consejo que estas suspensiones se deben a 210 inasistencias de los abogados, 156 excusas por faltas de fiscal, 87 casos que no llegaron los reos y 17 debido a la falta de intérprete para interrogar a los extranjeros.

Derecho a la Libertad Personal

En su artículo 24 numeral 6 dispone que „Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las leyes prescritas por la ley, salvo el delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas ... ”

Es una garantía sacratísima consignada en la parte dogmática de nuestra Carta Magna que en los últimos lustros ha sido desnervada por las múltiples restricciones a la libertad de las personas. No está tan lejana aquella época en la cual la obtención de una boleta de captura ante funcionarios legos y venales era tan simple como el adquirir pan en la

tienda de la esquina. Las detenciones arbitrarias estaban muy en boga facilitando el florecimiento del chantaje como instrumento de suma efectividad para acrecentar fortunas personales en detrimento del peculio ciudadano. Fue menester brindar una mayor tutela a esta magna garantía a través de la intercalación en el sistema jurídico ecuatoriano de nuevas instituciones, verbi gratia, el Hábeas Corpus y el Amparo de Libertad.

Es que la detención provisional, consagrada en el nuevo Estatuto Procesal Penal, tiene por finalidad la de despojar de la libertad a una persona contra la cual existen presunciones de responsabilidad de que ha incurrido en la comisión de un delito de acción pública. En la praxis, cualquier individuo mal parado en la esquina o por una denuncia de mala fe, era aprehendido por la policía y retenido durante tiempo indeterminado bajo la argucia de hacerlo con fines de investigación. Los resultados de la indagación jamás eran expuestos produciendo en la persona un daño irreparable pues al recuperar la libertad lo hacía con afecciones físicas y psicológicas, amén de la pérdida de su trabajo o estudios universitarios.

Creemos que en la actualidad, el problema de las detenciones arbitrarias ha sido morigerado, pues las figuras de la aprehensión la detención y la prisión preventiva, se encuentran reguladas a partir del artículo 161 de nuestra Ley Adjetiva Penal.

Debemos manifestar que los jueces deben actuar con responsabilidad y diafanidad, no deben ordenar la detención de las personas con ligereza, a pesar de la solicitud del Fiscal, pues dicho pedimento debe estar sustentado no sólo en alguna delación sino también en la práctica de determinadas diligencias encaminadas a llegar a la verdad de la conducta objeto de escrutación.

De las continuas protestas en los Centros de Detención Provisional y las frecuentes revueltas en los Centros de Rehabilitación Social del país, es fácil colegir sus orígenes los cuales están concadenados al alto grado de hacinamiento y condiciones infrahumanas en el que se encuentran los detenidos y presos en el país. Por ejemplo, en los calabozos de la Policía Judicial del Guayas, hasta el Martes 2º de abril del 2003 se encontraban 396 personas cuando el cupo es de sólo 120, espacio insuficiente que permite la gestación de enfermedades y constituye un atentado moral y

psicológico contra el reo. Debemos mencionar que hasta enero del 2004, habitaban las cárceles del país una población carcelaria de aproximadamente diez mil presos en las 33 cárceles del país, requiriendo para su manutención un presupuesto de 26'652.467 dólares para el 2004. Según palabras de Fernando Cassis, titular de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, realizadas a Diario El Universo (publicadas el 25 de enero del 2004) en el 2003 solo se recibió 17 millones de dólares por las multas impuestas por aquellos cheques con insuficiencia de fondos existiendo un déficit de nueve millones de dólares.

Uno de los motivos por el cual se ha llegado a esa situación insostenible de hacinamiento y que alcanzó su clímax en abril del 2004 con la toma de las principales cárceles del país, es precisamente, a criterio de Grace Olvera, Presidenta de la fundación Confraternidad Carcelaria, "es el abuso en las peticiones y órdenes de prisión preventiva por parte de fiscales y jueces". Tal es el grado de negligencia e irresponsabilidad al momento de dictar esta medida cautelar de carácter personal, que la fundación habiendo revisado 140 casos de internos reclusos en el Centro de Rehabilitación Social de Guayaquil, determinó que el 20% son detenciones ilegales pues "se trata de contravenciones que están siendo penalizadas como delitos graves". El otro ejemplo es que la Penitenciaría de Guayaquil alberga más de 3700 internos cuando la cárcel ha sido diseñada para menos de 1800.

Es criticable y censurable la ligereza con que algunos fiscales solicitan al juez que se dicte las órdenes de detención y la prisión preventiva y la facilidad con que éstos últimos la conceden afectando los derechos y GARANTIAS de personas cuyas hojas de vida se han mantenido inmaculadas, intachables y que por culpa de la bajeza y de la miseria de otros deben padecer la tortura psicológica y física que constituye la prisión preventiva soslayando lo prescrito en la Constitución y en la ley, más aún cuando el Código de Procedimiento Penal en su arto 167 establece los requisitos para ordenarla.

La Convención Americana de Derechos Humanos determina que se trata de **una medida de carácter restrictiva**, es decir, que se la dicte cuando sea absolutamente indispensable.

Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la

detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las GARANTIAS del debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa (Comisión IDH, Informe No. 12/96, caso 11.245).

Por lo que los Fiscales y Jueces deben entender que la prisión preventiva es una medida cautelar más no una castigación anticipada, siendo algunos de ellos los responsables de desnaturalizar a dicha figura jurídica en la actualidad.

A más del abuso que en la actualidad se da a la Prisión Preventiva, el panorama se complicó con la incorporación al Código de Procedimiento Penal de la llamada Detención en Firme, figura jurídica creada para evitar que los detenidos recuperen la libertad al cumplirse los plazos de caducidad de la Prisión Preventiva. Dicha reforma ocasionó un nuevo pandemónium en los reclusorios del país, imperando un auténtico caos en que la desobediencia y los atentados contra la vida y la integridad personal eran exhibidos en forma cotidiana por los medios de comunicación.

Un alivio para las cárceles del país fue la resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial el 23 de enero del 2004 que expresaba que la detención en firme no es aplicable en forma retroactiva al 13 de enero del 2003, esto es, que solo podrán acogerse aquellos internos apresados antes de su vigencia; no procede ordenar la detención en firme en los procesos penales iniciados antes de esa fecha. Con esa medida, aproximadamente 1500 presos sin sentencia podrán obtener su libertad.

Es inadmisibles que para que las Instituciones y Organismos competentes tomaran decisiones hubo que esperar la muerte de varios reos y el plagio de funcionarios administrativos, guías penitenciarios, familiares y hasta reporteros de importantes medios de comunicación, amén de los destrozos ocasionados y la pérdida de documentación invaluable para tramitar la libertad de los detenidos. El problema carcelario es estructural, que durante décadas evidenció la escasez de recursos monetarios, materiales y humanos de las cárceles que se hacen extensivos a la Función Judicial, la desidia de un gobierno perdido en los laberintos del poder y su infructuosa búsqueda por encontrar el hilo de Ariadna; una Legislatura morosa con el pueblo ecuatoriano, que en lugar

de implementar mejores leyes, está preocupada en discusiones bizantinas. Por consiguiente, la situación carcelaria no puede estar en medio de la vorágine política, es un problema de muchas aristas que merece una solución integral por parte de las tres Funciones del Estado.

En suma, con la abrogación del sistema inquisitivo y la vigencia del sistema penal acusatorio, el Ecuador se integra a las modernas tendencias de la doctrina penal y procesal penal, que se resume en un nuevo enfoque, en una nueva actitud del cuerpo social frente al fenómeno criminal, y que necesita como herramienta básica una política criminal que esté acorde con los desafíos que presenta el nuevo milenio.

La inserción de nuestro país a un mundo globalizado requiere de nuevos mecanismos jurídicos para confrontar a una de las facetas más terribles del Fenómeno criminal como es la corrupción, verdadera pandemia que se proyecta a niveles inimaginables. De nada sirvió en el pasado la utilización de un exagerado poder represivo por parte del Estado como parte de una política criminal ineficaz, mas bien los resultados fueron contraproducentes pues mas bien consiguió aupar la actividad criminal, logró la consolidación del imperio de la impunidad, se violentaron en forma desmesurada los derechos y GARANTIAS de las personas, se dictaron iniquísimas sentencias condenando a personas inocentes y permitió el acrecentamiento de la desesperanza y la resignación de un pueblo por alcanzar una verdadera justicia penal.

Estas GARANTIAS de rango constitucional tienen un marco jurídico protector a nivel internacional, verdadera égida normativa que delimita aún más el poder represivo del Estado al momento de responder a la conducta lesionadora de un bien jurídico de mucha significación social y reafirma la intangibilidad de los derechos del ciudadano y en especial del encartado, aspirando lograr un proceso justo en beneficio no sólo del imputado sino también de la pretendencia punitiva del Estado.

De esta manera el debido proceso se constituye en uno de los puntales básicos del Derecho Procesal Moderno.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA DE CONSULTA

(1) Procuraduría General del Estado; "Proinfoci, Programa de Información Ciudadana", Página 31, Quito.

(2) CAMARGO, Pedro Pablo: " El Debido Proceso", Editorial Leyer, Santa Fe de Bogotá, Año 2002. Página 19.

(3) CAFFERATA NORES, José; " Proceso Penal y Derechos Humanos"; Editores del Puerto. Año 2002. Buenos Aires, Argentina. Página 71.

(4) CAFFERATA NORES, José;" Proceso Penal y Derechos Humanos"; Editores del Puerto. Año 2002. Buenos Aires, Argentina. Páginas 45 y 46.

CARNELUTTI, Francesco; " Las Miserias del Proceso Penal"; Editorial Temis, Año 1997, Santa Fe de Bogotá, Colombia.

(5) REYES ECHANDÍA, Alfonso: " Derecho Penal", Editorial Temis, Año 2000, Santa Fe de Bogotá. Página 62.

SALMON AL VEAR, Carlos: "El Régimen Procesal del Amparo Constitucional en el Ecuador"; Editorial Ediho. Año 2002, Guayaquil, Ecuador.

NUEVA ENCICLOPEDIA LAROUSSE. Segunda Edición, Editorial Planeta, Tomo VII, Páginas 7235 y 7236; Barcelona, España.

ENCICLOPEDIA SALV AT. Salvat Editores S.A. Tomo VII, Página 1808; Año 1982.

DIARIO EL UNIVERSO DE GUAYAQUIL.