

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y AMPARO DE LIBERTAD

Alfonso Zambrano Pasquel
Profesor de Derecho Procesal Penal

Introducción.- Cabalgando a lomo de la primera década del siglo 21, que es para muchos el siglo de la globalización – por lo menos de la pobreza -, somos testigos de una *dialéctica de las contradicciones* que caracteriza a los sistemas penales en el país, en la región y en el mundo del ciberespacio y de la autopista de la información.

Por una parte seguimos alimentando la propuesta de un *discurso penal garantista* con asistencia plena de las garantías propias de un Estado de Derecho, cuyo mayor ícono doctrinario es para muchos el profesor LUIGI FERRAJOLI¹ y su desarrollo de las propuestas de un *derecho penal mínimo*, con respecto del que mencionábamos en el año 1988, “ *el derecho penal mínimo debe asomar como tutela de derechos fundamentales y la ley penal como la ley del mas débil. De acuerdo con lo antes expresado lo que se pretende es minimizar la violencia en la sociedad, porque tanto el delito como la venganza son razones construidas que se enfrentan en un conflicto violento resuelto por la fuerza, la fuerza del delincuente y la fuerza de la parte que se siente ofendida o lesionada. Si la venganza es incierta porque se llegare a abolir todo sistema punitivo, se institucionalizaría el abuso a través de la venganza incontrolada y sin parámetros reguladores de parte de la víctima del delito o de sus allegados*”².

El mismo profesor LUIGI FERRAJOLI nos recuerda “que el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una

¹ FERRAJOLI Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 1997., 991 páginas.

² ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Derecho Penal y Criminología*. Offset Graba, Guayaquil, , 1988, p. 62.

intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena cualquiera que sea la forma en la que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo”³. Reseña que en la concepción de MONTESQUIEU y CONDORCET, el mas “terrible” y “odioso” de los poderes, es la potestad de juzgar y de castigar, porque es el que se ejerce de la manera mas violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma mas conflictiva la relación entre estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales.

Con una propuesta calificada como *minimalista* y necesaria para una convivencia social equilibrada, seguramente pensamos en la advertencia del profesor de Munich, CLAUS ROXIN, de que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho Penal, sino *también* del Derecho Penal. En expresiones del profesor ROXIN “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’. Como instrumentos de protección que brinda el Estado hemos visto ya el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras.”⁴

En la orilla opuesta nos encontramos con la consolidación de un *discurso de la emergencia* y la clara propuesta de un *derecho penal del enemigo*, aunque se advierte que derecho penal de la emergencia que se traduce en una propuesta de *derecho penal máximo* con un claro recorte de garantías constitucionales y procesales, se ha venido repitiendo a lo largo de la historia, le damos este calificativo a partir de una de las publi-

³ FERRAJOLI Luigi, en ob. cit. p. 21.

⁴ ROXIN Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003, p. 137.

caciones del profesor de la Universidad de Bonn, GUNTHER JAKOBS,⁵ mismo que nos advierte que esta construcción de un derecho penal del enemigo es la negación de un derecho penal del ciudadano. La sociedad de la post modernidad ha ido creando la figura del *enemigo*, como la de aquel sujeto que debe estar desprovisto de las garantías propias del Estado de Derecho, porque ya mediante su comportamiento individual o como parte de una organización criminal (nadie duda que vivimos la era de la tecnocriminalidad y de la delincuencia organizada trasnacional), abandona el Derecho de manera irreversible pues no se trata de un delincuente ocasional. Su comportamiento es de por sí un peligro sostenido y permanente con un perfil patológico de perversión irrecuperable. El paso del *ciudadano* (sujeto normal) al *enemigo* (sujeto anormal) se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y finalmente se integrará a verdaderas organizaciones delictivas de cuya estructura va a ser parte. Ante la dimensión de este perfil patológico de perversión y criminalidad debe surgir un ordenamiento jurídico especial, hoy denominado como *derecho penal del enemigo*, pero que a lo largo de la historia hemos visto como el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a los imputables peligrosos.

Pretendida legitimación del *derecho penal del enemigo*.- Nos encontramos con un derecho penal incluso de la anticipación a los hechos criminales, como una propuesta de protección penal, que va a conllevar un discurso de aumento de penas, la transformación de la legislación penal en un arma de lucha contra el enemigo, al que hay que enfrentar socavándole sus garantías procesales, desconociéndole hasta el derecho al reclamo mediante instituciones como las del *amparo de libertad*. El *derecho penal de la emergencia* termina por legitimar el abuso frente a lo que se considera una situación excepcional, que creada por el *enemigo* es castigada de inicio con la propia renuncia a sus garantías personales. El recorte de garantías y beneficios de excarcelación se trasladan al propio derecho procesal penal, con la creación de institutos como la prisión preventiva no excarcelable ni sustituible frente a cierto tipo de delitos como los de criminalidad organizada, terrorismo, delincuencia macroeconómica, tráfico de drogas ilegales, pornografía infantil, etc., en estos

⁵ JAKOBS Gunther , *Derecho Penal del enemigo*, Thomson- Civitas, Madrid, 2003.

casos se pretende encontrar su legitimación a partir de la necesidad de la eliminación de un peligro potencial o futuro, la punibilidad se adelanta y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros. Claro que sabemos anticipadamente que *no va a disminuir la tasa de criminalidad* no obstante la gigante maquinaria de demolición de garantías propias de un Estado de Derecho, pero esta es la propuesta retroalimentada a raíz de sucesos que conmovieron a la comunidad internacional como el atentado a la Torres Gemelas del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York, o el perpetrado el 11 de marzo del 2004 en Madrid.

Ante la aprobación del anteproyecto de ley orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que aprobó el Gobierno español, el profesor FRANCISCO MUÑOZ CONDE ⁶, catedrático de la Universidad de Sevilla, expresaba que este “constituye probablemente uno de los cambios mas espectaculares que se ha producido en la política penal española de los últimos cincuenta años. Ni siquiera en las épocas mas oscuras y duras de la dictadura franquista o en los años mas inseguros y difíciles de la transición democrática se llegó a proponer una prolongación de la duración de la pena de prisión a 40 años, y mucho menos a obligar que esos 40 años se tengan que cumplir íntegramente, sin ninguna posibilidad de reducción temporal a límites mas soportables humanamente y compatibles con la idea de reinserción social”. Una de las propuestas de este nuevo *derecho penal del enemigo* es que deja abierta la posibilidad de algún tratamiento de beneficio si hay alguna colaboración activa mas allá del arrepentimiento, exigiendo un cambio ideológico y hasta la *delación* de sus compañeros en actos de terrorismo, cuando se sabe que la figura del “arrepentido” tiene generalmente una repulsa incluso de parte de quienes no comparten la *ética* o la *moral* del terrorismo.

MUÑOZ CONDE nos recuerda que según JAKOBS, en *el derecho penal del enemigo*, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. El problema que plantea este derecho penal del enemigo es su difícil compa-

⁶ MUÑOZ CONDE Francisco, *¿Hacia un derecho penal del enemigo?*, publicado en el País, el 15 de enero del 2003.

tibilidad con los principios básicos del derecho penal del Estado de derecho, porque ¿dónde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?, ¿quien define al enemigo y como se lo define?, ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley? Por nuestra parte agregamos que esta es una propuesta de *derecho penal de autor* pues se etiqueta al ciudadano como *enemigo* y luego se lo va a liquidar por su calidad de *enemigo* aunque no fuese responsable ya de ningún acto. El catedrático de Sevilla, MUÑOZ CONDE, expresa su preocupación porque este *derecho penal del enemigo* es una amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho.

El tema no es nuevo, el profesor CLAUS ROXIN al defender el fortalecimiento de un *derecho penal de acto* frente a los abusos de un *derecho penal de autor*, recuerda la ley de delincuentes habituales de 1933 en Alemania, atribuyéndole a MEZGER haber sostenido la “**culpabi-lidad por la conducción de la vida**” que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto, decisiva para la mayoría de los delitos, porque solo aquella parecía en condiciones de explicar las consecuencias jurídicas de los citados preceptos como “pena”, es decir como respuesta a la culpabi-lidad ⁷. En la pretendida legitimación de MEZGER de esta suerte de derecho penal autoritario, *la culpabilidad jurídico penal del autor no es solo culpabilidad por el hecho aislado, sino también su total culpabilidad por la conducción de su vida, que le ha hecho degenerar* (el subrayado es nuestro). Esa culpabilidad por la conducción de vida abarca toda la personalidad del autor, su haberse – hecho – así por llevar una vida equivocada, y en esa medida es una concepción propia del *derecho penal de autor*. Esas propuestas maximalistas se consolidan por las regulaciones del Derecho penal de guerra del régimen nazi, dictándose Ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo (5-9-1939) y contra delincuentes violentos (5-12-1939), como recuerda ROXIN “los esfuerzos de la doctrina científica se encaminaron a restringir dichas leyes vagamente formuladas y con penas draconianas, sosteniendo que no debía someterse a las mismas todo aquel cuya conducta se hubiera podido subsumir en el tenor literal de dichos preceptos, sino que se exigía que solo se aplicaran los preceptos cuando el autor mediante su conducta se hubiera mostrado ` conforme a su ser` como un típico `sujeto nocivo para el pueblo` o un típico `delin-

⁷ ROXIN Claus, en ob. cit. p. 180.

cuenta habitual”⁸. Esto ha ocurrido y sigue ocurriendo en Ecuador como veremos posteriormente.

Sostenemos que hay que evitar la presencia de un derecho penal autoritario y abusivo, pues sus efectos son de pronóstico reservado y conllevan un ejercicio abusivo del poder de definición que en un momento determinado tiene quien o quienes dirigen el Estado, que pueden liquidar a sus opositores con la manipulación de un *derecho penal de la emergencia*. Personalmente nos parece tan repudiable el abuso en las cárceles en Iraq que constituyeron una vergüenza para la humanidad por la ausencia del respeto mínimo a la persona y a su dignidad, como lo que ocurre con los presos en la base militar de Guantánamo que es *la cárcel del enemigo*, o lo que ocurre en las cárceles cubanas con los presos de conciencia, que son para el régimen de Fidel Castro el *enemigo*.

El profesor RAUL ZAFFARONI⁹ hace importantes apuntes sobre el desarrollo del concepto de *peligrosidad* como argumento legitimante de los Estados de policía antimodernos, y las posiciones extremas en el nacionalsocialismo alemán mas graves que las conocidas en el fascismo, “basado en la *comunidad del pueblo*, fundada sobre la *comunidad de sangre y suelo* – sostenida por el *mito de la raza* – las leyes nazis se proponían la defensa de la pureza racial frente a la contaminación de *filos* genéticos inferiores. Por ello la pena no tenía contenido preventivo, sino solo de defensa frente a cualquier delito, que era considerado ataque al pueblo alemán. Por ley de 1933 se penó el mero proyecto de algunos delitos; en 1935 se penaron por igual los atentados a jefes del partido que a los funcionarios; en 1936 se penaron las relaciones sexuales y los matrimonios *interraciales*; se diferenciaron las penas de muerte: fusilamiento para militares, decapitación con hacha para delincuentes comunes y horca (infamante) para los delitos políticos que eran juzgados por tribunales especiales (el *tribunal del pueblo* establecido en 1934). En 1933 se introdujo la esterilización como *medida de seguridad* y la castración para algunos delitos sexuales. En 1935 se eliminó el principio de legalidad con la consagración legal de la analogía en el artículo 2º del

⁸ ROXIN Claus, en ob. cit. p. 181-182.

⁹ ZAFFARONI E. Raúl , *Derecho penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 320.

StGB -Código Penal alemán- por el siguiente texto: *Es punible el que comete un acto declarado punible por la ley, o que conforme a la idea fundamental de una ley penal y al sano sentimiento del pueblo, merece ser punido. Si ninguna ley penal es directamente aplicable al acto, el acto se pena conforme a la ley en que se aplique mas ajustadamente a la idea fundamental*". Esta es la más depurada expresión de un *derecho penal del enemigo* a partir del mito de la superioridad de la raza aria, con la que se pretendió legitimar todo el perverso holocausto.

Italia también ha vivido lo que el profesor LUIGI FERRAJOLI denomina el *subsistema penal de excepción* nacido por una cultura de la *emergencia* que seguramente se legitima por los embates del crimen organizado y del terrorismo, esto ha conllevado a un cambio de paradigma del sistema penal italiano durante los años setenta y ochenta y una acentuación de su discrepancia respecto del modelo de legalidad penal diseñado en la Constitución y heredado de la tradición liberal. Como dice el profesor citado, " no comprenderíamos, sin embargo, la naturaleza de este fenómeno si no identificáramos sus raíces en la legislación de excepción y en la jurisdicción no menos excepcional que en estos mismo años han alterado tanto las fuentes de legitimación política del derecho penal como sus principios inspiradores. La cultura de la emergencia y la práctica de la excepción, incluso antes de las transformaciones legislativas son responsables de una involución de nuestro ordenamiento punitivo que se ha expresado en la reedición, con ropas modernizadas, de viejos esquemas sustancialistas propios de la tradición penal premoderna, además de la recepción en la actividad judicial de técnicas inquisitivas y de métodos de intervención que son típicos de la actividad de policía".¹⁰

La Constitución Política y su discurso de garantías.- En el marco teórico constitucional y como la herencia mas importante de la *constituyente* de 1997, tenemos desde el 11 de agosto de 1998 una nueva Constitución Política de la República, que consagra un discurso de garantías constitucionales, necesario para la consolidación de un Estado de Derecho, aunque encontremos en la realidad severas contradicciones con la

¹⁰ FERRAJOLI Luigi, en ob. cit. p. 807.

operatividad de un sistema penal y procesal penal, que retoma la propuesta de un *derecho penal del enemigo*.

Tales garantías si existen formalmente en la Constitución Política de la República del Ecuador, que en el Art. 24 consagra los principios del derecho a un debido proceso, estableciéndose: el principio de legalidad, el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente, el *in dubio pro reo*, la proporcionalidad entre la pena y la infracción penal, los sustitutivos de las penas privativas de la libertad, la caducidad de la prisión preventiva, la motivación de las medidas de aseguramiento y en general de las resoluciones de los poderes públicos, el principio de la incoercibilidad del imputado, el derecho a declarar en lengua materna, la presunción de inocencia, el derecho a ser informado de cualquier indagación en contra de un ciudadano, el respeto al juez competente, el derecho a la no incriminación acogiéndose al “derecho al silencio”, la asistencia legal obligatoria, la inviolabilidad del derecho a la defensa, el respeto al derecho al contradictorio, la falta de eficacia probatoria de las actuaciones cumplidas con violación de la Constitución o las leyes, el respeto al *non bis in idem*, y el derecho a acudir a los órganos judiciales en procura de una tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses.

Situación procesal del reo y duración del proceso penal.- Debemos referirnos al Informe Anual sobre la Región Andina, de enero del 2004, que publica una ONG de reconocido prestigio institucional, que es la Comisión Andina de Juristas¹¹. En este importante informe llamado **LOS DESENCUENTROS DEL PODER**, en su Capítulo VI denominado **LA JUSTICIA Y SUS PROBLEMAS**, que corre de fs. 155 a 182, al referirse al Ecuador, nos dice que “los hechos ocurridos en el año 2003 han contribuido a la continuación del deterioro de la Función Judicial. Hoy más que antes se cuestiona la falta de independencia de la judicatura por el grado de politización al que sido llevada la designación de los integrantes de la Corte Suprema. También apreciamos algunos obstáculos en la aplicación del nuevo modelo de justicia penal, la existencia de problema de orden funcional por los permanentes enfrentamientos entre el Consejo Nacional

¹¹ Se puede revisar Comisión Andina de Juristas. **Los desencuentros del poder. Informe Anual sobre la región andina 2003**. Lima, CAJ. 2004. 244 p.- www.cajpe.org.pe

de la Judicatura y las otras instituciones que integran la Función Judicial por el tema disciplinario.

La función ejecutiva por su parte, haciéndose eco de las demandas sociales de mejora de la judicatura viene promoviendo su reorganización y despartidización, situación que por provenir de una función distinta de la judicial resultó cuestionada por diversos sectores pero fundamentalmente por la propia judicatura” Sigue el Informe Anual de la Comisión Andina de Juristas, con una mirada rápida a la reforma procesal penal, así como a otras reformas en el ámbito normativo para analizar en el Subtema 4.6, **La crisis carcelaria**. En este ámbito específico dice el Informe: Asegurar que “la base de la corrupción del sistema penitenciario es la desorganización” y que las cárceles están en manos de los presos” según palabras, a inicios de año, del director de Planificación de la Dirección de Rehabilitación Social del Ecuador, Guido Boada, al presentar el estudio sobre cárceles realizado por la Escuela Politécnica Nacional y la Fundación Esperanza, que constan en la p. 173 del Informe Anual de la Comisión Andina de Juristas, describe claramente el estado de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social y lo dificultoso que resulta administrar esa dependencia del Estado sumergida en crisis desde hace varios años.

El estudio realizado por la Escuela Politécnica Nacional y la Fundación Esperanza, demuestra que en las dos principales cárceles de Ecuador (Quito y Guayaquil) hay libre tráfico y consumo de drogas, la corrupción campea, los presos y sus familias tienen que pagar por los servicios mínimos que les otorga el Estado y existe una epidemia de enfermedades de transmisión sexual completamente desatendida. La razón de esta situación según el estudio sería la inaplicación del método progresivo, mediante el cual se clasifica a los presos de acuerdo a su grado de peligrosidad. Similar diagnóstico consiguió la Comisión de Derechos Humanos del Congreso con base en un trabajo de campo en 15 cárceles al concluir que “en esos mal llamados centros de rehabilitación se violan constantemente los derechos humanos, hay torturas, muertes por negligencia, droga y corrupción”

Ante esta situación de crisis, las expectativas recaen sobre lo que pueda lograr el Consejo Nacional de Rehabilitación Social, al dejar expe-

dita la entrada en vigor de la iniciativa privada – disposición dictada en el marco de lo dispuesto por el Reglamento de Prestación de Servicios para la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, publicado en el Registro Oficial No. 23 de febrero del 2003. La posibilidad de que la iniciativa privada participe en la prestación de todos los servicios que el Estado proporciona para ejecutar las penas y rehabilitar a los internos de los centros carcelarios y de detención provisional del país, son crecientes, pese a las reacciones de los operadores del servicio de vigilancia y seguridad de los internos que se produjo en una huelga nacional de 48 horas en marzo de 2003. También hay incertidumbre sobre el curso del Proyecto de Ley Orgánica de Ejecución de Penas, que se encuentra en el Congreso Nacional y que vendría a modificar la Ley vigente que con parches y remiendos tiene alrededor de 20 años.

Con ese proyecto – al que en lo personal no conocemos en detalle – se procura despolitizar el sistema penitenciario que se encuentra en manos del Ejecutivo (a través del Ministerio de Gobierno) y conformar un Consejo Nacional de Rehabilitación Social, totalmente técnico, integrado por representantes de los tres poderes del Estado y de la sociedad civil. El Proyecto alienta el buen comportamiento y estimula el trabajo y la educación de los prisioneros para lograr reducciones notables de las penas y estados de pre libertad y libertad controlada que permitan una mejor rehabilitación social.

La percepción que se tiene del manejo de la cosa pública ecuatoriana no es de lo mejor en el exterior o en publicaciones internacionales, recordemos la reciente de Transparencia Internacional, cuyo informe nos llegó por conducto de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo de Quito, de la que somos parte, siendo la CLD también el Capítulo de Ecuador de Transparencia Internacional, con la Dra. Valeria Merino como su Directora. Sabemos que de acuerdo con el Latinobarómetro para medir la corrupción, somos segundos en Latinoamérica después de Paraguay, con una mejora de dos puntos pues del nivel de credibilidad en el 2003 que era de 2.2 en la escala de diez, ahora tenemos un 2.4, pues se sigue reclamando por la designación de Contralor, tampoco se ha elegido al Defensor del Pueblo, no se consolida la institucionalidad de la función judicial, aunque sobre esto la posición de la CLD-TI, es que el Ejecutivo no trate de interferir en el manejo independiente de los

problemas internos de la función judicial, y en el respeto a su autonomía e independencia, por otro lado la percepción es de que hay corrupción en el sector público y nepotismo en el manejo del Gobierno, y un pretendido debilitamiento de un organismo como la Comisión de Control Cívico de la Corrupción que nació como una respuesta a un clamor ciudadano, entre otros males.¹²

A raíz de la decisión del Congreso Nacional del 8 de diciembre del 2004, que dio paso a la cesación de la Corte Suprema de 1997, y a una interpretación forzada de la inexistente competencia de la legislatura que terminó con la designación de una nueva Corte Suprema llamada “de transición”, el deterioro institucional se ha agravado, sin salidas racionales a la crisis de ilegitimidad que provocó la cuestionada acción del Congreso, con la intervención de organismos de la OEA y de la ONU en el tema *justicia en Ecuador*.

La finalidad de la cárcel como *derecho penal del enemigo*.- Si nos formulamos una gran pregunta, para que sirve la cárcel? Parodiando a un extraordinario y querido amigo, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, hoy Magistrado de la Corte Suprema en Argentina, diría que “no sabemos para que sirve la cárcel” o dicho mejor “sabemos para que no sirve”, porque la misma no rehabilita, no reeduca y no resocializa, y este no es el fúnebre privilegio de la cárcel ecuatoriana, pues la cárcel en general es una verdadera maquinaria de demolición de la personalidad, y aunque suene a una utopía durante muchos años venimos escuchando que “la mejor cárcel es la que no existe” como dijera la doctora Lolita Aniyar de Castro, apreciada y eminente criminóloga venezolana. Pero la verdad es que tenemos cárcel para mucho rato y por mucho tiempo. Entonces no nos queda otra vía posible que mejorarla, pues la pena que se termina pagando en la cárcel, en las condiciones que se cumple, no tiene ninguna finalidad de prevención especial porque no reeduca al reo o ninguna finalidad de prevención general por la intimidación, aunque no estoy tan seguro porque la cárcel es un verdadero infierno o “expreso de medianoche”.

De lo que si estoy seguro es que la pena y la cárcel, son la más depurada expresión de un acto de venganza oficial del Estado contra el

¹² Se debe revisar el documento, **TRANSPARENCIA AHORA. Informe de Transparencia Internacional Ecuador. No. 6, editado por la CLD en octubre del 2004.** En siete páginas.

interno, de manera que apreciada así es la consolidación de retribución pura. El discurso perverso de su cumplimiento y ejecución, NO nos permite pensar en otra respuesta que en un acto de venganza y de retribución o compensación por el mal causado. No puede seguirse desconociendo el rol de la cárcel como medio idóneo y eficaz de un conjunto de estrategias que conocemos como *control social*, de manera que la cárcel al igual que la pena cumple también una propuesta instrumental que aunque deslegitimada por las contradicciones entre las funciones declaradas y las conseguidas, es funcional para los fines que subyacen en su ideología.¹³

Sin pecar de siniestros, recordemos que en el Art. 45 del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social¹⁴, está consagrada la pena de muerte bajo una forma modal de ejecución extra judicial, pues este artículo dice: “**Justificación del uso de armas.**- No cometen infracción los funcionarios, empleados y guías encargados de la custodia de los internos, dentro o fuera de los centros de rehabilitación social, si, para mantener dicha custodia, tienen necesidad de hacer uso de sus armas, sea para sofocar amotinamientos, recapturar prófugos o contener y evitar fugas, siempre que no tengan otro medio idóneo para impedir tales hechos”. En la práctica puede darse el caso de una ejecución sumaria de un interno que se fugue de un centro carcelario, y sin estar en un caso de legítima defensa personal, podría el guía o custodio dispararle por la espalda y aunque esto en teoría sería una forma modal de asesinato por el actuar con alevosía y ventaja, esa conducta estaría legitimada, por la disposición del Código de Ejecución de Penas... no obstante que la fuga o evasión *per se*, no constituye infracción punible de parte del interno que se evade! Esa grave contradicción aun no ha sido superada, y reafirma la vigencia de un *derecho penal del enemigo*, en la legislación penitenciaria ecuatoriana.

Encuentro de las reformas penales con un *derecho penal del enemigo*.- El Código Penal vigente, es el de 1938, al que se le han ido agregando parches y remiendos provenientes de dictaduras militares o del propio Congreso Nacional. Tanto la Universidad, como foros califica-

¹³ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, . Offset Graba, Guayaquil, 1996, p. 175-176.

¹⁴ Cf. Ley 95, de 1982.

dos de abogados o profesores especializados en la materia, hemos estado al margen de las reformas, y por ello han respondido más a una propuesta maximalista propia de un *derecho penal del enemigo*, que es políticamente redituable, aunque se las maneje sin criterio técnico. Sin duda en el Código de 1938 se nota la presencia del positivismo penal italiano, que era la corriente de moda para la época, afirmando por nuestra parte que el código vigente es una especie de simbiosis del código penal francés de 1810, del belga de 1880 y del antiguo código penal italiano. Entre el primer código penal de Ecuador que fue de 1837 y el último de 1938, pasaron 101 años, en que lo más importante fue la supresión de la pena de muerte, con el tercer código del general Eloy Alfaro de 1906.

Mediante Decreto Supremo del 26 de junio y que entrara en vigencia el 4 de julio de 1978, se creó la reclusión mayor especial de dieciséis años un día, a veinticinco años, para delitos graves como los de asesinato, violación agravada, robo agravado, etc. Este aumento de penas fue eliminado por el Congreso de la República, mediante decreto ley, del 1 de octubre de 1979. Reestableciendo como pena máxima la de hasta 16 años de reclusión mayor extraordinaria.

Mediante Ley 108 de 1990, se dictó la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, que consagró propuestas de derecho penal máximo, con recorte de garantías constitucionales como la consulta necesaria para hacer efectiva la cesación o revocatoria de medidas cautelares de aseguramiento personal o las reales, la inversión de la carga de la prueba, la presunción de culpabilidad, la pérdida de beneficios carcelarios como la pre-libertad y la libertad anticipada o vigilada, así como el agravamiento de la pena en caso de concurso de delitos, que la convierten en un estatuto penal de excepción. La Ley de Drogas del Ecuador responde al discurso del *derecho penal del enemigo*, aunque nuestra propuesta abolicionista es suficientemente conocida y simplemente la recordamos de paso;¹⁵

En sep. 9 de 1992, mediante Ley 04, y como reforma al Código Penal (Art. 114) se estableció la caducidad de la prisión preventiva, si la

¹⁵ Cf. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Cárcel y Drogas. De la represión a la legalización*. Edino, Guayaquil, 1994.

persona estaba detenida por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima, sin que se hubiese dictado auto de sobreseimiento o de llamamiento a juicio. Igualmente debe disponerse la libertad, si no hubiese recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido en el Código Penal como pena máxima por el delito. Se excluyeron del beneficio los casos de narcotráfico, aunque tal restricción fue declarada inconstitucional por razones de fondo, mediante resolución del Tribunal Constitucional del 16 de diciembre de 1997.

Con Ley 106 del 21 de julio de 1998, se amplió la adecuación típica en caso de delitos sexuales, así como de proxenetismo y corrupción de menores. En 1999 se tipificó como forma modal de estafa, el fraude en el pago del precio real de la caja de banano, mediante Ley 99-48 del 27 de diciembre. Mediante Ley 99-49 del 25 de enero del 2000, el Congreso de la República creó los Delitos contra el Patrimonio Cultural, así como los Delitos contra el Medio Ambiente, que incluye a los ecológicos. Se ha creado mediante Ley 2000, del 30 de junio del 2000, el delito de Tráfico Ilegal de Migrantes, para tratar de frenar el denominado “coyoterismo” o tráfico de personas que son igualmente estafados. Esto no ha frenado la Migración que se produce por razones eminentemente sociales y económicas, y que se considera como el primer rubro de ingreso de divisas para el Estado por las remesas o envío de dineros, en un estimado de 1500 millones de dólares por año.

No existe un proceso de reforma para la *ley sustantiva penal*, aunque hay un proyecto de nuevo Código Penal de mi autoría en el Congreso Nacional desde 1997, del que se ha tomado ya para una reforma parcial, el Capítulo de los *Delitos Ecológicos*. Lo que ha existido es una propuesta ya consolidada, de aumento de penas para llegar hasta la máxima penalización de 25 años en casos de violación agravada, secuestro agravado con muerte del secuestrado y asesinato. Hay la posibilidad de llegar hasta los 35 años en el caso de un concurso ideal de infracciones reprimidas con reclusión mayor especial que es de dieciséis a veinticinco años. Probablemente por un mal manejo de la teoría del delito, se olvidaron los autores de la reforma que existe el concurso real de infracciones penales, caso en el que también debería funcionar la acumulación técnico – jurídica de las penas, del Art. 81 reformado del

CP nuestro. No conocemos aún un caso en que se haya aplicado esta penalización máxima, vigente desde el 28 de sep. del 2001.

En materia penitenciaria ha habido un recorte de las conquistas de los internos, pues se suprimió la ley del 2 x 1, y hoy es de 180 días por cada cinco años. Esta reforma se dio igualmente el 28 de sep. del 2001, con la Ley 2001- 47, caracterizada por un aumento de penas mediante la creación de la reclusión mayor especial antes indicada, de un sistema de acumulación reglada de hasta 35 años, y por la reforma al Art. 33 de la Ley de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, que preveía la rebaja del 2 x 1, misma que fue pulverizada por esta propuesta de derecho penal máximo, propia de políticos y no de juristas, que utilizaron el argumento de que había necesidad de aumentar las penas en delitos sexuales y contra las personas, así como en el caso de secuestro y robo agravados con muerte de las víctimas.

El *derecho penal del enemigo* seguramente produce mayores réditos políticos y de allí surge su funcionalidad. La propuesta de consulta popular del Presidente Lucio Gutierrez para tratar de legitimar la violación de la Constitución Política del Ecuador por parte del Congreso de la República el 8 de diciembre del 2004, es una clara evidencia de la utilización de este discurso maximalista, pues ante la falta de respaldo ciudadano a su propuesta, la ha reajustado y le agrega, endurecer las penas en los delitos de narcotráfico, secuestro, homicidio, enriquecimiento ilícito, peculado, cohecho, concusión, desaparición forzada de personas y violación.¹⁶

De acuerdo con la Constitución Política vigente, son imprescriptibles las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia. No cabe en estos casos, el indulto o la amnistía. (Art. 23, numeral 2, último inciso). Son igualmente imprescriptibles, los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, y los procesos se pueden sustanciar hasta su conclusión, aún en ausencia de los acusados (Art. 121 de la Const. Polit.)

¹⁶ Diario EL UNIVERSO, edición del jueves 3 de marzo del 2005, sección política, p. 3A.

Una última propuesta de reformas está dirigido al tema de la Pornografía Infantil y de la Prostitución Infantil, habiendo cinco proyectos de distintos legisladores, para octubre del 2004. Estas propuestas pecan de anti técnicas, porque desconocen que en el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador del año 2003, están correctamente definidos, el maltrato de niños y adolescentes, la pornografía y prostitución infantiles, y el tráfico de niños y adolescentes, cuya descripción típica debe ser tomada de ese cuerpo legal, y extrapolarla al Código Penal. Una vez que esto se cumpla, se debe pasar a discutir y establecer la penalización adecuada y justa, en función de la gravedad de los bienes jurídicos afectados. Por lo demás hay que recordar que este tipo de delincuencia organizada trasnacional tiene un gran mercado de consumo en el primer mundo, con una economía subterránea que significan algunos miles de millones de dólares, siendo los explotados los países pobres de la periferia, que sufren la depredación de su gran reserva moral que son los niños y adolescentes.

En palabras del profesor RAUL ZAFFARONI, “a partir del reconocimiento de que la actual tendencia globalizante aumenta la conflictividad y los peligros, en lo que se ha llamado la sociedad de riesgo, la teoría que legitima el derecho penal de riesgo, desemboca en un *estado preventivista*, que ahoga al estado de derecho, confundiendo prevención policial con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. El derecho penal de riesgo convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, eliminando el *in dubio pro reo* cuando no se puede probar con certeza la producción del resultado, como también la reserva de la ley mediante la administrativización ... a la ley penal no se reconoce otra eficacia que la de tranquilizar a la opinión, o sea, un efecto *simbólico*, con lo cual se acaba en un *derecho penal simbólico*, o sea, que no se neutralizan los riesgos sino que se le hace creer a la gente que ya no existen, se calma la ansiedad o, mas claramente, se miente, dando lugar a un derecho penal promocional, que acaba convir-tiéndose en un mero difusor de ideologías”.¹⁷

El cambio de paradigma procesal penal.- Puede ser sintetizando en las siguientes apretadas reflexiones:

¹⁷ ZAFFARONI Eugenio Raúl, ob. cit. p. 336-337.

En el Código de Procedimiento Penal de 1983, existía la etapa procesal del sumario que se tramitaba exclusivamente por escrito y que se inspiraba en el modelo inquisitivo con un juez penal que pretendía dirigir la investigación en el sumario, recibir pruebas de oficio o a petición de parte, las mismas que en muchas ocasiones y por la sobrecarga de trabajo, eran recibidas por el personal subalterno de la judicatura. Esto nos podía conducir a que, sin intermediación del juez con la prueba, se podían disponer medidas cautelares de apremio personal y real, revocarlas o sustituir las, sustanciar la etapa intermedia, y resolver la misma con o sin dictamen del fiscal, de manera que podía dictarse un auto resolutorio de llamamiento a juicio plenario sin acusación fiscal o sin acusación o querrela del ofendido o víctima, o de quienes podían a su nombre ejercer el derecho de acusación.

La etapa del plenario que correspondería a la etapa del juicio seguía siendo escrita y llena de legajos, y la prueba que debía ser recibida por un Tribunal Penal constituido por tres jueces abogados, se contraía a la incorporación de la prueba actuada por el juez penal mediante simple lectura o ratificación, con lo cual se incumplían los presupuestos de procedencia y validez constitucional que determinan que la prueba deba ser presentada ante el Tribunal o Juez de sentencia, de acuerdo con el modelo acusatorio oral del Código de Procedimiento Penal del 2001, y cumpliendo los principios de oralidad y publicidad, respetando el derecho de las partes para ejercer el contradictorio en el momento de la presentación de la prueba, y haciendo efectivos igualmente los principios de la continuidad y concentración, así como el de la intermediación de la prueba con el juez de la sentencia.

Reconocemos que no existe un discurso mágico aplicable al sistema penal, pero creemos que en el momento del balance y en la relación costo – beneficio, un modelo como el propuesto en el anteproyecto de 1998 por la CLD de Quito (Corporación Latinoamericana para el Desarrollo) que es el modelo acusatorio oral y luego convertido en ley, de plena vigencia desde el 13 de julio del año 2001, es un modelo más coherente con el conjunto de garantías constitucionales que se reclaman en un Estado de Derecho. Falta mucho por hacer en el ámbito del Ministerio Público, y en “tiempos de ajuste” van surgiendo propuestas como las de la propia CLD, de noviembre del 2003, que publica un documento base para la

consulta y el debate, que sugiere incluso la introducción de audiencias orales en las etapas previas al juicio.

Lo que está ocurriendo, es que salvo casos de excepción el fiscal aún no ha aprendido a litigar, y la adecuada preparación y presentación de las pruebas, en la etapa del juicio está impidiendo incluso la realización normal de las audiencias, y por ende las resoluciones de los tribunales penales. Aquí juegan un importante rol también, los limitados recursos humanos y económicos de que dispone la fiscalía ecuatoriana, que justifica en muchos casos la inasistencia a las audiencias incluso preliminares o intermedias, así como la falta de defensores públicos. En cuanto a la función, judicial su presupuesto para el año 2004 fue de 134 millones de dólares, no obstante que el plan de trabajo para cumplir propuestas modernizadoras significaba una demanda real de 500 millones de dólares. El presupuesto de la función judicial en épocas generosas llega al 0.8 % del presupuesto general del Estado, el gran sueño es llegar al 2 % anual, cuando en países como Costa Rica es del 6 %.

No existe aún implementado un sistema auténtico de defensoría pública nacional, sin cuya presencia no se puede hablar de la existencia de un modelo acusatorio real en el Ecuador. Existe ya la propuesta del proyecto de Ley Orgánica de La Defensoría Pública Nacional en el Congreso de la República y la posibilidad de llegar a institucionalizar la defensa en el proceso penal, de manera técnica, imparcial y autónoma. Siempre resultará difícil superar viejas estructuras porque incluso las organizaciones judiciales, se mantienen apegadas a un sistema como el inquisitorial en el que han tenido un enorme poder de decisión. Hay resistencia en promover la comunicación y coordinación con las otras entidades involucradas en la administración de justicia penal, por lo que resulta difícil aceptar la conveniencia de la desestimación en algunos de los casos que se presentan al Ministerio Público, de un uso racional del principio de oportunidad o de encontrar soluciones alternativas a conflictos penales, o hacer efectivo el procedimiento abreviado, o la suspensión del proceso a prueba, los acuerdos reparatorios, etc., y en general evitar la formalización de la justicia penal.

Sin una adecuada defensoría pública nacional no se puede consolidar un procedimiento verdaderamente adversarial y acusatorio, pues el hecho cierto es que de los internos en las cárceles ecuatorianas, el 90 %

requieren asistencia profesional gratuita. La suma de Defensores Públicos que dependen de la Función Judicial es de apenas 31 para todo el país, en tanto que a nivel nacional existen mas de 400 fiscales, 157 Juzgados Penales, 51 Juzgados de Tránsito y 43 Tribunales Penales. En un extenso documento final reciente de la CLD, en 100 páginas, se recogen una serie de sugerencias para mejorar el sistema acusatorio que debe ser adversarial, con esto se pretende dar una mejor respuesta por parte del sistema de justicia penal a la población, que hoy llega apenas a un 7 % de las causas que ingresan. Para esto se sugiere la *depuración de las prácticas del juicio oral, la introducción de audiencias orales en las etapas previas al juicio, y el diseño de nuevos modelos de actuación para los Fiscales y la Policía Judicial.*¹⁸

Un documento del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), afirma demoleidamente que uno de los problemas no superados, para hacer efectiva la aplicación de este nuevo modelo, en la falta de liderazgo institucional lo que incluye una sostenida dependencia de la fiscalía frente al poder de incriminación que sigue teniendo la policía. Afirmamos por nuestra parte, que el nuestro sigue siendo “un modelo por armar”, en cuyas propuestas de avance y consolidación deben estar comprometidos tanto la sociedad política como la sociedad civil, cuya inercia y ausencia de un discurso crítico y participativo, permite en la práctica el mantenimiento y la reproducción del *statu quo*, aunque la propuesta normativa y teórica de cambio ya existe.

La expresión de que el nuestro es un “modelo por armar”, responde a una apreciación objetiva de la realidad de nuestro sistema, con una carga de crecimiento sostenido de audiencias de juzgamiento fallidas, en la etapa del juicio; por la inasistencia de policías, testigos y peritos, y en ocasiones del propio fiscal y del abogado defensor. Seguramente la consolidación de este nuevo modelo debería dirigirse a la audiencia social, para que sepa - inclusive la víctima - que tiene garantías que son protegidas no obstante el conflicto de intereses que genera un litigio penal, y que el ciudadano testigo y el ciudadano perito, aprecien que su presencia en el juicio es imprescindible. Con su presencia en el momento de la prueba,

¹⁸ Se puede revisar el “PLAN MAESTRO DE AJUSTE DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DEL ECUADOR”. Documento Final. CLD, abril de 2004. en www.alfonsozambano.com en el link Derecho Procesal Penal.

se está reconstruyendo en el proceso lo que ha sido hasta ese momento la verdad histórica de un hecho, que debe convertirse en verdad procesal, para que el juicio oral, público y contradictorio, consiga su objetivo de ser un medio idóneo para la realización de la justicia y para la consolidación del derecho.

La duración del proceso penal en el modelo actual.- Creemos que ha mejorado con la nueva Constitución Política de la República de 1998, y el nuevo Código de Procedimiento Penal del 2001, pues el plazo de duración de la instrucción es de 90 días, prorrogables por 30 días mas si aparece un nuevo imputado, y carecen de eficacia o valor alguno las actuaciones que se cumplieren una vez fenecidos los plazos. El imputado puede solicitar la sustitución de la prisión preventiva por otras medidas de aseguramiento¹⁹, puede pedir la revocatoria de un auto de prisión preventiva, y en caso de negativa, la misma es susceptible del recurso de apelación²⁰, e igualmente procede la acción (o recurso) de amparo de libertad aunque no esté privado de la libertad el recurrente, e incluso procede la acción de amparo preventivo para tratar de frenar casos de abuso policial.²¹

La caducidad de la prisión preventiva prevista por mandato constitucional como una de las garantías del debido proceso, al cumplir seis meses en caso de delitos reprimidos con prisión correccional (de hasta cinco años), o de un año en caso de delitos penados con reclusión como prevé el Art. 24 en su numeral 8, se cumplió celosamente. Al producirse un abuso recurrente con la demora deliberada para llegar a la audiencia de juzgamiento, propiciadas por el interno que se declaraba enfermo, sustituía a su abogado defensor o recusaba al Tribunal del Juicio, llevó al legislador ecuatoriano a crear mediante cuestionada reforma al Código de Procedimiento Penal, del 13 de enero del 2003, la denominada detención en firme para la etapa del juicio, que reconocemos como una expresión del *derecho penal del enemigo* en el proceso penal²². Personalmente creemos que debe implementarse una reforma que impida que los plazos para la caducidad de la prisión preventiva, se

¹⁹ Cf. Art. 171 CPP.

²⁰ Cf. Art. 172 CPP.

²¹ Cf. Art. 442, Art. 428. CPP.

²² Cf. Art. 173 A (173.1). CPP.

computen, cuando la paralización del proceso es de exclusiva responsabilidad del propio interno, pues es de general aceptación el principio de que “nadie debe beneficiarse de su propio dolo o de su propia culpa”.

La tasa de presos sin condena ha mejorado y aunque no se exhiben cifras oficiales, con el modelo y Código de Procedimiento Penal de 1983, la tasa de presos sin condena llegó a estar en el orden del 82 %, hoy con el modelo acusatorio del 2001, se afirma que está por debajo del 70 %.

Consecuencias de violaciones a garantías procesales.- Las violaciones a garantías constitucionales y procesales, tanto por actos de tortura en sede policial y penitenciaria, el secuestro y no devolución de bienes, la detención sin orden escrita previa sin ser un caso de excepción como el de flagrancia, la falta de atención a los recursos judiciales como el de amparo de libertad – que debe constituir un mecanismo idóneo para reparar el abuso con la prisión preventiva -, la omisión de los tribunales de alzada en el rango de Cortes Superiores y Corte Suprema, de despachar en forma pronta y oportuna los recursos y reclamos, la duración excesiva de la prisión preventiva y del proceso penal ecuatoriano; y en general la falta de respeto a **garantías del debido proceso** viene siendo conocida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que es el organismo operativo de investigación con sede en Washington, y posteriormente resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene su sede en San José de Costa Rica, que ha ordenado reparaciones o indemnizaciones por concepto de daños materiales, de daños inmateriales o daño moral, a la propia víctima, a su cónyuge o compañera, a sus hijastros y a sus hijos.

La Convención Interamericana de DD.HH o Pacto de San José de Costa Rica, se suscribió en 1969, el Estado ecuatoriano la ratificó el 28 de diciembre de 1977, y aceptó la competencia obligatoria y sin reservas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de julio de 1984, para conocer y resolver reclamos en contra del Estado ecuatoriano por violación a garantías previstas en el Pacto y que están recogidas en la normativa interna del país, y en Convenciones vinculantes como la Convención Interamericana contra la Tortura, ratificada por Ecuador el 9 de noviembre de 1999.

Citemos como ejemplo el **caso del ciudadano Suárez Rosero** detenido el 23 de junio de 1992, con ocasión de un operativo antinarcoóticos, llamado “cyclón”. Presentó su denuncia a la Comisión Interamericana el 24 de febrero de 1994, luego de las investigaciones la Comisión presentó el caso ante la Corte, una vez que el Estado no quiso reparar de manera directa, y la Corte dictó sentencia en contra del Ecuador el 12 de noviembre de 1997. Luego se fijaron las reparaciones y para 1999, el Estado fue condenado a pagar una suma total de 86.621.77 dólares USA. Se tomó en consideración incluso el tiempo en que permaneció incomunicado que fue de casi treinta días. En el fallo se le recuerda al Ecuador que de acuerdo con el Art. 7, numeral 5 de la Convención toda persona tiene derecho a ser juzgada en un tiempo razonable y prudencial o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que el proceso continúe. El artículo 7.5 de la Convención Americana dispone que

“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.

El argumento de que Suárez Rosero, era culpable de narcotráfico y que fue condenado como encubridor a una pena de 24 meses, resultó a la postre irrelevante, pues estuvo privado de la libertad durante 46 meses, y ese tiempo rompe cualquier criterio de racionalidad.

Otro caso importante es el del ciudadano francés **Daniel Tibi vs. El Estado ecuatoriano**, resuelto el 7 de septiembre del 2004 en contra del Ecuador, y en el mismo se condena a pagar por concepto de reparaciones por daño material la cantidad de 148.715 euros, por daño inmaterial (daño moral) el valor de 207.123 euros en que se incluye a la ex compañera, a sus dos hijastros y a sus dos hijos. Se ordena el pago de 82.850 euros por bienes incautados y no devueltos, por costas y gastos internos y procesales, la restitución de 37.282 euros. Se incluye un pago para atención psicológica futura, diciendo la Corte “A ese respecto, se considera pertinente fijar, en equidad, como indemnización por el referido concepto, la cantidad □16.570,00 (dieciséis mil quinientos setenta euros) a favor del señor Daniel Tibi”²³. Los cargos eran de detención

²³ Cf. Pág. 99 del fallo.

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y AMPARO DE LIBERTAD

arbitraria e ilegal pues no se trataba de un caso de delito flagrante y la policía actuó sin orden previa de autoridad competente, tortura física y psicológica en sede policial y en la penitenciaría de Guayaquil, falta de oportuna asistencia legal, condiciones inhumanas de la detención, la no atención oportuna de los recursos y reclamos, la duración excesiva del proceso penal, el secuestro de sus bienes y efectos personales, daños hasta ahora irreversibles en su salud física y mental, pues se encuentra afectado de tuberculosis y cáncer, padeciendo trastornos de personalidad atribuibles al encierro. Todo esto conlleva **violación de garantías del debido proceso**.

El caso Tibi fue denunciado a la Comisión Interamericana el 16 de julio de 1998. Tibi fue apresado por la policía ecuatoriana anti narcóticos en Quito, el 27 de septiembre de 1995 y conducido a Guayaquil. Su libertad se produjo el 21 de enero de 1998, habiendo sido sobreseído provisionalmente.

El 5 de octubre de 2000, durante el 108° Período Ordinario de Sesiones, la Comisión aprobó el Informe No. 90/00, en el que declaró la admisibilidad del caso bajo el No. 12.124, y decidió proceder a su consideración de fondo. En particular, dicho Informe de la Comisión señaló que:

[el] reclamo por parte del Estado de la existencia de instancias por agotar se refiere al caso por narcotráfico del cual el proceso contra el peticionario fue sobreseído provisionalmente el 3 de septiembre de 1997. Sin embargo, este caso ha estado bajo consideración desde 1995, por lo que la Comisión concluye que hubo retardo injustificado aplicándose la excepción prevista en el artículo 46.2.c [de la Convención]. La Comisión observa que el Estado no especifica qué instancias han sido ya agotadas, ni tampoco en qué instancia se encuentra el proceso.

La comisión presentó su demanda ante la Corte el 25 de junio del 2003, y la sentencia de la Corte es del 7 de septiembre del 2004.

Por ser interesante e ilustrativo transcribimos lo que dice la Corte en el tema de la capacitación y formación para evitar violaciones a derechos humanos en procedimientos de investigación y de duración del proceso penal:

“Adopción de medidas de formación y capacitación”

262. Tanto la Comisión Interamericana como los representantes de la víctima y sus familiares solicitaron a la Corte que ordenara al Estado que capacite al personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, así como a los médicos y psicólogos correspondientes, sobre el tratamiento de reclusos, la prevención de la tortura y la documentación de las denuncias, de acuerdo con los estándares internacionales generalmente aceptados. En ese sentido, el Estado debe tomar en cuenta que los detenidos tienen derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél²⁴. La Corte ha establecido que el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos, lo cual implica, entre otras cosas, que le corresponde explicar lo que suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia.

263. En razón de lo expuesto y en las circunstancias del presente caso, esta Corte considera que el Estado debe establecer un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, psiquiátrico y psicológico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, relacionados con la detención de personas, sus derechos y garantías judiciales, el trato que deben recibir, sus condiciones de detención, tratamiento y control médico, el derecho a contar con un abogado, a recibir visitas, a que los procesados y condenados se alojen en instalaciones diferentes. En fin, el Estado debe garantizar que se apliquen los estándares internacionales.

264. El diseño e implementación del programa de capacitación, deberá incluir la asignación de recursos específicos para conseguir sus fines y se realizará con participación de la sociedad civil. Para estos efectos, el Estado deberá crear un comité interinstitucional con el fin de definir y ejecutar programas de capacitación en derechos humanos y tratamiento de reclusos. El Estado deberá informar a esta Corte sobre la constitución y funcionamiento de

²⁴ Cfr. *Caso Bulacio*, *supra* nota 129, párr. 126

este comité, en el plazo de seis meses...”²⁵

El amparo de libertad en el código de procedimiento penal del 2001.-

En el Libro VI del vigente CPP (que es el último Libro), denominado **Disposiciones Finales** encontramos el Título IV que tiene como epígrafe **Amparo de Libertad** que es un verdadero medio de impugnación procesal o acción de amparo de libertad, para reclamar por una privación de la libertad o por la amenaza contra la misma proveniente de un acto de abuso de poder o violación de la ley por parte de un juez o autoridad pública como dice el Art. 422 ibidem.

En el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica del jurista JULIO BERNARDO JOSE MAIER²⁶, está previsto como *HABEAS CORPUS* en el proceso penal, que permite denunciar acto u omisión que implique “ 1. Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria, ilegítimas o que provengan de un abuso de poder. 2. Agravación ilegítima de las formas y condiciones en que se cumple la privación de la libertad”. En nuestro país ha mejorado en el ámbito normativo la protección o tutela mediante la acción de amparo de libertad, pues en el CPP de 1983 uno de los presupuestos de procedibilidad era la efectiva privación de la libertad, de manera que quien no se encontrare preso o detenido no podía recurrir con la acción de amparo o de queja. Hoy tiene derecho al amparo aunque estuviese en calidad de prófugo, y este es un importante avance en la consolidación del Estado de Derecho, pues de lo que se trata es de preservar y proteger el derecho a la libertad aunque no esté efectiva o materialmente privado de ella en una cárcel.

Personalmente nos hemos venido pronunciando por la necesidad de limitar el abuso con la prisión preventiva, misma que debe ser controlada con la intervención de funcionarios judiciales de mayor jerarquía y del ministerio público, permitiendo en el marco normativo la sustanciación de oficio del *Hábeas corpus* y del amparo de libertad, como garantía

²⁵ Este caso puede ser revisado en nuestra página web, en www.alfonsozambano.com en el link, CASOS.

²⁶ MAIER Julio B.J., *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Tomo I, Apéndice, p. 290 – 453.

jurisdiccional de ese derecho, sin esperar la instancia del marginado que no cuenta con recursos para proveerse de un defensor particular²⁷. En el Ecuador de la hora presente conviven el *hábeas corpus* como garantía constitucional del derecho a la libertad²⁸ con un juez de control de la constitucionalidad que es el Alcalde Municipal, el mismo que puede disponer la libertad aunque mediere un proceso penal si encuentra *fundamentado* el recurso como dice la Constitución, y la acción de amparo de libertad que es una garantía procesal frente al abuso con la privación de la libertad o la amenaza contra la misma por un acto de abuso de poder.

El ámbito de competencia protectora del amparo de libertad es mayor que el mismo recurso constitucional del *hábeas corpus*, pues este exige como presupuesto de procedencia estar privado de la libertad, en tanto que para la acción de amparo es suficiente la amenaza al derecho a la libertad. Este remedio procesal es imprescindible porque es sumamente grave *per se* la privación de la libertad bajo la forma de la prisión preventiva, como dice ALBERTO BINDER “siempre debe quedar claro que toda prisión preventiva, es una resignación de los principios del Estado de Derecho. No hay una prisión preventiva `buena`: siempre se trata de una resignación que se hace por razones prácticas y debido a que se carece de otros medios capaces de asegurar las finalidades del proceso...si bien es posible aplicar dentro del proceso la fuerza propia del poder penal, como una resignación clara por razones prácticas de los principios del Estado de Derecho, se debe tomar en cuenta que tal aplicación de la fuerza, en particular de la prisión preventiva, solo será legítima desde el punto de vista de la Constitución si es una medida excepcional, si su aplicación es restrictiva, si es propor-

²⁷ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de criminología*, Offset Graba, Guayaquil, 1986, p. 105.

²⁸ CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA, **Art. 93.-** “Toda persona que crea estar ilegalmente privada de su libertad, podrá acogerse al habeas corpus. Ejercerá este derecho por si o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, ante el alcalde bajo cuya jurisdicción se encuentre, o ante quien haga sus veces. La autoridad municipal en el plazo de veinticuatro horas contadas a partir de la recepción de la solicitud, ordenará que el recurrente sea conducido inmediatamente a su presencia, y se exhiba la orden de privación de la libertad. Su mandato será obedecido sin observación ni excusa, por los encargados del centro de rehabilitación o del lugar de detención. El alcalde dictará su resolución dentro de las veinticuatro horas siguientes. Dispondrá la inmediata libertad del reclamante si el detenido no fuere presentado, si no se exhibiere el orden, si ésta no cumpliere los requisitos legales, si se hubiere incurrido en vicios de procedimiento en la detención o, si se hubiere justificado el fundamento del recurso...”

cionada a la violencia propia de la condena, si respeta los requisitos sustanciales – es decir si hay una mínima sospecha racionalmente fundada-, si se demuestra su necesidad para evitar la fuga del imputado, si está limitada temporalmente de un modo absoluto y se ejecuta teniendo en cuenta su diferencia esencial respecto de una pena”.²⁹

En la versada opinión del profesor CLAUS ROXIN que es también un eminente procesalista, existe un no desmentido abuso con la prisión preventiva en la RFA, expresando que “es grave el hecho de que el 18 % de las ordenes de prisión pertenezca a causas de bagatela... Además es notable que más del 80% de todas las órdenes de prisión invocan el peligro de fuga, si bien pocos imputados intentan fugarse. Desde 1989 el número de detenidos en prisión preventiva ha aumentado otra vez de forma drástica”³⁰. Para atemperar el rigor de la prisión preventiva el profesor ROXIN recuerda que la **Ordenanza Procesal Penal** alemana, pone a disposición dos remedios jurídicos diferentes, la queja contra la detención y el requerimiento de examen de la prisión, la primera es puesta ante otro juez que resuelve en una audiencia oral *facultativa*, viene a ser una suerte de memorial de revocatoria del auto de prisión preventiva, en tanto que el *requerimiento de examen* se formula ante el propio juez. Procede el examen de oficio de la prisión preventiva si han transcurrido tres meses desde que fuese dictada, “el examen de oficio de la prisión preventiva presupone una doble necesidad de protección del imputado, que por un lado debe estar detenido desde hace por lo menos tres meses y, por otro, no puede tener defensor, a través de cuyo asesoramiento razonable se lo pondría en condiciones de salvaguardar por sí mismo sus derechos”³¹. El sentido común y una lógica de protección de los derechos humanos y de las garantías en el proceso penal nos permitió sugerir la implementación de oficio del *hábeas corpus* y de la acción de amparo de libertad, en la publicación mencionada *up supra*.

Reglas de competencia de la acción de amparo.- Si la orden de prisión preventiva ha sido dispuesta en un proceso penal, el reclamo se interpondrá

²⁹ BINDER Alberto M. , *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2da. Edición, segunda reimpresión, mayo 2002, p. 203 - 205.

³⁰ ROXIN Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2ª reimpresión, 2003, p. 258.

³¹ ROXIN Claus, *Derecho procesal penal*, ob. cit. p. 277.

ante el juez o tribunal superior (Art. 424) - cabe destacar que nuestro CPP llama indistintamente acción o recurso al amparo -, de manera que contra el auto de prisión preventiva que dicta el juez penal es competente para conocer la queja o amparo, el Presidente de la correspondiente Corte Superior. Si el auto de prisión preventiva ha sido dispuesto por el Presidente de una Corte Superior como acontece en los casos de fuero de Corte Superior, conoce del recurso una de las salas, y si ha sido dispuesto por el Presidente de la Corte Suprema, la competencia recae en una de las salas penales.

Hay formalidades no esenciales (Art. 424) y puede ser deducida la acción de amparo incluso de manera oral, debiendo mencionarse el nombre y domicilio del solicitante, es decir que se requiere su plena identificación, así como la identificación del pretense beneficiado con el amparo, la designación de la autoridad contra quien se propone el amparo, la descripción del acto lesivo y, la causa de su ilegitimidad; y, si estuviere privado de la libertad se debe indicar el lugar de la detención. Ya hace mucho tiempo que venimos sosteniendo que una poderosa herramienta en contra del abuso institucionalizado con la prisión preventiva, es la utilización racional y ponderada del amparo de libertad, mismo que es generalmente desatendido por las autoridades superiores de control (Presidentes de Cortes Superiores y salas) que limitan su gestión de jueces de garantías a examinar los requisitos de mera formalidad referidos a una orden escrita de juez competente, aunque la misma no estuviere fundamentada como ocurre generalmente con los autos de prisión preventiva que provienen de jueces penales del primer nivel o de niveles superiores.

Los jueces del amparo - por regla general - no examinan los requisitos esenciales del auto de prisión preventiva que están previstos en los artículos 167 y 168 del CPP, satisfaciendo el control con la mera formalidad de que la orden conste por escrito aunque carezca de la motivación que es una garantía constitucional, necesaria para la supervivencia del Estado de Derecho y para frenar el abuso con la prisión preventiva, muy propio de un *derecho penal del enemigo*.

La falta de motivación de una medida de aseguramiento personal como es la prisión preventiva, *debiera ser* suficiente para que se conceda con lugar el amparo, porque violenta una de las garantías del debido

proceso prevista en el Art. 24 numeral 13, que exige la debida motivación o fundamentación de una resolución que afecte a las personas, como es la orden de privación del derecho a la libertad, una de las mas importantes garantías constitucionales, igualmente reconocida en el numeral 6 del mismo Art. 24, que establece el carácter excepcional y limitado de la privación de la libertad. La libertad está reconocida como uno de los derechos civiles en el Art. 23, numeral 4 de la misma Constitución, y por ello se consigna como una de las garantías del debido proceso la caducidad de la prisión preventiva, en el numeral 8 del Art. 24 ibidem, que establece como plazos máximos para la constitucionalidad de la prisión preventiva, el de seis meses en los delitos sancionados con prisión correccional y de un año en los delitos sancionados con reclusión, cualquiera que fuese el tipo de delito.

Procedimiento de amparo.- Si la persona se encuentra privada de la libertad (Art. 425) se debe disponer su comparecencia ante el juez o tribunal del amparo, aunque el juez o tribunal se puede constituir en el lugar de la detención. Debe convocarse a una audiencia, dentro de las inmediatas doce horas, para que la autoridad denunciada informe o lo haga el funcionario responsable de la dependencia indicada por el solicitante y en su falta, se debe convocar al jefe de la dependencia donde guarda prisión, que puede ser un jefe policial o el director de un centro carcelario.

Si el imputado se encuentra en calidad de prófugo, se debe realizar la audiencia y sustanciarse el procedimiento con la presencia de un defensor (Art. 426) lo cual marca la diferencia con el amparo del CPP de 1983 que era precedente a favor del imputado privado de la libertad pero no del imputado prófugo, limitando así el reclamo por la violación de la garantía o derecho a la libertad, que hoy se encuentra mejor protegido. La resolución debe producirse de inmediato (Art. 427) y de constarse la ilegitimidad, se ordena la libertad del detenido o se dispone la revocatoria de la orden de prisión cuando se encuentra en calidad de prófugo.

El amparo preventivo.- Es uno de los mas significativos aportes del CPP del 2001 - no previsto en el CPP de 1983 - que permite denunciar amenazas actuales o inminentes de privación de la libertad (Art. 428) provenientes de agentes policiales o agentes de la autoridad muy dados a amenazas con privación de la libertad, como medio de apremio para obtener otros fines. Este es otro de los avances en materia de garantías

procesales en pro del respeto al derecho a la libertad, que se va a consolidar cuando se cita al Jefe de un Destacamento o Comando Policial, para que responda por las amenazas proferidas por sus subalternos o investigadores en contra de la libertad de un ciudadano. Normalmente la respuesta de los jefes policiales es que tal amenaza no es cierta, PERO se consigue el efecto deseado que es la terminación del acoso policial y de la amenaza de la privación de la libertad, sin que exista una orden previa emitida por escrito y por autoridad competente que es un juez penal³², y sin que se trate de un caso de excepción como es el del *delito flagrante*. Se puede efectuar una investigación sumaria para comprobar la existencia de la amenaza.

Efectos.- No procede recurso alguno contra la resolución por la acción o recurso de amparo de libertad, pudiendo presentarse una nueva solicitud invocando otra causa para legitimar su procedencia (Art. 429). Creemos que si se trata de algunos imputados con auto de prisión preventiva, privados de la libertad o en calidad de prófugos, o amenazados con la privación de la libertad, en el evento de que uno solo de ellos presente el recurso de amparo de libertad, si este es declarado procedente, sus efectos deben irradiarse a todos por el denominado **principio de la comunicabilidad de las circunstancias de favorecimiento** que está reconocido en el CPP del 2001 en su Art. 327, y que determina que *cuando en un proceso existan varios coacusados, el recurso interpuesto por uno de ellos, beneficiará a los demás, siempre que la decisión no se funde en motivos exclusivamente personales*. Invocamos también como argumento el principio constitucional de la igualdad ante la ley, previsto en el Art. 23, numeral 3 de la Constitución Política de la República vigente desde el 11 de agosto de 1998.

Como ilustración mencionamos que en la **Ordenanza Procesal Penal** alemana referida por el profesor CLAUS ROXIN, está prevista la *queja* que es el equivalente a nuestra acción o recurso de amparo, como un medio de impugnación, que se dirige contra los autos de los tribunales y contra las providencias del presidente o del juez en el procedimiento preliminar, ella conduce a un reexamen de la decisión impugnada tanto en relación a los

³² CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA. **Art. 24, numeral 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 mas de veinticuatro horas. Se exceptúan los arrestos disciplinarios previstos por la ley dentro de los organismos de la fuerza pública. Nadie podrá ser incomunicado”.

hechos como al *derecho*³³. Es sumamente amplia la *queja* pudiendo recurrir a ella, no sólo el imputado y la fiscalía, sino todo *afectado* como sería el caso de un testigo en el procedimiento para obligarlo a declarar, o la víctima en la devolución de una cosa secuestrada. En cuanto a sus efectos *no tiene efecto suspensivo*, pero puede ser utilizada para denunciar un abuso con la prisión preventiva o contra la internación de un imputado en un hospital psiquiátrico.

Amparo por desaparición forzada de personas.- Aunque no es práctica frecuente en Ecuador la desaparición forzada de personas, como ocurre en otros países por acción de las fuerzas de seguridad, sobre la detención- desaparición en América Latina, debemos recordar el formidable trabajo de la profesora (+) ROSA DEL OLMO en el encuentro de Criminología Crítica que se cumpliera en la Universidad de Medellín en 1984 con ocasión del **I Seminario de Criminología Crítica**, en que recoge la información de 90.000 casos referidos a los últimos 20 años³⁴, que forma parte de la estrategia reconocida como “sucias guerra contra la subversión” en palabras del General Videla de ingrata recordación para la República argentina, en donde el crimen de desaparición se estimó en 30.000 víctimas de la guerra sucia, que era una suerte de *derecho penal del enemigo* con ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada de personas.

En palabras de la profesora DEL OLMO, “la detención – desaparición se basa en un secuestro hecho por los organismos de seguridad del Estado, generalmente actuando en forma de grupos paramilitares, donde la víctima `desaparece`, las autoridades no aceptan ninguna responsabilidades del hecho ni dan cuenta de la víctima, donde los *hábeas corpus* o recursos de amparo son inoperantes, y donde en todo momento los victimarios procuran mantener el anonimato”. Los informes anuales de *Amnistía Internacional* reseñan algunos casos de personas desaparecidas en Ecuador que no son muchas, tal vez el mas significativo es el de los hermanos Restrepo Arismendi, menores de edad de nacionalidad colombiana que fueron secuestrados por efectivos policiales y desaparecidos hace mas de 15 años, por cuya desaparición calificada como Crimen de

³³ ROXIN Claus, *Derecho procesal penal*, ob. cit. p. 487 .

³⁴ DEL OLMO Rosa, *La detención – desaparición en América Latina: ¿ crimen o castigo?*, en Criminología Crítica, I Seminario, Medellín, Colombia, 1985. p. 37-62.

Estado resultaron condenados algunos de los presuntos culpables, incluyendo a un alto jefe policial.

El CPP del 2001, no responde realmente a la necesidad de normar un procedimiento de investigación para el caso de la desaparición forzada de personas o del *crimen de desaparición*, sino que se refiere la búsqueda de una persona en cuyo favor se ha propuesto una acción o recurso de amparo (Art. 430) partiendo del supuesto de que ha sido privada de la libertad pero que se ignora el lugar en donde se encuentre privada de la misma. Hay una intervención investigadora del Defensor del Pueblo, y de auxiliar de la investigación por parte de la persona o asociación de personas que hubiese propuesto la solicitud de amparo, que es generalmente una ONG vinculada al tema de los derechos humanos. En buena hora, no conocemos en la actualidad, casos en que se esté investigando procesalmente la desaparición forzada de personas, presuntamente en manos de fuerzas de seguridad policiales o militares, y que para tal efecto se hubiese interpuesto una acción o tutela de amparo. No mencionamos el *caso* Fybeca que siendo un caso de violación de derechos humanos con desaparición forzada de personas presuntamente en manos policiales, ha pretendido ser legitimado con el argumento de la *fuga* de los capturados, por lo que su reclamo apunta a ser ventilado en tribunales internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

BINDER Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2da. Edición, segunda reimpresión, mayo 2002,

DEL OLMO Rosa, *La detención – desaparición en América Latina: ¿ crimen o castigo?*, en *Criminología Crítica*, I Seminario, Medellín, Colombia, 1985.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1998.

MAIER Julio Bernardo José, *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, Tomo I, Apéndice.

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y AMPARO DE LIBERTAD

MUÑOZ CONDE Francisco, *¿ Hacia un derecho penal del enemigo?*, publicado en el País, el 15 de enero del 2003.

JAKOBS Gunther , *Derecho Penal del enemigo*, Thomson- Civitas, Madrid, 2003.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003.

ROXIN Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2^a reimpresión, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio- ALIAGA, Alejandro- SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires. 2000.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de criminología*, Offset Graba, Guayaquil, 1986.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Cárcel y Drogas. De la represión a la legalización*. Edino, Guayaquil, 1994.

ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, *Temas de Ciencias Penales*, Offset Graba, Guayaquil, 1996.