

REVISTA CAP JURÍDICA CENTRAL



El proceso penal ecuatoriano: Tensión entre el control social y el debido proceso

Álvaro Francisco Román Márquez¹

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo de que presentar el contexto histórico de cada uno de los modelos procesales, que han construido instituciones procesales que se han transformado y otras eliminado por completo. Las que han logrado transformarse ha sido producto de la tensión entre libertad y seguridad, poder punitivo y libertad; investigación y derechos humanos. Esta tensión ha producido que los sistemas procesales evoluciones. Los derechos humanos siempre serán importantes frente a la seguridad y la coacción. Su protección siempre deberá ser garantizada por el Estado, pero como se observará en el texto han ido flexibilizándose y lo que tenemos es que han cedido ante la seguridad y la búsqueda de la investigación de los hechos.

PALABRAS CLAVES: Derechos, Estado, proceso penal, garantías, investigación.

ABSTRACT: The article aims to present the historical context of each of the procedural models, which have built procedural institutions that have been transformed and others completely eliminated. Those that have managed to transform have been the product of the tension between freedom and security, punitive power and freedom; investigation and human rights. This tension has caused procedural systems to evolve. Human rights will always be important in the face of security and coercion. Their protection must always be guaranteed by the State, but as can be seen in the text, they have become more flexible and what we have is that they have yielded to security and the search for investigation of the facts.

KEY WORDS: Rights, State, criminal process, guarantees, investigation.

SUMARIO: Los modelos procesales, control social y debido proceso. Inquisitivo, inquisitivo reformado, mixto. El proceso en los Estados: de la Edad Media, liberal y constitucional. Conclusiones.

¹ Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República por la UCE, Docente titular en la Universidad Central del Ecuador, de posgrado en la UCE, UASB, UEES. Abogado en libre ejercicio de la profesión, alvarofor-man@hotmail.com, orcid.org/0009-0008-8485-5036.

INTRODUCCIÓN

El poder punitivo desarrolla una herramienta fundamental para disciplinar que es el derecho penal y el derecho procesal penal, ambos sirven para juzgar los delitos cometidos por quienes se les considera enemigos, y aplicar la pena que está descrita en la ley penal.

La construcción de esta herramienta, vamos a analizar dentro de los Estados absoluto, liberal y el democrático, bajo los criterios de sistema procesal, la forma cómo la autoridad conocía y las actuaciones de los sujetos procesales, las reglas del debido proceso y la forma como se toman las decisiones.

El poder punitivo con la política criminal va a diseñar esta intervención bajo dos modelos el proceso penal, el primero desde el control social y otro del debido proceso. El primero es un “medio de opresión, cuál es pensado y puesto en práctica por los gobiernos totalitarios basados en políticas perversas alejadas de toda idea de gobierno republicano”.² O el otro proceso que sirva como “último bastión de la libertad en la tutela de los derechos y garantías constitucionales y que resulte útil para hacer Inter control de poderes que elementalmente exige la idea de República”.³

De esta propuesta, analizaremos los sistemas procesales inquisitorio o canónico, inquisitorio reformado y debido proceso.

EL PROCESO PENAL EN EL ESTADO ABSOLUTO O EDAD MEDIA. MODELO INQUISITIVO

Antes de entender el sistema procesal es importante hacer algunas precisiones. En la época antigua, los sistemas jurídicos y procesales no tenían regulaciones, no se distinguían los conflictos penales de los civiles, se buscaba la solución de los conflictos entre las partes, y existía en forma clara la imposición del poder, del conocimiento y de la divinidad. Este sistema procesal es acusatorio porque son las partes que intervienen sin la presencia de un tercero que imponga la solución o la decisión.

Este sistema era totalmente dispositivo, es decir, que eran las partes que generaban el reclamo y la respuesta. El Juez era solo observador.

Esta forma de solucionar los conflictos sociales se desarrolló en la Alta Edad media, que va desde el siglo VII al XI, en el que Europa no tenía fuerza, ya que la presencia del mundo del islam, del imperio bizantino y del imperio chino, eran culturas superiores, así lo sostiene Silvia Barona, citando a Dhondt.⁴

Y, ejemplifica Silvia Barona ¿cómo se solucionaban los conflictos? y nos expone:

Primero: Cuando

“un germano a otro, el agresor se recluía en el templo (asilo eclesiástico) para evitar la venganza, y allí permanecía hasta que los jefes de sus respectivos clanes arreglaban la reparación, que el clan del lesionado le debía al clan del lesionado, bajo la amenaza de que, de no resolverse, se declararía la guerra”.⁵

Segundo: Otro de los métodos para solucionar era

2 Alfonso Alvarado Velloso, *Sistema Procesal: Garantía de la libertad* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009), 85.

3 *Ibíd.*

4 Silvia Barona, *Proceso Penal desde la Historia: desde su origen hasta la sociedad global del miedo* (Valencia: Tirant Blanch, 2017), 93-4.

5 *Ibíd.*, 38.

“con la intervención de Dios en persona, es decir, con pruebas: las pruebas de Dios u ordalías.⁶ El juez en realidad era una suerte de juez deportivo, que sólo cuidaba la transparencia y la igualdad para permitir que Dios expresara la verdad. La más común de las ordalías era la contienda o luchas, el duelo entre las partes o sus representantes: el vencedor era poseedor de la verdad”⁷

Es decir, el proceso penal germano tenía dos elementos nucleares como son: la estirpe que era la relación de todas las personas que estaban ligadas entre sí por vínculos sanguíneos y, por ello, se sentían identificados con unos antepasados y el honor.⁸ Y, el otro elemento es la paz que debía existir en el pueblo germano.

Si sucedía algún quebrantamiento de la paz, se producía el derecho de sangre que generaban dos momentos: el primero que desaparecía la protección del grupo, que significaba que lo podían matar cualquiera; y la otra la venganza, que era practicada por la víctima, posteriormente, se fue limitando esta venganza por la composición (reparación) era una pena, y si no era aceptada, se declaraba fuera de la ley, excluido de la comunidad, del derecho y de la paz pública, por tanto sometido a la venganza de todos, el pueblo. (era como una pérdida de la personalidad jurídica como sujeto integrante de la comunidad).⁹

En ese orden de ideas, la solución de los conflictos van a ser reemplazados por la aplicación del poder punitivo, que según la información se va a generar en la edad media baja, según los historiadores, está comprendida entre los siglos XII al XV, en los siglos XII y XIII, los europeos profundizan la apropiación de la divinidad y del conocimiento¹⁰ en la construcción de su sociedad estamental jerárquica, que será fuente de los otros ámbitos, y luego lo harán con el poder punitivo, que no existía todavía en esa época, en la forma como hoy lo conocemos.

En qué consiste esta formación del poder punitivo, sostiene que cuando

“se comenzó a confiscar a las víctimas. Los jefes de los clanes dejaron de arreglar la reparación y los jueces dejaron su función de árbitros deportivos, porque una de las partes (víctima) sustraída por el señor (estado o poder político). El señor (dominus) comenzó a seleccionar los conflictos y, frente a ellos, apartó a las víctimas y afirmó: la víctima soy yo. Así, el poder político pasó, a ser también poder punitivo y a decidir conflictos excluyendo a la víctima, que desapareció del escenario penal.”¹¹

Una vez cosificada la víctima, se produce la apropiación de la divinidad por parte de la iglesia católica en este caso, pero no debemos olvidarnos, que la religión católica en un primer momento sufrió un proceso de negación en el Imperio Romano, luego poco a poco emerge y es aceptada como religión oficial del mismo por Justiniano, a fines del siglo IV, inicia una época agresiva de convertirse en la única y por lo mismo desconocer a otras, ahí inicia la primera discriminación de carácter teológico,¹² antes de la biológica.

6 Ibid., 78-9. ¿Qué se debe entender como las ordalías?, son los medios probatorios a través de las cuales se determinaba la culpabilidad o no de una persona, convirtiéndose en medios de prueba a través del juicio de Dios, esa se expresaba en las razones de la sentencia. Las ordalías más comunes eran: el duelo, el azar, la ordalía del fuego o agua, que consistía en someter a pruebas de agua y fuego al acusado (sostenía una piedra al rojo vivo o agua hirviendo, o se le metía bajo agua y si era capaz de soportarlo es porque Dios entendía que no era culpable). Con estas pruebas se alcanzaba la prueba plena, es decir, se trataba de medios de prueba con extraordinario valor probatorio de la divinidad.

7 Ibid., 38.

8 Barona, *Proceso Penal desde la Historia*, 76.

9 Ibid., 76-8.

10 Eugenio Zaffaroni, *Discurso feminista, Poder Patriarcal y poder punitivo* (Buenos Aires: Ediar, 2020), 37.

11 Ibid., 38. Sostiene Zaffaroni, que actualmente se hace el discurso de recuperar a la víctima, pero sigue siendo confiscada. Cuando la víctima pueda y sea tomando en cuenta, será otro modelo de solucionar conflictos, dejará de ser poder punitivo porque perderá su carácter estructural, que es la confiscación de la víctima.

12 Abdennur Prado, *Genealogía del Monoteísmo: Religión como dispositivo colonial* (México: Akal, 2018), 49-54.

En ese proceso de universalización, la edad media, con la consolidación del poder monárquico, se va a producir en forma paralela la autoridad de la iglesia como poder, van a crear la regularidad sustentada en la obediencia y autoridad o protección, con este sistema político a más de la divinidad, se expande al conocimiento, que serán los dos ejes, que van a crear las regularidades y las expectativas sociales de la época. La primera será cuando se genere el sistema inquisitorio que va a proteger la divinidad y el conocimiento que ella devela, como modelo que deja de lado la relación holística con la naturaleza¹³, para adoptar el conocimiento de dominio. Y para proteger este poder, se implementa el sistema inquisitorio con ello se pudo observar un creciente poder represivo jurisdiccional de ella, eso hace que vaya seleccionando los conflictos, que son considerados en un primer momento como

“afrentas o que afectan la conciencia o afectan la inobservancia de un precepto religioso. Tenía que existir la denuncia evangélica, que un primer momento debía hacerse ante la comunidad, para conseguir la enmienda del comportamiento extraviando, con el paso del tiempo la denuncia se fue efectuando directamente ante las autoridades superiores. Especialmente se aceptaba la actuación de oficio en los casos de notoriedad y de difamación.”¹⁴

Luego, la iglesia católica construye la idea del pecado, que le va atribuyendo a los comportamientos nocivos para la comunidad, se la traslada al ámbito jurídico y evolucionando hacia la construcción del delito, este es considerando como afrenta contra lo público, contra la sociedad.¹⁵

Con ello, el sistema procesal será el Sistema Inquisitivo o canónico, que tiene como rasgos principales:

1. La confiscación de la víctima, por lo que se convirtió en un acto de poder del soberano, que delega. Por lo que la sentencia no atiende a la víctima sino es una expresión de poder¹⁶.
2. El juez dejó de ser un árbitro que actúa con objetividad, para convertirse en la expresión del poder defendiendo los intereses del soberano. Además, permitió que la presencia siendo valorada positiva sus aportes en la investigación de los actos que afectaban la moralidad de la comunidad.¹⁷
3. Se produce un sistema jerarquizado propio del sistema monárquico, en el cual se procederá al autoritarismo.¹⁸
4. Existe una inferioridad del procesado, como sostiene Zaffaroni, es el objeto del proceso sin tener la condición de sujeto con derechos, de él se pretende extraer la verdad con tortura, sin poder ejercer su defensa en forma adecuada.
5. Se cambia, administrando justicia en nombre del pueblo por administrando en nombre de Dios.¹⁹ Tomando en cuenta el poder que va adquiriendo la Iglesia, y la importancia de la verdad de la palabra de Dios.
6. Se configuró la persecución de oficio, dejando de lado, la persecución de las partes, ya que se consideraba que ellas dejaban abandonando, por lo que el

13 *Ibíd.*, 39.

14 Barona, *Proceso Penal desde la Historia*, 106-7.

15 *Ibíd.*, 109.

16 Zaffaroni, *Discurso feminista*, 39.

17 El proceso penal desde la historia, Silvia Barona, citando a García Gallo, sostiene que a fines del siglo VIII la iglesia había adquirido un papel esencial en el Reino de Italia, por ejemplo, siendo los mismos obispos los que llegaron a integrar los órganos jurisdiccionales, de manera que, como señala Salvioli. Nota. 157. *Ibíd.*, 104.

18 Barona, *Proceso Penal desde la Historia*, 147-8.

19 *Ibíd.*, 123.

poder político toma a cargo dicha perseguibilidad.²⁰ Este es el rasgo más claro de la expresión del poder, ya que podía perseguir a cualquier persona, como se sostuvo en líneas anteriores, ya no se requiere de la denuncia eclesiástica. (Inquisición Eclesiástica). Como sostiene Zaffaroni el nacimiento del poder punitivo. Y de la creación del sistema penal, para perseguir, investigar y sancionar.

7. Se crea un sistema burocrático, escrito, se crean diversos niveles que eran controlados por personas profesionales, que eran vigilados por personas superiores, conformando en sus jerarquizados.²¹
8. Se dividen los procesos penales de los civiles, en todo el desarrollo de la historia antigua como en la edad media alta, se confundía estos dos procesos. En este momento histórico con la configuración del pecado como delito, y transforma en una ofensa a la comunidad, y no solo a un individuo. Se va configurando la división de lo público de lo privado.²² Esto es sustento para que existan los delitos que interesan a los privados, que pueden ser transigibles; y, los públicos que serán los delitos que importan a la comunidad, y que no podrán ser transigibles.
9. La obtención de las pruebas se desarrolla teniendo en cuenta la verdad, en ese sentido esta es utilizada para que funcione la apropiación del conocimiento, ya que de ellos se impondrá la forma de interpretar el mundo y la realidad.

Esta verdad será, en primer momento obtenida, cuando se produjo la eliminación de los juicios de Dios u ordalías, como parte del sistema probatorio, será reemplazado por el interrogatorio, que se constituye en la prueba esencial para alcanzar la verdad. Es por ello que el Papa Inocencio III, en el Concilio IV, en 1215, elimina los juicios de Dios, se crea la confesión, así, la prueba testimonial es la prueba principal del proceso inquisitorio.

Como lo sostiene Zaffaroni, esta verdad tiene una evolución por la lucha (duelo) por la confrontación (filosofía), luego a la química y la astronomía, y termina en la ontología que es interrogar al ente.²³ Y esta al ser la forma confiable de obtenerla para que sirva de sustento a la toma de la sentencia. Dejando de lado, las ordalías, que eran el contenido de la sentencia, lo que Dios decidía con estas pruebas y que constituían la verdad.

La prueba será obtenida por la violencia y la tortura, (el experimento desde la apertura de cadáveres hasta la disección, pasando por los médicos nazis y la exposición de miles de personas a la radiación).²⁴ En este orden de ideas, se puede entender que el ser humano se le ubica en la cosificación cuando cumple el papel de ser considerado como objeto y no ser humano sujeto, que tenga derechos. Por eso el profesor de Buenos Aires considera que se acentúa el sistema patriarcal, con esta figura y se puede observar el sometimiento a los seres humanos a la autoridad buscando su obediencia.

Esta obediencia, debe ser a la fe de Cristo, a su palabra y a su decálogo (reglas de comportamiento que no pueden ser violentadas), por ello surge la salvación de las almas del pecado original.²⁵

Esta institución será manipulada como una forma de sometimiento, cuando:

²⁰ *Ibíd.*, 108.

²¹ *Ibíd.*, 148.

²² *Ibíd.*, 109.

²³ Zaffaroni, *Discurso feminista*, 39.

²⁴ *Ibíd.*, 39–41.

²⁵ Abdennur Prado, *Genealogía del Monoteísmo*, 64.

1. En el papel de la iglesia para evangelizar en toda la tierra, enseñando la palabra y reglas cristianas.
2. Brindarla a través de la confesión y perdón de Dios.
3. Sirvió a la iglesia para exigir y recibir los diezmos para otorgar indulgencia
4. Crear el purgatorio con los santos óleos, como forma de perdón y reconciliación con Dios, para poder ingresar al Reino de Dios, como un ser humano virtuoso.
5. La salvación será utilizada como la forma que las persona se arrepienta de sus pecados, para evitar el juzgamiento y el perdón o la reconciliación con Dios.
6. Se utiliza la confesión como medio probatorio de salvación y arrepentimiento.
7. La denuncia era verdadera y por ello los medios de prueba solo ratifican esa verdad.

Con la crisis de este modelo inquisitivo, que corresponde al monopolio autoritario de la iglesia y de la monarquía, y que el ser humano fue como objeto sin ningún derecho claro e independiente, y solo para poder encontrar la verdad que era impuesta por este poder punitivo, bajo ninguna garantía en la regulación del procedimiento, constituyéndose en un sistema injusto, como lo fue el ordenamiento social, económico y jurídico de la Alta y Baja edad media, surge como se ha sostenido otro modelo que es la sociedad moderna que desarrolla el Estado moderno.

A continuación, se va a desarrollar el modelo que emerge, para cambiar la forma de conocer y transformar el sistema procesal en el Estado liberal o moderno.

EL PROCESO PENAL EN EL ESTADO LIBERAL O EDAD MODERNA: CONTROL SOCIAL

Como se sostuvo en líneas anteriores, la crisis de la sociedad premoderna, se produce porque el modelo era autoritario e injusto, frente a este producto de un proceso de malestar en todos los niveles de la sociedad, emerge una revolución que produce una ruptura y desconocimiento total del sistema anterior, para implementar otra forma de sociedad, economía, cultura y como consecuencia en lo jurídico.

En el aspecto político, emerge el sistema republicano, siendo el soberano el pueblo quien reconoce la forma de gobierno democrático, en el sistema económico se deja de lado el sistema feudal, agrario y se adopta el sistema industrial y posteriormente capitalismo; en lo social se transforma en la burguesía, dejando los estamentos jerárquicos de la monarquía como único modelo. Y, en lo jurídico en especial en lo penal, nace el derecho de acto por el derecho penal de autor, el pecado deja de ser un delito, en lo procesal, la búsqueda de la verdad no será a cualquier costo utilizando la tortura, el ser humano deja de ser objeto por ser un sujeto con derechos, ya que no debemos olvidarnos que se expidió la Declaración del Hombre el 26 de agosto de 1789 y la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, el 17 de septiembre de 1787.

En ese orden de ideas, Julio Maier, entiende que la preocupación en esa época y diríamos hasta ahora es la respuesta a esta pregunta: “¿Cómo conciliar una persecución penal eficiente, meta de la Inquisición; con respeto a la dignidad y libertad humanas?”²⁶ Con la finalidad de responder esa pregunta, se pueden diseñar sea un proceso de control social o de mantener el orden y el otro del debido proceso.²⁷ En primera fase debería ser

26 Julio Maier, *Derecho Procesal Penal, I Fundamentos* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004) 352.

27 Alvarado Velloso, *Sistema Procesal*, 85.

el segundo, ya que están en juego los derechos y en especial la libertad. Tampoco se debe dejar de lado que la modernidad se sustenta en la ley y el orden frente al caos y la anomia.

Julio Maier sostiene que la ordenanza francesa de 1670, promulgada por el Rey Luis XVI, hace una revisión de la legislación penal, e introduce reformas, como “la abolición de la tortura para obtener la confesión, se abolió la tortura para descubrir los cómplices, se obligó a motivar las sentencias, se estableció una mayoría de tres votos para imponer la pena de muerte y se acordó a los acusados absueltos una reparación de su honor, consistente en la publicación de la sentencia”.²⁸

Sigue sosteniendo Maier, que el Rey llamó a los Estados Generales, para que se discuta (como un verdadero poder constituyente) entre otros temas, el enjuiciamiento penal: se logró modificaciones como la publicidad del juicio, implantación del juicio oral ante un tribunal de jurados como el que regía en Inglaterra, igualdad, abolición total de la tortura y del juramento del acusado, limitación de las atribuciones de los jueces de instrucción, igualdad de atribuciones entre acusación y defensa, entre otras reformas.²⁹

En este contexto, arribó la Revolución en Francia, en 1789, la asamblea constituyente reformó el enjuiciamiento penal, pero conservó el procedimiento reglado de la ordenanza de 1670. La reforma consistente en modificar la posición del procesado para asegurarlo, en relación con su comparecencia mientras se mantenga en secreto la investigación, será asistido por dos ciudadanos; cuando se disponga el ingreso en el proceso, podrá presentar la prueba y acceso a la lectura de la denuncia. Se le preguntará si nombrará un consejero (abogado), si no lo hace que se le asigna uno. El sistema de motivación de la sentencia, el sistema de la prueba legal en la valoración de la prueba.³⁰

En 1791, se promulga la legislación reformista, que lucha contra los principios del sistema inquisitivo de la ordenanza de 1670, pero no logró desplazarla totalmente, y se sustenta en dos sistemas procesales el inglés (sostenidos por la cultura greco-romana), y por el derecho germano, así tenemos sostiene el Maier, el procedimiento lo divide en tres fases: en la que intervenían diversos tribunales. La instrucción preparatoria que intervenía un juez de paz, que se constituía en el juez instructor; la segunda parte era un procedimiento intermedio, ante jurado de acusación para decidir acerca de la apertura del juicio público, tribunal de distrito; y, por último, el procedimiento definitivo ante un jurado de juicio que se formaba en el ámbito de los tribunales criminales departamentales.³¹

Los órganos jurisdiccionales, se integraban por jueces permanentes y jueces ocasionales (populares y legos: jurados). El jurado de acusación estaba integrado por ocho jueces accidentales y un juez permanente que era quien dirigía la audiencia y les instruía a los legos. El jurado de juicio (tribunal criminal), se forma con tres jueces permanentes y un presidente. La elección de los jurados quienes eran capaces y de ahí cada tres meses, se escogían 200 personas por parte del procurador.³²

La persecución de la acción penal pública, la realizaba el Estado, manteniendo el poder punitivo intacto como lo construyó la inquisición. Lo hacía por propia iniciativa del Estado, por la denuncia del ofendido y por acusación popular, institución del derecho greco romano y del derecho inglés. La persecución pública la realizaban los siguientes funcionarios, el juez de paz con limitadas funciones podía iniciar e investigar de oficio. Se nombra un acusador público, funcionario electivo, sólo interviene cuando

28 *Ibíd.*, 340.

29 *Ibíd.*, 341.

30 *Ibíd.*

31 *Ibíd.*, 342.

32 *Ibíd.*, 343.

se admite la acusación para defender al ofendido en juicio. Y, el comisario del rey, que también perseguía la acción pública.³³

La finalidad del proceso inquisitivo modificado o mixto difiere del de la inquisición, ya que, en este se busca la verdad con ciertas garantías. A pesar de las modificaciones, sigue la apropiación del conocimiento, ya que, la verdad es la que la investigación va a proponer el Estado a través de sus autoridades, tomando en cuenta que la etapa de instrucción es reserva y secreta para el imputado, además, el sistema probatorio crea la institución de la tarifa legal o prueba tasada, la intención es de dar seguridad jurídica al imputado, eliminando la tortura y las ordalías de Dios. No se elimina la confesión, pero sí el juramento.

El imputado vuelve adquirir las condiciones de sujeto y deja de lado el ser un objeto de persecución penal u objeto de prueba. Tiene una amplia capacidad de contradecir la imputación desde el comienzo del procedimiento. Tenía la asistencia de un letrado teniendo una libertad amplia acorde a sus derechos y dignidad humana.³⁴

La organización de la persecución de la acción penal pública al Ministerio Público. Esta institución es consecuencia de la presencia de los procuradores reales, quienes eran los delegados del Rey para perseguir de oficio. La finalidad del proceso es la verdad histórica, pero con límites como ciertos valores individuales referentes a la dignidad humana, valores colocados por arriba de aquellos en la gradación jurídica y ética.³⁵

El imputado tuvo un tratamiento ambiguo en la etapa de instrucción no tenía acceso, en la etapa de juicio su intervención es equiparado al órgano de persecución penal y garantizaba ampliamente su defensa con la publicidad de los actos y su presencia en ellos, la asistencia de consejero.³⁶

Estos sistemas procesales, tuvieron injerencia en todos los países de Europa como en América Latina o Indoamérica, en esta parte haremos un breve análisis de la realidad jurídica del Ecuador, en relación con el proceso penal. Existen varios instrumentos normativos que se han promulgado en nuestro país, nuestro objeto de estudio serán los Código de Procedimiento Penal de 1983, 2002, respectivamente, y el Código Orgánico Integral Penal de 2014.

El código de 1983 tuvo construcciones del sistema inquisitivo en el que el Estado no pierde el monopolio de la investigación. Este monopolio se ejercía a través de un órgano que en el Ecuador se llamó Ministerio Público, en la actualidad Fiscalía General del Estado, en el cual los jueces eran quienes investigaban, el fiscal solo era un mero espectador. En el año 2002, se realizó una división entre la investigación que la tiene el fiscal y la decisión que la tiene el juez, principio acusatorio.

La organización de la jurisdicción, la función judicial, tenía varios niveles, Corte Suprema, Corte Superiores, Tribunales de lo Penal (antes del Crimen), juzgados de lo penal (antes del crimen). La iniciación de la instrucción investigativa también lo podía ser una autoridad de la Función Ejecutiva como los Intendentes, Comisario o Tenientes Políticos. Se dividía el conocimiento de las infracciones conforme a su gravedad. Contravenciones a las autoridades administrativas revestidas de competencias jurisdiccionales (una dualidad que se modificó en el año 1993, en que se elimina esta potestad). La investigación de los delitos tenía competencia de los jueces de lo penal o del crimen.

33 *Ibíd.*

34 *Ibíd.*

35 *Ibíd.*, 361.

36 *Ibíd.*, 354.

Y en el año 2002 se hace una reforma en sistema procesal en el cual la Fiscalía tiene la persecución penal como único órgano de hacerlo, tiene como principio rector la objetividad, tanto en la fase pre procesal de investigación y de instrucción fiscal. Con lo que se pretende dar por terminado un sistema inquisitivo. Lo cual considero que no es muy clara dicha pretensión.

La finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad histórica, tiene varias garantías, como es la prueba reglada en cuanto a la obtención. Se admite prueba directa e indirecta de indicios. A partir del año 2014, se deja de lado la búsqueda de la verdad real o histórica y se hace hincapié en la verdad formal o procesal, que es la que se alcanza en la obtención, práctica de la misma con respeto al debido proceso constitucional como legal, esto es respetando las garantías.

El procedimiento en el Código de 1983 se divide en tres etapas, sumario, etapa intermedia y de juicio. En el de 2002, con la reforma del sistema procesal, siendo el fiscal el titular de la acción pública y de la investigación, se configura de la siguiente manera una pre procesal llamada indagación previa, y tres procesales: instrucción fiscal, intermedia y de juicio.

El procedimiento en el Código de 1983 es seudo oral, porque existe una oralidad, los actos debían ser reducidos en forma escrita en actas, es decir que existían una seudo oralidad en las fases de investigación o instrucción, la intermedia. En la etapa de juicio se presentaba, antes del 1983, la etapa de juicio era llamada plenario, se hacía con la prueba practicada en la etapa del sumario, y en la de juicio solo era una reproducción y presentación por escrito de la misma prueba. Después de 1983 la norma procesal, crea los tribunales penales y se origina el sistema oral mixto³⁷, en la etapa de juicio.

En el año 2002, se instaura poco a poco en el sistema de audiencias orales, contradictorias, se mantiene el sistema escrito en la investigación previa e instrucción fiscal realizada por el Fiscal, es escrita y es seudo oral, tiene la calidad de reserva excepto para el imputado. El juez debe valorar en cada una de ellas lo que le presenta el Fiscal en contradicción con el imputado.

El sindicado o imputado, tenía acceso al expediente de investigación o sumario desde el inicio, lo que sucedía, existía una práctica, que la autoridad con las diversas formas que servían de antecedentes para iniciarla, eran la denuncia pública, la acusación particular, informe de una autoridad policial, de una orden judicial, o cuando el juez instructor tuviere la noticia de alguna infracción tipificada en el Código de Procedimiento Penal, no le hacía conocer en forma material el inicio de dicho proceso, lo que llevaba a situaciones de que esta se convertía en secreta para el sujeto procesal. El acto de citar al procesado se suplía este “conocimiento”, citando a un defensor de oficio designado por la autoridad, creando un ámbito de violación de la garantía de conocer la acusación desde su inicio. En el año 2002, se le obliga a la fiscalía que notifique con el inicio, sigue la práctica de hacerlo al defensor público, funcionario estatal.

Así mismo la fiscalía con el apoyo de la Policía inician la indagación o investigación previa, con alias o sin una identificación adecuada, y provocan que luego se dicte la orden de detención con fines investigativos, y ya detenido se le comunica la existencia de dicha investigación, posteriormente se iniciaban en forma inmediata la instrucción

37 El sistema oral, tiene tres formas: 1. Seudo oralidad, cuando el funcionario debe transcribir fielmente lo manifestado por las partes en un acta. 2. La mixta, que es la verbalización en el sistema de audiencia y el funcionario debe registrar sea en un sistema de grabación de audio y la exigencia de reducirla a escrito cuando sean de importancia, como los autos y las sentencias y los decretos de ser necesario, las actas deben ser resumen. 3. El oral puro en el cual solo existe la verbalización y no existe ningún registro.

final. En el ese caso la Policía y el Fiscal puede interrogarlo sin la presencia del defensor privado, sino ante el defensor público, que en ocasiones es una presencia formal mas no material de asesoramiento.

Tenía el derecho a guardar silencio, no declarar contra sí mismo, si se autoincriminaba, el juez debía investigar. Cuando no comparecía o era renuente (tenía la calidad de prófugo) el procedimiento no podía continuar con la etapa del juicio, ya que se requería la presencia física del sindicado, para que pueda ejercer su defensa y entender la acusación (principio de inmediación), en consecuencia, el procedimiento se suspendía hasta su detención. Puede presentar las pruebas para refutar los hechos y las pruebas de la acusación. La confesión o testimonio indagatorio del proceso, sigue la tradición inquisitoria, que se cambió no para utilizarla en su contra sino como una prueba a su favor.

Sobre la prisión preventiva como medida cautelar, debe ser motivada por el Juez, y en la ley de 1983, no tenía tiempo de duración. En 1997, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenó la responsabilidad estatal, por no tener plazo razonable en el proceso y la prisión preventiva.³⁸ Por lo que, en la Constitución de 1998, se introdujo la norma de caducidad de la prisión preventiva del plazo razonable de 6 meses para los delitos de prisión y 1 año para los delitos de reclusión. Y, también en el Código de 2002. Solo existía la caución para suspender la prisión preventiva y la revocatoria.

La prueba y su obtención eran reglas fijadas en la normativa procesal. En el Código de 1983, no existía la exclusión probatoria, peor aún en la Constitución de 1978. En el Código del 2002, se introduce en la etapa intermedia la exclusión probatoria. La prueba es obtenida y admitida, para su valoración se lo hace conforme a las reglas de la sana crítica. En las constituciones de 1998 y 2008, encontramos que la prueba practicada sin respetar los derechos carecía de eficacia probatoria.

En la etapa intermedia se dicta un auto de sobreseimiento que podía ser provisional o definitivo, que el primero al ser provisional el tiempo por el cual la fiscalía podía reabrir el sumario o la instrucción, era de 3 años cuando a favor del procesado y de 5 años si era del proceso, por falta de pruebas en ambos casos.

En la etapa de juicio, existía la mayor contradicción de los sujetos procesales. La sentencia debía ser motivada, indicando la existencia de la infracción y la identificación de cada uno de los sentenciados y su intervención en el delito. En el código de 1983, de la sentencia del Tribunal Penal, solo existía el recurso de casación. En el 2002, sigue con ese formato, hasta el año 2010 en que se introduce la apelación de la sentencia dictada por el Tribunal que debía ser conocido por la Corte Superior de la provincia, y luego el recurso de casación. Existe el recurso de revisión de la sentencia ejecutoriada condenatoria, que solo el sentenciado puede proponer.

Como hemos descrito brevemente, el sistema tanto formal como material de la legislación procesal ecuatoriana tiene un rasgo de un inquisitivo reformado o mixto. Sin llegar al equilibrio de protección del procesado, para determinar los principios de seguridad y libertad.

En el siguiente apartado se analizará si existe la construcción del sistema procesal del debido proceso o garantista o seguimos en un inquisitivo reformado o mixto.

³⁸ Corte Interamericana de Derecho Humanos, Serie C N. 35, Serie N. 44, Serie C N. 51. 12 de noviembre de 1997, sentencia de fondo. 20 de enero de 1999, Reparaciones y costas. 29 de mayo de 1999, interpretación de la sentencia de reparaciones. Consulta 1 de septiembre de 2023. www.corteindh.or.cr/docs/articulos/seriec_35_esp.pdf, párrafos 70–83. Violación del Art. 8.1. 8.2.c, 8.2.d, 8.2.e.

EL PROCESO PENAL EN ESTADO CONSTITUCIONAL EL DEBIDO PROCESO

Hay que tomar en cuenta para el surgimiento de este modelo del debido proceso. La crisis producida por la Segunda Guerra Mundial, de 1939 a 1945, donde se produce la mayor violación de derechos humanos, desde la perspectiva europea, provocando que exista la preocupación nacida de los europeos por la implementación del Derecho Internacional de Derechos Humanos, y de los instrumentos en todas las regiones que se han promulgado para defender los derechos humanos del ser humano. Así como, el desarrollo del Derecho Internacional de Derecho Humanitario ha colaborado para que el sistema procesal, en especial el penal, vaya tomando forma del sistema del debido proceso, dejando a un lado las prácticas propias de los sistemas de los Estados policiales y autoritarios.

Con la propuesta de conseguir una investigación eficiente y al mismo tiempo de respetar los derechos del procesado, en este momento de la sociedad contemporánea, (moderna), se tiene que ir construyendo el sistema procesal del debido proceso, dejando de lado, el sistema de control social o de mantenimiento del orden social en forma autoritaria, sin tener en cuenta la dignidad humana y lo que se deriva de ella. A pesar de que este modelo nunca deja de irse y siempre coquetea con las autoridades estatales para su implementación.

La idea del debido proceso, debemos tener en cuenta como un hecho histórico, es el año de 1215, ya que el mismo se sostuvo en líneas anteriores, es el nacimiento de dos modelos, procesales, la Santo oficio o Inquisición, y la firma de la Carta Magna, la primera en el sistema continental europeo y el segundo en la parte insular denominada Inglaterra. En el sistema inglés, será un modelo que luchará por el reconocimiento permanente de los derechos que la iglesia pretende limitar. Y el sistema continental sucumbe ante el sesgo de la inquisición.

El debido proceso tiende a que exista garantías para el sujeto procesal y por ello desarrolla las mismas, sin ser arbitrario se puede entender que la Carta fundante produjo límites al poder y también se reconoció en algo el debido proceso, pero no le vinculó al mismo. Y dentro de los sistemas jurídicos constitucionalista, se puede tener en las Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, a la quinta (15 de diciembre de 1791) y décimo cuarta (9 de julio de 1868) que su tenor es:

La primera: “no podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligarse a testificar contra sí mismo en una causa penal y no le privará la vida, de la libertad o de la propiedad sin el debido procedimiento judicial”, y

La segunda su texto es: “Ninguna Estado podrá tampoco privar a personas alguna de la vida, la libertad o propiedad sin el debido procedimiento judicial”.³⁹

Estas normas constitucionales ahora están desarrolladas más extensamente en la mayoría de las constituciones occidentales, en el Ecuador, las constituciones del siglo XIX,⁴⁰ no tienen esbozado en forma clara derechos, existe desde la norma suprema de 1998 y más explícito en la de 2008. En estos dos cuerpos constitucionales se desarrolla

39 Alfonso Alvarado Velloso, *Sistema Procesal*, 150.

40 Ramiro Ávila Santamaría, “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano”, en *Historia Constitucional. Colección de Historia* 36, ed. Enrique Ayala Mora (Quito, Editorial Corporación Editora Nacional UASB, 2014), 256-9. Constituciones del Ecuador. 1830: Art. 57.1. el derecho al juez natural. 1835: Art. 92 Juez Natural, desaparece constitucionalmente el fuero eclesiástico, militar y de comercio. 1843: Art. 90. No privación arbitraria de la vida, bienes y libertad. Art. 92 libertad de movimiento y detención solo en flagrancia. 1845. art. 116 presunción de inocencia por primera vez.

el debido proceso con las garantías que deben proteger al ciudadano de la intervención estatal. Hay que recordar que estas dos, ya tienen la institución de la aplicación directa de la norma constitucional.⁴¹

Lo importante de este sistema procesal, es que la Constitución reconoce los derechos, y tiene la naturaleza de fundamentales para la sociedad. Con esa fuerza, se debe reconocer a este cuerpo normativo en norma jurídica de aplicación directa e indirecta, que limitan y vinculan a todas las autoridades que integran la organización política llamada Estado, y que para que exista una legitimidad externa de las actuaciones estas deben cumplir, además, con las normas de los Tratados de Derechos Humanos y que ellas legitimen las normas internas.

Los derechos reconocidos en las Constituciones, los Estados tienen como deber mantener la vigencia de los mismos, al estar tipificado en el texto constitucional, se debe desarrollar garantías, para que se constituyan en herramientas jurídicas de protección ante una posible violación de los derechos por parte de los poderes público o privado.

La Constitución es democrática, es la norma jurídica, fundante y condicionante del ordenamiento jurídico, de lo político, económico. La forma como se estructura es la republicana y democrática, es decir, que la voluntad reside en el pueblo como soberano, y la justicia debe hacerse en nombre de él. En ese orden de ideas, existe una división de funciones para su organización administrativa de la cosa pública y de protección de los derechos de los ciudadanos. Se divide en tres funciones que son el Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Haremos una explicación del modelo del Ecuador.

Este último se organiza en juzgados que tienen la jurisdicción estatal y la competencia para administrar la justicia. También la componen la Fiscalía General, del Estado, la Defensoría pública, el servicio notarial, estos últimos son autónomos. Pero tienen un organismo administrativo que es el Consejo de la Judicatura.

La jurisdicción estatal, se ejerce en niveles dependiendo los recursos, circunscripciones territoriales, por personas que gozan de fuero. Existen Altas Cortes de justicia ordinaria y constitucional. La justicia ordinaria tiene tres niveles: Corte Nacional, Corte Provincial, y la primera instancia se divide en juez de instrucción y de preparatoria de juicio y tribunal penal que conoce y resuelve la etapa de juicio.

La Corte Constitucional es la que tiene la competencia de intérprete y de aplicación de la Constitución, siendo corte de cierre del ordenamiento jurídico en materia constitucional. Controla con sus sentencias la vigencia de la norma suprema y los derechos reconocidos por ella.

El poder punitivo, en esta forma de Estado, la ostenta en forma monopólica el Estado, para determinar si en este debido proceso coexisten instituciones del sistema inquisitivo, acusatorio o mixto. Como fue el proceso francés de secreto de la instrucción y público, oral acusatorio y contradictorio en la etapa de juicio. Para este ejercicio iremos señalando los rasgos que responden a los criterios de seguridad y libertad que en esta época contemporánea siguen siendo los pilares del diseño de política criminal.

No debemos olvidar que este cambio se produjo por el derecho procesal inquisitorio que busca la culpabilidad y la sentencia condenatoria era segura para las personas procesadas, sin que existan derechos de ninguna naturaleza. Este modelo se dio en la época antigua y se repitió en el modelo nazi, fascista de Alemania e Italia y se podría

41 Ecuador, Constitución de 1998: Art. 18 los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. 2008: Art. 426 las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidores públicos aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales.

decir en todos los estados autoritarios. Y, es en Alemania e Italia que se va modificando el proceso penal para incluir los derechos de los sujetos procesales que se construyen como garantías frente al uso del poder punitivo.

La persecución penal se la hace a través del órgano en algunos países, por el juez, el ministerio público, o la fiscalía. En el Ecuador, la fiscalía tiene titularidad de la acción pública y ejerce de oficio.⁴² Esta acción es la que contiene la pretensión punitiva, es decir, que busca la imposición de la pena. Además, tiene varios principios como el de objetividad, que se determina el deber del fiscal de investigar y obtener elementos de convicción de cargo y descargo.⁴³ La reserva de la investigación previa debe dar a conocer al sospechoso y posible imputado.⁴⁴ La debida diligencia en la investigación, para poder descubrir los hechos que deben ser comprobados, demostrados y lesivos.

Continúa el logro más trascendente del Estado liberal, que es el principio de legalidad penal, procesal y de la pena, son los límites y vínculos que tiene el poder punitivo, ya que, los procedimientos deben estar escritos en forma previa, clara y precisa, en un texto legal. Con ello se tiene la seguridad jurídica, se elimina la incertidumbre en el inicio, desarrollo del proceso, en la obtención y valoración de la prueba y en la toma de decisiones de las autoridades.

La denuncia debe ser considerada falsa, ya que la dignidad humana orienta el proceso penal y una de las garantías de la presunción de inocencia,⁴⁵ por lo que la fiscalía debe destruir este estado con la prueba obtenida constitucional y legalmente, que servirá de fundamento para la motivación de la sentencia de condena.

La verdad ya no es real o histórica, sino procesal o formal, ya que en el proceso garantista o del debido proceso, esta debe tener directa relación con la prueba, que los sujetos procesales en especial la Fiscalía, tienen bajo el control su obtención, ya que no puede violentar derechos y el procedimiento fijado para su práctica. No se puede obtener a como dé lugar, o ser impuesta por el poder, como sucedía en la edad media. Existe libertad probatoria, sin afectar derechos. No hay prueba de tarifa legal, peor ordalía.

El imputado ya no es considerado objeto, sino que tiene derechos en toda la investigación fiscal. No existe ningún secreto en la investigación en la que no pueda tener acceso al expediente y peor aún a la práctica de diligencias que requieren su presencia o control. Tiene el derecho de acogerse al silencio,⁴⁶ no autoincriminarse, es decir, no colaborar con la acusación para probar su culpabilidad y responsabilidad en el hecho investigado.

Tiene derecho a tener un defensor privado, sino tiene recursos económicos para contratar, el Estado debe proporcionar un defensor público, que debe cumplir con debida diligencia. Debe ser notificado siempre con la práctica de cualquier acto para que pueda ejercer su defensa o no. Siempre está la dignidad humana con la que debe ser tratado, siempre debe otorgar su consentimiento para cualquier práctica en su cuerpo, vivienda, o que afecte su intimidad. Cualquier afectación de algún derecho que se pre-

42 Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 195. “La Fiscalía dirigirá de oficio o petición de parte, la investigación pre procesal, procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública”.

43 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 590 “Finalidad. - la etapa de instrucción tiene por finalidad determinar elementos de convicción, de cargo y descargo, que permita formular o no una acusación en contra de la persona procesada”.

44 *Ibíd.*, art. 584. “Reserva de la investigación. Las actuaciones de la Fiscalía (...) se mantendrán en reserva, sin perjuicio del derecho de la víctima y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados a tener acceso inmediato, efectivo y suficiente a las investigaciones, cuando lo soliciten”.

45 Ecuador, *Constitución*, art. 76.2.

46 *Ibíd.*, art. 77.7.b) y c).

tenda hacer una interferencia en su dignidad humana, debe contar con autorización del juez y debe tener legalidad, necesidad y proporcionalidad.

El sistema oral es mixto,⁴⁷ ya que existe un sistema de audiencias para intercambiar información, ante el juez, quien toma decisiones en forma oral y las reducirá en forma escrita, ya que, se debe dejar registrado por escrito y por digital. En cambio, la actuación del fiscal es escrita y pseudo oral. Las audiencias, son orales, contradictorias, públicas, con excepciones son reservadas, en casos de menores, delitos sexuales o de seguridad del Estado.

Existen los recursos de apelación, de doble conforme, casación, y revisión. Existe una amplitud, de los mismos, pero la naturaleza de cada uno de ellos es restringida, de los dos primeros hay una revisión de los hechos, de la prueba y de la calificación jurídica; la casación es solo violación directa de la ley y sus causales previstas, la revisión es con sentencia ejecutoriada, ejecutada y solo de prueba nueva que no haya sido discutida en la audiencia de juicio ante los jueces de conocimiento.

Esta aproximación realizada en forma de descripción se puede sostener que intenta seguir la propuesta del modelo del debido proceso o garantista. Al tratar en un primer momento, implementar el principio rector de la mínima intervención estatal, es decir, que el poder punitivo debe ser aplicado en lo menos posible y siempre privilegiando la libertad frente al poder o la seguridad.

En ese mismo orden de ideas, Silvia Barona,⁴⁸ hace un análisis del modelo con la intervención del neoliberalismo, encabezado por Milton Friedman, de la Escuela de Chicago, que propone que el Estado no debe intervenir en la economía sino solo regular las intervenciones de las distorsiones del mercado y estimularlo. No debemos olvidarnos que en la actualidad el ingreso de las tecnologías de las comunicaciones, hace que cualquier tráfico sea ágil y la desregulación de esos espacios por parte del Estado provoque distorsiones. Esto se llama globalización, que los organismos internacionales que se han creado como la OMC, Banco Mundial, FMI, sean legislaciones supranacionales que están minando la existencia de la soberanía de los estados nación, y en la actualidad dichas regulaciones ingresan en el ordenamiento jurídico interno, es decir, al Derecho.

Paralelamente a esta globalización también se ha fortalecido la criminalidad transnacional, que se aprovecha de la primera de su estructura de comunicación y de gestión económica financiera, que frente a esto se pretende vender el problema de la seguridad que provoca la presencia de la criminalidad internacional. Y, la propuesta es la armonización de la legislación internacional con la nacional, con la pérdida de identidad, bajo el precio de la seguridad jurídica, una propuesta de la modernidad y ahora de la sociedad contemporánea. Los Estados en esta dinámica han introducido reformas y nuevas instituciones jurídico-penales y procesales, que vayan acorde con esta armonización internacional a través de los tratados internacionales.

En el ámbito institucional de la función judicial se han creado nuevas judicaturas como los jueces, tribunales y cortes de juzgamiento de la corrupción y delincuencia organizada, teniendo el criterio de que deben ser personas que profundicen este ámbito de la criminalidad primaria y secundaria. En el Ecuador, estos órganos jurisdiccionales tienen una competencia nacional en el juzgamiento de esos delitos. Es decir, se modifica la regla del juez natural, que los delitos se consuma en un ámbito territorial deben co-

47 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 560 “El sistema procesal penal se fundamenta en el principio de oralidad que se desarrolla en las audiencias previstas en este Código. Deberán constar o reducir a escrito”.

48 Barona, *Proceso Penal desde la Historia*, 450-2.

nocer los de esa localidad, con esta excepción, los procesos son conocidos en la ciudad de Quito provincia de Pichincha, sede el gobierno nacional, así se hayan cometido en Guayas, Esmeraldas, Manabí, los Ríos.

La Fiscalía General del Estado, ha creado unidades especiales de investigación, como la FEDOTI, Transparencia, antilavado, administración pública. Estas unidades son unidades de competencia nacional, que investigan delitos graves que afectan a la sociedad y a la humanidad, como trata de personas, delincuencia organizada, tráfico de sustancias bajo el control estatal, el delito de lavado de activos, peculado, concusión, cohecho, tráfico de influencias, defraudación tributaria, entre otros.

Pero con las reformas introducidas y que constan en la norma penal y procesal penal, se ingresa en el modelo de control social, dejando flexibilizado al modelo del debido proceso, así tenemos que las normas procesales de ámbito investigativo, el fiscal tiene la potestad de retener a una persona por 8 horas en el lugar de los hechos, en delito flagrante, sin orden de juez, ahora se aumentó a 12 horas,⁴⁹ es decir, que al no tener ninguna condición puede ser testigo o sospechoso es ambiguo, no se podrá tener el derecho de una llamada a un familiar o defensor o cónsul. Esta medida es ambigua y peligrosa, ya que la desaparición forzada, uno de los elementos indispensables, es que, si existe una privación de libertad, la autoridad debe comunicar al juez de dicha medida para evitar este delito. Pero, además, en este tiempo y sin comunicar a su abogado o familia está en libertad de realizar preguntas o interrogar, retomando la inquisición.

En la aprehensión en delito flagrante y su audiencia de calificación, se aumentó de 24 horas a 48 horas. Para poner en conocimiento del Juez, para que resuelva la situación de su privación de libertad. Y la excepción se flexibiliza, ya que la nueva normativa procesal, prevé que cuando se encuentran lugares inaccesibles o marítimos se contará cuando puedan salir de esas zonas o lleguen a puerto, se tomará para el cómputo de ese tiempo.⁵⁰

El procesado o el sospechoso puede ser privado de libertad, por varias formas, aprehendido por delito flagrante sin orden escrita, por orden de juez en los siguientes casos: 1. Detención con fines investigativos, 2. Orden de prisión preventiva, y, 3. Para cumplir la pena privativa de libertad fijada en la sentencia. En la primera existen tres presupuestos. Con la reforma de 2023, A. para investigación. B. para hacerlo comparecer a la audiencia de formulación de cargos; y, C. para revisión de medidas. Esta decisión se realizará por petición del fiscal, por escrito debidamente motivada, sin audiencia pública, contradictoria.⁵¹ Es decir, que esta medida privativa de libertad es secreta sin conocimiento del sospechoso, futuro procesado o procesado. Es que para la formulación de cargos no se requiere la presencia física del futuro procesado, ya que, si fue notificado con la investigación previa, compareció con la defensa técnica no requiere estar físicamente. Solo para la audiencia de juicio se requiere su presencia física. Esta norma se puede interpretar con el fin de privar de la libertad a personas que tienen seguimiento policial, con la finalidad de ordenarle la prisión preventiva como medida cautelar.

49 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 444.8 “Impedir por un tiempo no mayor de doce horas, que las personas cuya información sea necesaria o sospechosa, se ausenten del lugar en la forma establecida en este Código”.

50 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 527.3 “La persona en persecución ininterrumpida de forma física o por medios tecnológicos, [...] No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de cuarenta y ocho horas”. Reforma introducida en el Registro Oficial Nro. 279-S. 29 de marzo de 2023. Art. 529 “en los casos de flagrancia en zonas de difícil acceso o en altamar, la audiencia de calificación de flagrancia tendrá lugar dentro de las veinte y cuatro horas subsiguientes del arribo a un centro poblado o puerto seguro”.

51 *Ibíd.*, 530.

La denuncia en casos, de corrupción como peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias entre otros, la identidad de esos denunciantes se mantendrá en reserva sin que se pueda conocer al denunciante.⁵²

Con relación a la obtención de la prueba, se implementó nuevas figuras procesales, para obtener elementos probatorios, la norma procesal las denomina, técnicas especiales de investigación, estas son: el informante,⁵³ el agente encubierto,⁵⁴ agente encubierto informático⁵⁵ y la cooperación eficaz.⁵⁶ Con ello se modificó que el testimonio de los coprocesados tiene relevancia probatoria a favor de cada uno y que no se podía utilizarse los mismos. Con esta flexibilización se entiende que es razonable siempre que se cumplan los presupuestos procesales, de veracidad, corroboración y de relevancia para la investigación. Estas técnicas son utilizadas para la organización criminal y sus delitos conexos; delitos de corrupción pública y privada.

Las técnicas especiales de investigación podrán ser declaradas reservadas⁵⁷ y así como dictar medidas restrictivas sobre su publicidad, a petición del fiscal y con motivación y sus actuaciones serán puestas en conocimiento de la defensa en etapas posteriores. Sea en audiencia de juicio o de instrucción fiscal. Las medidas restrictivas son previstas en los delitos delincuencia organizada, terrorismo y su financiamiento, tráfico ilegal de migrantes, tráfico de drogas, armas, lavado de activos y sicariato.⁵⁸

En las actuaciones especiales de investigación, con el desarrollo tecnológico y de comunicación se tienen nuevas formas, las interceptaciones de correspondencia y datos informáticos⁵⁹, interceptaciones de transmisiones de datos informáticos, búsqueda registro de secuestro informático o de contenido digital.⁶⁰

Las grabaciones de videos, audio o fotografía, que están en forma espontánea relacionados con una infracción no se requiere de orden de juez, para obtenerlos.⁶¹ Si en la grabación es uno de los intervinientes es interlocutor. Estos videos audios o fotografías son fuentes de prueba, que serán introducidos con los medios probatorios.

Los procesados deben ser notificados con el inicio de la investigación previa, o instrucción fiscal, por parte de la fiscalía, las prácticas de los fiscales es ocultar y buscar formas de evadir esta sustancialidad procesal, notificando a un defensor público, o en lugares que no vive o vivió, correos electrónicos que le corresponde o que están cerrados. Si existen estas prácticas, se renueva el sistema inquisitivo con la investigación secreta y a la que el procesado no tenía acceso. Todas las decisiones, resoluciones deben ser motivadas tanto de jueces como de fiscales, más aún cuando se trata de afectar derechos del procesado o de la víctima.⁶²

De lo sostenido en estas líneas, hemos podido evidenciar que estamos ante un modelo que sigue en el dilema de buscar un modelo que responda a una investigación eficaz, con respeto de los derechos. El sistema inquisitivo, es el más eficaz en la inves-

52 *Ibíd.*, 430.1.

53 *Ibíd.*, 495.

54 *Ibíd.*, 483.

55 *Ibíd.*, 483.1.

56 *Ibíd.*, 491.

57 *Ibíd.*, 490.

58 *Ibíd.*, 567.3.

59 *Ibíd.*, 475, 476.

60 *Ibíd.*, 477.10.

61 *Ibíd.*, 471.

62 Ecuador, *Constitución*, art. 76.7. l).

tigación, y el debido proceso es el que lucha para buscar los límites y la vinculación en definitiva el sistema mixto sigue bajo las normas procesales analizadas.

En los casos de género, se debe buscar que la investigación se realice con enfoque de género. Claro está que en las normas procesales esto no se prevé. ¿Cuáles son estos criterios? Existen manuales y protocolos de los cuales debemos tomar criterios de autores expertos en la materia. Así tenemos que, para Adriana Ortega Ortiz, sostiene lo siguiente:

- Identificar si existen situaciones de poder por cuestiones de género dan cuenta del desequilibrio y de la situación de desventaja que vivía la quejosa al momento en que ocurrieron los hechos.
- Cuestionar los hechos y valorar (...) las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja por condiciones de sexo o género.
- En los casos de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar (...) las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones.
- Si todos los elementos mencionados no son suficientes para comprobar que la recurrente vivió un contexto de violencia al momento de que ocurrieron, la jueza o juez de la causa está obligado (...) allegarse de material probatorio suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad, o discriminación por razones de género. Por tanto, deberá ordenar las pruebas pertinentes para la detección de violencia, que puedan incluir, peritajes psicológicos y físicos; o un peritaje psicosocial el cual «se centra en la experiencia de las personas afectadas por violaciones a los derechos humanos, mediante el cual se analizará el entorno psicosocial de la recurrente, así como de las circunstancias y el medio en que se desenvolvía.
- De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género en este caso, el contexto de violencia familiar, la juez deberá cuestionarse la neutralidad de del derecho aplicable; evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para encontrar una solución justa e igualitaria de acuerdo con el contexto de desigualdad por condiciones de género y tomar en cuenta los efectos de la violencia.
- Evitar el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios y (...) realizar consideraciones de la sentencia que estén basadas en dichos estereotipos.⁶³

En esa línea argumentativa, en el Ecuador, se ha logrado en esta materia, que la organización institucional estatal, se estructure en judicaturas de unidades especializadas para violencia de género e intrafamiliar, así mismo en la fiscalía existen unidades de violencia de género para que investiguen esos delitos.

En las diligencias investigativas, los reconocimientos médicos forenses se debe preferir médicos del mismo sexo de la víctima. Se evitarán la revictimización, se introdujo el testimonio anticipado,⁶⁴ la cámara de Gessell,⁶⁵ medidas de protección⁶⁶ que se ordenan antes de cualquier procedimiento y con la urgencia del caso. Además, en el caso de violencia sexual, el sistema de salud pública creó el protocolo púrpura.

63 Adriana Ortega Ortiz, “Teoría del delito con perspectiva de género”, en *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia penal*, coord. Estefanía Vela Barba (México: Suprema Corte de México, 2022), 219-20.

64 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 502.2 y 510.10.

65 *Ibíd.*, 510.1

66 *Ibíd.*, 558 y 558.1.

La Corte Interamericana se ha pronunciado en las sentencias González y otras contra México, (caso campo algodoner);⁶⁷ Lozada contra Bolivia;⁶⁸ y, Guzmán Albarraín contra Ecuador,⁶⁹ en el primer caso ha desarrollado la omisión en la falta debida diligencia en la investigación de las muertes de las mujeres, y con extrema violencia que fueron realizadas estas muertes. La utilización de lenguaje con estereotipos por parte de las autoridades del Estado mexicano. Fija los estándares para la investigación de las muertes violentas que involucren a mujeres. Este fallo se considera que es el que determina el camino para la tipificación del femicidio.

El segundo fallo, se desarrollan estándares para comprender el delito de violación y como entender el consentimiento de la víctima, y la importancia de este como elemento constitutivo del tipo penal, que el juez no puede dejar de lado.

Y, en la última sentencia la corte se pronuncia sobre la forma de discriminación en la tipificación de tipo penales, que el lenguaje de estereotipos en los jueces cuando mencionan que la víctima es la que provoca, se enamora, la violencia estatal en el ámbito educativo. Estas decisiones ayudan a la construcción y transformación del derecho con perspectiva de género.

También en el momento actual la Corte Constitucional del Ecuador determinó la anomia estructural, y se sostuvo que debe legislarse el recurso del doble conforme,⁷⁰ que consiste que, si existe una sentencia de inocencia y otra condenatoria, debe existir otra sentencia que determine luego de una revisión total de los hechos, jurídica y de la valoración de la prueba y llegar a la sentencia sea de inocencia o condenatoria. La Corte sostuvo que tanto la casación como la revisión son recursos insuficientes por la propia naturaleza de su contenido poder lograr esta revisión total de los hechos y de la prueba. En ese sentido de debido proceso la Corte Constitucional del Ecuador, además, pronunció una sentencia que la fiscalía es la única que tiene la pretensión punitiva⁷¹ y por lo mismo, si este sujeto procesal no interpone recurso de la sentencia sea condenatoria o de inocencia, no se puede empeorar la situación de jurídica del procesado. Ya que la víctima sólo tiene la persecución de la reparación. Y, además, la pena no está dentro de la reparación, por lo mismo su recurso no tiene ese efecto.

CONCLUSIONES

1. Los criterios de control social, como el dispositivo que tiene tanto sociedad como el Estado de interiorizar las normas de conductas o de comportamientos, con la finalidad de que los miembros de la sociedad deban guiarse con ellas en función de buscar la paz y prevenir los comportamientos antijurídicos o delictuales.
2. La libertad es la construcción que se forjó en toda la historia de la humanidad, que dentro de los Estados de derecho como constitucional, es el sustento de cualquier actividad estatal y de control social.
3. El derecho penal es una herramienta o un dispositivo, que el Estado tiene como una forma de mantener el equilibrio entre la seguridad y la libertad.

67 Corte IDH, serie C 205, sentencia de 16 de noviembre de 2009.

68 Corte IDH, *Caso Angulo Losada vs. Bolivia*. "Sentencia de 18 de noviembre de 2022. (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones)".

69 Corte IDH, serie C. 405, sentencia de 24 de junio de 2020.

70 CCE, sentencia caso 1989-17-EP, 3 de marzo de 2021.

71 CCE, sentencia Nro. 768-15/EP.20. 2 de diciembre de 2020.

4. La búsqueda de este equilibrio determina que leyes penales y procesales penales deben ser legisladas y luego aplicadas por los jueces.
5. Podemos darnos cuenta que, el proceso penal de control social y su elemento disciplinario fomenta normas que restringen al máximo los derechos de los ciudadanos, que en el análisis realizado podemos encontrar que existen instituciones del sistema inquisitivo que se encuentran vigentes hasta la actualidad.
6. El sistema del debido proceso debe luchar frente al control social y la seguridad, y como se han flexibilizado esas garantías, haciendo un fraude legal, cuando se introduce dicha flexibilización.
7. El derecho procesal penal ecuatoriano tiene un sistema mixto de dichas instituciones de los dos sistemas, que nos llama a la reflexión que debemos ser coherentes con la Constitución y los Derechos como límites al poder punitivo.
8. El proceso ecuatoriano pretende ser coherente con la Constitución, pero no tiene dicha categoría, por cuanto el control social busca de cualquier forma afectar la libertad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfonso Alvarado Velloso. *Sistema Procesal: Garantía de la libertad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- Abdennur Prado. *Genealogía del Monoteísmo: Religión como dispositivo colonial*. México: Akal, 2018.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano”. En *Historia Constitucional. Colección de Historia 36*, editor Enrique Ayala Mora. Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2014.
- Barona, Silvia. *Proceso Penal desde la Historia: desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Valencia: Tirant Blanch, 2017)
- Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal I: Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- Ortega Ortiz, Adriana. “Teoría del delito con perspectiva de género”. En *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia penal*, coordinado por Estefanía Vela Barba. México: Suprema Corte de México, 2022.
- Zaffaroni, Eugenio. *Discurso feminista, Poder Patriarcal y poder punitivo*. Buenos Aires: Ediar, 2020.

SENTENCIAS

- Corte IDH, “Sentencia de fondo, 20 de enero de 1999, (Reparaciones y costas, 29 de mayo de 1999, interpretación de la sentencia de reparaciones)”.
- . “Serie C N. 35, Serie N. 44, Serie C N. 51. 12 de noviembre de 1997”.
- . *Caso Angulo Losada vs. Bolivia*. “Sentencia de 18 de noviembre de 2022. (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones)”.
- . “Sentencia serie C. 405, sentencia de 24 de junio de 2020”.
- CCE, sentencia 1989-17-EP/21, caso 1989-17-EP, 3 de marzo de 2021.
- . sentencia 768-15-EP/20, caso 768-15-EP, 2 de diciembre de 2020.

LEYES

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

———. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

Organización de Estados Americanos. *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre 1969, 1144 CTNU 123 (entrada en vigor: 18 de julio de 1978).