

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Derecho Procesal

**Programa de Maestría
en Derecho Procesal**

**Los Recursos de Apelación y Nulidad
del
Auto de Llamamiento a Juicio
en la Legislación Penal Ecuatoriana**

Manuel H. Carrera R.

2010

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....
Manuel H. Carrera R.
Febrero 24 del 2010

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Derecho Procesal

**Programa de Maestría
en Derecho Procesal**

**Los Recursos de Apelación y Nulidad
del
Auto de Llamamiento a Juicio
en la Legislación Penal Ecuatoriana**

Manuel H. Carrera R.

2010

Dra. Patlova Guerra

Sangolquí-Ecuador

ABSTRACT

La presente tesis contiene 4 capítulos. En el primero se encuentra la culminación de la Instrucción Fiscal, es decir, la terminación de la investigación o indagación que efectúa la fiscalía, por si misma o a través de la Policía Judicial.

Como subtemas de este capítulo tenemos el Dictamen Fiscal Acusatorio y el expediente a disposición de las partes. Estos subtemas se refieren a la opinión que vierten los señores fiscales basados en las investigaciones efectuadas y en fundamento a los elementos de convicción que se han formado en él.

El expediente a disposición de las partes significa que todo el legajo o cuaderno fiscal esta a disposición del procesado y ofendido para que sea consultado y analizado cada una de sus piezas procesales.

El segundo capítulo se denomina la convocatoria a la Audiencia Preparatoria de Juicio, el mismo que contiene subtemas como el desarrollo de la Audiencia Preliminar o Audiencia Preparatoria de Juicio; los alegatos en relación a los requisitos de procedibilidad o asuntos prejudiciales. La competencia y la cadena de custodia; alegaciones del dictamen fiscal y de la acusación particular. En este capítulo se analiza los requisitos para que el juez de garantías penales dicte el denominado auto de llamamiento a juicio.

El tercer capítulo se denomina la etapa de impugnación, el mismo que contiene la naturaleza jurídica el recurso de apelación; la apelación del auto de llamamiento a juicio y el recurso de nulidad; en éste capítulo se estudia los recursos de nulidad y de apelación cuando las partes se sientan inconformes con la resolución del juez de garantías penales del auto de llamamiento a juicio.

El capítulo cuarto se denomina naturaleza jurídica de la resolución de los recursos de apelación y nulidad; en los diferentes subtemas se estudia la nulidad del auto de llamamiento a juicio, el merito de los autos y los fundamentos de los recursos de apelación y nulidad en merito de los autos.

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mi hija María Clarita flor naciente, fuente de inspiración para mi trabajo físico, intelectual y moral,

y

A mi esposa María Eugenia, por su valiosa motivación para la elaboración de éste trabajo.

INDICE

CAPITULO I

CULMINACION DE LA INSTRUCCIÓN FISCAL

1. TERMINACION DE LA INSTRUCCIÓN FISCAL.

1.1. DICTAMEN FISCAL ACUSATORIO.

1.2. EL EXPEDIENTE A DISPOSICION DE LAS PARTES:

IMPUTADO Y OFENDIDO

CAPITULO II

CONVOCATORIA A LA AUDIENCIA PRPARATORIA DE JUICIO

2. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

O AUDIENCIA PREPARATORIA DE JUICIO

2.1. ALEGATOS EN RELACION A LOS REQUISITOS DE

PROCEDIBILIDAD O ASUNTOS PREJUDICIALES.

LA COMPETENCIA Y LA CADENA DE CUSTODIA QUE PUEDEN

AFECTAR LA VALIDEZ DE LOS ACTOS

2.2. ALEGACIONES DEL DICTAMEN FISCAL Y DE

LA ACUSACION PARTICULAR

2.3. EL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO.

EL JUEZ DE GARANTIAS PENALES Y LA VALORACION DE

LOS ELEMENTOS DE CONVICCION. LA VALORACION

CIENTIFICA Y LA SANA CRITICA.

CAPITULO III

ETAPA DE IMPUGNACION

3.1. NATURALEZA JURIDICA DEL RECURSO DE APELACION:

PROCEDENCIA, INTERPOSICION Y TRAMITE.

3.2. APELACION DEL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO Y

EL RECURSO DE NULIDAD.

3.3. NATURALEZA JURIDICA DEL RECURSO DE NULIDAD

INTERPOSICION DE ESTE POR LAS PARTES Y DECLARACION

DE NULIDAD.

3.4. OTORGAMIENTO DEL RECURSO DE NULIDAD:

SUSTANCIACION, DESISTIMIENTO Y RECHAZO.

CAPITULO IV

NATURALEZA JURIDICA DE LA RESOLUCION DE LOS RECURSOS DE

APELACION Y NULIDAD.

4.1. LA NULIDAD DEL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO.

4.2. EL MERITO DE LOS AUTOS.

4.3. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACION Y

NULIDAD EN MERITO DE LOS AUTOS.

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO I

CULMINACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN FISCAL

1. TERMINACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN FISCAL

Para hablar del tema se hace necesario un recorrido por esta fase procesal, es así que su dirección e impulso corresponde al fiscal como titular de “la acción y persecución penal”¹, la ejerce con el auxilio de la Policía Judicial, esta realiza el trabajo de campo investigativo, en la inspección de la escena del delito, recolección y fijación de evidencias, como de la preservación mediante una cadena de custodia de lo que serán los elementos de convicción.

“La actividad de la Fiscalía se dinamiza con la notitiacriminis, entonces los elementos materiales probatorios que se recauden o las informaciones o disposiciones que se obtengan no son pruebas en estricto sentido, solo es prueba la que se produce y controvierte oral y públicamente en forma concentrada con la inmediación del juez en el juicio oral.”²

La investigación se debe formalizar en audiencia oral pública para enterar al sospechoso de sus existencia y vincularlo a ella, poder imponer las medidas cautelares, permitiendo la contradicción de los elementos de convicción reunidos.

“La actividad investigativa que despliegue el fiscal en la investigación que afecte derechos fundamentales debe estar sometida al control del juez de garantías”³

¹ CONSTITUCION de La Republica del Ecuador 2008

²GARCIA Valencia Jesús Ignacio, El Proceso Penal Acusatorio, Gustavo Ibáñez Ltda. 2005 Bogotá Colombia Pág. 49

³GARCIA Valencia Jesús Ignacio, El Proceso Penal Acusatorio, obra citada Pág. 50

Formulada la imputación el fiscal dispone de treinta días en caso de delito flagrante o noventa días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, para concluir la Investigación en la Instrucción Fiscal, existiendo la excepción en el caso de una vinculación, donde se prologara por treinta días más.

Hablar de Terminación de la Instrucción Fiscal, significa haber agotado la investigación, de los hechos que llegaron como "notitiacriminis" al fiscal, a través de la coordinación, control jurídico y verificación técnico científico de las actividades desarrolladas en coordinación con la Policía Judicial, que ha dado como resultado obtener elementos probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, de la cual se puede inferir con seguridad indiscutible, la inocencia o culpabilidad de una o varias personas, que hubieren sido investigadas por la comisión de un delito.

Es en esta fase procesal, donde se valoran todas los elementos de convicción por el juez de garantías penales, el cómo garantista del proceso determina si procede o no llamar a juicio al o los procesados. Sin lugar a dudas, este es un momento crucial en el desarrollo del proceso, de una gran lógica jurídica, de razón legal, que precautela, aplica derechos inherentes al inocente o induce a la confirmación de la existencia del delito, con aplicación directa del Debido Proceso, es decir el sismógrafo de la constitución se activa en este acto procesal, en beneficio del o los procesados sea para absolverlo o acusarlos.

Se hace necesario tener un conocimiento del desarrollo histórico legal de esta fase procesal el autor Joaquín Escriche, la define como: **Instrucción.-** la reunión de pruebas, procedimientos y formalidades para poner un asunto en estado de ser juzgado.⁴

⁴Joaquín Escriche.- *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.-* Tomo Tercero.- Fondo de Cultura ecuatoriano.- 1986 P. 306

Según el autor, esta etapa es crucial, a su criterio, es una antesala pertinente, decidora, clave, oportuna y legal, que al reconstruir los actos, calificar las pruebas, analizar los resultados, indica si existe o no responsabilidades que deban juzgarse en el proceso penal, razón por la cual la actuación del Fiscal, debe ser idónea y transparente.

El carácter adversativo del sistema acusatorio implica que existe igualdad de armas durante la investigación entre las partes, si bien el conocimiento oportuno de la imputación se torna necesario para ejercer la defensa como para la producción de elementos de convicción.

Debo distinguir que en este sistema garantista penal el fiscal al estar bajo la tutela de los principios constitucionales como el debido proceso entre otros, de la misma manera lleva en la indagación previa como la instrucción fiscal principios de prueba que cumplen con los mismos requisitos que los amparados por la norma fundamental, es decir la vigencia de los derechos fundamentales está implícita en los elementos de convicción.

Se hace necesario establecer la falta que le hace a esta fase procesal el principio de preclusión de la investigación, el cual definitivamente separa una fase procesal de otra, debería ser de un análisis más profundo sin embargo solo lo he nombrado con la finalidad de establecer ciertos puntos de equilibrio dentro de lo que es la instrucción fiscal.

De acuerdo al Código de Procedimiento Penal, a los criterios extraídos, la etapa de instrucción fiscal, termina con el pronunciamiento de la Fiscalía a través del Fiscal al que corresponde emitir el dictamen fiscal sea abstentivo o acusatorio para el sobreseimiento o juzgamiento del o los procesados.

Según las reformas al Código de Procedimiento Penal, publicadas el 24 de marzo del 2009 en el Suplemento al Registro Oficial N° 555, el fiscal de la investigación, solicita al juez de garantías penales que previno en el conocimiento en la formulación de cargos, que señale dentro de las veinticuatro horas audiencia para formular el dictamen, entonces entendemos que se ha cumplido el tiempo señalado por la ley o el acuerdo de las partes en la formulación de cargos, audiencia que se “desarrollara en los próximos quince días “⁵

En definitiva, la petición de la fiscalía, del defensor del procesado o del defensor público, para que el Juez de garantías penales convoque a la audiencia, para la sustentación del dictamen, anuncia legalmente que la instrucción fiscal ha terminado.

El dictamen fiscal como formalidad procesal, sirve para dar por concluida esta etapa, no obstante, la práctica, sustituye el vacío y lo usual es que al dictarse dicha pieza procesal, el dictamen hace concluir la fase procesal de la Instrucción fiscal.

La etapa de instrucción fiscal, no puede durar más allá de noventa días, más en la práctica, este plazo no se cumple en la mayoría de causas, pese a la claridad del vocablo “improrrogables” y trámites demoren, cuando por principio constitucional del debido proceso, es importante cumplir con los plazos legales, por estas circunstancias como otras decía que se hace necesario crear el principio de preclusión el cual debería estar implícitamente determinado en la ley.

Las reformas actuales del Código de Procedimiento Penal, la primera etapa en la que se ventila cualquier asunto, es la instrucción fiscal que termina con el dictamen del Fiscal a cuyo cargo se encuentra la denuncia hasta que sea formalizada como acusación, considerando que dentro de ella, la Policía Judicial

⁵Código de Procedimiento Penal del Ecuador Arts. 223 y 224

juega un rol de importancia, ya que unidos la Fiscalía y Policía Especializada, permiten la procedimentalidad de la Etapa de Instrucción Fiscal.

1.1. DICTAMEN FISCAL ACUSATORIO

Es importante en primer lugar que desde la doctrina se entienda, lo que significa, un dictamen y además, lo que en esencia, es para la legislación penal, el sistema acusatorio, por ello, se exponen algunos criterios referenciales.

Dictamen o informe

Considerando Que éste es una pieza fundamental dentro del proceso penal, es necesario entender desde la doctrina, la ley y la jurisprudencia que:

“**Dictamen.** “Es el juicio con fundamento técnico-científico que emite un especialista de una rama de la ciencia o el saber, dirigido a una autoridad y que responde a un planteamiento determinado.

“El dictamen se emitirá por escrito, a fin de que tenga validez oficial. Responderá a cuestiones específicas aplicables a un caso controvertido y que tenga injerencia en una averiguación previa o una actuación judicial.

En la práctica es indispensable que al dar fe de dicho dictamen por lo menos se transcriban las conclusiones que al respecto emita el perito, así como el nombre del o los peritos que lo emiten”⁶

Guillermo Cabanellas de Torres, con la finalidad de aclararnos criterios sobre el tema, dice:

“Dictamen.-“Opinión, consejo o juicio que en determinados asuntos debe oírse por los tribunales, corporaciones, autoridades, etc. También

⁶Laura Mercado Cruz, Cruz Laura Yanela, Bejar Jasso Ricardo.-“*Definición de Ministerio Público*”.- S/F, S/N <http://www.monografias.com/trabajos13/defimin/defimin.shtml?monosearch>

se llama así al informe u opinión verbal o por escrito que expone un letrado, a petición del cliente, acerca de un problema jurídico o sometido a su consideración”⁷

Considerando que didácticamente hace falta abundar en criterios, a continuación se transcribe el concepto dado por el autor Manuel Sánchez Zuraty, quien dice: “Dictamen Fiscal.-“Opinión o consejo que a nombre del ministerio publico hacen los señores fiscales en los juicios.”⁸

De lo anotado se deduce que el dictamen es el criterio o juicio de valor que a nombre de la Fiscalía, elabora su representante, que para el caso de Ecuador, es el Agente Fiscal, pronunciamiento que trasluce la valoración de cada elemento constitutivo o inductivo del criterio.

De conformidad con lo que dice la cita siguiente establecida por el Diccionario Jurídico Espasa, desde el campo del Derecho Procesal Penal, sin acusación, no hay proceso, peor aún, no se podría abrir una investigación o iniciar una custodia jurídica, la frase dice: “Consiste en la necesidad de que haya acusación para que pueda seguirse un proceso penal.”⁹

“Sistema contradictorio.- “Forma característica de determinados procesos, según la cual el órgano jurisdiccional se encuentra en una situación expectante, casi pasiva, contemplando la pugna entre una dualidad de sujetos procesales en posiciones contrapuestas.

La forma contradictoria viene determinada normalmente por el principio dispositivo.

⁷Guillermo Cabanellas de Torres.- *Diccionario Jurídico Elemental*.-4º Edición.- Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires-Argentina.- S/F.-P. 101

⁸Manuel Sánchez Zuraty.- *Diccionario Básico de Derecho*.- Casa de la Cultura Ecuatoriana ”Benjamín Carrión”-Núcleo del Tungurahua.- Ambato-Ecuador s/f P. 235

⁹ Diccionario Jurídico Espasa.- Fundación Tomas Moro.- Editorial Espasa Calpe S.A.- Madrid-España 2006.- P. 706

A la forma contradictoria, en su construcción ideal se suelen añadir las características también formales de oralidad, publicidad y libre valoración de la prueba por el juez de garantías penales”¹⁰

Es preciso partir de la premisa de la ley: El inciso segundo del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal establece:

“Cuando el fiscal estime que los resultados de la investigación proporcionan datos relevantes sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permita deducir que el procesado es autor o partícipe de la infracción, debe emitir dictamen acusatorio y requerir al juez de garantías penales que dicte auto de llamamiento a juicio.”¹¹

Los resultados de la investigación puestos a disposición del juez como de las partes procesales, son aquellos en los que el Fiscal ha actuado con “absoluta objetividad en la búsqueda de los elementos de cargo y de descargo de los procesados”¹² es decir hoy esta es la verdad integral de la investigación, como del proceso, se confronta entre los elementos de cargo y descargo, lo cual da como resultado una verdad histórica de los hechos, a través de lo que se denomina el principio de objetividad, el principio de investigación integral o el principio de trascendencia de la investigación, prácticamente estos principios no se encuentran en nuestra legislación están en la doctrina universal como parte del sistema acusatorio oral, en aras de la vigencia de los derechos fundamentales como del debido proceso, entonces esta verdad meridiana debe ser transmitida en el dictamen fiscal acusatorio.

¹⁰ IBIDEM.- P. 706

¹¹ Código de Procedimiento Penal Obra citada

¹² Código de Procedimiento Penal art. 65 Obra citada

Se hace necesario seguir con el análisis y transcripción en parte de este artículo de la ley porque creo que es necesaria oportuna y orienta la investigación para su mayor comprensión, entonces el dictamen fiscal debe recurrir a los requisitos que se encuentran estipulados en este mismo artículo, para plasmar su dictamen frente al juez, a las partes procesales en forma oral, por lo que creo que es necesario de fiel cumplimiento, no se los puede pasar por alto estos requisitos son:

“La acusación fiscal debe incluir los siguientes presupuestos:

1. La determinación de la infracción acusada, con todas sus circunstancias;
2. Nombres y apellidos del procesado;
- 3 Los elementos en los que se funda la acusación al procesado. Si fueren varios los procesados, la fundamentación deberá referirse individualmente a cada uno de ellos, describiendo los actos en los que participó en el hecho; y,
4. La disposición legal y constitucional que sanciona el acto por el que acusa.

Formulada la acusación, el fiscal entregará al juez de garantías penales las actuaciones de investigación que sustentan su pronunciamiento”¹³

Desde este punto de vista legal, el dictamen acusatorio, debe reunir estos requisitos cabe cuando el hecho punible verifica el cometimiento intencional o no, premeditado o sin premeditación, ya sea con o sin ensañamiento o alevosía, es lógico que el Fiscal en nombre de la Fiscalía, emita un dictamen acusando a el o los autores, cómplices o encubridores que se encuentren implicados en el delito que se acusa, por eso, la conclusión de la etapa de instrucción fiscal, es determinante dentro de todo el proceso penal, pudiendo establecerse en la

¹³Código de Procedimiento Penal art. 224 Obra citada

audiencia el auto de llamamiento a juicio o no por parte del juez de garantías penales que es el que valora los elementos de convicción recopilados en la investigación.

En relación a este dictamen, son cuatro requisitos indispensables del contenido y estos son:

- 1.- Individualización exacta del o los imputados, determinando nombres y apellidos.
2. Los elementos que según todas las pruebas y más circunstancias que rodean al hecho, permitieran el esclarecimiento de la verdad y la determinación responsable del acto doloso de tal forma, que no puede eximirse de culpa, por estas razones, es que la actuación del Agente Fiscal, es trascendente y en extremo, muy delicada.
3. Descripción pormenorizada y concreta de los elementos de convicción irrefutables y demás que permitieron establecer la existencia de la infracción de su o sus responsables
4. Establecimiento, claro y preciso de los fundamentos de hecho como de las normas sustantivas de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, que deben aplicarse al hecho punible.

De no encontrar los sufrientes elementos de convicción a que se refiere la legislación penal, no pudiendo tener excusa para mantener a la persona o más individuos bajo detención, el Fiscal está obligado a establecer su dictamen abstentivo en forma tal, que el juez pueda sobreseer al o los procesados, sin pérdida alguna de tiempo, lógicamente que esta, para las víctimas de una acusación falsa, significa el resarcimiento de los daños ocasionados pero que nada tienen que ver con el dictamen fiscal, es decir esta es la contraposición del dictamen fiscal acusatorio, siendo también el resultado de la objetividad de la investigación.

1.2 EL EXPEDIENTE A DISPOSICIÓN DE LAS PARTES:

IMPUTADO Y OFENDIDO

Partiendo del principio consagrado tanto en la Declaración Universal, como en la Declaración Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica entre otros instrumentos de tipo regional e internacional que determinan el debido proceso, todo expediente que involucre un proceso penal es de carácter público, por lo tanto, debe estar expuesto a las necesidades de las partes procesales, no obstante, este acceso se ve truncado cuando de manera arbitraria, tanto la Policía Judicial, la Fiscalía o el juzgado, en repetidas ocasiones, han impedido el acceso a las piezas procesales.

Por considerarse el expediente el instrumento de contenido y continente del juicio, debe estar libre de reserva en la Instrucción Fiscal, no debe existir límite en acceder a ofendido o procesado, lo contrario, sería atentatorio contra cualquiera de las partes.

De una manera sencilla para entender el significado de expediente, a continuación se cita el criterio de Rafael de Pina Vara que dice al respecto:

“EXPEDIENTE.- “Constancia escrita de las actuaciones o diligencias practicadas en un negocio administrativo en un proceso civil o penal por los funcionarios a quienes corresponde, o de las actuaciones o diligencias practicadas en los actos de jurisdicción voluntaria”¹⁴

En la práctica, el expediente es el cúmulo de documentos que se van juntando desde el inicio hasta el final del trámite, ingresando escritos de los

¹⁴ DE PINA Vara, Rafael.- Diccionario Jurídico.- Quinta Edición.- Editorial Azteca.- México D.F.- México s/f P. 212

abogados de las partes, informes, elementos probatorios y demás que se adhieren como parte indivisible de todo lo que se actúa, dejando constancia física.

Se puede establecer que expediente es el conjunto de papeles que por la potestad que confiere a los entes el Derecho Administrativo Público o Jurisdiccional, devienen en la calidad de documentos por el hecho de que se solemnizan debido a la calidad representativa de un funcionario, atendiendo al hecho de que todos los papeles son escritos o se reducen a escrito para dejar constancia, éstos tienen que ser necesariamente foliados o numerados conforme a la costumbre en Ecuador y en otras latitudes para dar al expediente una secuencialidad ordenada.

Como se dijo, todo expediente debe permitir el libre acceso a él, a los interesados: ofendido, agraviado, víctima, o acusador, de otro lado, el procesado, agresor, victimario o acusado, porque cada parte tiene intereses contrapuestos de orden polarizado que exigen una investigación exhaustiva.

Respecto al acceso que las partes deben necesariamente tener en relación al expediente, las últimas reformas al Código de Procedimiento Penal, derogan el texto anterior del Art. 227., por lo que el resultado de la investigación se va a conocer en la audiencia preparatoria de juicio.

CAPÍTULO II

CONVOCATORIA A LA AUDIENCIA PREPARATORIA DEL JUICIO

2. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR O AUDIENCIA PREPARATORIA DEL JUICIO

DEFINICIÓN DE AUDIENCIA PREPARATORIA DEL JUICIO

El trabajo considera definir a la audiencia preliminar o como actualmente según las últimas reformas al Código de Procedimiento Penal, le asigna el nombre de **audiencia preparatoria del juicio**, cuyas definiciones serán contempladas desde los aportes doctrinales y legales, siendo preciso hacerlo bajo la concepción de antesala o preámbulo al proceso que inicia desde que llega la petición del fiscal para su convocatoria dentro de las próximas veinticuatro horas en la cual se señale día y hora para qué se lleve a efecto la misma, el “**juez de garantías penales**” avoca conocimiento, iniciando el estudio desde el sentido gramatical de “preliminar o acto preparatorio”.

Guillermo Cabanellas de las Cuevas, indica que Audiencia, proviene del verbo “audire” o acto por el que un juez de garantías penales o un tribunal de garantías penales, está obligado a escuchar a las partes, para decidir con conocimientos lógicos, amplios, razonables, justos y estimativos, la valoración de las causas que por sorteo, llegan a su conocimiento, de los cuales, dirimirá sobre la existencia o no de una infracción y de un culpable o de un inocente. Se determina como audiencia, cada una de las sesiones de un tribunal donde se expresan las partes a través de sus abogados en forma contradictoria, a favor o en contra, a tal punto, que van esclareciendo los hechos o los derechos dentro de una concepción clara y definitiva del asunto en controversia, estableciendo de manera fidedigna, la objetividad real de una acusación y el aspecto de

imputabilidad que por las valoraciones de los hechos en la audiencia preparatoria del juicio, determinen sin duda, alguna la existencia o no de un acusado, o que después de verificar todos los elementos de juicio, se garantice la seguridad jurídica que el caso amerita, y con ello, se de cumplimiento al principio constitucional del debido proceso.¹⁵

La audiencia preparatoria de juicio, denominación que reemplaza en el nuevo sistema procesal penal, a partir de las reformas a la que antes se denominara audiencia preliminar, es el momento clave frente a cualquiera de las etapas del proceso en un juicio penal, del que depende toda determinación posterior, en el que se contradicen se contraponen los criterios, se controvierten las motivaciones, se interpolan las valoraciones legales de los hechos y circunstancias que acompañan al delito para acusar o no a una de las partes, es decir, que la audiencia se desarrolla en un verdadero enfrentamiento legal de las partes mediante sus defensores, dando a notar al juez de garantías penales o tribunal, sus intereses para condenar o sobreseer de manera anticipada.

En síntesis, la audiencia preparatoria de juicio, entreabre las puertas de la verdad donde se pone a disposición del juez el principio de objetividad, la trascendencia de la investigación realizada, o el principio de la verdad integral de los hechos que van a juzgarse, para que el juez, decida sobre parámetros posibles de sana crítica y probidad, iniciando desde este momento, la cadena de seguridad jurídica que se materializa en su pronunciamiento según valoraciones de los resultados obtenidos en esta audiencia preparatoria del juicio, de ahí nace la importancia de este momento procesal, considerado dentro del presente trabajo, como un instante supremo para la decisión posterior.

Por las razones expresadas, es importante que, este diálogo abierto y oral, durante el desarrollo de la audiencia preparatoria del juicio, el fiscal demuestre con

¹⁵Guillermo Cabanellas de las Cuevas.- *Diccionario Jurídico Elemental*.- 16º Edición.- Editorial Heliasta S.R.L.- Buenos Aires-Argentina 2003 P. 42

claridad las razones legales de la culpabilidad o la inocencia alegadas por las partes, constituyéndose en mecanismo de aporte, todos los elementos imprescindibles de responsabilidad en la comisión de un delito o una infracción en general, verificándose en forma indiscutible el hecho denunciado o acusado.

En relación al desarrollo de la audiencia preparatoria del juicio y acomodando un concepto personal a la definición establecida por el diccionario Jurídico Espasa, se diría que ésta, consiste en el acto de oír con atención debida por parte de un juez de garantías penales o tribunal penal, a las partes y los testigos que tienen que ver con la materia acusada, para decidir finalmente, sobre la valoración del pleito o la causa que genera el establecimiento de la audiencia preparatoria del juicio; también se puede definir a esta institución penal, como el lugar o espacio legal destinado a celebrar diversas discusiones o diálogos que permitan aportar al esclarecimiento de lo acusado, asunto que es de estricta competencia del juez de garantías penales o del tribunal"¹⁶

Para determinar la importancia del desarrollo de la audiencia preparatoria del juicio, es necesario objetivizar dentro de este tema, condicionantes doctrinarios y legales como son, la sustanciación y la aplicabilidad conforme a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, el desarrollo de la audiencia preparatoria del juicio, se vuelve una pieza procesal de mayor acción valorativa que objetivase la garantía y el resguardo jurídico que todo proceso debe contener en sujeción al principio constitucional del debido proceso.

En síntesis, desarrollo de la audiencia preparatoria del juicio, resulta ser dentro del proceso, instancia investigativa que precede al resultado, coyuntura preliminar, fase preambular o antesala para las decisiones del juez de garantías penales, por lo que tiene un sentido importante puesto que motiva e inicia la incoación dada con el antecedente de la acusación o el conocimiento oficial

¹⁶*Diccionario Jurídico "Espasa".- Fundación Tomás Moro.- Editorial Espasa Calpé.- Madrid-España, 2006.- P. 209*

sobre un hecho que contraviene el orden público o que lesiona el o los derechos de las personas de manera particular, en caso de existir la infracción.

La audiencia, desarrollada a través de diálogos contradictorios, es un acto que transparenta o decide si debe o no el juez de garantías penales, promover la acción a favor o en contra del procesado y mucho antes de resolver la apertura del verdadero proceso judicial en el pueda juzgar con criterio probo, todos los elementos, a partir de aquello que se acusa, logrando una investigación cabal de los hechos presumiblemente constitutivos de la infracción penal que llegan a conocimiento del juez de garantías penales, hasta que dejen de ser presumibles y puedan a ciencia cierta establecer si existe o no un delito.

Dentro de la audiencia preparatoria del juicio, las decisiones que competen exclusivamente al juez de garantías penales, son independientes de aquellas valoradas anteriormente por el fiscal, motivo por el que el primero de los nombrados, dictamina sobre la base de los resultados obtenidos, diligenciando u ordenando todo tipo de prácticas, en forma racional, ilimitante requeridos para esclarecer la verdad, circunscribiendo el ejercicio de estas prácticas, a disposiciones formales y esenciales del sistema legal y jurídico, consiguiendo también, poniendo en evidencia la facultad autónoma del Juez de garantías penales en relación a la Fiscalía y de la Policía Judicial, considerando que puede inclusive, disponerse el archivo de la investigación cuando el acto no constituya delito o exista impedimento para el desarrollo del proceso penal, sin que se pueda dejar de anotar que en caso de desestimarse la acusación, la decisión tomada, está severamente limitada a la garantía del control judicial¹⁷

Por todo lo anotado, con el desarrollo de la audiencia preparatoria del juicio, el juez de garantías penales conecedor de la causa, decide cuando hay méritos, la prolongación del proceso en las etapas subsiguientes o bien puede dar por

¹⁷ IBIDEM, P. 63 - 69

terminado el mismo, si de este desarrollo, han salido resultados que no ameriten la acusación.

La audiencia preparatoria de juicio, catapultada a la justicia y sus administradores, hacia un proceso debidamente actuado, permitiendo comprobar la acusación o la inocencia, actos que apegados a la doctrina, jurisprudencia y ley en forma coherente, dan luces necesarias para actuar correctamente, pero para que esto suceda, la audiencia preparatoria del juicio, no puede convertirse en una pieza aislada del proceso o inerte en su ventilación, ya que de ella dependerá el curso del trámite y la predisposición a la veracidad." ¹⁸

Gracias a su valoración dimensional, es que los tratadistas y administradores de justicia punitiva, miran esta audiencia que prepara el proceso, como el instrumento clave para descubrir la existencia o no de un principio de culpabilidad o de inocencia como objeto polar, agilizando el resultado, muchas veces, con un concluyendo el proceso y determinando la cadena de seguridad jurídica.

Al establecerse en la audiencia preparatoria del juicio, durante su desarrollo, el principio de contradicción de un juicio de valor o desvalorización del acto justo o injusto, se puede obtener un criterio amplio y suficiente mediante el cual, el juez de garantías penales, conozca detalles de importancia y evalúe con criterio sano el o los hechos, mientras las partes en la audiencia aportan los elementos para establecer criterios lógicos sobre el esclarecimiento de aquello que se imputa.

CONVOCATORIA A LA AUDIENCIA EN LA QUE SE PREPARA EL JUICIO

La "audiencia preparatoria de juicio", artículo 226.1 de la reforma al Código de Procedimiento Penal, ligan a la Fiscalía y al juez de garantías penales donde el proceso se ventila de manera concreta, el juez de garantías penales, ordenará la convocatoria sujetándose a lo que el texto actual dice que: Toda convocatoria a

¹⁸ Marco Terán Luque.- *El Debido Proceso La Prueba Ilícita*.- <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.P.Penal.89.htm>

audiencia llevará la prevención que de no asistir el defensor particular del procesado actuará en su lugar el defensor público, designado por el juez de garantías penales en la misma providencia que contenga tal convocatoria.

Necesariamente deben estar presentes tanto el fiscal como el acusado, éste, obviamente, con su Abogado defensor, un defensor público nombrado por el juez de garantías penales antes de que se de inicio a la audiencia preparatoria, durante su desarrollo debe establecerse de manera solemne los requisitos de procedibilidad, entendiéndose por ellos, las de exigencias formales cumplimiento obligatorio, es como que adquiere la irrefutabilidad de su práctica, la transparencia, la seguridad del debido proceso, puesto que las mismas, al ser ordenadas por la ley y cumplidas con el rigor de exigencia por parte de la autoridad competente, tienen la certeza de ser confiables ante la fe pública y la administración de una justicia procesal idónea.¹⁹

Según la reforma de acuerdo a la doctrina jurídica, los temas de fondo y forma que tienen que tratarse irremediabilmente en la audiencia, son los siguientes:

- a)** Asuntos relativos a la legalidad de la detención, es decir, determinar dentro de la audiencia preparatoria, si en ella, se han observado los preceptos de ley, cuidado de la integridad personal, si el detenido fue o no objeto de torturas, tratos degradantes, prácticas insanas, si se sujetó o no a las normas expresas para llevarse a cabo dicho evento, garantizando en todo momento, la seguridad jurídica de la detención para establecer su principio de legalidad y que no hubiere sido impuesta.
- b)** El juez de garantías penales debe establecer si se adoptaron medidas para que la Fiscalía y la Policía Judicial o los agentes no han violentado los derechos del detenido.

¹⁹Pablo Duran Gallardo.- La Audiencia Preliminar. Sistema Acusatorio, *La etapa intermedia y su resolución*. http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3504&Itemid=426

c) La existencia de una tramitación correcta en lo atinente a resoluciones para autorizar actos investigativos que se requieren para que se opere esta práctica, en debida forma.

El análisis relativo a la aplicación, revisión o apelación de las medidas cautelares ordenadas por autoridad competente.

e) El uso correcto y legal del tiempo utilizado para la realización de diversas prácticas investigativas y su tiempo de cierre.

f) Que se haya dispuesto la orden de prisión preventiva; bajo procedimientos de ley y sin arbitrariedades jurídicas o extralimitantes de la autoridad que ordena la mencionada privación de libertad

g) Determinar si se efectuó el uso de procedimientos alternativos al juicio como acuerdos reparatorios, conversiones, suspensión condicional del procedimiento, procedimientos abreviados o simplificados. Bajo estricta seguridad jurídica.

Todos estos requisitos son de vital importancia en el acto de confrontación, por así decirlo, que se lleva a la práctica durante el desarrollo de la audiencia preparatoria de juicio, deben discutirse y alegarse con amplitud de criterio, en estricto apego a la doctrina, jurisprudencia y la ley punitiva, estableciendo desde el inicio de ésta, la existencia o no de violaciones a la legislación sustantiva penal y procesal penal o a las formalidades esenciales que son parte del debido proceso.

2.1. ALEGATOS EN RELACIÓN A LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD O ASUNTOS PREJUDICIALES. LA COMPETENCIA Y LA CADENA DE CUSTORIA QUE PUEDEN AFECTAR LA VALIDEZ DE LOS ACTOS

Como en la audiencia preparatoria del juicio, el juez de garantías penales permite el análisis, discusión o contradicción respecto de los alegatos que introducen las partes, estos deben efectuarse bajo el principio de garantías sobre la seguridad jurídica, versar exclusivamente sobre materias señaladas en la ley y resueltas en forma previa al inicio del proceso penal. Lo importante de los alegatos

es que éstos, se encuentren debidamente fundamentados, aduciendo nulidades relativas o generales cuando las razones contenidas en ellos, se refieren a elementos insubsanables o pueden alegarse respecto a la intervención de las autoridades como el Fiscal, la Policía Judicial, la intervención del mismo el mismo juez de garantías penales: Puedes inclusive los alegatos, tratarse asuntos que no fueron debidamente analizados por el Fiscal o la Policía Judicial, lo importante de todo es que en la audiencia preparatoria al juicio, se puede alegar sobre calidad falsa de la acusación, lo importante es que éstos puedan demostrar la veracidad de la alegación.

En un alegato, puede establecerse el hecho de que el testigo que debiendo declarar no comparece o que actos que pudieron repararse, no se han reparado afectando al acusado o la que causa, por lo que el juez de garantías penales, cumpliendo con el principio de tutela jurídica, da oídos a estos alegatos haciendo a través de ellos, su propia valoración sobre el asunto que se acusa. Por todo ello, la audiencia de preparación del juicio, reviste una importancia irreductible en materia penal.²⁰

Los alegatos versarán sobre todas las cuestiones planteadas, debiendo referirse a asunto de forma y de fondo, lo que quiere decir que la decisión que el Juez de garantías penales adopte al final de la audiencia, está ilustrado también por lo que las partes aduzcan en sus alegaciones, por ello, deben atenerse en forma exclusiva, a los temas tratados en la audiencia preparatoria del juicio, a los requisitos de procedibilidad, competencia, hechos que se acusan, dictamen fiscal pruebas de testigos y otras pruebas analizadas, agotadas de acuerdo con lo que dispone el Código de Procedimiento Penal, entendiéndose que la actitud crítica y capacidad jurídica del juez de garantías penales, debe estar sujeta aún en los alegatos a la naturaleza idónea, transparente e independiente de juzgador, debiendo remitirse a suplir las normas que las partes hubieren olvidado, sin parcializarse ni a una ni a otra parte, la sana crítica, es loable para el análisis de

²⁰María Cristina Barbera de Riso, *Los Recursos penales: Lineamientos*, Editorial mediterránea, P.79 -83

los alegatos y determina la calidad intelectual y jurisprudencial del administrador de justicia.

LA PROCEDIBILIDAD

Si se trata de procesalidad, es el juez de garantías penales quien decidiría con apego a la doctrina, jurisprudencia y ley, sobre las cuestiones relacionadas con las formas de procedimiento que eventualmente pueden afectar la validez del proceso, como son, si se quiere entregar confianza en la administración de justicia penal ecuatoriana, determinar el debido proceso, probidad, idoneidad, entonces, las actuaciones de la autoridad, deben evitar fundamentalmente, las violaciones a los principios universales del Derecho Penal y Procesal Penal, los principios constitucionales, relacionados con el respecto a los derechos humanos, al debido proceso y a toda normativa que permita la entrega de una justicia, oportuna, transparente, ágil y veraz.

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

Los requisitos de Procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una investigación, en su caso ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos alude en su Artículo 16 como requisito de Procedibilidad, la denuncia, la acusación y la querrela.²¹

Si faltan o no se observan los requisitos de procedibilidad, la relación procesal existe, pero carente de contenido y como consecuencia de ello, el juez debe pronunciarse sobre tal carencia, la inobservancia de estos viola el debido proceso, entonces es aquí donde el sismógrafo de la constitución se activa en

²¹ Laura Yanela Mercado Cruz, Ricardo Bejar Jasso,- *Definición de Ministerio Público.-*
<http://www.monografias.com/trabajos13/defimin/defimin.shtml?monosearch>

vigencia de los derechos fundamentales, como de las formalidades esenciales del proceso

Asuntos prejudiciales CPP

Entendiendo que son trámites prejudiciales aquellos que se realizan antes de la iniciación de un proceso con la finalidad de asegurar la tutela jurídica o la viabilización del proceso, como por ejemplo, dentro del procedimiento, es importante considerar lo que dispone el Art. 40 del Código de Procedimiento Penal dice así:

Prejudicialidad.- En los casos expresamente señalados por la ley, si el ejercicio de la acción penal dependiera de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que haya auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial.

De la norma transcrita, se desprende que todo acto que debe realizarse para esclarecer los hechos o dar luces al proceso, aún en tratándose de cuestiones civiles, es preciso que la actuación de la autoridad, guarde relación estricta con su competencia, por ello, este vocablo significa capacidad, aptitud propiedad y autorización legal para actuar, lo cual constituye un impedimento legal para continuar con la acción penal.

LA COMPETENCIA Y LA VALIDEZ DE LOS ACTOS

Dentro del proceso penal, la competencia, es también otro de los temas a tratarse en el primer momento de la audiencia, entendiéndose a la misma como la facultad que tienen los jueces para administrar justicia dentro de los límites y atribuciones otorgadas por la ley, en razón del territorio, de las personas y de los grados, situación que al no ser acatada, daría lugar a la declaración de nulidad, de acuerdo con lo que ordena el procedimiento penal:

Objetivamente, la competencia es la órbita jurídica dentro de la cual se puede ejercer el poder público por el órgano correspondiente; subjetivamente, es el conjunto de atribuciones otorgadas a dicho órgano para que ejerza sus poderes. Con respecto a los tribunales, su potestad jurisdiccional²²

De acuerdo a la cita, existe una competencia objetiva que es la que se desprende de los lineamientos legales, de los elementos aportados con las discusiones, los diálogos contradictorios, alegatos y pruebas en general, que las partes efectúan dentro de la audiencia preparatoria del juicio y otra subjetiva, que es aquella que radica en la sana crítica, en la valoración que sobre todo este conjunto de material aportativo, realiza el juez de garantías penales o los miembros de un tribunal con apego a la doctrina, jurisprudencia y fundamentalmente, a la ley.

Para Joaquín Escriche, el término competencia, constituye ese derecho que tiene un juez de garantías penales o tribunal para conocer de una causa de manera legal, según la materia que para el caso, es penal, conforme al sorteo de la causa y a motivos de territorio.²³

La definición dada por Guillermo Cabanellas de Torres sobre la competencia, es una contienda que se determina en la atribución dada en forma exclusiva a una autoridad de entre otras de la misma jerarquía o materia sobre el conocimiento de un asunto, que en el caso presente, sería de esencia procesal la misma que debe tratarse en la audiencia preparatoria del juicio entre una o varias personas dando a conocer hechos y derechos controvertidos.

²² Enrique Vescovi, *Teoría General del Proceso*, Segunda edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia, s/f., P.133

²³ Joaquín Escriche.-*Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo Segundo, Fondo de Cultura Ecuatoriana, S/F, P. 363

Descrita así la competencia, es la oposición entre jerarquías iguales del sector público que se opera en la administración de la justicia, entendiéndose también, como la potestad, incumbencia, idoneidad o aptitud que tiene la autoridad sobre una materia o asunto entregado a su conocimiento, por lo tanto, la competencia radica en el principio doctrinario, jurisprudencial y legal del derecho para actuar el juez de garantías penales, circunscrito a la jurisdicción o porción de territorio que determina la competencia entre jueces, tribunales o autoridades respecto al conocimiento y decisión de un proceso que llega desde el Ministerio Público o administrativo legal ante su autoridad, de tal forma que solo ese juez de garantías penales y no otro, puede entrar en conocimiento para resolver la causa venida a sus manos.²⁴

Para tener una idea de los cambios efectuados a los Códigos Penal y sobre todo, de Procedimiento Penal, sobre la competencia, hay que cumplir los requisitos del artículo 27 del Código de procedimiento Penal;

LA CADENA DE CUSTODIA

“Es el conjunto de procedimientos tendientes a garantizar la correcta preservación de los indicios encontrados en el lugar de los hechos; durante todo el proceso investigativo, desde que se produce la colección hasta su valoración por parte de la autoridad competente. Al recolectar las pruebas, lo importante es el significado, el valor que va a tener en el proceso de investigación y por medio de la cadena de custodia, este valor va a ser relevante, debido a que no se va a poder impugnar, al haberse acatado el procedimiento.”²⁵

El procedimiento que se debe seguir en cuanto a la evidencia en la escena, y en todo proceso de investigación, es el siguiente:

²⁴Guillermo Cabanellas de Torres.- *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, S:R:L., Buenos Aires-Argentina, s/, P.58

²⁵RO N° 156 (27 de agosto de 2007)

- Recolección adecuada de los indicios.
- Conservación adecuada de los indicios.
- Entrega fiscalizada.

Las etapas de la cadena de custodia son las siguientes:

1. Extracción o recolección de la prueba.
2. Preservación y embalaje de la prueba.
3. Transporte o traslado de la prueba.
4. Traspaso de la misma, ya sea a los laboratorios para su análisis, o a las diferentes fiscalías para su custodia.
5. Custodia y preservación final hasta que se realice el debate.²⁶

En este apartado, se puede tener la evidencia completa o los dictámenes que de ella se extrajeron. Por ejemplo, en el ámbito de los incendios, las pruebas enviadas, en su mayoría, son destruidas o alteradas, sin embargo, quedan los diferentes informes que de ellas se desprendieron. Otras pruebas como armas o huellas, se pueden conservar en su totalidad, de acuerdo con el caso.

Quiénes componen la cadena de custodia en un inicio es el personal policial uniformado (vigilancia), son ellos los primeros en conocer el caso, pero en forma general por los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentran los elementos de prueba respectivos durante las diferentes etapas del proceso penal. Por consiguiente, todo funcionario que reciba, genere o analice muestras o elementos de prueba y/o documentos, forma parte automáticamente de este procedimiento, sencillo, pero de obligado cumplimiento durante el desarrollo de la investigación. Todo funcionario que participe en el proceso de la cadena de custodia es responsable de conocer los procedimientos generales y específicos

²⁶ Esta expresión lleva implícita la calidad o cualidad de la evidencia física. La custodia debe garantizar al juzgador que la evidencia física, que se le presenta en el juicio, es la misma que se recolectó en el sitio del suceso; que no ha sido alterada, cambiada o destruida; o bien, que fue analizada y se entregó su significado.

para tal fin. Es decir, el desconocimiento de los procedimientos de la cadena de custodia no exime de responsabilidad al miembro de cualquier institución que lo omita u olvide en determinado momento. Es así como cada uno de los funcionarios que participa en el proceso, es responsable del control y registro, pues su actuación es directa sobre las diferentes decisiones tomadas por el fiscal o juez, dependiendo claro está, de la etapa procesal.

El reglamento de la Policía Judicial del Ecuador en su **Art. 65** señala: “Bajo la dirección de los fiscales, corresponde a los departamentos de Criminalística, acudir al lugar de los hechos para proteger la escena del delito; buscar, fijar, levantar, etiquetar las muestras dando inicio a la cadena de custodia, y analizar todos los indicios, señales o evidencias sobre un presunto hecho delictivo, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.”²⁷

Se puede definir la cadena de custodia como aquel procedimiento, ejecutado sobre aquellos indicios materiales en la investigación y los cuales pueden cumplir una función probatoria significativa en el momento en que el indicio material se localiza en el sitio hasta que llega la prueba a la autoridad jurisdiccional²⁸.

La cadena de custodia ejecutada en forma idónea nos proporcionará seguridad y certeza de que los indicios materiales decomisados en el lugar de los hechos sean los mismos que se han hecho llegar ante el juez.

La regulación de la cadena de custodia en los principios probatorios

La cadena de custodia de la prueba, encuentra fundamento en los siguientes principios probatorios:

- Principio de aseguramiento de la prueba.
- Principio de la licitud de la prueba.

²⁷ Reglamento de la Policía Judicial del Ecuador.

²⁸ Badilla, J. (1999) **Curso de administración y procesamiento de la escena**

- Principio de la veracidad de la prueba.
- Principio de la necesidad de la prueba.
- Principio de la obtención coactiva de la prueba.
- Principio de la inmediación, publicidad y contradicción de la prueba.

Según Fábrega, J. El principio de aseguramiento consiste en lo siguiente:

“En la protección que establece el legislador a los medios de prueba para ponerlos a salvo de sus dos grandes enemigos; el tiempo y el interés de las partes... El funcionario judicial debe adoptar todas las medidas necesarias para evitar que los elementos materiales de prueba sean alterados, ocultados o destruidos”.²⁹

Este principio es el que hace mención directamente al tema en estudio de la presente investigación que es la cadena de custodia de la prueba, con el cual se pretende se de el aseguramiento de la prueba material que se encuentre en el lugar de los hechos, sea la misma que se incorpore como material o acervo probatorio ante los Tribunales de Justicia.

Precisamente en el principio de aseguramiento de la prueba es donde encuentra asidero directo la cadena de custodia de la prueba, ya que los diversos procedimientos garantizarán que el elemento probatorio material que se localice en el sitio del suceso, no sea alterado, adulterado, ocultado o destruido por personas que tengan interés en entorpecer la investigación judicial de los hechos denunciados como delictivos.

Seguidamente se tiene los principios de licitud y veracidad de la prueba, los cuales se conceptualizan de la siguiente forma.

²⁹ Curso virtual de administración y procesamiento de la escena del crimen. Versión preliminar

El principio de licitud de la prueba se le conoce como principio de la legitimidad de la prueba.

De Santo, V. sostiene que “este principio se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba y lleva a la conclusión de que toda prueba que la infrinja debe ser considerada ilícita, y por ende sin valor jurídico”.³⁰

Con respecto al principio de veracidad Espinosa, L. sostiene lo siguiente:

Que tanto las partes como el juez investido del sagrado deber de administrar justicia entra en la obligación moral y también legal de suministrar al funcionario la prueba libre de vicios, artimañas o arreglos; cuando esto último sucede se dice que hay deslealtad para con quienes intervienen en el proceso, en sentido contrario se predicará que la prueba es inmaculada.³¹

Tal como se infiere de los anteriores principios, el procedimiento de control sobre la prueba material que se ejercerá por medio de la cadena de custodia, se proporcionará seguridad a la administración de justicia y a los sujetos procesales, la autenticidad y legalidad del material probatorio material (indicios materiales) que se recaudaron en el lugar de los hechos y que posteriormente podrían constituir en prueba esencial para decidir en forma favorable (absolutoria) o desfavorable (condenatoria) la situación jurídica de un imputado.

Asimismo en relación con el principio de necesidad de la prueba De Santo, V. nos dice lo siguiente:

Este principio alude a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la sentencia se hallan acreditados, con pruebas suministradas por cualquiera de los litigantes o por el órgano jurisdiccional, sin que el magistrado pueda suplirlas con el conocimiento personal privado que tenga sobre ellos. Este

³⁰ De Santo, V. (1994) **La prueba judicial**. 2ª edición actualizada. Editorial

³¹ Espinosa, L. (1986) **Derecho probatorio**. 2ª edición aumentada y actualizada.

principio, entonces una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrán ser revisadas por el superior. Puede hablarse, se radique en cabeza del fiscal. Quién está amparado por esa presunción no tiene que demostrar el hecho que se presume y le traslada la carga de la prueba de desvirtuar el hecho a la contraparte. Si se presume la inocencia, el Estado por medio del fiscal debe probar la responsabilidad penal. De lo contrario esa presunción queda incólume y viene a imponer la decisión del juzgador.

Seguidamente el principio de obtención coactiva, de acuerdo con el autor Florez, J. se conceptualiza, en los siguientes términos:

Para el recaudo de la prueba, el Estado puede usar de los atributos que emanan de su soberanía, no quedando a voluntad de las partes. Si alguien se resiste en facilitar el recaudo de la prueba (por ejemplo, el testigo se niega a comparecer) el Estado emplea la coerción para garantizar la recaudación de la prueba (el testigo es llevado por la Policía al Juzgado y además sancionado con multa convertible en arresto), en asuntos civiles. El Estado emplea medidas de coerción de diverso orden, a saber: a) Físicas, como el arresto o la conducción forzada. b) Sicológicas, como el juramento. c) Económicas, como las multas. d) Jurídicas, como los indicios que deduce el legislador de la conducta de las partes.

Para resumir, los principios de necesidad y obtención coactiva de la prueba, se manifiestan en forma dependiente entre sí con respecto a la cadena de custodia, ya que a partir del momento en que el Estado tenga conocimiento de la notitiacriminis, se requerirá forzosamente la averiguación de los hechos, lo cual se podrá obtener únicamente por medio de la prueba, siendo ésta indispensable dentro del engranaje investigativo que se despliega dentro de un proceso penal.

Ninguna sentencia sea absolutoria o condenatoria puede dictarse sin un fundamento probatorio mínimo, en virtud que la prueba le permitirá al juzgador

obtener la convicción acerca de los hechos investigados dentro de un proceso penal.

Por medio de la cadena de custodia, se obtendrá una garantía que efectivamente el material probatorio que se encontró en el lugar de los hechos es el mismo que se incorporó como prueba ante los Tribunales de Justicia y que guarda una relación directa o indirecta con el objeto a probar (delito).

Por último sobre los alcances de los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba, el autor Quintero, T. sostiene que se da la oportunidad a la parte contra quien se pide o se recepciona una prueba, para que la conozca, la discuta y, si es posible la desvirtúe.

Tal como se desprende de los anteriores principios, el contacto directo y conocimiento que el juzgador y los sujetos procesales tendrían con el material probatorio de naturaleza física o material, es lo que permitirá en un momento determinado impugnar, cuestionar o debatir el mismo y eventualmente obtenerse otros elementos de prueba como la pericia que vendría en cierta medida a despejar dudas sobre los hechos indagados.

* Principios básicos y control de la cadena de custodia.

Entre los principios básicos y control de la cadena de custodia López, P. los expone en los siguientes términos:

En cuanto a los principios básicos:

1. La cadena de custodia es el mecanismo que garantiza la autenticidad de los elementos de prueba recolectados y examinados, esto es, las pruebas corresponderán al caso investigado, que no den lugar a confusión, adulteración, ni sustracción alguna. Por tanto, todo funcionario que participe en el proceso de cadena de custodia, deberá velar por la seguridad, integridad y preservación de dichos elementos.

2. La cadena de custodia está conformada por los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentren los elementos de prueba respectivos durante las diferentes etapas del proceso penal. Por consiguiente, todo funcionario que reciba, genere o analice muestras o elementos de prueba y documentos, forma parte de la cadena de custodia.
3. La cadena de custodia se inicia con la autoridad que recolecta los elementos de prueba, desde el mismo momento en que se conoce el hecho presuntamente delictuoso, en la diligencia de inspección de cadáver o inspección judicial, y finaliza con el juez de la causa y los diferentes funcionarios jurisdiccionales.
4. Desde un primer momento, en el lugar de los hechos, la cadena de custodia se efectúa con una orden por escrito impartida por autoridad competente al funcionario investigador, y así sigue hasta salir del laboratorio, igual en forma escrita, un resultado y el elemento material objeto de análisis o estudio.
5. Los procedimientos de custodia deben aplicarse a todo elemento probatorio, sea un cadáver, un documento o cualquier otro material físico. Esta misma protección y vigilancia se deben ejercer de manera idéntica sobre las actas y oficios que acompañan este material.
6. Es responsabilidad de todo funcionario que participa en el proceso de cadena de custodia, conocer los procedimientos generales y específicos establecidos para tal fin.
7. Cada uno de los funcionarios que participen en la cadena de custodia es responsable del control y registro de su actuación directa dentro del proceso.
8. Al momento de recolectar los elementos de prueba se debe dejar constancia en el acta de la diligencia correspondiente, haciendo la descripción completa de los mismos, registrando su naturaleza, sitio exacto donde fue removido o tomado y la persona o el funcionario que los recolectó.
9. Toda muestra o elemento probatorio tendrá el registro de cadena de custodia, el cual debe acompañar a cada uno de los elementos de prueba a través de su curso judicial. Por consiguiente, toda transferencia de custodia quedará consignada en el registro, indicando: fecha, hora nombre y firma de quien recibe y de quien entrega.

10. Toda muestra o elemento probatorio y contra muestra o remanente de esta, deben llegar debidamente embalados y rotulados, de acuerdo con lo establecido en los manuales de los diferentes laboratorios criminalísticos y del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

11. Todo funcionario [perito] que analiza muestras o elementos de prueba dejará en el dictamen pericial constancia escrita de la descripción detallada de los mismos, de las técnicas y procedimientos de análisis utilizados, así como de las modificaciones realizadas sobre los elementos de prueba, mencionando si estos se agotaron en los análisis o si quedaron remanentes; este aspecto es muy importante cuando se analizan estupefacientes.

12. La cadena de custodia implica que tanto los elementos de prueba como los documentos que los acompañan, se deben mantener siempre en lugar seguro.

13. Los laboratorios criminalísticos o el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses podrán abstenerse de analizar elementos de prueba enviados por las autoridades competentes, cuando se compruebe que no ha existido cadena de custodia o que esta se ha interrumpido.

14. En el formato de cadena de custodia aparecerán las firmas de quien recibe y entrega en forma legible (nombres y apellidos claros), no-rúbrica, tanto en el original como en la copia.

15. En el formato de cadena de custodia no admiten tachones, borrones, enmendaduras, espacios y líneas en blanco, tintas de diferente color o interlineaciones (palabras o signos entre líneas), ni adiciones en la copia al carbón.

16. El formato de cadena de custodia se diligenciará completamente, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Si existen o quedan espacios en blanco se anularán en cada renglón a continuación de la última palabra del texto con "X" y/o rayas.

b) Cuando existan referencias a cantidades, valores o cifras, se expresarán en letras seguidas con el número correspondiente entre paréntesis.

c) En caso de que se requiera mayor espacio para escribir del preestablecido en el formato de cadena de custodia, se deberá hacer mención de la continuidad con el

siguiente texto "continúa al respaldo" y reiniciar con la palabra "continuación". Seguidamente se consigna el texto faltante sin dejar espacios en blanco (véase literal a), concluyendo con la firma y la fecha.

17. El control y el diligenciamiento del registro de cadena de custodia, continúa e inicia internamente en los laboratorios criminalísticos y forenses, en la oficina de correspondencia respectiva.

18. El registro de cadena de custodia se diligencia por todos y cada uno de los funcionarios por cuyas manos pase el material de prueba y los documentos que lo acompañan.

19. El funcionario de correspondencia o internamente en cada área, sección o laboratorio, responsable por la cadena de custodia, debe almacenar adecuadamente y en sitio seguro los oficios, petitorios, elementos de prueba y documentos anexos, que se reciben de las autoridades, garantizando la integridad y preservación de los mismos.

20. Si se presentan inconvenientes o inconsistencias en la revisión de cadena de custodia por parte de los jefes o responsables, se informará en forma inmediata al jefe directo, dejando la constancia de la anomalía detectada, por escrito.

21. Para evitar que se rompa un eslabón de la cadena de custodia en los laboratorios criminalísticos y forenses, se cumplirán normas de seguridad personal, industrial e/o instrumental.

22. Internamente, en los laboratorios se llevará un control, con la información suficiente de casos o respuestas pendientes.

En cuanto al control:

1. Como se manifestó al inicio, la cadena de custodia es una herramienta que permite garantizar la idoneidad, inviolabilidad e inalterabilidad de los elementos materia de prueba, y facilita establecer controles sobre los procesos en:

- La ruta seguida por muestras, documentos y oficios.
- Las personas responsables que intervienen en la cadena de custodia.
- Los procedimientos de transferencia y cambio de custodia.

- Tiempos de permanencia y sistemas de seguridad de cada eslabón.

2.-Toda muestra o elemento probatorio, sea este un cadáver, documento y/o cualquier material físico, enviados por la autoridad competente o que se origine al aplicar los procedimientos criminalísticos o médico-legales y de ciencias forenses, debe poseer el registro de cadena de custodia debidamente diligenciado.

3.-En el registro de cadena de custodia se consignará toda transparencia de custodia, indicando: nombre (legible) y firma de quien recibe y entrega, fecha, hora y las observaciones sobre las condiciones y estado de la muestra, en caso de ameritarlo por presentarse inconformidades respecto a la descripción de aquella, relacionada en la solicitud.

4. Toda muestra, para ser devuelta como remanente a la autoridad competente o para ser tramitada a ínter laboratorios, será embalada y rotulada, de acuerdo con los procedimientos de embalaje, protección y manejo estandarizados por cada área, sección o laboratorio.

5. El jefe de laboratorios criminalísticos o de grupo realizará auditorias periódicas sobre los procesos con cadena de custodia, en cada una de las áreas criminalísticas o forenses.

6. Los registros de cadena de custodia serán guardados, garantizando la seguridad y conservación de ellos.

7. La recepción de muestras en los laboratorios criminalísticos, médico - legales y ciencias forenses, la debe efectuar un funcionario asignado para este fin, quien conocerá los procedimientos que se han de seguir con cadena de custodia, lo cual permite garantizar la integridad, preservación y seguridad de las muestras.

8. Toda muestra se recibirá embalada y rotulada; en caso de existir disconformidad con este requerimiento, el funcionario responsable de recibir dejará constancia escrita en el oficio petitorio, informando dicha anomalía al solicitante o a quien trae la muestra.

9. Toda muestra o elemento probatorio, sea cadáver, documento y/o cualquier material físico, enviados por la autoridad o que se originen al aplicar los procedimientos criminalísticos o de ciencias forenses, será sometido a revisión y verificación por el funcionario responsable de recibir, y en caso de existir inconsistencias entre lo anunciado y lo efectivamente recibido, informará al remitente de la solicitud, dejando la constancia escrita con fecha y firma.

2.2. ALEGACIONES DEL DICTAMEN FISCAL Y DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

El tema inicia haciendo alusión al artículo 229 de la reforma del Código de Procedimiento Penal, ya que en su segundo inciso expresa:

"A continuación, el Juez de garantías penales concederá la palabra al fiscal, al acusador particular y al defensor del imputado, a fin de que aleguen sobre los fundamentos del dictamen fiscal y de la acusación particular, si la hubiere",³²

Disposición que debidamente acatada por los Jueces encargados de llevar adelante la etapa intermedia, permitiría que en la audiencia preparatoria de juicio se realice un verdadero análisis, cuestionamiento y crítica de la acusación particular si la hubiere y principalmente del dictamen fiscal, debiendo sus partícipes referirse en forma concreta y específica a los fundamentos por los cuales el fiscal basó su decisión de acusar al procesado o procesados, y los argumentos que lo condujeron a determinar que la disposición legal que sanciona el acto es o no la correcta, debiendo explicar y sustentar las motivaciones que lo condujeron a establecer que las investigaciones realizadas en la etapa

³² Código de Procedimiento Penal del Ecuador

investigativa le proporcionaron datos relevantes sobre la existencia material del delito, los fundamentos que le permitieron "presumir" que el procesado o procesados participaron en el mismo, siendo también su deber el de sostener los elementos del delito tipo por el cual acusó.

Por otra parte, el defensor deberá contradecir o rechazar, si así lo considera, la decisión del fiscal en base a argumentos debidamente sustentados que permitan enervar o desbaratar su decisión, así por ejemplo, si el abogado defensor considera que los elementos y las circunstancias que rodearon al hecho no corresponden al delito tipo de asesinato sino al de homicidio, o hurto en lugar de robo, o lesiones en lugar de tentativa de asesinato, o quizás que su defendido actuó en legítima defensa, etc., deberá alegarlo.

El criterio personal respecto al tema, es que los alegatos caben con estricta sujeción a derecho como a la ley, cuando dentro del proceso, amerite presentarlos, sobre todo, cuando las partes sientan la lesión de sus derechos..

2.3. EL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO. EL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES Y LA VALORACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN. LA VALORACIÓN CIENTÍFICA Y LA SANA CRÍTICA

Uno de los principios constitucionales que ahora debe primar en el juzgamiento de un hecho delictivo, es la proporcionalidad, es decir, es un principio que exige la conexión directa, indirecta o de relación entre causa y efecto; vale decir, que de acuerdo a la proporción de la consecuencia jurídica establecida en forma unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ilícito. En consecuencia, la proporcionalidad se verifica cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella. Más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la racionalidad que debe exigirse a las

autoridades que conocen de un acto contrario a la ley y a las normas morales, por ello, la prisión preventiva o la sentencia condenatoria, deben sujetarse a los principios de proporcionalidad y racionalidad en el juzgamiento.

Acogiéndose a los principios constitucionales del debido proceso, en la tramitación de un juicio se cumplen todas las disposiciones legales, se administra justicia en el sentido correcto, legal, justo, sin violación de normas expresas puede establecerse que el proceso está legal y debidamente llevado, puesto que al sujetarse al principio del derecho a juzgar o a no ser juzgado conforme a nuestra legislación cuando se trata de materia penal del auto de llamamiento a juicio, debe estar sujeto tanto a las disposiciones de la constitución, como de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal debiendo cumplir con los requisitos del artículo Artículo 232.-**Auto de Llamamiento a Juicio.**- Si el juez de garantías penales considera que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del procesado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio, iniciando por pronunciarse sobre la validez del proceso. En el mismo auto deben incluirse los siguientes requisitos:

- 1.- La identificación del procesado;
- 2.- La determinación del acto o actos punibles por los que se juzgará al procesado, así como la determinación del grado de participación, la especificación de las evidencias que sustentan la decisión y la cita de las normas legales y constitucionales aplicables;
- 3.- La aplicación de medidas cautelares no dictadas hasta el momento, o la ratificación, revocación, modificación o sustitución de las medidas cautelares dispuestas con antelación; y,
- 4.- Los acuerdos probatorios que hayan convenido los sujetos procesales y aprobados por el juez de garantías penales de garantías penales.

Las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio no surtirán efectos irrevocables en el juicio.

En los siguientes tres días posteriores a que se encuentre ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio, las partes procesales presentarán ante el juez de garantías penales de garantías penales la enunciación de la prueba con la que sustanciarán sus posiciones en el juicio. El juez de garantías penales de garantías penales remitirá esta información al tribunal de garantías penales.

El auto de llamamiento de juicio, conjuntamente con el acta de la audiencia y los anticipos probatorios, serán los únicos enviados al tribunal de garantías penales y el expediente será devuelto al fiscal.

Entonces cuando existen los suficientes elementos de convicción en contra del o los procesados el juez da cumplimiento al mandato legal del mencionado artículo.

El autor Allan Arburola, al referirse a los elementos de convicción, dice que éstos, tienen que ver en forma directa, con la valoración jurídica que establece el sistema universal de la sana crítica,³³ involucrando en ello, a criterio personal de quien desarrolla la presente Tesis, la idoneidad, estatura moral, conocimientos, experticia y demás requisitos esenciales que debe mantener siempre la Policía Judicial, la fiscalía y el juez de garantías penales.

El principio de valoración de los elementos de convicción doctrinario, jurisprudencial y legal científica de sana crítica, constituye aquel nexo procesal que exige el principio unívoco que el auto de llamamiento a juicio se motive en elementos razonables, en principios universales, en el respeto de los lineamientos constitucionales relativos al debido proceso expresados en el razonamiento del juzgador para obtener su propia convicción llevada a efecto en parámetros de equilibrio, idoneidad, conocimiento verdadero, análisis correcto de las pruebas y demás elementos periciales que permiten juzgar cual en derecho penal se

³³*Sistema de la sana crítica racional*. <http://www.mailxmail.com/curso-valoracion-juridica-prueba/sistema-sana-critica-racional>

requiere, es decir, sin extralimitaciones, interpretaciones antojadizas o arbitrarias, dejando a un lado elementos de juicio imprescindibles, en fin, administrando una justicia transparente y de firme convicción.

En la convicción, el juez de garantías penales, goza de completa libertad para valorar la ley, no le impone al juzgador ningún tipo de regla que deba aplicar en la apreciación de los diversos medios probatorios, solo indica en qué momento y de qué manera legal han de ventilarse, no obstante, es su convicción la que logra calificar y de acuerdo a su grado de cultura, profesionalismo, sentido de rectitud, lógica jurídica, dominio de la legislación nacional punitiva, doctrina, jurisprudencia y probidad, será más justa y recta su valoración considerando su grado de desarrollo espiritual y ético moral, poniendo en juego su libre albedrío, a su leal entender, evitando generar injusticias y arbitrariedades.

En doctrina, en cuanto a la valoración de la prueba existen dos modelos:

a) Modelo de la teoría legal o forma sujeta a disposiciones del Código de Procedimiento Penal que se fundamenta en la prescriben las reglas para valorar las pruebas, normas que aparecen consignadas en los textos legislativos.

b) Modelo de la teoría de libre valoración, también llamado de la íntima convicción del juez, donde los requisitos de aceptación de las pruebas no aparecen estipulados en disposiciones legales y no obstante, dependen de su conocimiento, profesionalidad, criterio de sana crítica, principios científicos, éticos y morales.

Dentro de la valoración o íntima convicción, desde el campo científico y de la sana crítica, la presunción de inocencia, es una garantía procesal del imputado y un derecho fundamental de los seres humanos a nivel universal, como protección y amparo, mientras que la regla **in dubio pro reo**, es una condición o exigencia subjetiva del convencimiento que el órgano judicial `posee respecto a la valoración de la prueba inculpatoria aportada por las partes dentro del proceso.

CAPÍTULO III

ETAPA DE IMPUGNACIÓN

3.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE APELACIÓN: PROCEDENCIA, INTERPOSICIÓN Y TRÁMITE

Partiendo de que el término impugnación significa combatir, refutar, contradecir, dentro del Derecho Penal, ésta, es una actividad encaminada a atacar la validez o eficacia del asunto, prueba, documento o hechos que se imputan como válidos o que teniendo dicha calidad, la parte contraria no los acepta como tales, por lo tanto, esta etapa sirve para que el juez, determine sobre si ellos su validez o no, a propósito, de las reformas se determina sobre la impugnación, el texto que sigue:

“ Título IV, Etapa de Impugnación Capítulo I, reglas Generales

Artículo 324.-Facultad de impugnar.- Las providencias son impugnables solo en los casos y formas expresamente establecidos en este Código.

Cuando la ley no distinga, el derecho a impugnar corresponde a las partes.

El defensor puede interponer los recursos, pero el imputado o acusado puede desistir de los recursos interpuestos por su defensor.

Artículo 325.- Interposición.- Para ser admisibles, los recursos deben ser interpuestos dentro del plazo y según la forma que determine la ley.

Al concederse un recurso se emplazará a las partes para que concurren ante el Superior para hacer valer sus derechos.

Así determinada la norma, la impugnación es una facultad, siempre que se refuten en la forma y condiciones previstas por el Derecho Procesal Penal,

El autor Ayán Manuel N., establece un criterio general sobre estos mecanismos de reclamación cuando el afectado cree imprescindible hacer uso de ellos y dice:

“ Los recursos son remedios procesales establecidos para destruir los efectos perjudiciales de una resolución, sean recursos ordinarios o extraordinarios, ambos tiene por objeto una resolución que agravia a quien interpone el recurso.”³⁴

Lo importante de esta verdad, es determinar estadísticamente, cuántos recurrentes han logrado que se corrija ese efecto nocivo que una irregularidad en el proceso, debido a una providencia, auto, resolución, sentencia o fallo, ha violentado su reclamación en vez de ratificar o devolver los derechos litigados? El trabajo opina que muy pocos son los resultados positivos.

Para Jorge Zabala Baquerizo, cuando se refiere específicamente al tema, opina lo siguiente:

“ El recurso de apelación es un acto procesal de impugnación, ordinario, suspensivo, devolutivo (general o singular) y extensivo, que contiene una manifestación de voluntad del recurrente, por la cual se opone a la ejecución de una providencia judicial que le causa agravio, con el fin de que un tribunal inmediato superior al que dicto la providencia impugnada,

³⁴María Cristina Barberá, del Riso.- *Los Recursos Penales Lineamientos*.- (Pensamiento de Ayán Manuel N). Editorial Mediterránea.-Buenos Aires-Argentina, 2001 P. 17

luego del examen del proceso, dicte una nueva providencia que reforme o revoque la recurrida”.³⁵

El recurso de apelación esta destinado a un juez diverso al que dicto la providencia impugnada, que es el que debe decidir sobre la impugnación....la apelación provoca una segunda instancia por lo que, no es que se inicia un nuevo proceso ante el juez ad quem, sino que se desarrolla la sustanciación ante este con miras a que se reforme o revoque la providencia impugnada.”³⁶

Sobre la cita, es importante detenerse a pensar en cuanto a que este recurso es un acto volitivo, es decir, consciente, de necesidad porque cree que no se ha dado el debido proceso. Nótese que quien se siente inconforme con las actuaciones del juez, ahora de “garantías penales” es el que apela, cuando por sentido vertical de la justicia, debería existir una cantidad insignificante de actores o acusados que hagan uso de este recurso. María Cristina Barbera de Riso, opina que la apelación es:

“un recurso de carácter ordinario pues sobre el se resuelve ex novo sobre los hechos, la prueba y la calificación jurídica. Es el recurso para remover los perjuicios por errores de hecho y de derecho de la investigación preparatoria fiscal o jurisdiccional”.³⁷

Como se destaca de las citas, todas coinciden en que el recurso de apelación es de carácter ordinario, es decir, que no requiere de formalidades o

³⁵Jorge Zavala Baquerizo.- *Tratado de Derecho Procesal Penal*.- Tomo X.- Editorial Edino.- Guayaquil-Ecuador, 2007 P. 6

³⁶ *Ibidem*.-2007 P. 10

³⁷ BARBERÁ, del Riso María Cristina.- *LOS RECURSOS PENALES LINEAMIENTOS*.- Editorial Mediterránea.- Buenos Aires-Argentina, 2001 P. 38

solemnidades que lo exclusivisen en el Derecho Procesal de tipo punitivo y por lo tanto, solo la ley determina si es procedente o no, de tener el segundo de los corolarios, anularía la recurrencia o el uso que de él se pretendió hacer como mecanismo de reclamo.

LAS REFORMAS DEL ORDENAMIENTO PENAL

Considerando las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, incluidas las reformas recientes, es importante citar los artículos relativos a los recursos en general, es importante considerar las siguientes normas legales:

Art. 91.- A continuación del artículo 325, añádase el siguiente artículo innumerado:

Art....- Trámite de los recursos.- La sustanciación de los recursos previstos en este Código se desarrollará mediante audiencia pública, oral y contradictoria, que se iniciará concediéndole la palabra, en primer lugar, al recurrente para que se pronuncie sobre los fundamentos y motivos de la impugnación, y a continuación se escuchará a las otras partes, para que igualmente se pronuncien sobre lo expuesto y alegado por el recurrente.

Al finalizar el debate, la Sala deliberará y emitirá la resolución que corresponda.

La comunicación oral de la resolución bastará como notificación a los sujetos procesales.

Luego de haber emitido su decisión, en la forma prevista en el inciso precedente, y en el plazo máximo de tres días, la Sala elaborará la resolución debidamente fundamentada.

De la audiencia, se elaborará un acta que contendrá un extracto de la misma y será suscrita por el secretario bajo su responsabilidad.

Artículo 326.-El defensor no puede desistir de los recursos sin mandato expreso del imputado o acusado”³⁸

Art....- Abandono del recurso.- La falta de comparecencia de uno o más recurrentes a la audiencia de que trata el artículo 325, dará lugar a que se declare el abandono del recurso respecto de los ausentes.

Artículo 327.- Efectos.- 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.

Este beneficio será exigible aunque mediare sentencia condenatoria ejecutoriada en contra de uno de los acusados.

La interposición de un recurso suspende la ejecución de la decisión, salvo que expresamente se disponga lo contrario”.

En la sustitución que efectúa el Art. 93 al anterior 328, se lee lo siguiente:

“Artículo 328.-Limitación.- Al resolverse cualquier recurso, no se podrá empeorar la situación jurídica del recurrente”

³⁸Suplemento al Registro Oficial N° 555, 24/03/ 2009: Reformas al Código de Procedimiento Penal

De acuerdo con el texto de la reforma, la legislación actual, advierte que por la interposición de cualquiera de los recursos, no se puede afectar la situación jurídica en la que se encuentra la parte recurrente, por ello, es importante que cumpliendo el principio constitucional de la ponderación, se establezcan criterios imparciales, justos, transparentes, idóneos y probos por parte de la autoridad a la que corresponda aceptar o declarar la nulidad de los mismos.

En cuanto a la forma de resolver un recurso, se procede de la forma que sigue:

“Art. 94.- A continuación del artículo 328, agréguese el siguiente artículo innumerado:

Art.-... Los recursos deberán resolverse en la misma audiencia en que se fundamentan

Artículo 329.- Excarcelación.- Cuando hallándose el proceso ante un juez superior, por haberse interpuesto algún recurso, venciere el tiempo de la pena impuesta, el juez inferior ordenará que se excarcele al correspondiente penado, en cuanto hubiese cumplido la condena, con la obligación de presentarse, una vez por semana, ante el juez, si fuere posible, o ante la autoridad de policía que él señale, hasta que el Superior devuelva la causa.

La autoridad de policía designada será advertida en la correspondiente comunicación de este deber del excarcelado y tal autoridad fijará día y hora de la presentación”.

La reforma hace referencia a la procedencia de los recursos en general, limitaciones y efectos, por lo que es importante, citar los artículos relativos a la apelación exclusivamente y la ley dice en su artículo 343 que:

“Art. 101.- ...Procede el recurso de apelación en los siguientes casos:

1. De los autos de nulidad, de prescripción de la acción, de llamamiento a juicio, de sobreseimiento y de inhibición por causa de incompetencia.

2. De las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado.

3. Del auto que concede o niega la prisión preventiva. En este caso el recurso se lo concederá en efecto devolutivo”

A los textos de la reforma citados, puede añadirse el criterio del tratadista Lino Enrique Palacio, quien opina que:

“Como ocurre con todo recurso vertical, la competencia para decidir la admisibilidad de la impugnación se distribuye en forma tal que un primer examen acerca de ese extremo corresponde al juez de primera instancia, y uno ulterior y definitivo, acompañado eventualmente del examen de fundabilidad, al tribunal superior.”³⁹

De conformidad con este criterio, es atribución de los jueces, conforme a los principios constitucionales de ponderación, racionalidad y proporcionalidad a observarse en todo el proceso, no se diga en la etapa de impugnación y cumpliendo con el Art. 10, numeral 9 de la Constitución de la República que determina que “el más alta deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar

³⁹, Lino Enrique Palacio.- *Los Recursos en el Proceso Penal*.- Segunda Edición.- Editorial AbeledoPerrot.- Buenos Aires-Argentina 2001 P. 59

los derechos garantizados en su texto”, nada puede escapar de la enmarcación legal, considerando además las disposiciones procesales.

3.2. APELACIÓN DEL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO Y EL RECURSO DE NULIDAD

Para apelar del auto de llamamiento a juicio, se requiere que la parte que se sienta afectada, crea que se ha violentado alguna norma, procedimiento o que la apreciación del juez de garantías constitucionales, no fue apegada a derecho y que por lo mismo, se encuentra violentada su legítima defensa, ante lo cual, puede recurrir a la autoridad inmediata superior, quien de encontrar anomalías que determinen la irregularidad y que por lo tanto no existe respeto al debido proceso, acepta la recurrencia con el auto de llamamiento a juicio, siempre que el recurso, haya sido interpuesto en la forma y condiciones que establece la ley procesal penal.

Cuando se determina la nulidad en esencia jurídica, se aduce a la capacidad de juzgamiento que debe tener la autoridad competente, su probidad, conocimientos, dominio de la legislación, racionalidad, proporcionalidad y ponderación, conforme a la Constitución de la República que ahora, es de cumplimiento obligatorio en cualquier rama del Derecho, por lo que, para ser admitido un recurso, especialmente el de nulidad, es importante que se juzgue el mismo, conforme a su composición bajo los aspectos de fondo y forma jurídica.

A decir del tratadista Jorge Zabala Baquerizo, este recurso significa una declaración de voluntad originada en la capacidad y potestad de juzgamiento que la ley otorga al juez, como ahora se llaman los magistrados o ministros, por lo tanto, de él o ella, dependerá la aceptación o el rechazo de un recurso cuando esta petición, se formula fuera de los lineamientos legales o autoridad competente

“La nulidad es ante todo una declaración de voluntad proveniente del órgano jurisdiccional penal -provocada de oficio, o a petición de parte- por la cual deja sin efecto jurídico, total o parcialmente, un proceso penal sustanciado sin respetar las solemnidades esenciales, genéricas o específicas, previstas por el CCP para la iniciación, trámite y conclusión del proceso penal”.⁴⁰

Según el tratadista Walter Guerrero, la revisión del proceso, parte del principio de que en la etapa de la instrucción no se prueba, solo se investiga, razón por la que el juez de garantías constitucionales, no puede establecer responsabilidades o eximencias de ellas, sino, luego de todas las actuaciones anteriores que le permitan calificar los hechos de manera cierta, verdadera.

En todo caso, el auto de llamamiento a juicio, éste resulta pertinente cuando el juez de garantías constitucionales, considera que existen elementos que comprometen al inculcado, autores o cómplices, cuando los hechos en su valoración justa, permiten establecer la existencia de hechos dañosos surgidos de la investigación, es decir que si no se dan los elementos razonables, idóneos, transparentes sobre la existencia de una infracción o un delito, no puede la autoridad competente, dictar un auto de llamamiento a juicio.

Con toda seguridad este auto se dicta cuando la presunción va más allá de la mera suposición o el indicio, es decir, cuando existen elementos indiscutibles de que realmente se ha cometido el acto antijurídico, por lo que en el auto de llamamiento a juicio, debe indicarse los nombres y apellidos del autor o autores materiales e intelectuales, sus cómplices, una síntesis clara y sencilla del acto punible que establezca el grado de participación del o los acusados, entre otras especificidades de ley.

⁴⁰ ZAVALA, Baquerizo Jorge.- TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL.- Tomo IX.- Editorial Edino.- Guayaquil-Ecuador, 2007 P. 321

Antes de entrar a consideraciones conceptuales y procesales, es importante además, hacer un brevísimo análisis sobre el trámite de cualquier recurso las reformas al Código de Procedimiento penal, como lo determina el Art. 91 y dice:

“....- Trámite de los recursos.- La sustanciación de los recursos previstos en este Código se desarrollará mediante audiencia pública, oral y contradictoria, que se iniciará concediéndole la palabra, en primer lugar, al recurrente para que se pronuncie sobre los fundamentos y motivos de la impugnación, y a continuación se escuchará a las otras partes, para que igualmente se pronuncien sobre lo expuesto y alegado por el recurrente.

Al finalizar el debate, la Sala deliberará y emitirá la resolución que corresponda.

La comunicación oral de la resolución bastará como notificación a los sujetos procesales.

Luego de haber emitido su decisión, en la forma prevista en el inciso precedente, y en el plazo máximo de tres días, la Sala elaborará la resolución debidamente fundamentada.

De la audiencia, se elaborará un acta que contendrá un extracto de la misma y será suscrita por el secretario bajo su responsabilidad”.⁴¹

Conforme a esta disposición, cualquier tipo de recurso, incluyendo el de nulidad, procede su tramitación en audiencia pública, oral, estableciendo una legítima contradicción a fin de que las partes agoten todo tipo de defensa de sí mismos, desde luego, es importante determinar que quien tiene la primacía de la

⁴¹ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

palabra dentro de este tiempo de oralidad, es la parte que recurre, es decir, la que solicita la introducción del recurso, por lo que ahora, supuestamente se ha caminado hacia adelante, con la proyección de una justicia transparente, ágil y confiable, por lo que también el defensor que hace uso de cualquier recurso en materia penal, deberá hacerlo con precisión, bajo fundamentos de hecho y derecho que motiven la interposición del recurso de nulidad, obviamente, que para que el juez haga uso del principio de garantías constitucionales, debe dar paso a que la parte no recurrente, se defienda en debida y oportuna forma, equilibrando la contrapartida de la procesalidad

Agotado el recurso bajo la nueva forma de oralidad, acortando plazos, puede el juez, puede comunicar en ese mismo momento, de lo que resolviere, provocando la notificación oportuna de su criterio a las partes y como dice el texto de la reforma, después de haber emitido su decisión “en la forma prevista en el inciso precedente, y en el plazo máximo de tres días, la Sala elaborará la resolución debidamente fundamentada”, teniendo la obligación posterior de elaborar el acta correspondiente donde en su extracto, consten con precisión, claridad y veracidad, los elementos de juicio mediante los que se califica el recurso, se da paso y se agota el mismo, pasando luego a dar fe pública.

El auto de llamamiento a juicio, es la puerta que abre el verdadero proceso penal determinando la culpa, por ello, el juzgador, debe estar en la certeza de que existe una infracción capaz de privar de la libertad a una o varias personas, hechos que no dejen duda y que permitan establecer la verdad inequívoca, racional lógica de que existe el hecho antijurídico.

El Código de Procedimiento Penal, dice sobre la procedencia del recurso lo que sigue:

“Artículo 343.- Procedencia.- Procede el recurso de apelación en los siguientes casos:

1. De los autos de nulidad, de prescripción de la acción, de llamamiento a juicio, de sobreseimiento y de inhibición por causa de incompetencia”.⁴²

Considerando que esta disposición es clara, vale la pena establecer que en caso exista un auto de nulidad, la parte afectada puede interponer en forma conjunta el recurso, siempre que el auto violente normas constitucionales, penales o atente contra el derecho de la o las personas,

Contemplando la supremacía de la Constitución e instrumentos internacionales, nada más sano que respecto al acusado o reo, se apliquen los principios más favorables a él y que de manera directa, por sobre cualquier norma penal, sea la Carta magna la que dirija los actos de los administradores de justicia en todo proceso penal y sobre todo, que no se cometan vicios irreparables que a su vez, provoquen daños, fundamentalmente cuando ha sido acusado un inocente.

3.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO DE NULIDAD INTERPOSICIÓN DE ÉSTE POR LAS PARTES Y DECLARACIÓN DE NULIDAD

Considerando que en derecho, nulidad, anulación, nulitar significa dejar sin efecto, determinar la inexistencia de lo actuado, volver a nada o a cero o poner las cosas como se encontraban antes de iniciar un procedimiento, dictar un acto, providencia, sentencia, entre otros, por lo tanto, es imprescindible fundamentar el criterio con aquella forma que los autores Valentín H Lorences y María Inés Tornabeneconciben la nulidad cuando dicen que:

⁴²Reformas al Código de Procedimiento Penal y Código Penal, Suplemento al Registro Oficial N° 555, 24/03/2009

“Debe entenderse por nulidad procesal todo vicio dentro del proceso, referido a sus aspectos fundamentales, que le impiden lograr el fin para el que fue previsto, de forma tal que el acto quede desnaturalizado para su cometido: “Nulidad Procesal”. La que impide que el acto del proceso, por padecer de un vicio en sus aspectos fundamentales, pueda lograr el fin para el que estaba previsto.”⁴³

Descrita así la nulidad, ella aparece cuando en una pieza procesal existen determinados vicios que vuelven inadmisibles e intolerables su aceptación, pudiendo la parte afectada, recurrir de la actuación del administrador de justicia

El **Capítulo II** del Código de Procedimiento Penal, establece el recurso de nulidad dice:

“Artículo 330.- Causas de nulidad.- Habrá lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos:

1. Cuando el juez o el tribunal penal hubieren actuado sin competencia;
2. Cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el artículo 309 de este Código...

“Artículo 331.-Declaración de nulidad.- Si al momento de resolver un recurso, la Corte respectiva observare que existe alguna de las causas de nulidad enumeradas en el artículo anterior, estará obligada a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso ...

... se declarará la nulidad solamente si la causa que la provoca tuviere influencia en la decisión”⁴⁴

⁴³ LORENCES, Valentín H. Tornabene María Inés.- NULIDADES EN EL PROCESO PENAL.-Editorial Universidad S.R.L.- Buenos Aires- Argentina, 2005 P. 131-132

⁴⁴ IBIDEM, Suplemento al Registro Oficial Nº 555, 24/03/2009

Antes, el ciudadano en general, no tenía una confianza o garantía de que su recurso tenga buen resultado, pero ahora el Código Orgánico de la Función Judicial, establece principios inclusive, indemnizatorios cuando una autoridad incumpla, volente o no observe la Carta Fundamental o las disposiciones procesales penales, las normas penales, por ello, solicitar el recurso de nulidad, garantiza la revisión de alzada y permite la seguridad jurídica que tanto anhela cualquier persona.

El recurso procede de conformidad con el “**Artículo 332.-** Interposición del recurso por las partes.- El recurso de nulidad podrá interponerse por las partes, dentro de los tres días posteriores a la notificación de la sentencia, del auto de sobreseimiento, o de llamamiento a juicio, haciendo constar la causa de la nulidad.

“**Artículo 333.-Remisión.-** Si el recurso se hubiese interpuesto en el plazo legal, el juzgador remitirá a la Corte Provincial la solicitud del recurso y el proceso en sobre sellado. En caso contrario, lo negará”

Artículo 335.- Interposición conjunta de los recursos de nulidad y apelación.- Si en el proceso se hubieren interpuesto tanto el recurso de nulidad, como el de apelación, la Corte Superior resolverá en primer término el de nulidad y, si el mismo fuese desechado, resolverá sobre el de apelación.

Artículo 336.-Trámite del recurso.-La Corte Provincial convocará a los sujetos procesales para que expongan oralmente sus posiciones respecto del recurso en audiencia pública, oral y contradictoria. Intervendrá en primer lugar el recurrente y luego la contraparte. Habrá lugar a réplica. Los jueces podrán preguntar a los sujetos procesales sobre los fundamentos de sus peticiones.

En los casos de fuero de Corte Provincial o Nacional, la Sala respectiva procederá en la forma señalada en el inciso anterior.

Art. 98.- Sustitúyase el artículo 337 y el 338 por el siguiente:

Artículo 337.- Interposición del recurso por parte del Agente Fiscal.- Si el recurso lo hubiere interpuesto el fiscal, la Corte en la audiencia escuchará al fiscal superior con la finalidad de que pueda insistir o desistir del mismo. Si insiste deberá fundamentarlo.

Si desiste del recurso y siempre que este no hubiese sido interpuesto por ningún otro sujeto procesal, la Corte dispondrá que se ejecute la sentencia.

Art. 100.- Sustitúyase el artículo 341 por el siguiente: **Artículo 341.-**

Aceptación del Recurso.- - Si la Corte Provincial aceptare el recurso de nulidad y esta se hubiera producido total o parcialmente en la etapa del juicio, el proceso será remitido a otro tribunal de garantías penales...”

Las normas citadas, con la claridad y precisión que se encuentran redactadas, dan seguridad.

3.4. OTORGAMIENTO DEL RECURSO DE NULIDAD: SUSTANCIACIÓN, DESISTIMIENTO Y RECHAZO.

Al referirse el tema presente al otorgamiento, sustanciación, desistimiento y rechazo del recurso de nulidad, debe partirse siempre desde la reforma al Código de procedimiento penal que es de observancia obligatoria y se determina en la forma que sigue:

“**Art. 100.-** Sustitúyase el artículo 341 por el siguiente:

Artículo 341.- Aceptación del Recurso.- - Si la Corte Provincial aceptare el recurso de nulidad y esta se hubiera producido total o parcialmente en la etapa del juicio, el proceso será remitido a otro tribunal de garantías penales para que proceda a sustanciar dicha etapa, a partir del momento procesal en que se produjo la causa que generó la nulidad”⁴⁵

Lo esencial o trascendente radica en que si una de las partes se siente perjudicada por vicios en el proceso, puede hacer uso del recurso de nulidad de la parte o de todo él con el fin de exigir a la administración de justicia, su reparo.

EL DESISTIMIENTO Y RECHAZO DEL RECURSO DE NULIDAD

En el intento de determinar la forma legal como procede el otorgamiento del recurso de nulidad, se estiman los siguientes artículos: 330 Y 336 del Código de Procedimiento Penal.

Con la sola enunciación de estos artículos, quedan claras las consideraciones o los casos en los que el recurrente puede en forma legal recurrir a este mecanismo de reclamación pidiendo al superior, declare nula una parte o todo lo actuado por el juez inferior se determina el otorgamiento, aceptación o rechazo y desistimiento del recurso de nulidad.

⁴⁵ IBIDEM, Suplemento al Registro Oficial N° 555, 24/03/2009

CAPÍTULO IV

NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y NULIDAD

4.1.LA NULIDAD DEL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO

PRINCIPIOS RECTORES Y DISPOSICIONES FUNDAMENTALES

Toda teoría actual de legalidad parte de la Constitución de la República es indispensable indicar que el recurso de nulidad puede alegarse a cada instante si el o los individuos no se encuentran conformes por los actos de la administración de justicia, haciendo uso de la siguiente norma que en concordancia con la constitución, establece el Código Orgánico de la Función Judicial en su Capítulo II que dice:

“Art. 4.- PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.....”⁴⁶

⁴⁶ Código Orgánico de la Función Judicial.- Registro Oficial N° 544 de 09/03/2009

Es importante citar el inciso segundo del Artículo 7 del Código Orgánico ya que tiene sustancial reforma que consta de manera expresa, cuando dice:

“Art. 7.- PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley...”

Desde estas normas, es importante determinar que el recurso de nulidad, es parte de la seguridad jurídica que aluden todas las reformas penales, porque ahora ya se cuentan con normas de seguridad jurídica y de aplicabilidad de la legislación en forma directa..

La parte final del artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”, esto significa que si se cumple, de tal manera que recurrir con la nulidad, impedirá este sacrificio, por lo que ahora, los administradores de justicia o los jueces de garantías constitucionales, acogerán el recurso y de encontrar alguna violación de trámite, pueden declarar nulo el acto y dictar una resolución que favorezca al recurrente desde el derecho. Desde luego, y para cualquier grupo humano en el país, es importante ya sea en un proceso penal o para interponer un recurso, tener presente dentro de la doctrina, lo que estimas los autores Valentín H. Lorences y María Inés Tornebene:

Recurso de nulidad.- la presente vía se refiere a la posibilidad de impugnar la sentencia que sea nula o que se funde en nulidades trascendentes ocurridas durante el proceso. A ese respecto se mantiene la posibilidad de que el superior tribunal, aun de oficio, se

exprese sobre las nulidades absolutas, mientras que las relativas debieron ser alegadas y no consentidas en ninguna etapa del proceso, manteniéndose expresa reserva de recurribilidad en “casación” y del caso federal.⁴⁷

A partir de la nulidad declarada en el auto de llamamiento a juicio, es importante que a más de elevar el recurso bajo claras disposiciones legales a fin de que sea admisible dentro del auto de llamamiento a juicio, también es preso determinar criterios válidos de la doctrina como el que expresan los autores Valentín H. Lorences y María Inés Tornebene quienes dicen:

“No es admisible un proceso en el que su objeto recién aparezca como el resultado de una investigación, porque ésta se había desarrollado en ausencia de uno de los presupuestados del proceso, es decir, los hechos imputados. Así, cuando la imputación contenida en el requerimiento fiscal carece de una imputación clara, precisa, circunstanciada y específica de un hecho se afecta la garantía de defensa en juicio por ausencia de una imputación necesaria y por ende, **acarrea la nulidad** del requerimiento fiscal, del auto que tiene por legítimamente impulsada la acción y de todo lo obrado en consecuencia.⁴⁸

A este criterio sobre la admisibilidad, es importante establecer que existen nulidades absolutas y relativas, considerándola, los autos de llamamiento a juicio, serán diferenciales en cuanto a la calidad de la una y de la otra, sobre todo en la segunda cuando su nulidad es insalvable.

Son imperativas dentro del presente análisis las disposiciones del mismo cuerpo legal que indican que:

⁴⁷LORENCES Valentín H y Tornebene María Inés.- Nulidades en el Proceso Penal.- Editorial Universidad S.R.L. - Buenos Aires-Argentina, 2005 P. 1209

⁴⁸IBIDEM.- P. 182

“Art. 18.- SISTEMA-MEDIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.-

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso.

Art. 27.- PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL.- Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución.

Art. 29.- INTERPRETACIÓN DE NORMAS PROCESALES.- Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material.

Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes

Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios **constitucionales y generales del derecho procesal**”.⁴⁹

⁴⁹ Código Orgánico de la Función Judicial.- Registro Oficial N° 544 de 09/03/2009

Dentro de un auto de llamamiento a juicio, es importante que la autoridad que debe conocer sobre este recurso total o parcial, absoluto o relativo, tome dicha recurrencia, considerando los principios de ponderación y racionalidad el análisis de la nulidad aludida por el o los litigantes respecto de las actuaciones judiciales que a criterio del que se crea perjudicado, se han producido durante la tramitación del proceso en el que se alega nulidad, sin que el juez del que se reclama la actuación, pueda valerse de cualquier mecanismo de presión contra el reclamante, debiendo su defensor, tomar las medidas preventivas del caso a fin de que no se lesione este recurso, pudiendo inclusive, en la medida de lo posible, los mismos servidores judiciales o los interesados, denunciar cualquier injerencia o presión indebida que hiciera el administrador e justicia valiéndose de su autoridad y dentro del ejercicio de sus funciones.

De tal manera que el juez que conozca del recurso de nulidad en el auto de llamamiento a juicio, amparado por la disposición del Art. 124 del Código de Procedimiento Penal reformado, por el recurso de nulidad interpuesto, se encuentra obligado a revisar si dentro del juicio se han observado todas las normas legales, plazos y términos y demás como las demás disposiciones que al respecto existen, sobre todo, los principios constitucionales que aluden a la tramitación y conclusión de los procesos, y de ser el caso, comunicar al Consejo de la Judicatura, a fin de que controle debidamente desde el aspecto disciplinario las nulidades que violaren el proceso para tomar las medidas correctivas del caso.

Sobre la recurribilidad expresa de nulidad, como se ve en materia penal, la legislación es abundante y se encuentra establecida a más de los textos constitucionales, doctrina y jurisprudencia, sobre todo, dentro del mismo Código de Procedimiento Penal,

En todo caso se pretende que los administradores de justicia, no queden impunes después de violar los procedimientos judiciales como hasta ahora venía ocurriendo de manera continua, sobre todo, porque falta personal en toda la

Función Judicial y esto acarrea una serie de violaciones a los procesos, segundo, porque de esta manera, hoy se podrá establecer definitivamente, la seguridad jurídica que el Ecuador ha venido perdiendo desde hacen muchos años, haciendo que se pierda la confianza total en esta Función del Estado o que se denigre la valoración de la justicia.

4.2. EL MÉRITO DE LOS AUTOS

Para iniciar el tema, es importante definir dos vocablos de importancia capital.

El diccionario jurídico dice:

Mérito.- Haciendo eco de lo que propone Manuel Sánchez, el término está íntimamente ligado al resultado de las buenas acciones que hacen digna de aprecio a una persona o a una circunstancia que cobra el valor especial cuando se le añade cualidades. El mérito es un axioma que hace tener valor y sentido a las cosas o a los dictámenes de la autoridad competente. Dentro de un juicio, los méritos del proceso se refieren al conjunto de pruebas y razones sobre los cuales el juez se sustenta para dar su fallo.

Auto.- Forma de resolución judicial que recogiendo argumentos legales, válidos por cierto, se encuentran como vinculantes esenciales en la decisión de la autoridad sobre algún incidente, materia o parte del proceso. El auto permite su aclaración, ampliación, reforma o revocatoria por parte del mismo juez que lo pronunció y si cualquiera de las partes solicita dentro del tiempo, plazo o término correcto.⁵⁰

Definidos estos dos vocablos, el mérito de un auto radica en la forma proba, segura, autónoma e idónea que guarda correspondencia entre la ley y los principios generales o universales de justicia, cuya acción principal recae sobre el

⁵⁰ SÁNCHEZ, Zuraty Manuel.- diccionario Básico de Derecho.- P. 89 y 405

asunto que va a decidir y en mérito a los fundamentos de hecho y de derecho que motivan el auto.

Se determinó en el tema anterior que la actual Constitución, establece primero, la verdadera supremacía que ella tiene ante cualquier otro tipo de norma jurídica en materia civil, mercantil, de inquilinato, laboral, entre otras, pero a este trabajo, le pertenece la discusión en el campo penal donde también la ley suprema, impera en todo momento y a partir de ella, se han dado reformas sustantivas, tales como las siguientes que permitirán dilucidar este ítem relativo al mérito de los autos, artículos que emparejando a las actuales reformas al Código de Procedimiento Penal, tienen contenidos muy vinculantes en las normas del Código Orgánico de la Función Judicial y que se citan a continuación como principios primordiales que deben imperar al momento en que el juez de garantías penales, dicte un auto:

Si se habla del mérito de los autos, es importante establecer primero que éstos tengan la cualidad meritoria como la evidenciar la seguridad jurídica, y los principios constitucionales de ponderación, proporcionalidad y racionalidad, ya que sin ellos, no podría analizarse ningún elemento penal que califique la idoneidad, probidad e íntima convicción del juez, momentos en que realmente se cuide el respeto de respeten los derechos y garantías que integran la no vulnerabilidad de las partes durante todo el proceso y fundamentalmente, de tal manera que dentro de un auto, se verifique la aplicación eficiente de todo principio jurisdiccional, legal, doctrinario y procesal a favor del detenido, antes de dictar cualquier tipo de autos, ya que estos definen el destino final del o los acusados

Si como dice este artículo 130 del reciente Código Orgánico de la Función Judicial, que entrara en vigencia solo a partir de su publicación en el Suplemento al Registro Oficial N° 544 de 9 de marzo del 2009, es decir, en el mismo mes en que también se publicaran las reformas a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, el mérito de los autos radica en que la sujeción a los principios

constitucionales y a todas las normas penales, se verifiquen en ellos, Los autos desde luego, que el juez garantice realmente este cumplimiento con transparencia, agilidad, veracidad, pero sobre todo, se estén debidamente motivados dentro del sentido más correcto de la unificación apreciativa del hecho que basado en el criterio judicial sobre un mismo punto de derecho; permita catalogar en la justa y sabia medida el peso de las pruebas y de todos los elementos constitutivos para establecer un auto meritorio.

Cuando este artículo mencionado (130 del COFJ) dice que no habrá motivación si en un auto resolutive por ejemplo, no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se fundamenta su dictamen o que no explique con suficiencia normativa y racional la pertinencia de su contenido de autos en relación a los antecedentes de hecho, no pueden cumplir el principio de verdadera motivación, es decir, respondiendo en méritos a que éste reúne los requisitos esenciales para que con autoridad, decida o deje de decidir sobre la existencia palpable e innegable del hecho delictivo o que ponga fin al proceso en mérito de las pruebas y todos los demás elementos legales y jurídicos que le permitan sobreseer al encausado.

La violación a estos principios que determinan el mérito de un auto, en el que también ingresan corolarios relativos a la pertinencia, procedencia, sujeción estricta a las disposiciones legales supremas y todas las que el Derecho Penal y Procesal Penal exigen cumplirse dentro del territorio nacional, a más de los principios reguladores del Derecho Internacional y del Regional que sean de obligatorio cumplimiento para el Estado ecuatoriano, sería atentar a la seguridad jurídica y podría declarar nulo el proceso o viciado al mismo, provocando la indefensión del o los procesados.

Dentro de las formalidades de rigor o esenciales, la motivación es imperativa, ya que convalida la actuación del juez de garantías penales y así no hubieren solicitado las partes, el cumplimiento de tal o cual requisito, ventilación de prueba,

verificación de otros actos procesales, entre otros, la autoridad dictará su auto, basado en la legalidad y en los méritos encontrados durante el desarrollo del proceso. Desde luego, que todo esto debe cumplirse con la agilidad que disponen tanto la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial, dentro de sus principios fundamentales y las demás normativas del campo penal, ya que justicia que tarda, no es justicia.

El autor Manuel Sánchez Zuraty, al referirse al mérito de los autos, lo entiende en la forma más amplia posible, determinando valoraciones jurídicas de importancia y elementos de juicio cuando define así:

“Merito del proceso en el auto.- Conjunto de pruebas o razones que resultan de un proceso, las mismas que sirven al juez para dar su fallo o dictar su auto fundamentado en hechos, derechos y elementos inequívocos para pronunciarse sin duda alguna.⁵¹

Esta definición sobre el mérito de un auto, considera como tal, a ese conjunto de elementos, factores, esencialidades, razones, principios constitucionales, de leyes afines y precisas, tratados internacionales o regionales de estricto cumplimiento para el Ecuador en materia punitiva, que inducen al juez de garantías penales, a establecer en su auto o tomar en él, las decisiones correctas bajo motivación, probidad, idoneidad y principios que garanticen inequívocamente, haber llevado un proceso debido, que no atente a las garantías procesales, legales y judiciales, es decir, principios de irrestricto cumplimiento que den mérito a sus autos y que respondan a la verdadera seguridad jurídica.

“Considerando otros criterios sobre el mérito de los autos, el trabajo ha tomado el siguiente:

⁵¹ Manuel Sánchez Zuraty.- *Diccionario Básico de Derecho*.- Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión” Núcleo del Tungurahua, Ambato-Ecuador.- S/F P. 405

Auto judicial.- Es uno de los tres tipos de resolución judicial, las otras dos son sentencias y providencias, los secretarios solo recogen diligencias de ordenación. El auto en base a su mérito, se utiliza para resolver cuestiones con entidad procesal o sustantiva, pero, que por ley, no tienen la trascendencia suficiente para resolverse mediante sentencia. Lógicamente, la resolución de una cuestión mediante sentencia o auto tiene una gran trascendencia respecto de los recursos, resolución judicial, requisitos formales, estructura del proceso, criterio del juez sobre su íntima convicción, fundamentos doctrinarios y legales, entre otros, que constituyan el mérito real de un auto".⁵²

El mérito de un auto, considerado por la cita, no es una argumentación simple, sino a la luz de un análisis verdadero donde se cumplan todas las exigencias del debido proceso y los principios legales de rigor, los mismos que puedan aplicarse sin vacilaciones, mas bien, de la manera más objetiva, imparcial, prueba que pueda tener en esos momentos, el juez de garantías penales, de ahí su nombre, puesto que es su obligación administrativa, garantizar las actuaciones de las partes dentro del proceso y por lo tanto, sus propias actuaciones, de tal forma que administre la justicia, en base a principios aplicables de manera general que toman determinados carismas frente a un caso específico, normativa y principios que se encuentran sustentados la esencia dispositiva de su autoridad, fundamentalmente, cuando dicta autos que resuelven en mérito a pruebas y a todo lo que se encuentre de valor en el proceso.

Ahora se obliga a la observancia de la ley Suprema, con el carácter de irreductible e irremplazable que la Carta Magna tiene por sobre cualquier otra norma, a más de ello, la sujeción a tratados internacionales y regionales de los que el Ecuador ha aceptado y por lo tanto, forman parte de su jurisprudencia y si la Constitución de la República, expresa en sus principios la parte meritoria de un auto como esencia del derecho, también en la aplicación o uso de la norma

⁵²JURISPEDIA/ [http://es.jurispedia.org/index.php/Auto_judicial_\(e\)](http://es.jurispedia.org/index.php/Auto_judicial_(e))

sustantiva penal, deberá contemplarse aquello de resguardo en la seguridad jurídica de los procesos y en la naturaleza meritoria de las providencias, sentencias, fallos o autos en general.

4.3. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y NULIDAD EN MÉRITO DE LOS AUTOS

Todo recurso y fundamentalmente el de apelación, debe someterse siempre que de ellos se hace uso, y para que no sufra rechazo, a las disposiciones legales constitucionales, normativas del Código Orgánico de la Función Judicial y a disposiciones expresas emanadas del Código de Procedimiento Penal, como también en materia específica, a consideraciones del Código de Procedimiento Civil por ostentar contenidos de procesalidad genéricos.

Respecto del recurso de apelación o el de nulidad, es importante partir de las siguientes normativas del Código de Procedimiento Penal relativas al trámite de éste y de los demás recursos, excepto el de casación que bien puede distinguirse como trámite único:

“Artículo 345.-Trámite.- Una vez recibido el recurso, la Sala respectiva de la Corte Provincial, convocará a los sujetos procesales a una audiencia oral, pública y contradictoria, dentro del plazo de diez días contados desde la fecha de recepción del recurso. La audiencia se llevará a cabo dentro de los diez días siguientes a la convocatoria, en la cual los intervinientes expondrán oralmente sus pretensiones....

Luego de haber pronunciado su decisión y dentro de los tres días posteriores, la Sala elaborará la sentencia, que debe incluir una motivación completa y suficiente y la resolución de mérito adoptada

sobre el objeto del recurso, la que se pondrá en conocimiento de los sujetos procesales en los domicilios judiciales respectivos.

En los casos de fuero de Corte Provincial o Nacional, la Sala respectiva procederá en la forma señalada en los incisos anteriores”

En cierta medida, la oralidad, si contamos con que los lineamientos constitucionalistas que hoy amparan a todos los procesos, sean capaces de cambiar la mentalidad de los administradores de justicia, puede entenderse como medida clave para la transparentación de los trámites, obviando abusos, vicios y demás formalidades que impiden la obtención de un proceso justo y debido, a fin de que las partes alcancen el principio de justicia y equidad, donde se han vulnerado principios de sustanciación, sobre todo, porque la abundancia de delitos y de procesos en trámites, impiden humanamente alcanzar una sentencia a tiempo y en forma correcta, a más de que el tráfico de influencias, es uno de los mayores problemas dentro de la sustanciación, de tal forma que el que no tiene acceso debido, jamás podrá obtener un resultado que se ajuste a los hechos y al derecho, razón por la que tanto se hace uso de los distintos recursos, especialmente, el de apelación.

La Dra. Mariana Yépez Andrade, en relación a las resoluciones que hacen que las partes se sientan perjudicadas y apelen, dice que en esencia, éstas deben motivarse de manera suficiente y proponerse en la forma y condiciones que la ley exige, cuando textualmente asume:

“LA MOTIVACION DE LAS RESOLUCIONES: La fundamentación o motivación de las resoluciones es una garantía básica del debido proceso comprendida en el derecho de defensa, de acuerdo a lo que dispone la Constitución de la República en el artículo 76, letra i del número 7: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser

motivadas ...los fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos

Dicho en esta forma y sujeto a puro derecho, toda apelación de la que una de las partes se sienta insatisfecha, al recurrir ante el superior, en este caso, al juez de la Corte Provincial, el recurrente que haga uso de la apelación, debe motivarlo en la forma y condiciones que la ley exige, precisando el asunto del que apela, estableciendo con claridad las razones legales que le asisten y presentando su recurso, en el término debido, caso contrario, pierde la oportunidad de exigir de la justicia, un resultado loable, correcto y transparente.

Como viene insistiendo el presente trabajo sobre los fundamentos de los recursos de apelación y nulidad en mérito de los autos durante, los principios constitucionales, hoy alcanzaron en su nuevo texto, la principalidad y eficiencia de tomarlos cuando la o las partes requieren de ellos, por eso, al análisis del Derecho Procesal, no puede olvidarse la siguiente disposición de la Constitución que dice:

“**Art. 77.-** En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1..La jueza o juez siempre podrá ordenar **medidas cautelares distintas a la prisión** preventiva.

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

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

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

6. Nadie podrá ser incomunicado.

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

a) Ser informada,...

b) Acogerse al silencio....

9.-la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión.

10. Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, **aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso**

.

Analizados estos principios, en mérito de autos, y en consideración a las disposiciones actuales, el juez de garantías penales puede disponer como dice el art. 77, numeral 1 de la Constitución medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, según lo que crea justo y se ciña a derecho, para que las partes no se sientan perjudicadas por la administración de justicia, cuyo representante es un juez de garantías constitucionales, no obstante, y ajustándose cualquier recurso, en especial el de apelación o el nulidad que viene analizando el presente trabajo a lo dispuesto por la ley, deberá ser atendido el recurrente en la forma y condiciones constitucionales y legales, exigiendo del superior que se revea el proceso de haber la seguridad de que existen vicios salvables o insalvables, violaciones al debido proceso, falta de aplicación de normas precisas o violatoria a los principios constitucionales o a los instrumentos internacionales..

Se incluyen para la interposición de los recursos de apelación o nulidad, tanto para los demás mecanismos, estos dos artículos constitucionales que dicen:

“**Art. 81.-** La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competente”.

Respecto a estas normas, nada más preciso que para el mérito de un auto, sean consideradas principales frente a todas las demás disposiciones del Procedimiento penal o del Código Orgánico de la Función Judicial, entre todas las demás disposiciones, porque como ya quedó expreso, el mérito radica en la dimensión legal y la apreciación del juez de garantías penales, partiendo del marco jurídico inviolable y de su íntima convicción una vez que han sido analizados los hechos y el derecho que fundamenta la petición de los recursos de apelación o de nulidad o de cualquier otro recurso por los autos violatorios o que vician el proceso, las partes se sientan perjudicadas hasta que se consiga una verdadera congruencia entre el hecho que se imputa, la procesalidad, legalidad y juridicidad. Hernando DevisEchandia, a propósito del aludido término legal dice:

“Se entiende por **congruencia** o consonancia al principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil), o de los cargos o imputaciones formulados oficiosamente por el juez contra el sindicado o imputado (en el proceso penal) para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas

oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ella.”⁵³

Una de las principales características del mérito de un auto, radica esencialmente en la delimitación, precisión condensación de la materia, elementos de juicio, fundamentos de hecho y de derecho que asisten al pronunciamiento del juez de garantías constitucionales cuando dicta un auto dando sentido y alcance a las peticiones formuladas por las partes o deducibles de los cargos que se imputan para determinar la existencia o no de la infracción o el hecho punible que se acusa, pronunciamiento que se formula de manera oficiosa por del juez de garantías penales en un proceso de esta naturaleza, por ello, acogiéndose este trabajo al punto de vista del autor citado, un auto, por sus méritos, logra su propia y verdadera identidad jurídica que a la postre, vincula el resuelto y las pretensiones frente a todo tipo de excepcionalidad aducida oportunamente. Jorge Claria Olmedo, al contrario de la congruencia aludida en renglones anteriores, dice:

“En materia penal la **incongruencia** consiste en que a partir del mérito de autos, la sentencia se limite a resolver las imputaciones hechas al sindicado o imputado en el llamado auto de proceder e imponer la pena que corresponda a la responsabilidad declarada en el veredicto del jurado; si lo condena por algo deferente, aunque el ilícito aparezca probado en ese proceso, la sentencia será incongruente. Las imputaciones estarán determinadas por los hechos delictuosos que en el auto de proceder se imputan al sindicado o imputado, como autor, cómplice o encubierto, y por la clase de delito que de ello deduce el juez; se en la sentencia se considera únicamente aquellos hechos, pero se le condena por delito diferente a aquel para el que fue `procesado, habrá incongruencia, y también habrá si se le condena por el tipo de

⁵³ DEVIS, Echandia, Hernando.- Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso.- Tomo I, Cuarta Edición.- Editorial ABC, Bogotá-Colombia 1974 P. 408

delito calificado en el auto de proceder, pero por hechos diferentes a los que en este se le imputaron. Por eso el error en la calificación del delito se da en el auto de proceder, es causal de nulidad del proceso a partir de tal auto.”⁵⁴

A criterio de este trabajo, existirá esta clase de incongruencias, cuando el auto o la sentencia deje de resolver sobre algunas de las imputaciones formuladas al procesado y cuando olvide el ilícito respecto del cual el juez de garantías penales, haya declarado la existencia de responsabilidades por los hechos probados y ampliamente discutidos frente a las partes, es decir, cuando las evidencias son claras y no dejan un solo resquicio a la duda.

Para analizar los fundamentos de los recursos de apelación y nulidad en mérito de los autos, el trabajo ha creído importante, trasladar al tema, la cita siguiente:

RESOLUCIONES MOTIVADAS.

La motivación es el elemento eminentemente intelectual que expresa el análisis crítico y valorativo llevado a cabo por el juzgador expresado conforme a las reglas de la lógica , comprende tanto el razonamiento de hecho como el de derecho en los cuales el de juzgador apoya su decisión.

La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto y no es un simple requisito meramente formal sino de fondo .Las de mero trámite (decretos o proveídos) no requiere motivación, pero las otras, son motivadas bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, pudiendo éstos producirse en todo o en parte sólo

⁵⁴DEVIS, Echandia, Hernando.- (Pensamiento de Jorge Claria Olmedo) Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso.- Tomo I, Cuarta Edición.- Editorial ABC, Bogotá-Colombia 1974 P. 418

en la segunda instancia, al absolver el grado (Artículo 12.-Resoluciones Motivadas.-Ley Orgánica del Poder Judicial Perú⁵⁵).”

Un tanto coincidiendo con el autor mencionado, los tratadistas Eduardo García de Enterría y Ramón Fernández, sostienen que la motivación es un mecanismo técnico de control de la legalidad, por lo tanto, estos recursos, no son un simple requisito formal para la reclamación, sino, que puntualizan la esencia formal del derecho que asiste a las partes, sobre todo, a aquella que recurre ante el superior, lógicamente, si de los autos se encuentran méritos para dicha actitud, obligando a la autoridad inmediata superior, a un análisis profundo, a un estudio completo que no deje elementos de juicio fuera y que permita determinar con exactitud, ponderación, racionalidad y equidad, si aquello que el reclamante alude, es objetivo, de serlo, se sancionará al juez de garantías penales que sustanció la causa, finalizando así este largo y tedioso proceso.

Este principio de recurrencia tanto en la apelación como en la nulidad, queda violentado cuando no se obtiene una resolución motivada y con contenidos legales doctrinarios y jurisprudenciales, y sobre todo, fundamentado en disposiciones constitucionales y del Derecho Penal, puesto que la motivación da razones plenas y sentido lógico al proceso, no sólo porque expresa un llamado de auxilio o ayuda frente a los procesos viciados que exhibe la procesalidad ecuatoriana, sino, y sobre todo, porque fundamentan las razones de hecho y el sustento de derecho que justifican el uso de los recursos de apelación o de nulidad ante el superior con la esperanza de que se repare la violación del debido proceso, los daños causados, la lesión moral y al bien jurídico.

De las personas consultadas y de sus abogados, hay quienes que indican que cuando se ha violentado el principio de congruencia entre la racionalidad, ley

⁵⁵JIMENEZ, Benedicto.- Guía Para Evaluar Resoluciones Judiciales (Autos y Sentencias), 5 de febrero del 2008 <http://acero1313.blogspot.com/2008/02/guia-para-evaluar-si-una-resolucion.html>

y resuelto, deja de haber este equilibrio, seguridad jurídica y debido proceso por inexistencia precisamente, de la congruencia procesal y legal.

Una recurrencia inmotivada o deficientemente motivada, dificulta la posibilidad de contradecir y de ejercitar un amplio derecho a la defensa o si se utilizan disposiciones legales abiertas que sólo hacen referencia a normas en conjunto como reglamentos o leyes, sin determinar el artículo preciso para interponer el recurso o de apelación, de nulidad o cualquier otro, pierdes éstos la virtualidad legal y se corre el riesgo del rechazo de este mecanismo de defensa, por parte del inmediato superior

Por todo lo dicho, es importante determinar en forma precisa, la sustanciación de los recursos de apelación y nulidad, en mérito de los autos, contemplando y exigiendo de los administradores judiciales o las autoridades penales, el cumplimiento de los principios puntualizados en la Constitución de la República. los lineamientos del Código Orgánico de la Función Judicial, los Códigos penal y procedimiento penal, solo de esta forma, se podrá exigir el debido proceso.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Que, para alcanzar una verdadera modernización del sistema administrativo de justicia penal en el Ecuador, la misma que permita transparentar los procesos, equilibrar la aplicación, ajustar la normativa con la sana crítica, cumplir con los principios puntualizados en los Artículos 5 al 31 del Código Orgánico de la Función Judicial y que disminuya el número de actores en el uso de recursos, es encontrar en la administración de justicia penal, la tutela jurídica suficiente el y como un mecanismo idóneo de su encuentro, es introducir en el Derecho Procesal Penal, como en todos los Derechos, es la introducción del sistema oral, ya que en cierta

medida éste, exige mayor preparación en los personeros de la Función Judicial, entendiéndose por ellos, fiscalía, juzgados, tribunales, policía judicial, todas las instituciones que tienen que ver con hechos justiciables.

SEGUNDA

Que para encontrar en la administración de justicia penal la transparencia, celeridad, economía necesaria, ajuste a los lineamientos constitucionales y penales, en la obtención del debido proceso, hace falta el mecanismo más idóneo de su encuentro, cual es el de introducir en el Derecho Procesal Penal el sentido de administración justa y honesta, incorruptible, como defensa o ataque, conocimiento, experticia y profesionalismo, que en cierta forma, exige ética y moral, disminuyendo la corrupción galopante que hoy imposibilita el alcance de una justicia oportuna y transparente.

TERCERA

Que de acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador del 2008, el Código Orgánico de la Función Judicial y fundamentalmente, las reformas al Código Penal y Código de Procedimiento Penal de marzo del 2009, antes de acogerse al recurso de apelación o al de nulidad, respecto a la culpabilidad o inocencia del procesado, en el instante preciso en el que el juez de garantías penales debe ordenar la detención preventiva del procesado, es importante, considerar a más de todas las normas internas del Ecuador, el contenido del artículo 8, numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad", principio, que junto a las normas internas de carácter punitivo vigentes en la actualidad dentro de nuestro territorio ecuatoriano, vuelve delicada la situación para el juez al pronunciarse sobre dictar o no la detención del o los individuos legalmente acusados de una acción delictiva. Si dicta auto de detención provisional, puede ser destituido del cargo por no haber considerado las medidas alternativas y si por su íntima convicción y la tutela jurídica a la que hoy se acude, dicta cualquiera de las

medidas alternativas y no la detención provisional, pueda que se juzgue de igual manera, como acto que beneficia al o los culpables, pudiendo el Consejo Nacional de la Judicatura, decidir la sanción correspondiente o su destitución, por lo que, este trabajo estima que se ha complicado aún más la procesalidad penal en el Ecuador., por lo que la procedencia de un recurso de apelación, de nulidad o de cualquier otro, se vuelve más delicada y grave.

CUARTA

Que para utilizar el recurso de apelación, es necesario que la parte que se sienta afectada, establezca en forma clara y precisa, que se ha violado alguna norma penal o procesal penal específica, o que la apreciación del juez de garantías constitucionales, ha violado su derecho a la legítima defensa, por tanto, tiene que recurrir a la autoridad inmediata superior, quien de encontrar anomalías en el proceso, acepta la recurrencia con el auto de llamamiento a juicio.

QUINTA

Desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial, el recurso de nulidad es una declaración voluntaria de la autoridad superior, siempre que el recurrente al sentirse afectado en una parte, en la totalidad del proceso o en la sentencia, haya recurrido en la forma, condiciones, requisitos y exigencias de rigor legal y de tramitación, en caso contrario, no procede la interposición de este mecanismo para quien se sienta afectada con una sentencia, de tal forma que, cuando se determina la nulidad en esencia jurídica, se aduce a la capacidad de juzgamiento que debe tener la autoridad competente, su probidad, conocimientos, dominio de la legislación, racionalidad, proporcionalidad y ponderación.

SEXTA

De acuerdo a la nueva Constitución de la República del Ecuador, ésta, es necesario que los administradores de justicia penal, entiendan que ella debe tener la primacía legal y el respecto ineludible a sus lineamientos por sobre cualquier otra norma de inferior jerarquía, a demás.

SÉPTIMA

Para apelar del auto de llamamiento a juicio, se requiere que la parte que se sienta afectada, crea que se ha violentado alguna norma, procedimiento o que la apreciación del juez de garantías constitucionales, en su providencia, auto, sentencia o fallo, no actuó apegado a derecho y que por lo mismo, se ha violentado su legítima defensa, ante lo cual, puede recurrir a la autoridad inmediata superior, quien de encontrar anomalías que determinen la irregularidad del debido proceso, acepte un recurso de nulidad o de apelación.

RECOMENDACIONES

PRIMERA

Publicitar el significado de los principios establecidos en el Código Orgánico de la Función Judicial, también de la constitución para el cumplimiento de las leyes y el alcance de la justicia, a través de los medios de comunicación masiva y de manera tal, que las personas, vayan empapándose de sus derechos y obligaciones, exigiendo de los administradores de justicia, el respeto de normas procesales penales todo tipo de derecho a fin de que se de una justicia, ágil, oportuna y confiable que no violente los principios del debido proceso a fin de que todos, empoderados de ellos, exijan la tramitación transparente e idónea de sus pretensiones.

SEGUNDA

Este trabajo recomienda que se realice una selección efectiva y verdadera del personal que ingresa a la Función Judicial y una preparación constante del mismo, la que demuestre el interés del Gobierno Nacional y del Consejo de la Judicatura a fin de que los servidores públicos que trabajan en la administración de justicia ecuatoriana, en los tribunales penales e instituciones que de una u otra forma están ligados a esta actividad, tal el caso de las Comisarías de la Mujer y la

Familia, las Comisarías Nacionales, Policía en General y sobre todo, Policía Judicial, institución que por el momento, está más inclinada al delito que a la investigación., a fin de que se alcance el profesionalismo deseado y la ética elemental para realizar las investigaciones previas y necesarias y para el manejo transparente de los procesos penales que al momento, pese al nuevo reordenamiento legislativo, aún no se alcanza.

TERCERA

Que antes de hacer uso del recurso de apelación o del recurso de nulidad cuando una de las de que las partes que se sienta perjudicada por la justicia ecuatoriana, crea que no hubo la tutela jurídica debida, que faltó transparencia, que se violaron expresas normas legales o que se alteró el debido proceso, durante el desarrollo des mismo y antes de que el juez de garantías penales dicte el auto de detención, el abogado de la parte aludida, pude solicitar en vez de esta orden de detención, cualquiera de las vigentes medidas cautelares alternativas, solo si una vez que se solicite, por escrito u oralmente en el instante preciso, el juez niegue o desoiga tal petición, puede establecerse la recurrencia apelando de su decisión p pidiendo la declaratoria de nulidad. Del proceso, es decir, que los recursos, de acuerdo a la situación jurídica de la causa, pueden ser empleador con acertijo

CUARTA

Se recomienda que para hacer uso del recurso de apelación, éste, se interponga en la forma y condiciones que establece la procesalidad penal ecuatoriana de hoy considerando las actuales reformas establecidas tanto en la Constitución de la República como ley principal, en caso de reformarlo no se viole el principio del doble conforme reconocido en los tratados internacionales

QUINTA

Considerando que la nulidad es ante todo una declaración de voluntad proveniente del órgano jurisdiccional penal, provocada de oficio o a petición de

parte a fin de que se deje sin efecto jurídico un proceso en el que la parte perjudicada crea que no fue llevado en debida forma y que por lo tanto, se han violentado normas penales expresas, es importante, determinar en la petición, dicha violatoria y el perjuicio que ésta ha causado al no alcanzar una justicia proba, idónea, equilibrada, bajo los principios de ponderación, racionalidad y proporcionalidad vigentes.

SEXTA

Como se espera que gradualmente se vayan aplicando los principios de tutela jurídica, ponderación, proporcionalidad, racionalidad, economía procesal, celeridad y debido proceso, entre otros principios que se han establecido dentro del nuevo reordenamiento legal en espera de mejorar la ya decadente y deteriorada procesalidad penal en el Ecuador, es preciso que el Consejo de la Judicatura, se preocupe del entrenamiento y preparación de todos los funcionarios que administran justicia en esta alta Función del Estado, de lo contrario, las causas seguirán las lentas y viciadas formas y mecanismos que hasta el momento y por lo tanto, será abundante la recurrencia al superior mediante cualquiera de los recursos que posee nuestra legislación, especialmente, en lo relativo al de apelación o al de nulidad .

SÉPTIMA

El trabajo recomienda que conforme al nuevo reordenamiento constitucional, orgánico de la Función Judicial, Penal y Procesal Penal, cuando se haga uso de los recursos de apelación o el de nulidad a los que alude el presente trabajo, la petición elevada al superior jerárquico, debe reflejar con claridad aquello que motiva la recurrencia y redactarse el escrito, en la forma y condiciones exigidas por la actual legislación ecuatoriana a fin de que cualquiera de estos dos mecanismos, no sean rechazados, especialmente, en lo que se refiere a la solicitud de dejar nula toda la actuación de juez de garantías constitucionales, es importante que se consideren dos aspectos esenciales: la auto composición y la heterocomposición del problema y del recurso, tomando en la recurrencia los

aspectos de fondo, forma y juricidad como actualmente se exige, solo en esta forma, cercando al superior

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA, Galeas Luis Humberto.- La defensa Penal Oral Teoría General de la Impugnación en el Sistema Procesal Oral.- La Impugnación por la Vulneración del Debido Proceso.- Tomo IX.- Editorial Jurídica del Ecuador.- Quito- Ecuador, 2007

BADILLA, J. Curso de Administración y Procesamiento de la Escena del Crimen. Versión Preliminar. Escuela Judicial, Sección de Capacitación del Organismo de Investigación Judicial, San José, Costa Rica.

BARBERÁ, del Riso María Cristina.- Los Recursos Penales Lineamientos.- Editorial Mediterránea.-Buenos Aires-Argentina, 2001

BORBÓN, A y Saénz, S. (2002) El Proceso de Investigación Criminal en el Delito de Incendio desde el Punto de Vista del sitio del suceso en el Organismo de Investigación Judicial.- Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Criminología. ULICORI, San José, Costa Rica

CASTELLS, Manuel.- La globalización, Sociedad y Conocimiento en el Mundo Contemporáneo: Paraísos Comunales: Identidad y Sentido en la Sociedad en la Red, el Poder de la Identidad.- (Módulo I.- Diplomado de Docencia Universitaria.- Universidad Politécnica Salesiana).- Alianza Editorial.- Madrid-España, 2002

DEVIS, Echandia Hernando.-Compendio de Derecho Procesal.- Tomo I.- Teoría General del Proceso.- Cuarta Edición.- Editorial ABC.- Bogotá-Colombia

FLOR, Rubianes Jaime.- Teoría General de los Recursos Procesales.- Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2003

GUERRERO, Vivanco Walter.- Derecho Procesal Penal el Proceso Penal.- Tomo IV.- Pudeleco Editores, S.A.- Ecuador, 2004

GUERRERO, Vivanco Walter.- Los Sistemas Procesales Penales.-Análisis del Nuevo Código de Procedimiento Penal.- I Pudeleco Editores, S.A.- Quito - Ecuador, 2001

JHAYYA, Segovia Alberto.- Impugnación en el Proceso Penal.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito-Ecuador, 2007

LÓPEZ, Alina, González Margarita y otros.- Reproduciendo la Globalización Neoliberal: Modelo Actual de Educación Superior en América Latina.- (Diplomado de Docencia Universitaria.- Universidad Politécnica Salesiana).- Alianza Editorial.- Madrid-España, 2002

LORENCES, Valentín H. Y Tornabene María Inés.- Nulidades en el Proceso Penal.- Editorial Universidad S.R.L.- Buenos Aires- Argentina, 2005

O'DONNELL, Daniel.- Protección Internacional de los Derechos Humanos.- Comisión Andina de Juristas.- Fundación Friedrich Naumann.- Instituto Interamericano de Derechos Humanos.- Lima-Perú, s/f.

OYARTE, Martínez Rafael.- Curso de Derecho Constitucional.- Tomo II.- La Función Legislativa.- Andrade & Asociados, Fondo Editorial.- Ediciones Abya-Yala.- Quito-Ecuador, 2005

PALACIO, Lino Enrique.- Los Recursos en el Proceso Penal.- segunda Edición.- Editorial Abeledo-Perrot.- buenos aires- Argentina, s/f.

VÉSCOVI, Enrique.- Teoría General del Proceso.- Segunda Edición.- Editorial Temis, S.A..- Santa Fé de Bogotá-Colombia, 1999

ZAVALA, Baquerizo Jorge.- Tratado de Derecho Procesal Penal.- Tomo IX.- Editorial Edino.- Guayaquil-Ecuador, 2007

ZAVALA, Baquerizo Jorge.-. Tratado de Derecho Procesal Penal.- Tomo X.- Editorial Edino.- Guayaquil-Ecuador, 2007

DICCIONARIOS

CABANELLAS, De Torres Guillermo.-Diccionario Jurídico Elemental.- 4ª Edición.- Editorial Heliasta, S.R.L.- Buenos Aires-Argentina, s/f.

CABANELLAS, de Las Cuevas Guillermo.- Diccionario Jurídico Elemental.- Editorial Heliasta.- Edición Actualizada Corregida y Aumentada.- Buenos Aires-Argentina, 2003

DE PINA, Rafael.-Diccionario de Derecho.- Quinta Edición.- Editorial Azteca.- México D.F.-México, s/f.

Diccionario Jurídico Espasa.- Fundación Tomás Moro.- Editorial Espasa Calpé, S.A.-Madrid-España, 2006

RAMIREZ, Gronda Juan D.- Diccionario Jurídico.- 8ª Edición.- Editorial Claridad, S.A.- Buenos Aires-Argentina, s/f.

SÁNCHEZ, Zuraty Manuel.- Diccionario Básico de Derecho.- Casa de la Cultura Ecuatoriana Núcleo de Tungurahua.- Con Reformas.- Ambato-Ecuador, s/f.

INTERNET

ARBUOLA, Allan.- La Cadena de Custodia de la Prueba.-
<http://www.mailxmail.com/curso-cadena-custodia-prueba/vicios-cadena-custodia>

DURÁN, Gallardo PABLO.- La Audiencia Preliminar. Sistema Acusatorio, La etapa intermedia y su resolución.
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3504&Itemid=426

Enciclopedia Libre Wikipedia.- http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_procesal_penal
<http://archivo.eluniverso.com/2007/03/22/0001/10/D74D2DC12FC8429F82CDC0C86F7EC358.aspx>

<http://www.mercuriomanta.com/sistema.php?name=noticias&file=article&sid=819>

LUCAS, MuñozMaría Olga, diciembre 2003, Noticias Jurídicas. <http://noticias.juridicas.com/articulos/65Derecho%20Procesal%20Penal/20031226569151110313480.htm>

MERCADO, Cruz Laura Yanela, Bejar Jasso Ricardo.-“Definición de Ministerio Público”.- S/F, S/N
<http://www.monografias.com/trabajos13/defimin/defimin.shtml?monosearch>

Sistema de la sana crítica racional. <http://www.mailxmail.com/curso-valoracion-juridica-prueba/sistema-sana-critica-racional>

TERÁN, Luque Marco.- El Debido Proceso La Prueba Ilícita.-
<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.P.Penal.89.htm>

TERÁN, Luque Marco.- La Acusación por parte del Fiscal en el Proceso Penal.-
<http://doctrinapenal.wiki.mailxmail.com/Paginalnicial>