

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho Procesal

## **La aplicación del principio de congruencia procesal en el proceso penal**

**Análisis crítico desde la perspectiva del derecho a la defensa**

Cristian Fabián Zambrano Ruilova

Tutor: Jorge Paladines

Quito, 2018



## **CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS**

Yo, Cristian Fabián Zambrano Ruilova, autor de la tesis intitulada “La aplicación del principio de congruencia procesal en el proceso penal: análisis crítico desde la perspectiva del derecho a la defensa” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de (colocar lo que corresponda: Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 15 de marzo de 2018

Firma: .....

## Resumen

La aplicación del principio de congruencia procesal supone la necesaria correspondencia entre lo acusado por Fiscalía y lo resuelto en auto o sentencia por el Juez o Tribunal de Garantías Penales en el ejercicio de la acción penal pública que depende de la acusación fiscal. El principal presupuesto del juicio penal es la acusación fiscal que a su vez entraña una investigación objetiva y garantista donde se han de establecer de forma *precisa y adecuada* los hechos que se acusan, la conducta típica que corresponde a tales hechos y la atribución de responsabilidad a una determinada persona para cumplir el deber de satisfacer la existencia de la infracción conforme a derecho, la responsabilidad penal y el nexo causal entre estos dos elementos para poder controvertir el estado de inocencia.

El derecho de defensa aparece como requisito de validez del pronunciamiento realizado por el Juez o el Tribunal de Garantías Penales; y este derecho a su vez se ejercita por el conocimiento preciso y adecuado de los hechos y de la calificación jurídica de la conducta atribuida a la persona que se ha defender en el juicio, de forma tal que no es accidental o contingente su ejercicio, es mandatorio y a tal punto tan o más vinculante que la acusación fiscal; por ello en este trabajo se destacará que la defensa debe conocer de qué se va a defender y tener la garantía de que el fallo que se dictará versará sobre los hechos y calificaciones jurídicas imputadas, que jueces y fiscales cumplirán sus roles y los primeros no *suplirán* las deficiencias de los segundos y que si las acusaciones son defectuosas y por ende carecen de demostración probatoria lo ético es ratificar la inocencia y no sorprender a la defensa.

**Dedicatoria:**

A mis amores: Elisa y Joaquín.

A mis padres: Álvaro (+) y Esperanza.

A mis hermanos: Álvaro, Víctor y Miryam.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>Introducción</b>	6
<b>Capítulo Uno. Roles, derechos y garantías del proceso penal</b>	
1.1.Derechos y garantías procesales horizontales	7
1.2.Derechos y garantías procesales verticales	8
1.3.Roles de los sujetos procesales en el proceso penal	10
1.4.El Juez de Garantías Penales	11
1.5.El Fiscal y el sistema acusatorio	12
1.6.Diferencias entre poder requirente y poder de jurisdicción	17
1.7.El estado de inocencia y el derecho de defensa	18
1.8.El derecho a la defensa y teoría del caso	21
<b>Capítulo Dos. Principio de Congruencia</b>	
2.1. Posición clásica o dominante	25
2.2. Posición crítica	26
2.3. Toma de posición	32
2.4. Disposiciones del Código de Procedimiento Penal y COIP	36
2.5. Diálogo Jurídico comparado sobre congruencia procesal en el sistema de juzgamiento penal ecuatoriano	43
2.6. Error de tipificación (o de tipicidad) y recurso de casación	49
2.7. Línea Jurisprudencial	50
<b>Capítulo Tres Caso Paradigmático: Cierre de la Mutualista Sebastián de Benalcázar</b>	60
<b>Conclusiones</b>	68
<b>Bibliografía</b>	73

## **Introducción**

El problema a resolver gira en torno a la pregunta: ¿puede el juez o jueza de garantías penales cambiar la acusación presentada por el fiscal tras las investigaciones realizadas por este en la etapa de instrucción fiscal y luego realizar el juzgamiento conforma la nueva acusación formulada por el juez? Para tal efecto es pertinente el análisis que a continuación se detalla en tres capítulos, más la conclusión; siendo importante para tal fin el análisis bibliográfico y la investigación comparada y sociológica que nos dan grandes pistas para resolver el planteamiento indicado.

En el primer capítulo se analizan los roles, derechos y garantías de los sujetos procesales dentro del proceso penal, haciendo hincapié tanto en las garantías horizontales como verticales que aseguran la organicidad y efectividad de las garantías que jamás pueden estar en detrimento del derecho de defensa siendo para ello importante especificar los roles de los sujetos procesales.

En el segundo capítulo se analiza el principio de congruencia revisando las posiciones de mayoría y de crítica, tomando a partir de ello buscando perspectiva comparada en un diálogo jurídico. En este capítulo merece especial atención la línea jurisprudencial que hemos obtenido.

La investigación tiene una aplicación práctica en el tercer capítulo donde en base al caso paradigmático del cierre de la Mutualista Sebastián Benalcázar donde se confronta el problema planteado para esta investigación, anticipando que el juez no debe cambiar la acusación presentada por el fiscal y que se deben buscar otras alternativas que honrando las reglas del juicio justo dan una oportunidad de defensa.

# Capítulo Uno

## Roles, derechos y garantías en el proceso penal

Para Luís Prieto Sanchís<sup>1</sup> “[...] Las garantías penales y procesales pueden definirse como aquellos límites negativos (obligaciones de no hacer) [abstención] impuestos al ejercicio del ius puniendi, tanto en abstracto o en el plano de la producción normativa, como concreto o en el plano aplicativo, en orden a la protección de los derechos fundamentales del imputado y del reo [...]”.

Es claro entonces que ante la obligación constitucional<sup>2</sup> del Estado de respetar los derechos, *máxime* que es el más alto deber del Estado, correlativamente se le ha impuesto el deber de abstenerse de atentar contra los derechos, formulando derechos para que las personas los puedan ejercer y en caso de que el Estado violentare estos derechos y su ejercicio se han enunciado garantías como herramientas para reparar tal quebrantamiento.

### 1.1. Derechos y Garantías procesales horizontales

La Constitución en el Art. 169 define lo que es el sistema procesal en los siguientes términos: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal y hará efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de solemnidades”.

Al respecto el profesor Arturo Donoso expresa que: “[...] el proceso penal es, jurídicamente válido, en cuanto garantista, propio de un Estado de derecho [...]”<sup>3</sup>; es decir, el sistema procesal garantiza del accionar procesal como medio para obtener justicia. Por lo tanto, el proceso penal es el medio para la realización del fin justicia y

---

<sup>1</sup> Luís Prieto Sanchís, *Garantismo y derecho penal*, (Madrid: Iustel, 2011), 81

<sup>2</sup> *Constitución de la República del Ecuador* (en adelante CRE) [2008] tít. II, “Derechos”, cap. Primero, “Ejercicio de los derechos”, Art. 11, num. 9 ([Quito: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.), RO 449 del 20 de octubre del 2008

<sup>3</sup> Arturo Javier Donoso Castellón, “Sistema procesal penal ecuatoriano”, en Antonio José Cancino Moreno, comp., *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 145.

por tanto debe gozar de todas las garantías y los medios para hacer efectivos los derechos que se encuentran constitucionalmente protegidos limitando las arbitrariedades y abusos del poder.

Las garantías horizontales son aquellas relacionadas con el sistema procesal, lo atraviesan transversalmente, en ellas se ven involucrados todos los sujetos procesales y en su aplicación es que se generan derechos y se establecen para que la sustanciación de los procesos se dé conforme los principios de oralidad, simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y, economía procesal, según la norma constitucional. El Código Orgánico de la Función Judicial<sup>4</sup> (COFJ) es más abundante e identifica los principios rectores entre el articulado 4 a 30.

Estos principios –como mandamientos de optimización que son- se introducen en la organización, desarrollo y conclusión de los procesos, transparentando, agilizando la actuación de los operadores de justicia para ofrecer a la sociedad una respuesta ágil, oportuna, eficiente y legítima a la solución de conflictos e incrementar la confianza de ésta respecto la labor de administrar justicia.

## **1.2. Derechos y garantías procesales verticales**

Son aquellas que giran alrededor de la persona y por ende son innegociables ya que procuran precautelar sus derechos, a través de un juicio justo caracterizado por todo ese plexo de garantías llamadas de “debido proceso”. En extenso son aquellas consagradas en la CRE en el Art. 76 que establece las garantías básicas del derecho al debido proceso y en el 77 que fija las garantías en caso de privación de la libertad; las mismas se hallan en concordancia con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal<sup>5</sup> (en adelante CPP) que fija los principios de acceso a la justicia, juicio previo, legalidad, juez natural, presunción de inocencia, único proceso o *non bis in ídem*, debido proceso, contradictorio, mínima intervención, celeridad, conclusión del proceso, inviolabilidad de la defensa, información de los derechos del procesado, igualdad de

---

<sup>4</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 544 (09 de marzo del 2009), art. 4-30. En adelante se cita este Código como COFJ.

<sup>5</sup> Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 360 (13 de enero del 2000), a este cuerpo adjetivo se le han realizado sendas reformas así: en Registro Oficial, No. 743 (13 de enero del 2003) y en Registro Oficial, Suplemento, No. 544 (09 de marzo del 2009). En adelante se cita este Código como CPP.

derechos e interpretación restrictiva. También se encuadran en esta clase el derecho al silencio, in dubio pro reo, el derecho a no auto incriminarse, ser oído, ineficacia probatoria, plazo razonable, protección a las víctimas, recurrir del fallo, etc.

Ambas garantías –verticales y horizontales- coexisten y se complementan en el sistema procesal que es medio para la consecución de la justicia. Las horizontales aseguran el funcionamiento del sistema procesal de forma orgánica estableciendo garantías para ello y las verticales velan por los derechos de las personas involucradas en el proceso penal, asegurando el respeto a la dignidad humana y a los derechos humanos, donde los sujetos procesales actúan según su rol en acusación o defensa.

En materia de justicia penal, es necesario describir cual es el fin de la norma adjetiva en relación a la sustantiva penal y no es otro que materializar esta última con la imposición o no de una pena por vía del juicio en el que se deben demostrar hechos que establezcan la existencia de la infracción tipificada en la ley sustantiva penal y la responsabilidad penal de los partícipes del delito.

De la misma forma Maier<sup>6</sup> señala que: “[...] El presupuesto lógico de la existencia de los órganos estatales encargados de la persecución penal es, precisamente, el nacimiento de aquello que concebimos, culturalmente, como Derecho Penal y sus institutos característicos, la pena estatal y la persecución penal pública [...]”.

Claus Roxin<sup>7</sup>, exclama: “[...] ¡el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! [...]” y, en el caso de Ecuador esta frase tiene especial resonancia toda vez que según el Art. 1 CRE el estado ecuatoriano se configura como *constitucional de derechos y justicia* y es precisamente en este ámbito de derechos y garantías que debe desarrollarse el proceso penal donde se pone en juego la libertad de las personas y el derecho de las supuestas víctimas que anhelan justicia.

El Art. 1 CPP<sup>8</sup> se hacía eco de estas indicaciones y establece una garantía implícita, que está presente en todo momento en el proceso penal acusatorio y es que el

---

<sup>6</sup> Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal II parte general: sujetos procesales*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 290

<sup>7</sup> Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003), 10

<sup>8</sup> “[...] Nadie puede ser penado sino por una sentencia ejecutoriada, dictada luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del procesado en un juicio, sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, los tratados internacionales de protección de derechos

deber ser del proceso penal se cumple si con su aplicación se impide la condena de un inocente, dado que el proceso como tal es garantía de verdad y libertad, por ello que el proceso es una suerte de adelantamiento de barreras contra la ilegalidad y la arbitrariedad colocando una condición de valor epistemológico para lograr una condena contra una persona y esta es la certeza, más allá de la duda razonable. El COIP lo ha elevado a categoría de principio procesal y en el numeral 3 del Art. 5 dice con absoluta claridad al referirse al principio duda a favor del reo: la o el juzgador para dictar sentencia condenatoria debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada más allá de toda duda razonable.

### **1.3. Roles de los sujetos procesales en el proceso penal**

El derecho penal en su misión de protección de bienes jurídicos legitima el hecho de que el Estado pueda ejercer el *ius puniendi* a través del proceso penal, por el que no se busca condenar a un inocente sino, por la prueba imponer una pena al responsable de la infracción; por ello en el proceso penal se exige la participación de sujetos procesales a los que se dota de particulares funciones, así: al fiscal le asigna el deber de investigar preprocesal y procesalmente los hechos que son puestos en su conocimiento y el ejercicio de la acción penal pública; a la defensoría pública le corresponde el patrocinio de los imputados que no hayan designado un defensor para que realice a su favor la defensa técnica que corresponda y al juez de garantías penales le asigna la función de jurisdicción en materia penal.

El maestro español Juan Montero Aroca<sup>9</sup> indica que debe haber un monopolio de parte de los órganos jurisdiccionales para la aplicación del derecho penal ya que *no existe aplicación de este derecho fuera del proceso* y que son tres los monopolios para que se produzca esta aplicación así: el primero es el *estatal* por el que el estado asume exclusivamente el *ius puniendi*, el segundo es el monopolio *judicial* por el cual solo los órganos jurisdiccionales son los encargados de aplicar el derecho penal, el deber de *conferir el ius puniendi* se da sólo a través de los tribunales, el tercero es el *procesal*, *el derecho penal se aplica necesariamente por los tribunales a través del proceso*, con las

---

humanos y en este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del procesado y de las víctimas [...].”

<sup>9</sup> Juan Montero Aroca, *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 12-4.

garantías del debido proceso. Estos tres monopolios son concebidos por Montero Aroca como “*opciones de civilización*”.

A este respecto apunta Roxin<sup>10</sup> que la persecución del hecho punible por parte de la fiscalía “[...] responde a la idea de retribución [...] según la cual el Estado, para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación de la ley penal [...]”; pero todo ello dentro de los límites impuestos por las garantías penales y procesales que se ajustan al fin de la consecución de la verdad de los hechos constatada empíricamente [en juicio] para la fundamentación racional de la decisión que se plasma en el auto resolutorio o en la sentencia.

#### **1.4. El Juez de Garantías Penales**

El Art. 3 del CPP, y ahora el Art. 398 del COIP, en concordancia con el Art. 76.7 k) de la CRE y Art. 7 COFJ señala que *nadie puede ser juzgado sino por juezas y jueces competentes determinados por la ley* y, conforme el Art. 167 CRE “[...] La potestad de administrar justicia emana de pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución [...]”; de aquí el origen del poder o facultades del juez para administrar justicia, que en esta tesis llamo poder de jurisdicción, que está representada por un juez o una jueza que precautela el ejercicio de los derechos y la observación de las garantías.

El Juez de Garantías Penales (si es pluripersonal: Tribunal de Garantías Penales) independiente e imparcial (únicamente sujeto a la Constitución, a la ley y a las normas que forman el bloque de constitucionalidad<sup>11</sup>), en el sistema acusatorio, adversarial, tiene la función garantista de velar por la verdad, la libertad y el respeto a la dignidad humana, así como la de ser garantista respecto la labor de administrar justicia, donde los sujetos procesales aportan prueba para justificar sus posiciones y en función de ellas

---

<sup>10</sup> Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, 89.

<sup>11</sup> Rodrigo Uprimny, *Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal*, <<http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>> “[...] El bloque de constitucionalidad no solo permite sino que obliga a interpretar los nuevos alcances del procedimiento penal a partir de las garantías fundamentales previstas no sólo en la Constitución sino también en muchos tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario, con lo cual no solo constitucionaliza el proceso penal sino que obliga a analizarlos desde una perspectiva de los derechos humanos [...]”, fecha de visita: 28 de septiembre de 2013.

resuelve el juez que asume su posición de tercero imparcial y controlador de la representación procesal .

En el esquema acusatorio la función del Juez de Garantías, a más de la obvia que es administrar justicia, es la de contención de los abusos y arbitrariedades del poder y procurador de la igualdad de las partes en el proceso a través del sistema de garantías previstas en la constitución (oralidad, contradicción e intermediación), la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos; por ello, se requiere eliminar del Juez la discrecionalidad de iniciar un proceso ya que si fuera lo contrario, “[...]estaríamos nuevamente en el sistema inquisitivo, en el que el juez asume todas las funciones, incluida la de acusar[...]”.<sup>12</sup>

Por ello, el juez de garantías penales, al momento de juzgar, o ejercer el poder de jurisdicción, debe ejercer un control de garantías sobre la acusación<sup>13</sup>, pero jamás suplantarse al fiscal en sus funciones dictando una nueva acusación, dado que sería inaceptable que el Juez asuma un papel de acusador que no le corresponde ya que es función del Fiscal y con ello se violentaría uno de los más elementales principios del sistema acusatorio que es la división de funciones entre Fiscales y Juez.

### **1.5. El fiscal y el sistema acusatorio**

Claus Roxin<sup>14</sup> indica que “[I]a fiscalía [...] es el órgano estatal competente para la persecución penal [...]”; por su parte Julio B.J. Maier indica que al Ministerio Público se le concibe hoy como “[...] acusador estatal distinto de los jueces y encargado de ejercer ante ellos la llamada acción penal pública [...]”<sup>15</sup>.

Las funciones de fiscalía se encontraban regladas en el Art. 25 del CPP y ahora lo están en el Art. 442 y 443 del COIP, a parte de estas funciones, el Fiscal tiene la obligación de actuar conforme las atribuciones del Art. 444 del COIP con objetividad en el ejercicio de la función tal como aparece dispuesto en el Art. 5 numeral 21 del COIP.

---

<sup>12</sup> Ernesto Albán Gómez, “La fiscalía en el proceso penal ecuatoriano”, en Antonio José Cancino Moreno, comp., *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 154.

<sup>13</sup> En aplicación del Art. 11, numerales: 3 y 5 de la CRE.

<sup>14</sup> Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, 50.

<sup>15</sup> Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal II parte general: sujetos procesales*, 294.

Una de las principales características del sistema acusatorio radica en que la investigación, imputación y acusación reside en uno de los sujetos procesales –fiscal-, despojando de esa carga de investigación, instrucción y acusación al Juez Penal que ahora debe cumplir una función de garantía de derechos y la razón de ello la encontramos en la separación de funciones dentro del proceso penal porque “[...]Lo que exige el sistema acusatorio es que para que haya proceso y sentencia alguien lo pida, que la actividad jurisdiccional se promueva desde fuera de ella misma, quedando así separadas las funciones de acusar y de juzgar. Ambas son funciones públicas; mas lo que se busca, justamente, es que el Estado, en cuanto acusa, no juzgue; en cuanto juzga, no acuse [...]”<sup>16</sup>.

Del principio de oficialidad (obligación de perseguir y acusar), revisado en líneas anteriores, enseña Roxin que: “[...]se deriva el llamado principio de irrevocabilidad, según el cual la acción pública de la fiscalía ya no puede ser desistida cuando el tribunal que decide ha abierto el procedimiento principal [...] Por consiguiente, si el procedimiento penal pende ya ante un tribunal y éste ha dispuesto su apertura, ya no puede sustraerlo del tribunal (de lo contrario la obligación de acusar carecería de valor[...])”. Para Ferrajoli ante la discrecionalidad se impone la obligatoriedad y la irrevocabilidad<sup>17</sup>.

De la misma forma se impone el principio de oficialidad por el cual la persecución penal de la acción penal pública se realiza de oficio, excepto en los casos de acción penal privada, dado que “[...] el Estado no tiene únicamente la pretensión penal material, sino también el derecho y la obligación de perseguir penalmente. Él realiza su pretensión penal por sí mismo, es decir, sin consideración a la voluntad del ofendido;

---

<sup>16</sup> Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada, *Derecho Procesal Penal*, (Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1968), 49.

<sup>17</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, (Valladolid: Trotta, 1998), 569, “[...] obligatoriedad y la irrevocabilidad de la acción penal. Y luego señala: “[...] En el plano lógico, este principio, expresado en nuestras tesis T25 y T50 nullum crimen, nulla culpa, sine accusatione, es una consecuencia de la inderogabilidad del juicio postulada por nuestras tesis nullum crimen, nulla culpa sine iudicio y por el mismo principio acusatorio nullum iudicio sine accusatione. En el plano funcional, es consecuencia de las mismas razones que la publicidad de la acusación, hoy ya presente en todos los ordenamientos evolucionados: la garantía de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, el aseguramiento de la certeza en el derecho penal y, sobre todo, la tutela de las partes ofendidas más débiles [...]”

interviene de oficio en todos los hechos punibles [...] es el interés que los hechos punibles no queden sin persecución [...]”<sup>18</sup>.

Es en este contexto que se da la actividad de Fiscalía que en conjunción con los principios del sistema acusatorio es manifiesto que 1. Hay necesidad que exista una acusación y que la misma está a cargo de Fiscalía, 2. Que quien acusa no juzgue, esto es una clara separación de funciones entre el que acusa (Fiscal) y quien juzga (órgano jurisdiccional) de modo que haya independencia interna entre las funciones en el proceso penal, 3. Correlación entre acusación y sentencia, lo que confirma lo indicado en el numeral 2 y 4. Non reformatio in peius.

Corresponde a Fiscalía actuar con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso<sup>19</sup>, para cumplir el objeto dado por la CRE que consiste en dirigir de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal conforme lo dispuesto en el Art. 195 de la CRE en concordancia con el Art. 444 del COIP pone de manifiesto

Lo arriba indicado se configura en la audiencia de formulación de cargos, donde el Fiscal en ejercicio de la facultad que le confiere la CRE y la ley imputa el hecho a una persona y se da inicio a la instrucción fiscal, y la llamada etapa intermedia con la audiencia preparatoria de juicio en el que se sanean temas que pueden poner entredicho la validez del proceso (vicios formales, cuestiones sobre requisitos de procedibilidad, prejudicialidad, competencia, procedimiento que afecten la validez del mismo), anuncios de prueba, solicitudes de exclusión de prueba y acuerdos probatorios.

En lo anterior subyace la función requirente de Fiscalía y al respecto Vélez Mariconde<sup>22</sup> señala que: “[...]la ley procesal confiere al Ministerio Público la función de promover y perseguir la acción penal, es decir, de excitar el órgano jurisdiccional y

---

<sup>18</sup> Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, 82-4

<sup>19</sup> Art. 194 CRE

<sup>22</sup> Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal Tomo I*, (Córdoba: Lerner, 1986), 250.

requerirle una decisión justa sobre el fundamento de la pretensión represiva que emerge del delito[...]” y más adelante con sabiduría expresa: “[...]Esta función de demandar la actuación de la ley penal, naturalmente, se inspira en la finalidad de administrar justicia y se desenvuelve “en la esfera de la verdad y el derecho”, de suerte que el Ministerio Público no es un ciego acusador o perseguidor de culpables e inocentes, sino un órgano estatal que procura el esclarecimiento de la verdad en que reposa la justicia[...].”

Es importante ahora explicitar la necesidad de acusación motivada y para ello vale indicar que: “[...] Como [la] defensa es un imperativo, el imputado debe conocer cuáles son los hechos que se le imputan, y en consecuencia viene a ser un requisito esencial, la correcta imputación y articulación de la acusación [...]”<sup>23</sup>. Ahora bien, la acusación que presenta el fiscal es además fundamentada en elementos de convicción, producto de la investigación, que posteriormente en juicio se transformarán en prueba la que tras superar el control de contradicción formará en el juez y en el tribunal un criterio sobre el caso de fiscalía que será objeto de pronunciamiento en sentencia.

El Art. 76.7.1) de la CRE señala la obligatoriedad inexcusable de que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas y que No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Ferrajoli entiende el proceso penal como una garantía de verdad y libertad frente al avatar histórico de que los juicios son una historia de errores [...] sufrimientos y vejaciones [...]”<sup>24</sup>. Y luego indica: “[...] la acusación debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin, por contraste con la indeterminación del antiguo proceso inquisitivo [...]”. Por lo tanto, la exigencia de motivación –que entraña una valor fundamental- busca impedir tal indeterminación, procurando que la resolución de acusación que emite el fiscal sea unívoca, precisa e idónea sobre los hechos que serán objeto del juicio y de la sentencia, la falta de estas

---

<sup>23</sup> Javier Ignacio Baños y Fernando Buján, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, (Buenos Aires: Lajouane, 2009), 37.

<sup>24</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 603.

tres características en la acusación fiscal tienen perniciosos efectos como: la lesión a la garantía cognitiva y no potestativa por la que la verdad se consolida en el proceso penal apegado a derecho confirmando probatoriamente la hipótesis acusatoria; se abren insospechadas chances a la arbitrariedad, la nulidad procesal y el peor de todos los supuestos: la impunidad cuando de tal falta se benefician los verdaderos responsables de la infracción penal en perjuicio de las víctimas de la infracción.

La motivación de la acusación fiscal<sup>25</sup>, permite la verificabilidad y la refutabilidad que es lo que se busca en el juicio a través de la defensa, cuestión que debe ser apreciada por un tercero imparcial que juzga las pruebas, las razones y argumentos (jurídicos y fácticos) expuestos en las teorías de caso de los sujetos procesales, controlando la acusación para en sentencia, confirmar el estado de inocencia o condenar.

La actividad del fiscal exige que sean objetivos, honestos y éticos; sin embargo de ello, sus resoluciones, además, deben ser prolijas en el análisis del derecho y de los elementos de convicción recopilados ha de evidenciarse en las resoluciones que finalmente se sustentan de forma oral en audiencia pública, oral y contradictoria ante los jueces y tribunales de garantías penales que ejercen control sobre la actividad acusatoria para asegurar los derechos de procesados y ofendidos.

El fiscal que presenta su imputación y su acusación se debe mantener en la misma; pero si el juez de garantías, al momento de dictar el auto de llamamiento a juicio, cambia por ejemplo la calificación jurídica, ¿cuál debe ser, en adelante, la posición de fiscalía? Pues, la respuesta es que el fiscal debe mantenerse en su acusación con los elementos facticos y jurídicos que propusiera, amén que su actividad es motivada e implica un análisis prolijo de los fundamentos de derecho y de los elementos recopilados en la investigación y por la división de funciones, entre acusación y juzgamiento, de modo que lo uno no condiciona lo otro si se considera que incluso para el tribunal de garantías penales el pronunciamiento del juez no influye en la sentencia que dicta el Tribunal. Tal modificación no es idónea para cambiar la imputación y acusación originales debidamente intimadas y si el fiscal procedería en lo sucesivo conforme el parecer del juez, estaría violando derechos.

---

<sup>25</sup> De la hipótesis acusatoria

## 1.6. Diferencias entre poder requirente y poder de jurisdicción

Sobre la diferencia entre el poder requirente del Fiscal y el jurisdiccional de los Jueces Penales, Vélez Mariconde –que no usa la expresión poder sino función, apunta que:

“[...] La distinción entre función requirente y la jurisdiccional (en sentido estricto) –hemos dicho- es puramente formal, aunque el M. público se limite a solicitar la actuación de la ley que el Juzgador realiza concretamente. Como órganos del estado ambos aspiran a la misma finalidad (administrar justicia conforme a derecho) y procuran el imperio de la verdad que da base a la justicia; pero la opinión del Juez ingresa al mundo jurídico con un atributo (poder decisorio) que le acuerda una autoridad (de cosa juzgada) extraña al requerimiento fiscal.- Esto significa que la función conferida al M. Público en materia penal “tiende a mantener y actuar el orden jurídico”, vale decir, a que se administre justicia [...]”<sup>26</sup>

A lo que yo agrego que sobre tal poder o función requirente el Juez de Garantías debe ejercer un control de garantías<sup>27</sup> de la acusación presentada por Fiscalía, lo que de ninguna forma debe asumirse como una función de dirección o vigilancia, ni que existe una relación jerárquica entre fiscales y jueces<sup>28</sup>.

El profesor italiano Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón*, refiriéndose a la separación de funciones requirente y jurisdiccional, indica que: “[...] *La garantía de separación [...] representa por una parte, una condición esencial de la imparcialidad [...] del juez respecto a las partes de la causa, que, [...] es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio [...]*”<sup>29</sup>

La distinción en examen debe ser concreta porque debe entenderse que el proceso penal no es un tema de Estado –por el que irremediablemente Fiscalía y Jueces (funcionarios de Estado) deban velar por intereses del Estado, aunque la persecución de delitos de acción pública sea un aspecto notable y sensible para el Estado- sino un

---

<sup>26</sup> Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal Tomo I*, 252.

<sup>27</sup> Que no se violen derechos.

<sup>28</sup> “Un sistema de juicio criminal en el que el juez debe hacer las condiciones de acusador, es vicioso por sí mismo” Tocqueville citado por Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, cfr., nota al final 108, cap. 9 El juicio, cuándo y cómo juzgar, 644.

<sup>29</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 567

aspecto esencial del estado de derechos y justicia que en el marco de un procedimiento acusatorio requiere, indefectiblemente, claridad total respecto la división de funciones requirente y jurisdiccional para asegurar su legitimidad.

No existe paridad jerárquica o funcional entre jueces y sujetos procesales o partes<sup>30</sup> (Fiscal y defensor del procesado o acusado); mas, entre los sujetos procesales, caracterizados por la parcialidad a su causa<sup>31</sup>, la relación debe darse en un plano de igualdad de condiciones para la producción de elementos de convicción o probatorios de cargo y descargo, con el derecho de ser oídos y de someter a contradicción las pruebas y argumentos expuestos como esencia del derecho de defensa. Estos actores, como lo indicaba, tienen papeles y relaciones precisas -roles- según el guion de la norma constitucional, de la procesal penal, y de la estrategia que busca el sistema se establezca.

### **1.7. El estado de inocencia y el derecho de defensa**

El interés público inmanente en el proceso penal es que las decisiones que se adopten sean materialmente correctas<sup>32</sup>, esto implica el hecho de ratificar el estado de inocencia y no solo la prevención y el castigo de los delitos<sup>33</sup> vía imposición de condenas a través de sentencia. Roxin señala que: “[...] la presunción de inocencia debe ser incluida como manifestación específica del principio del Estado de Derecho, en el mandato de un procedimiento llevado a cabo con lealtad [...]”<sup>34</sup>.

El principio de inocencia debe ser considerado y tratado como tal, esto es como un estado natural del hombre y la mujer, no como una mera presunción y, a pesar de esto último, Orlando Alfonso Rodríguez<sup>35</sup> expresa: “[...]la inocencia es un status, una condición, un derecho connatural con el hombre mismo [...] condición natural y derecho político fundamental de carácter inalienable e irrenunciable, que es la inocencia, está amparada por una presunción, que viene a ser un mecanismo por el cual

---

<sup>30</sup> Fenech define el concepto de parte en sentido procesal e indica que “[...] son partes la persona que pide y aquella frente a quien se pide al titular del órgano jurisdiccional la actuación de la pretensión penal y la de resarcimiento, en su caso [...]” Miguel Fenech, *El proceso penal*, (Madrid: Aagesa, 1982), 31.

<sup>31</sup> Fenech señala que las partes son parciales en cuanto quieren servirse del proceso para defender su propio interés. *Ibíd.*, 31.

<sup>32</sup> Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, 150.

<sup>33</sup> Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, 82.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, 78

<sup>35</sup> Orlando Alfonso Rodríguez, *La Presunción de Inocencia, Principios Universales*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001), 147

toda persona procesada legalmente debe ser tratada como inocente durante la investigación o juzgamiento, hasta el fallo condenatorio con tránsito a cosa juzgada[...]. El estado de inocencia de un procesado o acusado, durante el proceso, se mantiene incólume hasta que una sentencia ejecutoriada declare la responsabilidad de la persona por el delito que se le juzga.

Ahora bien, ese estado de inocencia dentro del proceso penal corresponde controvertirlo y desvalorarlo a quien tiene la carga de la prueba, en el caso de los delitos de acción penal pública, esto es a Fiscalía, que demostrando con pruebas en juicio, el hecho y la responsabilidad en el mismo del sujeto pasivo del proceso penal, forme en los juzgadores la certeza de ello y le haga merecedor de recibir una pena en sentencia ejecutoriada por la que se desvirtúe el estado de inocencia. Por ello, el sistema da la oportunidad de defensa, para resistir las imputaciones y acusaciones presentadas por Fiscalía, siendo el derecho de defensa un preciado medio para asegurar los derechos de los sospechosos, procesados o acusados por Fiscalía. El acusado hasta el momento de dictarse sentencia es una persona inocente<sup>36</sup>.

Por lo tanto, debe quedar en claro, que la inocencia no se investiga, ni se debe demostrar en el proceso, es un estado de la persona que debe ser desvanecido –en el juicio- por Fiscalía (no por los jueces), dado que las personas deben ser tratadas como inocentes y, hasta que no haya una sentencia condenatoria ejecutoriada que diga lo contrario imponiendo una pena, la persona es inocente y tal situación debe ser reconocida inmediatamente en el proceso.

El maestro ecuatoriano Dr. Jorge Zavala Baquerizo<sup>37</sup> explica sobre la situación jurídica de inocencia que la misma se inicia como un bien en la persona y que éste, una vez reconocida su existencia por el Estado da origen a los derechos que el hombre ejerce en su defensa y estos derechos están constitucionalmente garantizados por el Estado. Recalca también que da una falsa idea el tratar el tema como una presunción ya que se trata de un bien jurídico ínsito en la persona, que generan un derecho subjetivo y le permiten exigir la garantía del Estado. Luego, precisa que, la inocencia es general y la culpabilidad es completa. Se es generalmente inocente y concretamente culpable. El

---

<sup>36</sup> Manuel Jaén Vallejo, *Derechos Fundamentales del Proceso Penal*, (Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004), 195.

<sup>37</sup> Jorge Zabala Baquerizo, *El Debido Proceso Penal*, (Guayaquil: Edino, 2002), 51 – 65.

derecho a la inocencia es proyección de la situación de inocencia. No se lo presume inocente, es inocente.

Para Ferrajoli<sup>38</sup>, la presunción de inocencia no es sólo una garantía de verdad y libertad sino también una garantía de seguridad, o si se quiere de defensa social: de esa “seguridad” específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica “defensa” que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo. El miedo que la justicia inspira a los ciudadanos es el símbolo inconfundible de la pérdida de legitimidad política de la jurisdicción y a la vez de su involución irracional y autoritaria.

Por ello la trascendencia de este principio que no es una creación jurídica de índole procesal sino que tiene un alcance político fundamental en materia de normatividad y políticas de represión criminal que no pueden transgredir los derechos humanos de las personas que son inocentes hasta que en un juicio justo, imparcial e independiente se defina su situación jurídica.

Teresa Armenta Deu<sup>39</sup> estudia el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva de regla del juicio fáctico en la sentencia penal e indica que se establecen una serie de requisitos que deberán cumplirse para alcanzar legítimamente un juicio de culpabilidad del acusado en el proceso penal conforme doctrina constitucional española<sup>40</sup>.

La presunción de inocencia es un principio universal de derecho que se halla recogido en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>41</sup> (Art. 11.1), el Pacto

---

<sup>38</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón.*, p. 549

<sup>39</sup> Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, (Madrid: Marcial Pons, 2009), 55.

<sup>40</sup> y señala las siguientes reglas: a) Sólo la actividad probatoria de cargo, debidamente practicada, puede conducir al juzgador al convencimiento de la certeza de la culpabilidad [...] b) La prueba practicada debe constituir una “mínima actividad probatoria de cargo” [...] que sea objetivamente incriminatoria, que después, sometida a valoración judicial, conduzca a la íntima convicción de culpabilidad [...] y ello exige la necesidad de un amplio razonamiento judicial, comúnmente denominado motivación del juicio fáctico de la sentencia penal: supone que el juez no puede enumerar simplemente los hechos probados, sino que debe expresar las razones que fundamentan la valoración de la prueba realizada, exteriorizando la convicción del tribunal [...] c) La prueba debe haberse obtenido y practicado con todas las garantías: 1. Deben practicarse en el juicio oral, 2. Su práctica debe realizarse con inmediación, oralidad, concentración y publicidad; 3. Está sometida a contradicción y 4. No puede haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales. *Ibíd.*

<sup>41</sup> *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948).

Internacional de Derechos Civiles y Políticos <sup>42</sup> (Art. 14.2), la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José <sup>43</sup> (8.2); estos instrumentos internacionales son el producto de toda una evolución cuyo origen más próximo al actual entendimiento lo encontramos en la Constitución Francesa de 1789<sup>44</sup>.

“[...] No puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello corresponda al interés o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría por muy aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político –del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública- puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer verdadero lo falso, o viceversa [...]”<sup>45</sup>.

### 1.8. El derecho a la defensa y la teoría del caso

El derecho de las personas a la defensa forma parte de las garantías básicas del derecho al debido proceso, que surge como consecuencia inmediata del estado de inocencia. Según el Art. 76.7 de la CRE, son trece las garantías que integran el derecho de las personas a la defensa; sin embargo se pueden condensar en tres momentos: 1. El derecho a tener un defensor, 2. Ser debidamente informado de los hechos y de la acusación formulada en su contra y, 3. Ofrecer prueba; con ello se busca posibilitar a defensa eficaz del inculpado para resistir la imputación y lograr la imparcialidad del organismo judicial que decidirá el caso<sup>46</sup>. La defensa constituye la proposición de una antítesis a la tesis planteada por una acusación adecuada en relación a la hipótesis correspondiente al hecho<sup>47</sup>, No hay posibilidad de antítesis sin tesis. Ahora bien, no cualquier tesis acusatoria es eficiente para posibilitar la adecuada y eficaz respuesta defensiva señala Jauchen.

---

<sup>42</sup> *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1976).

<sup>43</sup> *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José* (1969).

<sup>44</sup> Al decir de Alberto Bovino, “[...] Es en esta y no en el Derecho anglosajón, en donde debe encontrarse el origen de la concepción moderna de la presunción de inocencia, prevista en la citada declaración [...]” en Alberto Bovino, *Justicia Penal y Derechos Humanos*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 87.

<sup>45</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 544.

<sup>46</sup> Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, 122.

<sup>47</sup> Eduardo M. Jauchen, *Derechos del Imputado*, (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007), 368-9.

Según Carlos Arturo Cano Jaramillo<sup>49</sup> la teoría del caso “[...] es la idea clave que se quiere comunicar y que orienta los objetivos y estrategias que se han de seguir en el desarrollo del proceso [...]”. Para Reina Alfaro<sup>50</sup> “[...] La teoría del caso es una verdad fáctica sino también una verdad jurídica que consiste en propuestas jurídicas articuladas en relación al caso. Esta verdad jurídica propuesta por las partes a través de su teoría del caso debe necesariamente ser esbozada en el alegato de apertura. El alegato preliminar debe identificar el derecho aplicable en el caso en concreto [...]”.

La teoría del caso de la defensa se impone como una propuesta o relato estratégico-verificable que persuade<sup>51</sup>, opuesta a [porque busca refutar] la tesis acusatoria que busca explicar al juez o a los jueces como ocurrieron los hechos y como se dio la participación del sospechoso en el hecho. Este relato debe armonizar lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio “[...] utilizando [en la narración] los elementos del razonamiento cotidiano [...]”<sup>52</sup>. Esta teoría del caso, sin perjuicio de estar presente durante toda la etapa de investigación, se hace expresa durante el alegato de apertura en el juicio, momento donde se vuelve imprescindible el ejercicio de la defensa material.

La regla, durante la investigación y juicio, es la inviolabilidad de la defensa<sup>53</sup> en todo el proceso penal –no solo en juicio-, con lo cual se hace explícito el reconocimiento de este derecho fundamental, más allá de ser un requisito legal es la contrapartida del derecho (o deber) a ejercitar la acción penal por parte de los acusadores. Por el derecho de defensa se hace efectivo el principio de contradicción que viene de la mano con el principio de igualdad de partes en el proceso penal; y, para que haya juicio, correlativamente debe haber una defensa como requisito de legitimidad del juicio, por ello decimos: *Nullum iudicium, nulla accusatio, sine defensione*, estos derivados de los principios jurídicos del moderno estado de derecho<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> Carlos Arturo Cano Jaramillo, *Oralidad, Debate y Argumentación*, (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2007), 160.

<sup>50</sup> Luís Miguel Reina Alfaro, *Litigación oral*, (Lima: Jurista editores, 2010), 198.

<sup>51</sup> Paul Bergman, *La Defensa en Juicio*, (Buenos Aires: Abaledo Perrot, 1989), 17.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, 20.

<sup>53</sup> Art. 75 CRE y Art. 11 CPP.

<sup>54</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 93.

Para Luís Martí Mingarro: “[...] el límite que no puede traspasarse es el de la indefensión<sup>55</sup>; este auténtico escudo protector –el derecho de defensa- no actúa frente a la acción de la justicia, sino frente a la tentación de esta de enjuiciar y condenar sin la adecuada y plena contradicción desarrollada en un ámbito de igualdad de armas [...] Y es que la clave de todos los controles establecidos para que el poder no sea absoluto ni inquisitorio es precisamente el derecho de defensa, concebido con la naturaleza de un derecho de garantía[s]-con contenidos prestacionales derivados de la tutela judicial- que constituyen el blindaje de los demás derechos de todo aquel que es llamado a un proceso[...]”<sup>56</sup>. Julio B.J. Maier señala que “[...] el derecho de defensa del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe [...]”<sup>57</sup>

La defensa técnica, esto es la defensa material, busca dar una respuesta al cuestionamiento del porqué del caso, conforme el rol dentro del proceso (fiscal o defensa), y tal respuesta o explicación se la presenta en la llamada teoría del caso que obedece a un ejercicio estratégico y planificado sobre cuestiones como calificación jurídica, hechos, y evidencias o pruebas busca un sentido lógico, coherente, sencilla, flexible y, explicativa de la evidencia resulte con la conclusión que se espera en la resolución del caso sobre la propuesta planteada.

En el Art. 304.1 del Código de Procedimiento Penal se señala que para dictar sentencia motivada condenatoria se requiere certeza sobre la comprobación de la existencia del delito y de la responsabilidad del procesado y que para confirmar la inocencia si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado o cuando existiere duda sobre tales hechos; mientras que el Código Orgánico Integral Penal<sup>59</sup> (en adelante COIP) en el Art. 5.3 señala que para que el juzgador dicte sentencia condenatoria debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal del

---

<sup>55</sup> Luis Martí Mingarro, *Crisis del derecho de defensa*, (Madrid: Marcial Pons, 2010), 21.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, 26.

<sup>57</sup> Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal I Fundamentos*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 547.

<sup>59</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 180 (10 de febrero del 2014). En adelante se cita este Código como COIP.

procesado más allá de toda duda razonable. Es en estos sentidos que se articulan las teorías del caso tanto de fiscalía como de defensa, esto es por la resolución que esperan, así fiscalía debe convencer al juzgador con la prueba que el delito existe y que el acusado es culpable y la defensa busca la no culpabilidad en la medida que el convencimiento de culpabilidad no supera la exigencia de la comprobación más allá de toda duda razonable.

La teoría del caso abre la oportunidad de superponer un relato sobre el de fiscalía ante el juzgador imparcial que, en atención a las normas del debido proceso que caracterizan no solo al estado derecho sino más al de derechos y justicia como es el ecuatoriano, requiere un nivel de relato exacto de lo fáctico y lo jurídico en la imputación y acusación para reducir al mínimo las posibilidades de sorpresas, aumentando las posibilidades de presentar una defensa lógica, coherente, sencilla, flexible y, suficientemente explicativa de la evidencia conforme la teoría del caso presentada que a su vez se basa en una teoría jurídica que para el caso de la materia penal se halla constituida por la teoría del delito que es su piedra angular<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Javier Jiménez Martínez, *El aspecto jurídico de la teoría del caso*, (México D.F.: Ángel Editor, 2012), 81. El autor señala que: El planteamiento de la teoría del caso por parte del Ministerio Público o de la defensa no puede separar la noción estructural del delito que se establece en el Código Penal o procesal correspondiente, hay que analizar cada uno de sus presupuestos que exija la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (estructura sustantiva); o bien, el hecho que la ley señala como delito y la intervención del agente.

## Capítulo Dos

### Principio de congruencia

La congruencia, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua<sup>61</sup> es la “[...] Conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio [...]” en el proceso penal se traduce como la conformidad entre la acusación de fiscalía y la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales. Como se verá más adelante, acusación y sentencia deben resolver el objeto del juicio conformados por los hechos penalmente relevantes, las conductas que los ocasionaron, la adecuación típica de esas conductas a los tipos penales establecidos en el Código Penal. El debate al respecto, entre doctrinarios que descuellan por el principio de *iura novit curia* (mayoría), luego, otros sector se limitan a puntualizar casos en los que se dan matizaciones a la posición tradicional; finalmente, tomaré posición al respecto, desde la perspectiva crítica de los derechos y sobre todo del derecho de defensa que, en un ordenamiento jurídico constitucionalizado de derechos y justicia, marca la diferencia de los tradicionales planteamientos en base al patrón de un estado de derecho.

#### 2.1. Posición Clásica o Dominante

Este sector de la doctrina, señala que el principio de congruencia se relaciona con la fijación de los hechos en la acusación fiscal que deben coincidir con los que constan en la sentencia pero, el Juez o Tribunal sentenciador no quedan sujetos a la calificación jurídica dada en la acusación fiscal a los hechos que se han sentenciado, ya que en esta última parte el Juez que dicta la sentencia tienen libertad de escoger la norma aplicable al caso y prescindir de la utilizada por fiscalía en su acusación, amparándose para ello en el principio del *iura novit curia*.

Al respecto Claria Olmedo<sup>62</sup> dice que: “[...] La acusación exhibe el pleno contenido de la acción penal incriminadoramente formulado [...] con ella queda concretada definitivamente la pretensión penal, captando todos los elementos de la

<sup>61</sup> Diccionario Real Academia de la Lengua, <<http://www.rae.es/drae/>>. Consulta: 10 de octubre del 2016.

<sup>62</sup> Jorge A. Claria Olmedo, *Derecho Procesal Penal Tomo II*, actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004), 274.

imputación [...] El sentido incriminador, es decir imputativo, debe surgir necesariamente de su fundamentación: hecho penalmente relevante atribuido al imputado [...]. Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, esto es: hacerle responsable de él tuvo participación.

Vélez Mariconde<sup>63</sup> señala que “[...] Por el principio que exige la inviolabilidad de la sentencia: Entre la acusación intimada (originaria o ampliada), y la sentencia debe mediar una correlación esencial sobre el hecho, la que impide acusar al acusado por uno diverso del que fuera objeto de la imputación formulada [...] La sentencia debe referirse al mismo hecho imputado, al mismo acontecimiento histórico que el actor presupone, a la concreta conducta humana puesta en tela de juicio [...]” esto en cuanto a los hechos.

La imputación debe versar sobre la atribución de un hecho con significación delictiva de probable sanción penal, por ello para Washington Abalos<sup>64</sup> “[E]s esencial que el imputado conozca los hechos que se le atribuyen para que pueda estar en condiciones de defenderse, y porque esos hechos deben ser recogidos por la sentencia sin cambios que puedan menoscabar la situación del reo en el proceso [...]”.

Sobre la calificación jurídica que también forma parte del objeto del proceso, Vélez nos indica: “[...] Una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de una conducta humana, de un acontecimiento histórico determinado que se presupone que tuvo realidad, y otra distinta es evaluarlo, calificarlo, ponerlo en relación lógica con la ley penal, verificar si la situación fáctica admitida encuadra en una hipótesis abstracta de esa ley, para darle un nomen iuris, o lo que es igual, para reconocer los elementos constitutivos de un tipo o figura penal [...]”.<sup>65</sup>

## 2.2. Posición Crítica

Para Julio Maier “[...] La regla [principio de correlación entre la acusación y la sentencia] fija el alcance del fallo penal, su ámbito máximo de decisión, que se

---

<sup>63</sup> Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho Procesal Penal Tomo II*, (Córdoba: Lerner, 1986), 235-42.

<sup>64</sup> Raúl Washington Abalos, *Derecho Procesal Penal Tomo III*, (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993), 292.

<sup>65</sup> *Ibíd.*, 222.

corresponde con el hecho descrito en la acusación [...] con todas sus circunstancias y elementos, tanto materiales como normativos, físicos y psíquicos [...]”<sup>66</sup>

Es imperativo que haya una correlación entre acusación fiscal (probabilidad) y sentencia (certeza) para asegurar que hubo el efectivo ejercicio del derecho de defensa en el proceso penal. Se busca evitar las sorpresas a la defensa mediante el apareamiento de nuevos o distintos hechos que no fueron materia de la imputación y de la acusación tratada en juicio, dado que ello generaría incertidumbre al no saber sobre que defenderse.

Los cambios indicados pueden tolerarse y considerarse admisibles en la fase de instrucción fiscal, si se dan respetando las garantías del derecho de defensa, cambios como nuevos hechos o atribución de participación a otras personas diferentes a las intimadas en la instrucción o acusación, son inadmisibles e intolerables si aparecen directamente en la sentencia, dado que nadie puede ser condenado o absuelto sin un juicio previo en el que se observen todas las garantías a favor de los procesados o acusados; es decir, para que una persona sea condenada o ratificada su inocencia en sentencia debe haber sido previamente imputada y acusada con el hecho objeto del proceso.

El procesalista colombiano Hernando Devis Echandía<sup>67</sup>, manifestaba que la razón jurídico procesal para la existencia de este principio consiste en la necesaria lealtad que debe existir en las actuaciones judiciales para no sorprender a los ajusticiados con decisiones ajenas a los puntos objeto del debate judicial, evitando [...] menguar peligrosa e inconstitucionalmente el ejercicio real y práctico del derecho de defensa contra las [...] imputaciones [...] que se formulen contra los imputados y también respecto a las defensas que se aleguen respecto las imputaciones [...].

Un claro ejemplo de ello sería que se atribuya un hecho supuestamente cometido en una fecha y luego se cambie la fecha, esto fue materia de controversia en el Tribunal

---

<sup>66</sup> Maier, *Derecho Procesal Penal, Tomo I*, 568.

<sup>67</sup> Hernando Devis Echandía, *Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana e Ibáñez, 1981, (impresión de 2012), 28 ss.

Europeo de Derechos Humanos en el caso *Mattoccia Vs., Italia*<sup>68</sup>, donde a Mattoccia (chofer de un bus escolar en Roma) se le imputaba el cargo de violación a una niña con retraso mental identificada como R., hecho supuestamente cometido en noviembre de 1985, luego se dijo que fue el día 11 de noviembre de 1985, y el mismo, que por un testimonio de C.T. fue pasado al día 25 de noviembre de 1985, este cambio se produjo en condiciones que no pudo ejercer adecuadamente su defensa<sup>69</sup> por lo que el Tribunal estimo se había producido una violación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH)<sup>70</sup>. La ratio del fallo se centró en que Mattoccia debió haber contado con mayores oportunidades y facilidades para defenderse de una manera práctica y eficaz, por ejemplo llamando a testigos para establecer una coartada; por otra parte recalcó que, el derecho del demandante a ser informado detalladamente de la naturaleza y causa de la acusación formulada contra él y su derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa se había infringido.

De allí la trascendencia que en el procedimiento se observe la congruencia en la atribución del hecho fáctico al procesado (no a personas a determinar en juicio), recordemos que la instrucción fiscal responde a un ejercicio probabilístico sobre la atribución del hecho al acto cometido por la persona considerada sospechosa inicialmente y procesada después, mientras que para condenar la sentencia debe basarse en certeza de que los hechos y las personas acusadas a lo largo del proceso, y no solo del juicio penal, han podido ejercer su derecho a la defensa, siendo debida y suficientemente informados de los hechos acusados desde la etapa de instrucción fiscal;

---

<sup>68</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Mattoccia Vs. Italia* <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58764#{"itemid":\["001-58764"\]} > 25-07-2000, visita: 17/09/2013, especial atención a los párrafos 36, 39, 41, 42, 43, 61, 69, 70, 71, 72](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58764#{)

<sup>69</sup> Además del cambio de día del cometimiento de la violación, el hecho como tal en las circunstancias de su producción no se comprobó debido a que las indicaciones de la forma en cómo se cometió la infracción no fueron corroboradas por testigos. En el párrafo 61 el Tribunal consta que: “[...] 61. As concerns the changes in the accusation, including the changes in its “cause”, the accused must be duly and fully informed thereof and must be provided with adequate time and facilities to react to them and organise his defence on the basis of any new information or allegation [...]”

<sup>70</sup> *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (1950) del párrafo 3, incisos (a) y (b) del Artículo 6 de la Convención, en conjunción con el párrafo 1 de dicho artículo, esto es contraviniendo las disposiciones del derecho a un juicio justo, derecho a la defensa, información sobre la causa y naturaleza de la acusación, información detallada de la acusación, contar con el tiempo adecuado y facilidades para la defensa, juzgamiento en tiempo razonable y otras.

por eso en el juicio penal de tipo acusatorio son inadmisibles las sorpresas de este tipo, ya que se impone el principio de lealtad procesal.

Al respecto Eduardo Jauchen<sup>71</sup> indica que la incongruencia es de dos tipos: 1. Subjetiva cuando en sentencia se condena a una persona que no fue oportuna y debidamente intimada y acusada de los hechos objeto de la controversia; y 2. del material fáctico cuando en sentencia se condena por una cuestión de hecho no atribuida ni acusada oportunamente o bien omite resolver sobre el hecho atribuido. Ciertamente que este autor no admite la incongruencia por el criterio calificación jurídica, que debería ser el tercer tipo de incongruencia.

Se revela que los hechos del caso concreto van a limitar el derecho o la norma jurídica aplicable por parte de los jueces y por ello, se afirma que la incongruencia se refiere a la discordancia del hecho sobre el cual el juez ha de emitir una calificación jurídica y, aún en aplicación del aforismo *iura novit curia* el juez no puede emitir calificaciones jurídicas que no guarden concordancia con los hechos establecidos en la acusación de Fiscalía y que han sido debidamente probados.

Desde el acto de la imputación que es necesaria a juicio de Maier<sup>72</sup>, se destaca que para que alguien pueda defenderse, es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico [...] El núcleo de esa imputación es una hipótesis fáctica –acción u omisión según se sostenga que lesiona una prohibición o un mandato del orden jurídico- atribuido al imputado, la cual a juicio de quien la formula , conduce a consecuencias jurídico-penales, pues contiene todos los elementos , conforme a la ley penal de un hecho punible[...]Pero para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercitar la defensa, ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado[...]Ello significa describir un acontecimiento -que se supone real- con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos y le proporcionen su materialidad concreta”.

---

<sup>71</sup> Eduardo M. Jauchen, *El Juicio Penal en el Proceso Oral*, (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008), 59

<sup>72</sup> Maier, *Derecho Procesal Penal Tomo I*, 553.

Para Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynnet<sup>73</sup> realzan que “la imputación fáctica constituye la delimitación del hecho sobre el que la sentencia se pronunciará”

La norma penal se encuentra constituida por un supuesto de hecho –conducta típica- al que se agrega una consecuencia jurídica –pena-. Esta norma debe ser aplicada a un caso concreto si los hechos están establecidos con prueba que ha sido debidamente valorada por la que se justifica la aplicación de la norma que contiene un supuesto de hecho que corresponde a los eventos demostrados del caso concreto. Si no se aplica la norma de esta forma se podrían configurar violaciones a la ley sea por contravención expresa de su texto, por no utilizar una norma jurídica para resolver el caso en concreto sin considerar que los hechos probados y valorados guardan identidad con el supuesto fáctico de empleo de la norma; o por hacer una indebida aplicación de ella cuando se usa una norma cuyo supuesto fáctico no resuelve los hechos del caso concreto; o por una errónea interpretación que se expresa cuando utilizándose el precepto correspondiente para solucionar determinado caso interpretando de forma inadecuada su sentido y alcance.

Por lo tanto, el límite a la máxima *iura novit curia* se encuentra constituido por el principio de congruencia procesal, por el cual debe haber una relación entre los hechos que permiten la aplicación de una norma jurídica, tipo penal, al caso concreto, esto se entiende es la subsunción; además que en la aplicación de la máxima no se puede incurrir en un desborde excesivo en relación a la tipificación [de la conducta por la que presentó acusación] propuesta por el fiscal<sup>74</sup> y por ello Jauchen esboza un criterio orientador que citamos textualmente por su importancia:

“siempre que la calificación legal aplicada por el órgano jurisdiccional difiera de la que postuló el fiscal en el acto acusatorio, violará el derecho de defensa cuando el tipo penal escogido, aun cuando a él se adecúe el mismo hecho contenido en la acusación, contenga elementos descriptivos o normativos que le otorguen al suceso un alcance diferente agravando la situación del acusado, de manera tal que de haber conocido tales elementos tempestivamente habría podido refutar su aplicabilidad al caso”

---

<sup>73</sup> Bernal Cuéllar Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo, *El Proceso Penal, Tomo II: Estructura y Garantía Procesales*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 125.

<sup>74</sup> Jauchen, *El Juicio Penal en el Proceso Oral*, 62.

El criterio indicado corresponde a una correcta aplicación del principio de prohibición de interpretación en malam parte contra el procesado; por lo que no se deben permitir las sorpresas<sup>76</sup> para quien se defiende y no puede resistir adecuada y estratégicamente los nuevos hechos o nuevas calificaciones jurídicas que no hayan sido propuestas y probadas en la audiencia de juicio.

Para tratadistas como Maier el defecto de la acusación sobre “una relación clara, precisa y circunstanciada y específica del hecho [...] –que no fue propuesta conforme a esta regla- conduce a la ineficacia del acto, pues lesiona el derecho al imputado a una defensa eficiente, garantizado constitucionalmente; precisamente por ello, la ineficacia es absoluta, en el sentido de que una acusación defectuosa, [...] no puede ser el presupuesto válido del juicio y la sentencia, a su vez, defectuosos, cuando siguen una acusación ineficaz [...] una acusación correcta es el presupuesto de un debate válido y éste, a su vez, de una sentencia válida”<sup>77</sup>.

Julio B.J. Maier<sup>78</sup> también señala que en sus sentencias la Corte Suprema nacional de Argentina muestra como condiciones para casar el fallo no solo la indicación puntual del elemento sorpresivo [...] sino también las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y en especial los medios omitidos por esa circunstancia. Según el autor, lo que interesa es el acontecimiento histórico imputado, sea acción u omisión. Este autor agrega que la regla no tolera una interpretación irrazonable contra el imputado.

También incurre en este vicio el cambio “brusco” del punto de vista jurídico bajo el cual se examina un hecho como de un delito contra el patrimonio a un delito contra la administración pública y esto tiene que ver con el bien jurídico protegido que está detrás de la norma escogida como calificación jurídica del hecho, siendo inadmisibles que habiéndose imputado a una persona un delito contra el patrimonio, se le condene por

---

<sup>76</sup> “[...] La base de interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado [...]”. Maier, *Derecho Procesal Penal Tomo I. Fundamentos*, 568

<sup>77</sup> *Ibíd.*, 558.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, 569.

uno contra la administración pública, atenta las circunstancias y complejidades de cada delito.

Incluye en el objeto del proceso no solo el acontecimiento histórico sino también pretensión jurídica como tal, es decir, al punto de vista jurídico general bajo el cual procede una consecuencia jurídica. En un estudio de casuística y las soluciones aplicables a las hipótesis planteadas, Maier llega a una en particular y es la del cambio de infracción dolosa a la culposa, negando tal posibilidad porque significan la descripción de hechos distintos, por más que el resultado sea idéntico así; el dolo supone voluntad de realización del resultado y la acción consumativa de él, circunstancia subjetiva que debe ser objeto de la acusación para ser reconstruida; la culpa no reside en esa voluntad sino en la infracción de un deber de cuidado. Igual criterio entre acción y omisión. La correlación también opera para el caso se eliminan o aminoran la imputación que benefician al imputado. Para el autor la solución puede estar en la descripción circunstanciada del hecho y en las acusaciones alternativas o subsidiarias<sup>79</sup>.

Esta posición busca además que, en los casos de cambio, se haga una verificación de los bienes jurídicos, que no se viole el derecho a la defensa con la debida información y proporción de medios para la defensa, analizar si la actividad defensiva realizada hasta el momento del cambio puede ser útil a fin de precautelar este derecho a favor del procesado o acusado.

### **2.3. Toma de posición**

La búsqueda de la verdad y la realización del valor justicia dentro del proceso penal no se puede dar a costa del procedimiento establecido en la ley, de la inviolabilidad del derecho a la defensa que es inherente a la dignidad humana y los derechos humanos de las personas que son sometidas al proceso; por ello decíamos que uno de los elementos esenciales para poder ejercer el derecho a la defensa por parte del procesado era el ser debidamente informado de la acusación y que en tal circunstancia se debe producir una *intimación* que no es sino el hecho de que la imputación sea puesta en conocimiento de la persona contra la cual se dirige.

---

<sup>79</sup> *Ibíd.*, 576

Formalmente, a partir del momento en que el sospechoso se entera que hay en marcha una investigación en su contra, y mucho más a partir de la formulación de cargos, acto de atribución, es a partir de este que se puede ejercer materialmente el derecho de defensa tomando la posición que más convenga respecto el hecho atribuido a través de la teoría del caso que se diseñara para toda la defensa, por ello es importante que la intimación, imputación o atribución se realice adecuadamente no solo lo fáctico sino lo jurídico también. Aquí entra en juego el principio de que nadie se puede defender de lo que desconoce y es por ello que para la validez y efectividad del proceso penal es importante realizar este acto de intimación, de forma *concreta, expresa, clara y precisa, circunstanciada, integral y oportuna*.

Definitivamente, la calificación jurídica que realiza el fiscal al momento de presentar sus cargos contra una persona y luego establecer motivadamente una acusación, nos enfrenta al hecho que en el proceso penal acusatorio es precisamente tal intimación fiscal la que advierte al procesado sobre sus opciones de defensa y el planteamiento de las teorías del caso procedentes, de modo que la calificación jurídica realizada por Fiscalía es importante en un sistema procesal que plantea como máxima esencial que: “*sin acusación no hay juicio*” y, no podemos suponer que la acusación fiscal plantee únicamente hechos, sino que sean penalmente relevantes y estén necesariamente vinculados a una conducta típica en base a la cual se ha de subsumir la conducta del ocasionante del hecho. Por ello el COIP en el numeral 2 del Art. 595 dentro de la formulación de cargos establece como requisito a más de la relación circunstanciada de los hechos relevantes, el señalar las infracciones penales que se imputan.

La correlación o congruencia es directamente proporcional al derecho de defensa que es un imperativo del juicio justo y por tal motivo “[...] el imputado debe conocer cuáles son los hechos que se le imputan, y en consecuencia viene a ser un requisito esencial, la correcta imputación y articulación de la acusación [...]”<sup>80</sup>. El punto crítico es el objeto del proceso penal y de la sentencia que se encuentra constituido - delimitado- por los hechos fácticos *fijados* en la acusación fiscal, hechos puestos en consideración del sujeto pasivo de la relación procesal penal que es el procesado o

---

<sup>80</sup> Javier Ignacio Baños y Fernando Buján, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 37.

acusado para que a través de la defensa resista la imputación del hecho supuestamente delictivo en que Fiscalía le atribuye participación y responsabilidad.

La intimación y la acusación<sup>81</sup> ponen de manifiesto al procesado una hipótesis acusatoria sobre un hecho y en relación a este el acto de una persona, su conducta que es sometida a un juzgamiento imparcial, que se basa en la prueba que busca exponer empíricamente, conforme a derecho se dice, la existencia de una infracción previamente tipificada en la ley sustantiva penal, la responsabilidad del procesado en el hecho y el nexo causal entre estos dos elementos para imponer una condena, si la prueba alcanza a superar a la defensa, más allá de toda duda razonable, caso contrario se impone la ratificación del estado de inocencia.

Solo hay defensa posible frente al ataque que el acusado conoce y puede controvertir, y únicamente sobre ese ataque y defensa puede el juez pronunciarse afectando los derechos del imputado, esto lo dice Abel Fleming<sup>82</sup>, quien en conformidad con lo expresado por Claria Olmedo<sup>83</sup> señala que debe haber un *juego equilibrado* entre intimación, acusación y sentencia en cuanto a los cargos que forman parte del objeto y yo agrego así como de las personas acusadas y las defensas que se plantean.

Fleming señala que la ampliación de la acusación no es una facultad sino un deber del fiscal –no del Juez o Tribunal de Garantías Penales agrego yo<sup>84</sup>- porque tiene a su haber el ejercicio de la acción, que se verifica en los casos señalados en la ley; por otra parte reseña que tal ampliación provoca un incidente procesal dado que se debe informar que la acusación se ha ampliado, luego se debe informar en que consiste la

---

<sup>81</sup> Jesús Manuel Villegas Fernández indica que: la jurisprudencia ha descrito la “curva ascendente de la acusación”: en el momento de la denuncia existe solo una ‘posibilidad de delito’; al acabar la instrucción, contamos con una ‘probabilidad’; finalmente al recaer la condena, se conquista la ‘certeza’. Jesús Manuel Villegas Fernández, *Fiscal investigador contra juez instructor. La lógica de la investigación criminal*, (Madrid: Marcial Pons, 2012), 189.

<sup>82</sup> Abel Fleming y Pablo López Viñals, *Garantías del Imputado*, (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007), 513.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, 24.

<sup>84</sup> El Juez o el Tribunal de garantías penales debe mantenerse en todo el tiempo como el tercero imparcial que, en observancia de las reglas del debido proceso, resuelve la controversia; el fiscal, aun cuando sea un servidor judicial, debe presentar su acusación motivada en base a los hechos debida y oportunamente intimados y a la investigación realizada en el mismo. La acusación fiscal no es un hecho fortuito, ni menos “caído del cielo”, se exige que sea motivado en consideración a los elementos producidos durante la investigación o las pruebas desarrolladas en juicio, por lo que su tipicidad planteada al Juez o Tribunal debe seguirse y luego resolverse en relación a la misma si tal subsunción es acertada o no para condenar o ratificar inocencia.

ampliación, se da la opción de que el acusado rinda una nueva declaración sobre la ampliación e incluso se faculta al defensor a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar la defensa y con ello una revisión a la estrategia en la que solo se puede *controvertir la hipótesis de hecho con evidencia que la desvirtúe* de la acusación.

Se destaca que tal cambio o ampliación solo puede darse bajo el supuesto de que el Fiscal tenga nueva prueba, de modo que con esto se cierra un ámbito de sorpresas impredecible, dado que la ampliación solo se puede dar en juicio con prueba que debe ser sometida a contradicción e incluso aperturar la opción de presentar nueva prueba contra esta, de modo que está vedado para el tribunal sentenciador “hacer aparecer” en sentencia hechos, personas, y calificaciones jurídicas que no han sido intimadas y presentadas en la acusación fiscal y controvertidas en juicio.

La tendencia es evitar los cambios abruptos y arbitrarios de calificación jurídica sin que sobre ellos hayan tenido la oportunidad el procesado de pronunciarse en la fase procesal instructora o de juicio para ejercer el derecho de defensa, siendo fundamental establecer que no se puede sacrificar las garantías por la eficiencia, ya que si se cree que el tema de justicia es un asunto de Estado y no de estado de derechos y justicia, lo único que se legitima es el abuso y la arbitrariedad.

A propósito lo que dice Ramiro Ávila Santamaría<sup>85</sup> “Las garantías ayudan a que la verdad se construya de forma justa y adecuada”. Si no se observan las garantías los procesos no se llevarían adecuadamente y no habría forma de indagar la realidad de los hechos y frenar la arbitrariedad. Las garantías procesales y los derechos del procesado no son garantías de impunidad, todo lo contrario, son herramientas que buscan establecer la justicia y la verdad pero respetando una de las reglas del debido proceso como es el derecho de defensa.

No se puede esperar que fiscalía o el procesado produzcan prueba nueva, sobre los hechos y calificaciones jurídicas que no fueron advertidos en la imputación o en juicio, en la instancia recursiva correspondiente. El tema de la prueba, constituido por el objeto del proceso (acusación por Fiscalía de hechos y calificaciones jurídico-penales del hecho) solo se la actúa en juicio –que es contradictorio y adversarial- y luego de ello

---

<sup>85</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos, una mirada desde el garantismo penal*, (Quito: Ediciones Legales, 2013), 46.

el momento procesal precluye, quedando vedadas las opciones de presentación de nueva prueba que refute lo establecido sorpresivamente; por ello tal inclusión generaría nulidades procesales que acarrearán al proceso un costo altísimo. En cuanto a la etapa de impugnación, se deja en claro que todo depende de los agravios invocados por los sujetos procesales, que son los que marcan el objeto del recurso a resolver, de suerte que para operar un cambio de calificación jurídica por el juez *ad quem* aquello debe ser requerido por el recurrente, de modo tal que lo que se hace en la etapa recursiva es atender el objeto del recurso que no necesariamente coincide con el objeto del proceso (hechos fácticos y calificación jurídica), a no ser que esta sea la materia del agravio expresamente reclamado.

Las concepciones dominantes o tradicionales y aún las críticas son cuestionables, en cuanto obedecen a patrones, donde el centro de protección es la norma y no los derechos. Nuestro ordenamiento jurídico exige que el análisis se lo presente desde la óptica de líneas transversales de la Constitución, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, los derechos y la justicia que se persigue como valor. Se debe entender que el principio de congruencia actúa como freno y garantía ante el desborde del poder punitivo representado en el Fiscal y el Tribunal de Garantías Penales que deben resguardar los derechos de los sujetos procesales: ofendido y procesado. Si el proceso penal es una barrera contra la arbitrariedad, se debe prohibir toda forma de vaguedad, ambigüedad e indeterminación en la formulación de cargos, en la acusación y en la sentencia tanto en la fijación de los hechos fácticos y la tipicidad.

#### **2.4. Disposiciones del Código de Procedimiento Penal (CPP) y del Código Orgánico Integral Penal (COIP).**

El análisis tanto del CPP como del COIP se centra en la cadena: imputación, intimación, acusación, defensa y sentencia; en esta serie de actos se produce ya la fijación de hechos transcurriendo entre posibilidad, probabilidad y certeza en la fijación del hecho y de la calificación jurídica que son parte del proceso. En esta cadena se produce una serie de verificaciones en las que intervienen: el Fiscal con la obligación de investigar y ejercer la acción penal, el procesado o acusado quien a través de su defensor resiste la imputación y acusación de fiscalía y el juez que imparcialmente

controla la contienda de los sujetos procesales para finalmente en sentencia ratificar la inocencia o condenar al culpable, previo el desarrollo de un juicio donde se han de observar todas las garantías del debido proceso.

La imputación<sup>86</sup> se da con la condición de que el Fiscal cuente con elementos de convicción que le permitan imputar la autoría o participación en el delito a una determinada persona tras la realización de las investigaciones del caso para el esclarecimiento del hecho delictivo y para la fundamentación de una posible acusación<sup>87</sup>; por lo tanto, una vez que cuente con la información y los fundamentos o elementos suficientes podrá deducir una imputación en audiencia de formulación de cargos<sup>88</sup> respecto la cual el COIP expresa<sup>88</sup> el elemento de relación de la o las infracciones penales imputadas.

El COIP establece la figura de la reformulación de cargos<sup>89</sup> que procede en los casos de que si de los resultados de la investigación en instrucción fiscal varía justificadamente la calificación jurídica hecha en la formulación, en audiencia se puede presentar por una única ocasión la reformulación. Esta figura no existe en el CPP vigente y confirma la propuesta de este trabajo en el sentido de que fiscalía al realizar el acto de imputación no podía estar exenta de manifestar la calificación jurídica de los hechos y conductas penalmente relevantes que investiga.

En esta audiencia de imputación el juez de garantías penales no resuelve sobre el o los cargos formulados, simplemente pone en conocimiento del investigado la atribución del o los cargos formulados por Fiscalía, de modo tal que el Juez de Garantías penales ejerce control de garantías al verificar que se pone en conocimiento del procesado las investigaciones iniciadas en su contra por un hecho penalmente relevante que tiene su correspondencia con alguna de las conductas tipificadas como

---

<sup>86</sup> Teresa Armenta Deu entiende a la imputación como el acto por el cual se atribuye a otro la comisión de un hecho presuntamente delictivo. *Lecciones de derecho procesal penal*, 193.

<sup>87</sup> Art. 216.10 CPP, Art. 590 COIP

<sup>88</sup> Art. 217 CPP, donde establecerá: la descripción del hecho punible, los datos personales del investigado y los elementos y resultado de la indagación que le sirven como fundamento jurídico para la imputación.

<sup>89</sup> Si durante la etapa de instrucción, los resultados de la investigación hacen variar justificadamente la calificación jurídica de la imputación hecha en la formulación de cargos, la o el fiscal deberá solicitar a la o al juzgador, audiencia para motivar la reformulación de cargos. Realizada la reformulación, el plazo de la instrucción se incrementará en treinta días improrrogables, sin que la o el fiscal pueda solicitar una nueva reformulación.

delito en la parte sustantiva penal, por ello, Diego Zalamea<sup>90</sup> sostiene que: El principal valor que se protege es el derecho a la defensa, porque no es posible pensar en una realización efectiva si al sospechoso no es informado sobre la investigación que se lleva en su contra.

Como vemos hechos fácticos, y conducta penal atribuible son dos elementos diferentes, tanto que este último implica establecer que el acto es típico<sup>91</sup>, antijurídico y culpable, con todas las connotaciones y complejidades actuales que la teoría del delito plantea y que a su vez deben ser contempladas en la defensa y las teorías del caso que debe establecer.

El acto de imputación, formulación de cargos que da inicio a la instrucción fiscal, realizado por Fiscalía en audiencia, también conocido como intimación, es el momento procesal a partir del cual la persona formalmente inicia su defensa conforme el Art. 8 numeral 2 literal b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>92</sup> (CADH), lo que se evidencia en el Art. 595 numeral 2 del COIP cuando requiere en la formulación de cargos que “[...] La relación circunstanciada de los hechos relevantes, así como la infracción o infracciones penales que se le imputen [...]”.

Sin perjuicio de la indicación anterior, la audiencia de formulación de cargos recién vio luz en nuestro ordenamiento jurídico en el CPP tras las reformas del 2009; pues, antes no existía esta audiencia y todo se resumía a la comunicación que el Fiscal hacía por escrito de la imputación -sin que medie control de garantías a través de una audiencia pública, oral y contradictoria- por medio del juez, quien notificaba la resolución del fiscal al ofendido, al imputado y a la oficina de la Defensoría Pública para que designe un defensor, con ello el Fiscal estaba obligado a poner a disposición

---

<sup>90</sup> Diego Zalamea, *Manual de litigación penal: audiencias previas al juicio*, (Quito: Defensoría Pública del Ecuador, 2012), 119.

<sup>91</sup> El asignar un hecho tipificado como delito a una persona es lo que se conoce como tipicidad y en relación a ello Zaffaroni señala que “[...] afirmada una conducta, lo primero que cabe preguntarse es si está prohibida con relevancia penal, es decir, como posible delito: se trata del primer paso analítico, para seleccionar, del infinito campo de las conductas, las pocas que interesan como penalmente relevantes. Para eso existen fórmulas legales con cierto grado de abstracción los pragmas conflictivos. El pragma conflictivo se integra con la conducta y los datos fenoménicos que interesan para la prohibición. Estas fórmulas se llaman tipos penales (o supuestos de hecho legales). El pragma conflictivo que debe existir en el mundo es el supuesto de hecho fáctico o real; si el supuesto de hecho fáctico o real se corresponde con el legal (o tipo penal), habrá tipicidad [...]”. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal*, (Buenos Aires: Ediar, 2009), 71-2.

<sup>92</sup> Pacto de San José de Costa Rica.

del imputado, ofendido y sus defensores todas las evidencias obtenidas, incluso las de naturaleza exculpatoria, para que pueda examinar todos los objetos, instrumentos y documentos recogidos durante la investigación.

Una vez que el fiscal cuenta con datos relevantes sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permita deducir del procesado su grado de participación en la infracción emitirá dictamen acusatorio<sup>94</sup>, el COIP describe en el Art. 603 cuales son los elementos que de forma clara y precisa deberá contener la acusación entre los que destaca el numeral 4: La expresión de los preceptos legales aplicables al hecho que se investiga y al final de la norma invocada manifiesta que La acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formulación de cargos.

Al finalizar la audiencia preparatoria de juicio (término común en el CPP y COIP) y de formulación de dictamen conforme el CPP si el juez de garantías penales considera que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundamentadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del procesado como autor, cómplice o encubridor dictará auto de llamamiento a juicio; en cambio el COIP en el Art. 608 para que el juez dicte llamamiento a juicio, entre otros deberá motivadamente incluir “[...] 2. La determinación del o los hechos y el delito acusado por la o el fiscal, así como el grado de participación establecido en la acusación fiscal, la especificación de las evidencias que sustentan la decisión, la cita y pertinencia de las normas legales y constitucionales aplicables [...]”. Se debe destacar que se mantiene precepto de que el pronunciamiento del juez penal en el auto de llamamiento a juicio no surtirá efectos irrevocables en el juicio.

Fundamental en el sistema acusatorio es la necesidad de la acusación fiscal para que haya juicio y ello lo reflejan el CPP en el Art. 251 y el COIP en el Art. 609. Lo vinculante para el juicio ante el Tribunal de Garantías Penales es la acusación fiscal, sin perjuicio del auto de llamamiento a juicio dictado por el Juez de Garantías Penales que no vincula al Tribunal de Garantías Penales.

---

<sup>94</sup> El CPP señalaba que da inicio a la etapa procesal llamada intermedia, en el Art. 224 CPP establece cuales son los elementos que debe contener la acusación fiscal, entre otros: 1. La determinación de la infracción acusada, con todas sus circunstancias [...] 3. Los elementos en 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 se le acusa.

El Art. 250 CPP establece como parte de los principios generales<sup>95</sup> que en la etapa de juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, para según corresponda condenarlo o absolverlo, en idéntico sentido consta el precepto del Art. 252 CPP que afianza el criterio de certeza que debe tener el juez para condenar; por su parte el COIP en el Art. 453 indica la finalidad de la prueba que es llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.

Abierto el debate, al momento de presentar sus alegatos, los sujetos procesales, conforme el Art. 303 CPP, y en particular el fiscal realizará una exposición clara y metódica de los hechos imputados al acusado; de las pruebas rendidas durante la audiencia y de las que constan en el proceso, con el análisis que creyere conveniente hacer pudiendo manifestar al Tribunal de Garantías Penales el valor procesal de las circunstancias alegadas por las partes; determinará si el acusado es autor, cómplice o encubridor y pedirá la imposición de la pena correspondiente, en caso de encontrarle culpable; el acusador particular debe observar el mismo proceder para el fiscal y precisa que concluirá solicitando las penas y el pago de las indemnizaciones civiles que crea procedentes; y termina el defensor con la contradicción.

El momento culminante del juicio es la sentencia y en el CPP el Art. 304.1 indica que la sentencia ha de ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos. Entre los requisitos de la sentencia escrita que debe incluir una motivación completa y suficiente (Art. 303 CPP); además que, el Art. 309 CPP en el numeral 2 explica que ha de constar la enunciación de las pruebas practicadas y la enunciación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos del acusado

---

<sup>95</sup> El COIP se refiere a los principios así: Art. 610 En el juicio regirán, especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observarán los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física de la o el juzgador y presencia obligatoria de la persona procesada y de la o el defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en la Constitución

que el tribunal estime probados; en cuanto a la condena, el Art. 312 CPP, especifica que en la sentencia se determinará con precisión el delito por el cual se condena y la pena que se impone.

Lo anterior trasciende en relación al tema estudiado que la sentencia, como momento culminante del juicio penal, es el reflejo de una conclusión procesal en relación a la aplicación de una precisa norma legal que de suyo trae la administración de una pena, tipo penal, respecto los hechos y la conducta de la persona procesada que se estiman probados (en su totalidad) o no, sea para condenar o para ratificar la inocencia.

El legislador ha impuesto un límite a la sentencia penal, Art. 315 CPP, el cual consiste en que el Tribunal de Garantías Penales no podrá pronunciar sentencia sobre hechos que no tengan relación o conexión<sup>96</sup> con los determinados en el auto de llamamiento a juicio; ni dejar de pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos. En contrapartida el COIP en el Art. 619 numeral 2 precisa de forma adecuada que La persona procesada no podrá ser declarada culpable por hechos que no consten en la acusación. La diferencia se resume en que para el CPP marca el límite para la sentencia los hechos establecidos en el auto de llamamiento a juicio; mientras que, para el COIP el límite se halla fijado por la acusación, lo cual tiene sentido con el principio que sin acusación no hay juicio. Lo que debe fijar la extensión de la sentencia debe ser la acusación fiscal y no las apreciaciones del juez de garantías penales que dicta el auto de llamamiento a juicio<sup>97</sup>.

No ajeno a lo que se preveía en el Art. 318 CPP, el Art. 626 del COIP el tema de si hallándose el caso ante el Tribunal de Garantías Penales se encuentra prueba de que el acusado ha cometido otro delito diverso al de la infracción por la que se le juzga y establece como regla que se iniciará la investigación correspondiente a cargo de la o

---

<sup>96</sup> La frase “[...]que no tengan relación o conexión con los [hechos] determinados en el auto de llamamiento a juicio[...]” es una frase de especial cuidado porque rompe la correspondencia y congruencia entre los hechos fácticos estimados como propiciatorios de juicio; también se podría extender tal relación o conexión con las calificaciones jurídicas, de modo que es otra puerta que puede conducir a los miembros de Tribunal de Garantías Penales a apartarse peligrosamente de los hechos, a pesar que el precepto del 315 CPP lo presente como límite, más que límite podría presentarse como una opción de extralimitación. En el juicio no deben haber sorpresas y peor aún al momento de dictar sentencia.

<sup>97</sup> Ni tampoco los del juez ad quem que se pronuncia sobre la apelación del auto de llamamiento a juicio (antes de las reformas del 2009).

el fiscal. En un modelo acusatorio -al decir de Baytelman y Duce<sup>99</sup>-, el proceso penal ES el juicio oral, momento de las máximas garantías ejercicio del derecho a la defensa.

La incidencia del principio de congruencia no solo tiene su connotación en el ámbito del ejercicio público de la acción penal, sino también (quizás con mayor evidencia) en el procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal donde la querrela y sobretodo la formalización de la acusación y la contestación a estas planteada por la defensa fijan el objeto del proceso sobre el cual los litigantes han de aportar prueba que avale sus argumentos, para que el Juez de Garantías Penales resuelva el caso en sentencia; en estos casos por ley está excluido del ejercicio de esta acción Fiscalía ya que le compete únicamente al ofendido (Art. 33 CPP).

El principio de congruencia cumple un rol fundamental para los casos de aplicación de suspensión condicional del procedimiento (37.2 CPP) y, procedimiento abreviado (Art. 369 CPP) ya que en cada uno de estos procedimientos se requiere: “[...] que el procesado admita su participación [...]” en el primer caso; y, para el segundo que: “[...] 2. El procesado admita el hecho fáctico que se le atribuye [...]”. La aplicación de estas figuras es únicamente posible tras la realización de la audiencia de formulación de cargos, y en el caso de suspensión provisional hasta la audiencia preparatoria de juicio, mientras que para el procedimiento abreviado se puede dar su aplicación hasta antes de la audiencia de juicio.

El Código de Procedimiento Penal preveía la figura de la suspensión condicional del procedimiento –donde la congruencia jugaba un papel fundamental para la aplicación -, una vez verificados los requisitos para su aplicación (que el caso verse sobre un delito sancionado con prisión y en los delitos sancionados con reclusión de hasta cinco años, excepto en los delitos sexuales, crímenes de odio, violencia intrafamiliar y delitos de lesa humanidad) y las condiciones fijadas se da la extinción de la acción penal, se dispone el archivo definitivo de la causa; sin embargo, esta figura de suspensión condicional no aparece en el Código Orgánico Integral Penal que en el libro segundo rige todas las cuestiones relativas al procedimiento

---

<sup>99</sup> Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigio Penal y Juicio Oral*. (Santiago de Chile: Ediar editores, 2006), 16.

Por otra parte respecto al el procedimiento abreviado, figura que se mantiene en el COIP, admitido el hecho fáctico que se le atribuye al procesado en función de un preciso tipo penal, consentida la aplicación del procedimiento por el procesado, se aplica la pena sugerida por el fiscal –en acuerdo con el procesado- y para ello sigue siendo esencial el rol de la congruencia.

Los llamados acuerdos reparatorios en el Art. 37.1 del CPP eran consideradas como salidas alternativas para la solución del conflicto –al igual que la suspensión condicional-, no escapaban a estas consideraciones ya que una vez que se han formulado cargos, se ha precisado el objeto del proceso, en tal virtud, el acuerdo se realizará para reparar esos hechos y poner fin a la acción penal iniciada. En atención a que estos acuerdos son salidas negociadas entre ofendido y procesado, se deben precautelar los intereses del primero y los derechos del segundo ya que cumplido el acuerdo es inadmisibile que se presente una nueva denuncia por los mismos hechos y conductas objeto del acuerdo; no obstante lo mencionado, en el COIP no se contempla la figura de los acuerdos reparatorios sino que en general se habla a partir del Art. 662 al 665 del mecanismo alternativo de solución de conflictos y, en el Art. 663 se habla de la conciliación y los casos en que éste modelo opera por lo cual podemos sostener que el principio de congruencia es cardinal para su adecuada ejecución.

La aplicación de estas formas alternativas de dar fin al procedimiento tienen los mismos efectos explicitados arriba, esto es: da fin al juicio e impide iniciar otro por el mismo hecho; impide que este en el futuro vuelva a ser encausado en el mismo proceso o en otros que se inicien por el mismo hecho, con lo cual se precautela los principios de cosa juzgada y non bis in ídem, para que ello suceda es necesaria la adecuada calificación jurídica de los hechos conforme el/los delitos imputados por fiscalía.

## **2.5. Diálogo jurídico comparado sobre congruencia procesal en el sistema de juzgamiento penal acusatorio**

El fenómeno de la reforma procesal en América Latina, que se caracterizó porque estaba en: “[...] procura contribuir a la vigencia efectiva de los derechos de las persona y a poner límites a la arbitrariedad estatal en el ejercicio del poder represivo, sin desmedro de la necesaria protección a los derechos de las víctimas y del interés general

en la vigencia de la ley, en el imperio de la verdad y en la justa punición del delito [...]”<sup>100</sup>; Fernando Tocora<sup>101</sup> habla de la consigna globalizada por la cual se justificaba el abandono de las formas inquisitoriales del proceso penal por las acusatorias adversariales garantistas de derechos. De esta forma es como la teoría del derecho garantista llega a ser primordial al punto de incorporar no solamente los elementos que el legislador puede otorgar sino incorporando normas constitucionales dan vital importancia a la dignidad humana y a los derechos humanos, a los derechos que se hallan reconocidos por la Constitución y protegidos además por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitida en el caso “Fermín Ramírez Vs. Guatemala”<sup>102</sup>, donde precisamente se analiza la anomalía procesal de la incongruencia, y se cuestionan violaciones a la Convención Americana sobre derechos humanos en función de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal de Guatemala, será el pretexto para analizar en perspectiva comparada las legislaciones adjetivas penales de Ecuador, Chile<sup>103</sup>, Colombia<sup>104</sup> y Guatemala<sup>105</sup>.

El análisis de las fuentes en los ordenamientos jurídicos procesales penales de Chile, Colombia, Guatemala y Ecuador es similar en cuanto respetan el principio de constitucionalidad, legalidad para garantizar los derechos fundamentales involucrados en la justicia penal. Por otra parte, para este análisis interviene el sistema de precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez Vs. Guatemala” en la interpretación de los Arts. 8.2., b, 8.2.c y 25.1., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que fueron materia de examen para este caso de falta de congruencia entre acusación fiscal y sentencia, condenando el cambio de acusación que se dio sin respetar el derecho de defensa de Fermín Ramírez.

---

<sup>100</sup> José I Cafferata Nores, *La Reforma procesal en América Latina* en Duque Quinceno, Mauricio y Quinceno Álvarez, Fernando, comp., *Sistema acusatorio y juicio oral*, (Bogotá: Editorial Jurídica de Colombia, 2005), 75

<sup>101</sup> Fernando Tocora, *La Reforma Procesal en América Latina. Capítulo criminológico*. Oct 2005, vol. 33, Nro. 4, 448

<sup>102</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso: Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, sentencia de 20 de junio del 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). <[http://www.corteidh.or.cr/docs/articulos/serie\\_126\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/articulos/serie_126_esp.pdf)>. Visita: 04 de noviembre de 2011.

<sup>103</sup> Chile, *Código Procesal Penal*, en Diario Oficial, Ley Nro. 19696, (12 de octubre del 2000).

<sup>104</sup> Colombia, *Código de Procedimiento Penal*, en Diario Oficial de Colombia, Ley Nro. 906, (31 de agosto de 2004).

<sup>105</sup> Guatemala, *Código Procesal Penal*, en Diario Oficial, Decreto Nro. 51-92 (28 de septiembre de 1992).

Las desviaciones ilegítimas indicadas en esta tesis, son aquellas que se dan a propósito para romper el esquema de igualdad procesal penal –donde los sujetos procesales deben litigar en igualdad de armas y derechos frente a un juez imparcial- que caracteriza al debido proceso en el contexto de permitir un legítimo ejercicio del derecho a la defensa. No importa, en lo absoluto, el favoreciendo injustificadamente a una parte procesal como la fiscalía que debe proponer y demostrar su acusación la que es objeto de control y juzgamiento imparcial por parte del juez de garantías penales instructor y sentenciador.

La corrección debe darse atendiendo las garantías procesales que tanto la norma constitucional, como el Código Orgánico Integral Penal y el precedente jurisprudencial de la Corte Interamericana han establecido: respetando irrestrictamente el derecho de defensa. No se pretende tampoco limitar o eliminar el principio *iura novit curia* sino dejar sentadas las bases para responder al criterio de independencia judicial, separación de funciones e igualdad procesal. Se deben fijar pautas de procedimiento que, aunque no escritas en la ley, pero si reconocidas en la sentencia de la Corte, sin limitar principios como la celeridad procesal sino ubicándolos en su real dimensión que no atropella otros derechos, permitan desarrollar un procedimiento garantista de los derechos.

El principal efecto de la manipulación se evidenciaría en la imposibilidad de proseguir un juicio penal –dado que sin acusación fiscal no hay juicio y que quien debe acusar es el fiscal y no el juez de garantías- y con ello, muy probablemente, dejar en la impunidad un delito que amerita ser juzgado si se respetan las reglas del juego procesal del juicio justo; además de las ya señaladas como son: dejar en la indefensión al procesado o acusado y, la vulneración del principio de inocencia rompiendo la igualdad procesal tan necesaria en el sistema de juzgamiento penal acusatorio.

La manipulación acusada tiene un efecto políticamente adverso dado que tal proceder si atenta contra la seguridad jurídica, contra la celeridad procesal, contra una adecuada administración de justicia que debe ser el medio idóneo para conseguir justicia que es lo que anhela la víctima de la infracción y toda la sociedad, de manera que más son los perjuicios que los beneficios que se obtienen de la manipulación.

Al comparar los textos de los códigos de procedimiento penal advertimos ciertas características del modelo chileno donde se prevé que el juez de garantías actúe con cautela de garantías<sup>110</sup> para permitir que se den en el proceso condiciones para ejercer los derechos que otorgan las garantías judiciales pudiendo tomar las medidas necesarias para permitir el ejercicio de los derechos; prevé la posibilidad de que se dé unión y separación de acusaciones<sup>111</sup> lo cual es posible a condición que no afecte el derecho a la defensa y que a la postre no lleve a tomar decisiones contradictorias; en el Art. 325 que trata sobre la apertura del juicio oral corresponde al presidente de la sala señalar las acusaciones que serán objeto del juicio oral<sup>112</sup> y en el Art. 341<sup>113</sup> establece el tema de congruencia entre sentencia y acusación previendo la posibilidad de calificación jurídica distinta a la de la acusación pero con la condición de advertirlo previamente durante la audiencia o si esto se produce en la deliberación se debe reabrir el debate para que las partes sean oídas y puedan ejercer sus derechos.

En Colombia el legislador ha predicho la obligación de los servidores judiciales de hacer efectiva la igualdad<sup>114</sup> de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y corresponde a los jueces en ejercicio de sus funciones de control de garantías orientarse por los imperativos de establecer con objetividad la verdad y la justicia actuando con imparcialidad<sup>115</sup> ubica como una las funciones del Ministerio Público como garantías de los derechos humanos y de los derechos fundamentales según consta en el Art. 111 del Código de Procedimiento Penal colombiano; en cuanto al contenido de la formulación de la imputación se establece que debe expresar una relación sucinta de los hechos jurídicamente relevantes<sup>116</sup>, una vez que se cuenta con esta formalización el código colombiano prevé un siguiente paso lógico que es garantizar a la defensa preparar eficazmente procesal<sup>117</sup>; la acusación del fiscal también debe hacer una

---

<sup>110</sup> Cfr. Art. 10.- Cautela de garantías.

<sup>111</sup> Cfr. Art. 274.- Unión y separación de acusaciones.

<sup>112</sup> Cfr. Art. 325.- Apertura del juicio oral.- (Reformado por el Art. 1º Nº 36 de la Ley 10074, D.O. 14.11.2005).

<sup>113</sup> Cfr. Art. 341.- Sentencia y acusación.

<sup>114</sup> Cfr. Art. 4.- Igualdad.

<sup>115</sup> Cfr. Art. 5.- Imparcialidad.

<sup>116</sup> Cfr. Art. 288.- Contenido.

<sup>117</sup> Cfr. Art. 290.- Derecho de defensa.

relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible<sup>118</sup>.

Del Código de Procedimiento Penal de Guatemala es importante considerar lo que ha establecido el Art. 333 que trata de la acusación alternativa<sup>119</sup>, por su parte el Art. 337 establece la figura de ampliación de la acusación<sup>120</sup>. Y aún en el caso de modificación de la calificación jurídica se podrá ejercer el derecho. Es sobre el Código de Procedimiento Penal de Guatemala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez Vs. Guatemala” se pronunció estableciendo las violaciones –en lo pertinente- de los Art. 8.2.b, 8.2.c<sup>121</sup> y 25.1<sup>122</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este caso, la Corte establece el carácter y contenido del llamado “principio de coherencia o correlación entre acusación y sentencia” en materia procesal penal; y al respecto la Corte precisa en el párrafo 66 que:

“[...] La Convención no acoge un sistema procesal penal en particular. Deja en libertad a los estados para determinar el que consideren preferible, siempre que se respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional [...]”

La Corte confronta el papel de la acusación en el debido proceso penal cara a cara con el derecho de defensa y sienta la impronta de que en la descripción de los hechos imputados en la acusación constituyen la referencia indispensable para el ejercicio del derecho a la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en sentencia (párrafo 67 de la sentencia “Fermín Ramírez Vs. Guatemala”) y destaca a su vez que el principio en estudio constituye un corolario indispensable del derecho de defensa [...] constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal (párrafo 68 de la sentencia “Fermín Ramírez Vs. Guatemala”) vinculado esto a la obligación de los estados de observar las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 8.2., de la Convención.

---

<sup>118</sup> Cfr. Arts. 336 y 337 CPP colombiano.

<sup>119</sup> Cfr. Art. 333.

<sup>120</sup> Cfr. Art. 373.- Ampliación de la acusación.

<sup>121</sup> Cfr. Art. 8.- Garantías judiciales. 2. b), c)

<sup>122</sup> Cfr. Art. 25.- Protección judicial.- 1., 2. a) b) y c).

En el caso se indica como referencia a los hechos procesales que: “[...] Durante el primer día de debate, el Tribunal advirtió a las partes sobre la posibilidad de cambiar la calificación jurídica del delito, pero no especificó a qué delito pudiera dirigirse el cambio, lo cual no es irrelevante, en modo alguno, para el ejercicio de la defensa y la decisión judicial sobre la sanción aplicable [...]”

Se relata también que en la evacuación de pruebas en el juicio oral se acrediten nuevos hechos o circunstancias no previstos en la acusación y que en tal supuesto el Ministerio Público puede formular la “Acusación alternativa” o la “Ampliación de la acusación”. Pues, en el caso se dieron inadvertencias y omisiones ya que el Ministerio Público solicitó al tribunal cambiara la calificación jurídica (de violación con agravante a asesinato) y condenara al imputado a la pena de muerte sin presentar para ello acusación alternativa o ampliación de la acusación y también el presidente del tribunal juzgador no recibió nuevamente el testimonio del ofendido no informó a las partes del derecho de pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención, hecho que según la Corte, debió suceder de oficio<sup>123</sup>.

Lo importante en los hechos es que el Presidente del Tribunal advirtió que en el momento oportuno podía darse una calificación jurídica distinta a la de la postulación de la acusación pero no se especificó cuál sería la nueva calificación legal lo que privó a la defensa de certeza acerca de los hechos imputados y [...] representaron un obstáculo para preparar adecuadamente la defensa. La defensa se ejerce sobre todos los hechos que serán materia de la sentencia. Cabría por lo menos un reclamo de defensa que cuestione la base probatoria para la nueva acusación.

La Corte realiza una cita externa de la sentencia *Pélissier y Sassi Vs. Francia* de la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>124</sup> donde se declaró que el Estado era responsable por la violación del derecho de los peticionarios a ser informados de manera detallada sobre la acusación, a disponer del tiempo y facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

---

<sup>123</sup> *Ibidem.*, párrafo 72.

<sup>124</sup> *Ibidem.*, párrafo 69. En esta sentencia se menciona que el análisis debe darse a la luz del derecho más general referente a un juicio justo. Más adelante en el párrafo 77 consta cita del fallo de la Corte Europea donde se señala que se “(...) se debió haber provisto a los peticionarios de la posibilidad de ejercer sus derechos de defensa (...) de manera práctica y efectiva y, en particular de manera oportuna”

El CPP ecuatoriano aun cuando en el Art. 224 preveía que el fiscal presente su acusación, pero no establece lo que ha de suceder en el caso de dar una nueva calificación jurídica a los hechos en el contexto de correspondencia entre acusación y sentencia por lo que la práctica se abre un insospechado margen de discrecionalidad que puede rayar en la arbitrariedad y en el atropello de derechos; no obstante lo indicado, el COIP prevé la figura de reformulación de cargos<sup>125</sup>, donde la calificación jurídica está sujeta a las contingencias de la investigación y el asambleísta apertura la posibilidad de una nueva y diferente calificación a la inicialmente planteada.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos indica en el Art. 62.3 que la Corte tiene competencia para “[...] conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención [...] siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia [...]” por tal motivo en vista que Ecuador no ha emitido ninguna reserva sobre la competencia interpretativa y de aplicación de la Corte respecto a las normas de la Convención y a sabiendas del mandato constitucional del Art. 426<sup>126</sup> de la Constitución, se debe aplicar por parte de los jueces de garantías lo resuelto por la Corte, vía análisis de convencionalidad que aplica no solo al momento de dictar sentencia sino también al momento de la sustanciación del procedimiento, sin perjuicio de ello, incorporar en el procedimiento penal el mecanismo apropiado supeditado a la estricta observación del derecho de defensa.

## **2.6. Error de tipificación<sup>127</sup> (o de tipicidad) y recurso de casación.**

Conviene analizar si: ¿Afecta el derecho de defensa el yerro en la tipicidad del delito en el proceso penal?, que a su vez se basa en la pregunta: ¿Puede el juez o la jueza de garantías penales cambiar la acusación presentada por el fiscal tras las investigaciones realizadas por éste en la etapa de instrucción fiscal y luego realizar el juzgamiento conforme la nueva acusación formulada por el juez de garantías penales?

---

<sup>125</sup> Art. 569 COIP

<sup>126</sup> Cfr. Art. 426 CRE.

<sup>127</sup> No se confunda este error de tipificación (error de subsunción al tipo penal por parte de fiscalía) con el error de tipo, es “[...] el que afecta el aspecto cognoscitivo del dolo, o sea, que no puede haber finalidad típica porque el agente desconoce lo que hace [...]”. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal*, 113. En las sentencias que a continuación se citan se lo trata como tipificación.

Respecto las sentencias que a continuación se examinan para revelar una línea jurisprudencial indicaremos que en estas la principal novedad es la falta de un nicho citacional en un tema de vital trascendencia dentro del proceso penal lo que revela, según enseña Diego López Medina, un “vacío” *jurisprudencial*, producido porque se ha venido *utilizando mayoritariamente textos constitucionales o legales sin apoyarse en el derecho judicial previo*”<sup>128</sup>

## 2.7. Línea jurisprudencial

Con el patrón fáctico antes descrito, se han analizado una serie de resoluciones de recursos de casación emitidos por la extinta Corte Suprema de Justicia (CSJ) y la actual Corte Nacional de Justicia (CNJ), a través de las respectivas salas de lo penal; estos fallos son: 1. Resolución 177-2004, juicio Nro. 19-MV-2003, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Gaceta judicial serie XVIII Nro. 1. P. 197 a 200; 2. Resolución 300-06, Segunda Sala de lo Penal de la CSJ, ROS-77 del 04 de mayo del 2007; 3. Resolución 58-2006. Tercera sala de lo penal Corte Suprema de Justicia ROS 339 del 17 de mayo del 2008; 4. Resolución 412-2007, Tercera Sala de lo penal de la Corte Suprema de Justicia, RO 426 del 16 de septiembre del 2008; 5. Resolución Nro. 036-2009, juicio Nro. 302-KV-2008, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial serie XVIII Nro. 6. P. 2185 a 2188; y, 6. Resolución Nro. 072-2009, Juicio Nro. 592-GG-2007, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial serie XVIII Nro. 6. P. 2189 a 2193; Resolución 901-2013 del juicio 528-2013 la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia; y, finalmente el fallo de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia sobre la materia Principio de congruencia en el proceso penal, Jurisprudencia Ecuatoriana, Ciencia y Derecho; periodo enero 2013-diciembre 2013, P11 y 112

Ante el problema fáctico planteado al inicio de este acápite, caben dos respuestas: una afirmativa “si afecta” o una negativa “no afecta” y es precisamente en la búsqueda de estas dos vertientes que procuro de una respuesta al problema, relievando los seis fallos en análisis que *el yerro en la tipificación del delito en el proceso penal si*

---

<sup>128</sup> Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. (Bogotá: Legis, 2006), 174.

*afecta el derecho de defensa en el proceso penal y que es razón suficiente para casar las sentencias estudiadas.*

No obstante esta primera afirmación que resulta cierta de la lectura de los fallos de casación, cada sentencia aporta valiosos elementos que paso a explicitar a continuación, así:

Resolución 177-2004, juicio Nro. 19-MV-2003, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Gaceta judicial serie XVIII Nro. 1. P. 197 a 200. – *Inviolabilidad del derecho a la defensa-*

Este caso se da en el contexto del antiguo Código de Procedimiento Penal y es en este ámbito que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia sienta un precedente cuando en ocasión del juzgamiento de un homicidio inintencional –delito tipificado en el Art. 460 del Código Penal por el que se dictó auto de llamamiento a plenario-, y al haberse determinado en la sustanciación del juicio que el procesado portaba una arma de fuego sin el permiso respectivo se lo declara responsable de los delitos de homicidio inintencional y del tipificado en el Art. 31 de la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de armas, municiones, explosivos y accesorios, acotando que por este último delito no se dio la apertura a plenario y es así que en la referida resolución la sala resolvió:

[...] CUARTO: [...] la Segunda Sala de la Corte Superior de Loja, que conoció el recurso de apelación planteado contra el auto de apertura del plenario, resolvió que la conducta del sindicado PR se encuadra en el concepto de homicidio inintencional, por lo cual reformando la providencia del inferior dicta auto de llamamiento a la etapa de plenario por el delito tipificado en el Art. 460 del Código Penal. Es por esta infracción por la cual el procesado ha sido sometido a juzgamiento, ejercitando sus medios de defensa en relación con la imputación de este delito. Pero el auto de apertura del plenario no determina la existencia del delito que describe y sanciona el Art. 31 de la Ley de Fabricación, Importación y Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas [...], infracción por la cual inopinadamente ha sido juzgado PR, quien no ha tenido la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa por este último delito, violándose la garantía consagrada en el Nro. 10 del Art. 24 de la Constitución Política. Fluye así el quebrantamiento de la norma sustancial que censura el recurrente, bastando esta comprobación para invalidar el fallo [...]

Como se aprecia, el procesado se defendió por el delito de homicidio inintencional, por el cual fue llamado a juicio y no por el de tenencia ilícita de armas de

fuego por el que también resulta condenado en sentencia sin haber tenido la posibilidad de ejercitar su derecho a la defensa, lo cual invalida el fallo por haber violado el Art. 24.10 de la Constitución Política de la República del Ecuador<sup>129</sup> (actual 76.7.a Constitución de la República del Ecuador).

Este fallo aplica la disposición constitucional pero no la desarrolla y ante este caso concreto la operatividad que asigna es la de invalidar el fallo; sin embargo de ello, es de apreciar que con dicha norma se está rescatando el principio de no violación del derecho de defensa en ninguna etapa del procedimiento. Además en cuanto al presupuesto fáctico propuesto se aprecia que el mismo tiene ocurrencia en el antiguo procedimiento penal inquisitorio y que no es cosa exclusiva del modelo procesal penal oral acusatorio.

Resolución 300-06, Segunda Sala de lo Penal de la CSJ, ROS-77 del 04 de mayo del 2007 –*dictamen fiscal acusatorio que contiene error en la tipificación del delito carece de motivación*–

En este caso el tribunal sentenciador absolvió al acusado por el delito de estafa previsto en el Art. 563 del CP, porque por este delito fue llamado a juicio plenario, pero se debió juzgar por el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos tipificado en el Art. 368 del CP; no obstante en los hechos de la sentencia se da cuenta que el fiscal a la conclusión de la instrucción acusó por el delito de estafa –Art. 563 CP- y que este mismo fiscal en la audiencia de juicio enmendó el error y acusó por el delito tipificado en el Art. 368 *Ibídem* Es decir el tribunal juzgador no aceptó la corrección para enmendar el error de tipificación realizada por el fiscal y al respecto la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia expresó:

[...] SEGUNDO.- En el artículo 192 de la Constitución Política se establece como garantía del debido proceso el principio de eficiencia en la administración de justicia y por el cual, los sujetos procesales tienen la obligación jurídica constitucional

---

<sup>129</sup> *Constitución Política de la República del Ecuador*, [1998], en Registro Oficial 1 del 11 de agosto de 1998. “[...] Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: [...] 10. Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos [...]”

de practicar los actos procesales que les corresponde en el ejercicio de sus funciones procesales en forma oportuna y responsable y en el momento procesal que corresponde, por lo cual si el fiscal cometió un error en la tipificación del delito objeto de la instrucción, debía rectificarlo antes de que el dictamen fiscal acusatorio se notifique al imputado y al ofendido, según lo previsto en el artículo 227 del Código de Procedimiento Penal. El Ministerio Público es un órgano autónomo e independiente y por el cual, las resoluciones que expide deben ser debidamente motivadas, en observancia de la garantía del debido proceso contemplado en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política y en los artículos 66, 217 y 225 del Código de Procedimiento Penal, y por lo cual evidentemente que, un dictamen acusatorio que contiene un error en la tipificación del delito objeto de la instrucción, carece de motivación [...]

Además que del principio de eficiencia en la administración de justicia deriva consecuencias importantes como son las obligaciones jurídico constitucionales que tienen las partes procesales para actuar de forma oportuna y responsable en el momento procesal preciso y con ello proscribire los yerros como el incurrido por el fiscal del caso quien actuó de forma inoportuna e irresponsable.

Un desarrollo importante de este fallo es el procedimiento que fija para cuando se producen esta clase de yerros a los que da como única alternativa el que no suceda y que sucediendo la rectificación del yerro debe darse antes que el dictamen fiscal acusatorio sea notificado al imputado y al ofendido en cumplimiento de la consulta del expediente que disponía el Art. 227 del actual Código de Procedimiento Penal<sup>130</sup>: “[...] Presentado el dictamen fiscal, el juez mandará que se lo notifique al imputado y al ofendido. Dispondrá además que el expediente se ponga a disposición de éstos para que puedan consultarlo [...]”; la Sala haciendo mérito del desarrollo presentado en su fallo precisa dentro del procedimiento penal el momento para proceder a realizar las correcciones de los yerros en la acusación fiscal determinando que estos deben darse antes que el Juez Penal disponga a las partes intimar con el proceso. Tras las reformas del 2009, el momento procesal sería después de la audiencia de formulación de cargos establecida en el Art. 217 del Código de Procedimiento Penal.

La fuerza gravitacional que tiene este fallo es incuestionable toda vez que el yerro en la tipificación del delito es el opuesto a la correcta y adecuada enunciación de normas o principios jurídicos en que se ha fundado su pertinente aplicación a los

---

<sup>130</sup> Suprimido por Art. 60 del Registro Oficial, Suplemento, No. 544 (09 de marzo de 2009)

antecedentes de hecho; de tal suerte que si no están bien fijados los hechos bien puede haber un yerro en la tipificación y esto degenerar en una falta de motivación que puede ocasionar un grave perjuicio a las personas, de allí que por la oportunidad y la responsabilidad que tienen los fiscales de acusar motivadamente –mediante un análisis prolijo de los elementos de convicción y de los puntos de derecho (Art. 66 CPP)- para permitir un adecuado ejercicio del derecho a la defensa por parte del procesado o acusado y que, cuando no se permite este adecuado ejercicio de defensa, se atenta contra la eficiencia que debe caracterizar a la administración de justicia y puede terminar en un mal mayor: impunidad. Los yerros no deben darse pero pueden y deben ser rectificadas velando por la inviolabilidad del derecho a la defensa que es garantía del derecho al debido proceso. Si hay yerro en la tipificación o tipicidad, el dictamen acusatorio carece de valor, por lo que no habría acusación fiscal.

La congruencia integra el requisito de lógica en la motivación de las sentencias<sup>131</sup> debido a que versa sobre la coherencia entre las premisas y la conclusión, de modo que el yerro en la tipificación, que es la adecuación de la conducta realizada a la redactada en el tipo, vicia aquella relación interna.

3. Resolución 58-2006. Tercera Sala de lo penal Corte Suprema de Justicia ROS 339 del 17 de mayo del 2008. *–El yerro en la tipificación que perjudica al justiciable debe ser rectificado–*

En este fallo la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, considera que tras la sustanciación del juicio lo que se demostró es la existencia del delito de homicidio simple y no el homicidio agravado o asesinato; y, el fallo es trascendente en la medida que confirma la doctrina de que el yerro en la tipificación que perjudica al justiciable debe ser rectificado. Un yerro de esta naturaleza no es un error inícuo, todo lo contrario, es un error de trascendencia que debe ser rectificado.

Sobre esta rectificación debo puntualizar que no se está dando una licencia a los fiscales para que yerren, el yerro para un fiscal al momento de acusar no es tolerable por el deber constitucional de motivar según un análisis prolijo de los elementos de convicción y de los puntos de derecho que tienen que ver con el derecho penal donde no

---

<sup>131</sup> Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 092-13-SEP-CC, caso 538-11-EP].

caben analogías en mala parte ni interpretaciones extensivas que atentan contra el derecho de defensa del justiciable, que tiene derecho a la justicia. Ante la duda el fiscal tiene claramente definidas sus opciones en el procedimiento penal por la vía de la abstención de acusar.

4. Resolución 412-2007, Tercera Sala de lo penal de la Corte Suprema de Justicia, RO 426 del 16 de septiembre del 2008. *–No puede haber certeza en la responsabilidad penal si hay dudas sobre la tipicidad del delito. No cabe presentar pruebas para la defensa de un delito, para luego ser sentenciado por otro delito–*

En esta sentencia se da cuenta de las dudas al momento de tipificar los hechos como abuso de confianza (Art. 560 CP) o estafa (563 Ibídem), se presentan dictámenes y fallos contradictorios. Ante tal duda la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia exterioriza su preocupación sobre el tema de pruebas y las fisuras legales que ponen en duda la responsabilidad penal del acusado y con exactitud ha dicho:

[...] SEXTO: CONSIDERACIONES DE LA SALA.- 3.- Se puede establecer la inconsistencia de las pruebas en relación de los hechos denunciados, existiendo fisuras legales que ponen en duda la responsabilidad penal del acusado, circunstancias éstas que han originado que los diversos jueces y fiscales intervinientes, hayan dado dictámenes y fallos contradictorios y forzados a fin de ubicar los hechos en uno u otro delito, sin la certeza y convicción de una correcta aplicación de la ley.- El artículo 252 del Código de Procedimiento Penal exige que: ‘La certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa (juicio)’. Aquel principio procesal tiene suprema lógica jurídica, pues, no cabe presentar pruebas para la defensa de un delito, para luego ser sentenciado por otro delito.- Cómo puede existir la certeza de la responsabilidad del acusado, cuando entre jueces y fiscales ha existido duda sobre la tipicidad del delito [...]

El dilema probatorio que plantea el caso es trascendental toda vez que la inconsistencia probatoria es el reflejo de hechos indebidamente fijados en tipos penales inadecuados lo que se traduce en la falta de certeza y convicción de una correcta aplicación de la ley conforme lo ha indicado la Sala.

Esta falta de certeza y convicción a su vez es la que da lugar a dictámenes y fallos contradictorios. Esa falta de certeza y convicción termina en duda sobre una correcta aplicación de la ley. La duda sobre la tipicidad del delito es palmaria en el

resultado del proceso penal: absolución por la sola duda; y, para ello se apoya en lo dispuesto en el Art. 252 del Código de Procedimiento Penal que para la estimación de existencia del delito y culpabilidad del acusado “[...] se obtendrá de las pruebas de cargo y de descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa [...]”, siendo que la finalidad del juicio es practicar los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, para según corresponda, condenarlo o absolverlo según lo dispuesto en el Art. 250 *Ibidem*

La certeza y la convicción deben desplazar a la duda en la correcta aplicación de la ley penal y sobretodo en la construcción probatoria, aplicación que por lo antes visto debe estar exenta de yerros y esto constituye otra garantía fundamental del derecho de defensa que es objeto de violación cuando existen aplicaciones de la ley que resultan cuestionables por una flagrante falta de motivación. La sentencia es acertada cuando afirma que no cabe presentar pruebas para la defensa de un delito para luego ser sentenciado por otro delito.

5. Resolución Nro. 036-2009, juicio Nro. 302-KV-2008, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial serie XVIII Nro. 6. P. 2185 a 2188 –*Si no hay acusación fiscal no hay juicio*–

Esta sentencia versa sobre un caso de detención arbitraria seguido contra una Comisaria de la Mujer y la Familia quien en audiencia dispuso la detención de una persona por cuarenta y ocho horas por falta a la autoridad; en el desarrollo del proceso el fiscal se abstuvo de acusar a la comisaria; pero, el tribunal *ad quem* la condeno por el delito tipificado en el Art. 180 CP; este es el motivo de casación: si no había acusación fiscal no se podía juzgar y peor condenar y al respecto el fallo en la parte pertinente expresa:

[...] QUINTO: [...] por lo dispuesto en los Arts. 25 y 251 del Código de Procedimiento Penal [CPP] se establece que: “si no hay acusación Fiscal no hay juicio”. La acusación fiscal en base a las pruebas actuadas constitucionalmente en la audiencia de juzgamiento debe hacerla el Fiscal en su primera intervención en la primera intervención en la fase de debate, conforme a lo establecido en los Arts. 302 y 303 del CPP, de tal modo que, si en el debate el fiscal resuelve no acusar por no encontrar fundamento, como ocurre en el presente caso, el Tribunal Juzgador no podía acusar a la acusada sino simplemente limitarse a expedir la sentencia absolutoria en base a dicha abstención del Fiscal, en aplicación del principio dispositivo que garantiza la imparcialidad del juzgador, obligando a pronunciarse solamente sobre la acusación del

Fiscal y en ningún caso puede juzgar si éste no presenta la acusación fundamentada en base a pruebas en la fase de debate [...]

En el sistema procesal oral acusatorio es momento clave del mismo la acusación fiscal, sustentada en pruebas constitucionalmente actuadas, ya que las que han sido actuadas violando la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria; el fallo retoma estos importantes principios y los enfoca desde la óptica del principio dispositivo por el que el juez asegura su imparcialidad ya que sólo se pronuncia sobre la materia de la acusación fiscal y según las pruebas actuadas y controvertidas en juicio, en sentencia, condena o absuelve.

La separación de funciones entre fiscal y juez de garantías es fundamental en el proceso penal ya que ello garantiza que el poder requirente que tiene el fiscal se ve controlado por la jurisdicción del juez, quien juzga lo actuado en juicio por parte del fiscal, que es parte procesal por ello el juez no se halla sometido indefectiblemente a la acusación que formule el fiscal porque esta debe ser probada; a la vez que al Juez de Garantías Penales le está vedado suplir el papel del Fiscal y emitir acusación, lo cual distorsiona el sistema procesal acusatorio volviéndolo inquisitivo. El principio dispositivo juega un rol capital en relación al derecho de defensa ya que ante la abstención de acusación del fiscal, el juez de Tribunal Penal no tiene otra alternativa que no sea la absolución de la persona que está libre de la acusación fiscal.

Por lo tanto cuando hay acusación fiscal el Juez pluripersonal penal de garantías debe someterse a la acusación formulada, que implica la tipificación del delito atribuido al acusado, precautelando que esta se halle debidamente sustentada en pruebas que confirmen los hechos sometidos a juzgamiento y que no se violen derechos como el de defensa que examinamos. Este es el caso de la última sentencia tomada para la elaboración de la línea, obedeciendo al mismo patrón fáctico propuesto, este es el caso de la Resolución Nro. 072-2009, Juicio Nro. 592-GG-2007, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial serie XVIII Nro. 6. P. 2189 a 2193.

6. Resolución 901-2013 del juicio 528-2013 la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en la ratio decidendi indica que:

Para considerar que existe violación del derecho a la defensa en el juicio, debe afectarse el principio de congruencia o compatibilidad y adecuación existente entre el hecho imputado en el proceso y la sentencia. Así, los hechos imputados en la formulación de cargos deben guardar pertinencia con los hechos fácticos por los cuales se formula la acusación fiscal; de igual forma, los cargos por los cuales fiscalía formula la acusación son los hechos taxativamente definidos por los que debe llamarse a juicio. El tipo penal que forma parte del requerimiento de llamamiento a juicio, con todas sus circunstancias, ya sean agravantes o atenuantes, constituyen el límite fáctico del juicio y, por ende, de la futura sentencia. Es decir, el auto de llamamiento a juicio fija los hechos, de los que el tribunal no puede apartarse. Entender lo contrario implica desvirtuar el sustrato o cambiar el tipo penal por el cual se sustanció el proceso

De esta resolución se aprecia la consideración de que los hechos imputados en la formulación de cargos, que los cargos por los que se formula la acusación fiscal son los hechos que taxativamente definidos son por los que debe llamarse a juicio; y estos hechos deben guardar compatibilidad, pertinencia y adecuación con el tipo que forma parte del requerimiento de llamamiento a juicio y esto porque constituyen el límite fáctico del juicio y de la sentencia. Con razón la Corte señala que el auto de llamamiento a juicio fija los hechos de los que el tribunal no puede apartarse; y esto *viz a viz* con el derecho a la defensa implica su violación si no existe tal compatibilidad, pertinencia y acusación.

7. Fallo de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia sobre la materia Principio de congruencia en el proceso penal, Jurisprudencia Ecuatoriana, Ciencia y Derecho; periodo enero 2013-diciembre 2013, P11 y 112

Sobre la base de tres fallos coincidentes y reiterativos constantes en los juicios: 800-2013 (ocultamiento de cosas robadas o hurtadas, seguido por la Fiscalía en contra de Juan Gabriel Triana Rosado), 29-2013 (encubrimiento de transporte de cocaína, seguido por Fiscalía en contra de Eugenio Faidán Espinoza Delgado), 290-2012 (homicidio culposo por heridas o golpes a la víctima seguido por Marco López en contra de Martha Leonila López Silva y Luís Remberto Contreras Sánchez)

Las situaciones fácticas y reiterativas sobre un mismo punto de derecho son:

El cambio de tipo penal realizado por el juzgador mediante sentencia, inminentemente con posterioridad a la defensa del procesado, implicaría una vulneración a los derechos del procesado, de equiparable magnitud a la reformulación de hechos por los que se le juzga.

[...] el cambio drástico de tipo penal podría dejar sin efecto la defensa del procesado, al generar que sus argumentos esgrimidos para enervar aquellos que fueron vertidos por el fiscal de la causa no sean adecuados para contrarrestar la inexistencia de los de los elementos de un nuevo tipo penal por el que se lo acusa o condena, generando en el proceso una carga procesal que no le corresponde;

Se puede realizar el cambio de tipo penal al momento de juzgar al procesado siempre que no se altere los hechos por los que se investigó, llamó a juicio y se juzgó al procesado pues se debe mantener la congruencia fáctica; no se debe alterar la el bien jurídico protegido, de aquel que fue utilizado por el fiscal para acusar desde la etapa intermedia del proceso al encartado, al que consigna efectivamente el juzgador en su providencia. Este requisito deviene de<sup>3</sup> los límites impuestos al órgano jurisdiccional, cuando efectivamente aplique el principio iura novit curia; y lo más importante se debe mantener la viabilidad de la defensa realizada por el procesado es decir que los argumentos presentados por éste para desvirtuar su autoría o participación, dentro de los hechos que se le imputan, sirvan tanto para defenderle del tipo penal acusado por el fiscal, como de aquel que el juzgador intenta aplicar en su resolución.

El fallo de triple reiteración nos revela la relevancia que se le otorga al derecho a la defensa y para ello proscribire toda conducta que revele una reformulación de los hechos; que el cambio drástico en el tipo penal puede dejar sin efecto la defensa del procesado al generar que los argumentos presentados no puedan enervar los mostrados por el fiscal y no poder contrarrestar la inexistencia de los elementos del nuevo tipo penal lo que genera una carga procesal que no le corresponde; pero, reconoce que si se puede realizar un cambio de tipo penal siempre y cuando se guarde la congruencia fáctica y no se altere el bien jurídico protegido procurando mantener la viabilidad de la defensa dentro de los hechos que se le imputan para que se pueda defender del tipo penal que el fiscal acusa y del que el juzgador aplicará en sentencia.

## Capítulo Tres

### Caso paradigmático: cierre de la Mutualista Sebastián de Benalcázar

Los hechos: con fecha siete de mayo del 2008 se decretó, por parte de la Junta Bancaria presidida por la entonces Superintendente de Bancos, el cierre de la Mutualista Sebastián de Benalcázar tras haberla declarado en insolvencia por presentar un patrimonio técnico del -6%, pese a que el mínimo requerido es el 9% conforme lo dispone el Art. 47 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero<sup>132</sup> (CLGISF), producido por una supuesta sobrevaloración de activos entre otros factores negativos que ocasionaron la crisis de la institución<sup>133</sup>. La otra versión de los hechos, en gran parte compartida por las defensas de los procesados y procesadas, se socializó a través del libro “El riesgo de las sabandijas” de autoría de Teresa Minuche de Mera<sup>134</sup> donde de forma técnica se establece que la Mutualista *se debió salvar* y sobre los hechos se establece como *se pisoteo el principio de inocencia*<sup>135</sup> de todos los procesados.

Se inicia la indagación previa para el esclarecimiento del hecho antes indicado, sin perjuicio que en aplicación del Art. 93 CLGISF, la Superintendente pone en conocimiento del Fiscal General del Estado los indicios sobre el perpetramiento de un delito relacionado con las actividades de las instituciones del sistema financiero y se remitieron los informes de auditoría y jurídicos que supuestamente sustentan los hechos del caso. En la instrucción fiscal, las novedades no cesaron sobre todo en el sentido de

---

<sup>132</sup> Codificación s/n, R.O. 250 del 23 de enero del 2001

<sup>133</sup> Los otros factores que desencadenaron la crisis según la acusación son: que la sobrevaloración se hizo constar en la contabilidad duplicando valores para generar un excedente financiero que aparezca como utilidades aún no generadas con lo que se aparentaba un patrimonio técnico solvente, y que las utilidades eran supuestamente tomadas por los administrativos con fines y provecho personales con anticipos a jubilaciones sin respaldo, la contravención al Art. 195 CLGISF, que las auditorías supuestamente no realizaron observaciones, que la mutualista no revelaba un capital técnico real, que supuestamente observaban una especie de ocultación en los libros financieros, que se hacían préstamos entre los proyectos para utilizar los dineros, que se trataba de crear una distorsión, que se realizó un trabajo práctico de auditoría por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros en lo legal y contable. Estos datos son tomados del numeral 7.1. de la sentencia de mayoría dictada dentro del juicio penal 2009-0067.

<sup>134</sup> Teresa Minuche de Mera, *El riesgo de las sabandijas, cronología y entretelones de una calumnia instrumentada*, (Guayaquil: Editorial Goberna, 2010).

<sup>135</sup> Teresa Minuche de Mera, *El riesgo de las sabandijas, cronología y entretelones de una calumnia instrumentada*, 211.

que los procesados advirtieron serias dificultades para acceder a los documentos del expediente de fiscalía para poder ejercer su derecho a la defensa<sup>136</sup>. Tras la instrucción fiscal, el representante de Fiscalía acusó por escrito<sup>137</sup> y en audiencia preliminar el delito tipificado en el literal e) del Art. 132 de la CLGISF<sup>138</sup> sancionado para el caso en concreto por el segundo inciso del Art. 576<sup>139</sup> (sic) del Código Penal, esto es quiebra culposa y la Jueza Octava de lo Penal de Pichincha dictó auto de llamamiento a juicio<sup>140</sup> por el delito acusado por Fiscalía contra algunos de los procesados y también dictó autos de sobreseimiento contra otros.

Del indicado auto de llamamiento a juicio se interpusieron sendos recursos de apelación<sup>141</sup>, cuya sustanciación, tras sorteo, recayó en la Primera Sala de lo Penal de la entonces Corte Superior (hoy Provincial) de Justicia de Quito la misma que, *violentando el procedimiento cambió el delito tipo [...] se produjo una violación al trámite[...]*<sup>142</sup>, revocando el auto de llamamiento a juicio por quiebra culposa así como los autos de sobreseimiento y dictando en cambio auto de llamamiento a juicio por el delito de Peculado tipificado en el Art. 257 del Código Penal, sin haber sido este el objeto de los recursos de apelación planteados, así como tampoco fue el peculado la materia de la acusación presentada ante la Jueza Octava de Garantías Penales. Hubo por parte de la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia un fallo incongruente entre lo solicitado

---

<sup>136</sup> La contadora de la Mutualista, El riesgo de las sabandijas p. 231; Teresa Minuche de Mera *Ibidem* p. 213 y otros casos más que se pueden revisar en la obra en relación.

<sup>137</sup> El Dr. Jorge Cano, Fiscal de la unidad de investigaciones financieras del Ministerio Público, con fecha 26 de noviembre del 2008 presentó a la Jueza Octava de lo Penal de Pichincha el respectivo dictamen fiscal en la investigación llevada a cabo por “*INFRACCIÓN AL SISTEMA FINANCIERO*” [sic]. Este dictamen que fue presentado mediante oficio 460-UEIF-MP consta a partir de fojas 29.346.

<sup>138</sup> Cuando una institución del sistema financiero sea declarada en liquidación forzosa, se presumirá que es consecuencia de actos fraudulentos cometidos por los directores, administradores, funcionarios o empleados que hubiesen participado en el cometimiento de cualquiera de los siguientes actos: [...] e) Si hubiesen ocultado, alterado fraudulentamente, falsificado o inutilizado los libros o documentos de la institución [...] Los delitos establecidos en este artículo son de acción pública, sin perjuicio de la obligación de la Superintendencia de poner el hecho en conocimiento del respectivo agente fiscal. Los actos establecidos en este artículo configuran el delito tipificado en el artículo 576 del Código Penal en lo que se refiere a la quiebra fraudulenta.

<sup>139</sup> Los comerciantes que, en los casos previstos por las leyes, fueren declarados culpables o responsables de quiebra, serán reprimidos: Los de quiebra culpable, con prisión de uno a tres años [...]

<sup>140</sup> Fs. 30506 a 30563

<sup>141</sup> En ese entonces era procedente interponer recurso de apelación del auto de llamamiento a juicio, lo cual después de las reformas del 2009 es imposible hacer porque la ley procesal reformó el Art. 343 CPP

<sup>142</sup> Entrevista realizada al abogado Reinaldo Varea, defensor de uno de los procesados en el caso de la Mutualista Sebastián de Benalcázar, el día 14 de marzo del 2014. El abogado agrega que esa violación de trámite *hoy por hoy es difícil encontrar una salida sin que sigan mediando violaciones de garantías de los procesados*

y lo resuelto, lo que no se justifica porque incluso Fiscalía no apeló del indicado auto y se suponía que el juicio debía darse por el delito acusado por Fiscalía: quiebra culposa.

El juicio penal se sustanció ante el Tribunal Quinto de lo Penal de Pichincha<sup>143</sup> y, en la misma, al momento de presentar su teoría del caso, Fiscalía acusó por el delito de Peculado<sup>144</sup>, materia del auto de llamamiento a juicio dictado por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito<sup>145</sup>, sin pronunciarse sobre su inicial acusación de quiebra culposa; el abogado Varea señala que el Fiscal en esa misma audiencia “no hizo respetar la competencia y autonomía de fiscalía frente a la resolución de la Corte Superior [...] se transgredió garantías constitucionales de todos los procesados, porque como bien sabemos, el actual sistema penal es acusatorio no inquisitivo [...]”<sup>146</sup>

La audiencia de juzgamiento tuvo una duración de treinta días, empezando desde el día 14 de febrero del 2011 a las 09h00, concluyendo en la tarde del día 15 de marzo; en esta audiencia se pudo percibir con total claridad como el Fiscal estaba condicionado por el fallo de la Corte Superior, con lo cual se estableció de entrada que se había producido en el caso una ruptura de la independencia y objetividad de Fiscalía que buscaba sostener una acusación que no había formulado; adicionalmente, conforme el cuaderno diario, se apreciaron varios incidentes entre los cuales se puede enunciar que el primer día de la audiencia hubo una gran cantidad de personal de la Superintendencia de Bancos y Seguros que dentro del público asistente hacían las veces de secretarías y que tras escuchar los testimonios se trasladaban al lugar donde se encontraban los demás testigos y les contaban lo que sucedía en la audiencia lo cual llevo a plantear un incidente dentro de la audiencia que terminó con el llamado de atención por parte del Presidente del Tribunal Penal<sup>147</sup>, ya que se conforme el Art. 282 CPP los testigos deben estar incomunicados y lo procedente hubiera sido que el Presidente disponga la

---

<sup>143</sup> Juicio Penal Nro. 17245-2009-0067.

<sup>144</sup> Indicando que *trataría de probar el delito de peculado establecido por la Primera Sala de la Corte Superior*. Cuaderno diario realizado en la audiencia de juzgamiento del juicio penal 17245-2009-0067 a partir del 14 de febrero del 2011.

<sup>145</sup> Juicio penal Nro. 420-2009.

<sup>146</sup> Entrevista abogado Reinaldo Varea

<sup>147</sup> Con los cual al día siguiente ya no se observó en la sala del tribunal todo ese gran personal de secretaría de la Superintendencia de Bancos y Seguros (SBS), aunque durante todos los días de la audiencia se observó la presencia de un abogado de la SBS que vigilaba el desarrollo de la audiencia

exclusión de los testigos que estaban siendo informados del desarrollo de los testimonios de la audiencia, no obstante, esto último no sucedió.

El Art. 294 CPP establecía que los jueces y las juezas *podrán*, una vez concluida la declaración del testigo o perito, interrogarles para que amplíen o aclaren puntos esenciales de su declaración; no obstante lo señalado, se dio el caso que el Presidente del Tribunal, justificándose públicamente como un ex abogado bancario y conocedor del tema, dirigía a los testigos en los interrogatorios de fiscalía, no con la finalidad de ampliar o aclarar puntos esenciales, sino con la finalidad de que consignen información que con el interrogatorio directo de fiscalía no había aflorado; y, en los conainterrogatorios a los testigos de fiscalía se impidió a los abogados de la defensa realizar con total libertad su ejercicio del contradictorio ya que el indicado Juez, interrumpiendo al Abogado, volvía a plantear la pregunta del conainterrogatorio con explicación incluida<sup>148</sup> quitando espontaneidad a la declaración. Al respecto se presentó una anécdota cuando el Dr. Estuardo Heredia formuló una pregunta al perito de fiscalía en el conainterrogatorio el Juez se adelantó a contestar lo cual motivó al abogado a “agradecer” al juez por darle contestando la pregunta al perito<sup>149</sup>.

Otro hecho anecdótico se produjo cuando en el conainterrogatorio al testigo experto de fiscalía Mirian Maldonado, que se entiende se lo puede realizar con preguntas sugestivas que no requieren respuestas abiertas o explicativas sino que con un sí o un no o con un verdadero o falso (dependiendo de la forma como se plantee la pregunta, además que es el abogado que conainterroga el encargado de guiar la declaración) responden la pregunta planteada, Fiscalía se “mandó” la objeción de que no se admiten como respuestas monosílabos lo que para sorpresa de todos fue calificado por el juez admitiendo la objeción<sup>150</sup>.

Fiscalía llevó como testigo un perito contable<sup>151</sup> para que supuestamente estableciera el perjuicio económico y quienes se habían aprovechado de tal perjuicio;

---

<sup>148</sup> Explicación que ni a modo de introducción había presentado el abogado de la defensa.

<sup>149</sup> Esta información consta en el cuaderno diario, llevado a propósito de la audiencia, además que obra en las grabaciones de audio en casete de la audiencia.

<sup>150</sup> A esto se deben sumar las injustificadas mofas del Juez Presidente que no estaban formuladas con la finalidad de ser considerada como una medida para garantizar el normal desenvolvimiento de la audiencia (Art. 283 CPP). Cuaderno diario.

<sup>151</sup> Ing. Luís Camacho

pero, al conainterrogatorio del Dr. Varea el perito reconoció que no hubo perjuicio y que si no hubo perjuicio ninguno de los procesados se pudo haber aprovechado patrimonialmente y reconoció *¡que se equivocó!, ¡que se le escapó!*<sup>152</sup>; lo cual provocó que otro de los abogados litigantes exigiera al Juez Presidente que el testigo sea detenido conforme lo dispone el Art. 293 CPP, porque juramentado como estaba era notorio y evidente que estaba faltando contra la verdad pero, el Juez Presidente no atendió las justas y motivadas solicitudes de la defensa.

El Dr. Varea recuerda en la entrevista que incluso se angustió a la defensa ya que en su caso, el Juez Presidente, lo interrumpió en su alegato de clausura lo cual produjo una discusión entre los miembros del tribunal ya que el Dr. Luís Fernández Piedra, Juez del Tribunal, reclamó al Juez Presidente que no interrumpa ni angustie la defensa y que le permitiera terminar su alegato.

Al final de una larga audiencia de juzgamiento que duró 30 días el fiscal formuló acusaciones por el delito de peculado y una abstención de acusar; el Tribunal no deliberó de inmediato y estableció que por la complejidad del caso se tomaría un tiempo para resolver la causa, descatando lo dispuesto en el Art. 306 CPP, más es el caso que transcurrieron más de siete meses y el abogado defensor Dr. Emiliano Donoso, presentó la respectiva demanda de recusación<sup>153</sup> contra los jueces del Tribunal Quinto de Pichincha Doctores José Hugo Eduardo Sierra Gallardo y Chacha, quienes a sabiendas de que fueron demandados<sup>154</sup> con la demanda de recusación y ello provocaba la suspensión de su competencia en el juicio penal de peculado en análisis, conforme lo dispone el At. 164 del COFJ, dictan sentencia contra los procesados con fecha 5 de diciembre del 2011, siendo el normal efecto de tal transgresión la nulidad de la sentencia condenatoria dictada cuando los jueces se hallaban impedidos de hacerlo ya que su competencia se encontraba suspendida, adicionalmente el Ab. Donoso fue objeto de vejaciones por parte del Juez Presidente del Tribunal Quinto y por ello,

---

<sup>152</sup> Entrevista y cuaderno diario

<sup>153</sup> Juicio de recusación 121-2011 presentado ante el Dr. Luís Alberto Fernández Piedra, Juez no recusado del Tribunal Penal Quinto; posteriormente, el indicado juez se inhibió de seguir conociendo la causa y remitió a la sala de sorteos, disponiendo la nulidad de lo actuado en el juicio de recusación ante el Tribunal Quinto, correspondiendo la tramitación al Tribunal Primero de Pichincha

<sup>154</sup> El 18 de octubre del 2011

conjuntamente con la jueza Pachacama fueron destituidos de sus cargos. Este es otro elemento que demuestra la falta de imparcialidad de los jueces.

Así las cosas, se debe destacar que aun cuando los jueces Sierra y Pachacama dictaron sentencia condenatoria contra los procesados, el Dr. Luís Fernández Piedra en voto salvado ratificó el estado de inocencia de todos ellos y realizó importantes consideraciones sobre el cambio de calificación jurídica realizado por la Primera de lo Penal de la entonces Corte Superior de Justicia<sup>155</sup>, sobre la investigación realizada por fiscalía refiriéndose a su superficialidad y que:

[...] se remitió a aspectos netamente administrativos y no financieros. Con la mala investigación del fiscal, que ha presentado testigos de supuesto cargo, que terminaron siendo testigos de descargo, se ha desvanecido la acusación, porque ninguno de dichos testigos han manifestado quien de los procesados se ha beneficiado con los dineros de la Mutualista, en que cantidad perjudicó a la institución, cómo la realizaron, por el contrario se ha establecido que no hubo perjuicio económico alguno en las actuaciones de los procesados<sup>156</sup> y al referirse a los peritos de la SBS precisa que Sus informes pecan de superficialidad en su labor, cuando reiteradamente los peritos, funcionarios de la Superintendencia de Bancos expresaron que no existe perjuicio económico a la Mutualista, que solo expresaron recomendaciones para el presente y para el futuro de conformidad a los reglamentos y a la ley, pero que no pueden señalar si hay o no perjuicio económico y quién o quiénes fueron los beneficiarios<sup>157</sup>.

La sentencia de mayoría que fuera anulada tiene errores de mala fe de transcripción de lo ocurrido en la audiencia cuando, respecto de la intervención del defensor de la procesada Matilde Encalada en el alegato final señala que [...] quien dice que el fiscal ha determinado que ha probado la existencia de la infracción de peculado determinado en el Art. 257[...]", lo cual no tiene *sindéresis* con el resto de la exposición transcrita en la sentencia en la que si se da cuenta de la teoría de inocencia planteada

---

<sup>155</sup> En la hoja 266 “[...]se ha violado el debido proceso, por cuanto la acusación oficial del estado, representada por el Dr. Jorge Cano Racines, se lo hace por el delito previsto en el Art. 132 literal e) de la Codificación a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y posteriormente en virtud de la apelación, es la Sala de lo Penal de la Corte Provincial quien tipifica un nuevo delito por el que se ha juzgado, esto es el delito de Peculado previsto en el Art. 257 del Código Penal lo cual indudablemente ha dejado en verdadera indefensión a los procesados; y se ha transgredido el sistema procesal, por cuanto la acusación oficial del estado solo compete en forma exclusiva a la Fiscalía General del Estado, conforme nuestras reglas procesales constitucionales, y a la jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es vinculante para los estados partes y para todos los Jueces, y al haberse atribuido la Sala Penal estas facultades, además de desnaturalizar las reglas del debido proceso y del sistema procesal, incide en la indefensión de los procesados[...]"

<sup>156</sup> Sentencia, Voto Salvado, p. 263

<sup>157</sup> Sentencia, *Ibíd*em, p. 264

dado que no se demostró por parte de fiscalía la existencia del delito y menos aún la responsabilidad de la auditora interna.<sup>158</sup>

Los hechos evidencian que los procesados atravesaron por incertidumbre<sup>159</sup> en relación al delito por el que se debían defender lo cual demuestra que la imputación ni acusación fueron las adecuadas para conocer los hechos penalmente relevantes en función al tipo penal acusado en base al se debe plantear la defensa; y si bien es cierto que la defensa pudo presentar prueba y expuso los argumentos de los que se creía asistido para su defensa, no es menos cierto que el haberse dado lugar al cumplimiento de tal formalidad, la materialidad del derecho a la defensa se vio afectada.

El Fiscal en la audiencia de juzgamiento al presentar su teoría del caso no lo hizo sobre una base fáctica y jurídica sosteniendo la primera acusación [quiebra culposa] sino la acusación presentada por la Sala de lo Penal de la Corte Superior [peculado], con lo cual el mismo Ministerio Público vulneró el principio de separación de funciones requirente y jurisdiccional, al asumir implícita e ilegalmente el auto dictado por la Sala de la Corte Superior como acusación cuando no es una acusación fiscal dado que los jueces no están investidos del poder requirente de los fiscales.

Se rompió con la independencia interna del proceso cuando el Fiscal hizo suya una acusación de peculado realizada por la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Quito, que jamás fue realizada por Fiscalía y si no hubo acusación de Peculado (en base a la cual se requirió el llamamiento a juicio), no podía haber juicio por peculado. Además que se rompió con el principio acusatorio ya que la Sala de la Corte Superior actuó como Fiscal y como Juez dando a la sustanciación de la apelación un tratamiento propio del procedimiento inquisitivo que es contrario al sistema procesal garantista que supuestamente representaba el Código de Procedimiento Penal.

Quien terminó acusando fue la Corte Superior, ya que el fiscal, sin ningún reparo, adoptó como suyos los hechos y calificaciones jurídicas del nuevo auto de llamamiento a juicio por peculado, como si se tratara de una acusación fiscal; sin embargo, si la acusación fiscal original, quiebra culposa, ya tenía un vicio de yerro de

---

<sup>158</sup> Sentencia, p. 112 y 113

<sup>159</sup> ¿Si no era infracciones al sistema financiero entonces eran infracciones contra la LGISF y si no fue esto, entonces fue quiebra culposa y si no fue esto, entonces fue peculado?

tipicidad, por el principio de irretractabilidad, que debe observarse a lo largo del proceso, correspondía al fiscal acusar por ese delito y no por el de peculado fijado por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Quito. Esto me lleva a concluir que en el caso no hubo acusación fiscal, y si no hay acusación fiscal, no hay juicio.

## Conclusiones

El proceso penal no existe sino para evitar, impedir la condena de un inocente, por lo que debe ser garantía de verdad y libertad, por ello el proceso penal es una suerte de adelantamiento de barreras contra la ilegalidad y la arbitrariedad. El derecho de defensa del procesado o acusado tiene su antecedente en el estado de inocencia del procesado el cual permanece incólume hasta que haya sentencia condenatoria ejecutoriada que diga lo contrario.

El derecho de defensa o más claro la defensa dentro del proceso penal permite configurar esa lógica dialéctica donde no solo cuenta la acusación y las pruebas del fiscal sino que también cuenta la oposición presentada, y las pruebas que el acusado presente para controvertir las de Fiscalía y de esa forma dar la oportunidad al Tribunal Penal de sentenciar lo “más correcto” posible. El Tribunal de Garantías Penales no puede decretar la existencia material de la infracción ni la responsabilidad penal si Fiscalía no ha probado, más allá de la duda razonable, en el grado de certeza, su acusación; así como tampoco puede condenar si el acusado no ha contado con una defensa técnica adecuada; es decir, acusación y defensa son presupuestos esenciales para dictar una condena. La inocencia no se demuestra ni se verifica porque es un estado de la persona pero, la defensa se la debe actuar, ejercitar ante el Tribunal para que éste cuente con información de calidad, debidamente contrastada por los sujetos procesales.

Entonces, la acusación fiscal contra una determinada persona, por el principio acusatorio, forma el objeto del proceso penal, en base al se da lugar al ejercicio del derecho de defensa; pero tal ejercicio no corresponde a una actividad sujeta al azar, esta es una actividad estratégica, de análisis, que se la realiza no solo en la etapa de juicio sino también durante la investigación, por la cual es de suma importancia que los hechos imputados y luego acusados por Fiscalía estén debidamente intimados al procesado o acusado para que pueda iniciar su defensa.

El ejercicio estratégico del juicio se lo hace a través de la Teoría del caso y esta debe corresponder y ser congruente con el objeto del proceso penal acusatorio (principio de igualdad de derechos o igualdad de armas) fijado por la imputación y la acusación, de modo que la parte fáctica, jurídica y de evidencias tiene que ser constante durante la

tramitación del proceso y por ello, no es admisible los cambios de acusación, debido a que afectan gravemente a la formulación inicial que debe cambiar en función de los nuevos hechos o calificación jurídica realizados, lo cual trae el peligro de hacer planteamientos contradictorios en la teoría lo que afectará decididamente la actividad de defensa ante el juez o tribunal de Garantías Penales.

Una vez que la acusación del fiscal fijó la base fáctica y jurídica (la pretensión punitiva) sobre la que el Tribunal de Garantías Penales ha de pronunciarse, lo que se conoce como el objeto del proceso, en el que se deben considerar las defensas planteadas, se dice que ese es el límite que no puede ser desbordado por el Tribunal al momento de resolver; al respecto, un sector de la doctrina que podríamos decir mayoritario, precisa que lo que no puede cambiar es la base fáctica de la acusación pero si la calificación jurídica por el principio *iura novit curia*, es decir que es atribución del Tribunal sentenciador cambiar en sentencia la calificación jurídica, esto es, fijar un delito diferente al acusado y sobre el que se litigó. Si como vimos en el numeral anterior, ese hecho es inadmisibles en la investigación o juicio, es más grave si se da directamente en sentencia sin haber informado a la defensa y dado la oportunidad de defenderse sobre la nueva calificación. De allí la trascendencia que en el procedimiento se observe la congruencia en la atribución del hecho fáctico al procesado y acusado (no a personas a determinar en juicio).

Existe incongruencia en los siguientes casos: 1. cuando se condena a una persona que no fue oportunamente intimada y acusada con la acusación fiscal; 2. Cuando se sentencia por una cuestión de hecho no atribuida ni acusada oportunamente; 3. Cuando se desborda la tipicidad de la acusación fiscal; 4. Cuando la calificación del Tribunal difiera más gravemente de la presentación a por el fiscal, cuando la calificación legal contenga elementos descriptivos o normativos que otorguen al suceso un alcance diferente agravando la situación del acusado y que no fueron conocidos oportunamente por defensa; 6. Cuando se viola la prohibición de interpretación en malam parte contra el procesado o acusado; 7. Cuando existe una acusación fiscal defectuosa; 8. Cuando se cambia de infracción dolosa a culposa o viceversa.

Se busca evitar las sorpresas a la defensa mediante el apareamiento de nuevos o distintos hechos o calificaciones jurídicas de hechos que no fueron materia de la

imputación y de la acusación tratada en juicio, dado que ello generaría incertidumbre al no saber sobre que defenderse – ¡nadie se puede defender de lo que desconoce!- y la correspondiente imposibilidad de efectuar una adecuada defensa material del procesado o acusado en el proceso penal. ¡¡¡Debe quedar claro que el juicio penal no es el escenario donde el ilusionista saca conejos del sombrero!!!

La búsqueda de la verdad y la realización del valor justicia dentro del proceso penal no se puede dar a costa de la inviolabilidad del derecho a la defensa y de la prohibición de indefensión que es inherente a la dignidad humana y los derechos humanos de las personas que son sometidas al proceso; por ello uno de los elementos esenciales para poder ejercer el derecho a la defensa por parte del procesado es ser debidamente informado de la acusación y que, en tal circunstancia, se debe producir la secuencia intimación-acusación-sentencia que no es sino el hecho de que la imputación que luego será acusación marque sin variación el contenido de la sentencia, porque en función de los dos primeros se conforma el ejercicio del derecho de defensa.

Los sistemas regionales de Administración de Justicia en materia de Derechos Humanos de América (Corte Interamericana de Derechos Humanos) y de Europa (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) se han ocupado del tema de la congruencia que debe existir entre acusación fiscal y sentencia condenatoria y han establecido el adecuado e irrestricto ejercicio del derecho de defensa, primando los requerimientos de: 1. comunicación detallada y precisa de la acusación; y 2. contar con todos los medios posibles para la preparación de la defensa y así resistir la acusación fiscal.

El análisis de las sentencias pronunciadas por la entonces CSJ, actual CNJ, sobre el error de tipificación o tipicidad dan lugar a la siguiente línea jurisprudencial:

Las resoluciones analizadas se alinean en el sentido de establecer que el yerro en la tipificación del delito en el proceso penal si afecta el derecho de defensa en el proceso penal;

Los fallos estudiados determinan una doctrina que se la puede resumir así: el derecho de defensa es inviolable, que un dictamen fiscal acusatorio que yerra en la tipificación del delito carece de motivación, que el yerro en la tipificación perjudica al justiciable y el error puede ser enmendado pero no a costa del derecho a la defensa, que

no puede haber certeza sobre la responsabilidad penal si hay dudas sobre la tipificación del delito, dado que no cabe presentar pruebas para la defensa de un delito y luego ser condenado por otro, que en el sistema procesal penal oral acusatorio juega un rol importante en favor del derecho de defensa el principio dispositivo por el cual el juez pluripersonal penal no puede ir más allá de lo que el dictamen fiscal propone sea acusando o absteniéndose de acusar, controlando de dichos dictámenes las garantías en juego en el proceso penal.

El caso del cierre de la Mutualista Benalcázar es paradigmático ya que en los hechos la violación de trámite, la falta de imparcialidad de los juzgadores y las transgresiones al derecho de defensa de los procesados quienes pasaron por incertidumbre en relación al delito por el que se debían defender lo cual demuestra que la imputación ni acusación fueron las adecuadas para conocer los hechos penalmente relevantes constitutivos del delito de peculado para defenderse; y si bien es cierto que la defensa pudo presentar su prueba y exponer los argumentos para su defensa, no es menos cierto que su libertad probatoria se vio perjudicada por jueces con manifiesta carencia de imparcialidad.

Jurídicamente es paradigmático porque inicialmente se realizaron imputaciones y luego se hicieron vinculaciones por “violaciones contra la ley general de Instituciones del Sistema Financiero”. Después, Fiscalía presentó su dictamen fiscal acusatorio por el Art. 132 literal e) de la LGISF (tipo penal doloso) en concordancia con el segundo inciso del Art. 576 del Código Penal que sanciona la quiebra culposa (tipo penal culposo); se dictó auto de llamamiento a juicio por este último delito, se apela de este auto y los jueces ad quem revocan el auto anterior y dictan uno nuevo por el delito de peculado, en la audiencia de juicio el fiscal acusó por este último delito, cuando no presentó ninguna imputación por el mismo. Si bien es cierto que la base fáctica no cambió, no es menos cierto que hubo incertidumbre en cuanto la congruencia, en cuanto a la calificación jurídica, que debe haber en la secuencia imputación, acusación, sentencia.

Quien terminó acusando es la Corte Superior, ya que el fiscal, sin ningún reparo, adoptó como suyos los hechos y calificaciones jurídicas del nuevo auto de llamamiento a juicio por peculado, como si se tratara de una acusación fiscal; sin embargo, si la

acusación fiscal original, quiebra culposa, ya tenía un vicio de yerro de tipicidad, por el principio de irrevocabilidad, que debe observarse a lo largo del proceso, correspondía al fiscal acusar por ese delito y no por el de peculado fijado por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Quito. Esto me lleva a concluir que en el caso no hubo acusación fiscal, y si no hay acusación fiscal, no hay juicio.

## Bibliografía

### Publicaciones

- Abalos, Raúl Washington. *Derecho Procesal Penal*, Tomo III. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993.
- Albán Gómez, Ernesto. “La fiscalía en el proceso penal ecuatoriano”, en Antonio José Cancino Moreno, comp., *Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Armenta Deu, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos, una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales, 2013.
- Baños, Javier Ignacio y Fernando Buján. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Lajouane, 2009.
- Baytelman, Andrés y Mauricio Duce. *Litigio Penal y Juicio Oral*. Santiago de Chile: Ediar editores, 2006.
- Benavente Chores, Hesbert. *La Aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*. Barcelona: Bosch, 2011.
- Bergman, Paul. *La Defensa en Juicio*. Buenos Aires: Abaledo Perrot, 1989.
- Bernal Cuéllar Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. *El Proceso Penal*, Tomo II: Estructura y Garantía Procesales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Bovino, Alberto. *Justicia Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- Cafferata Nores, José I., La Reforma procesal en América Latina en Duque Quinceno, Mauricio y Quinceno Álvarez, Fernando, comp., *Sistema Acusatorio y Juicio Oral*, Bogotá, Editorial Jurídica de Colombia, 2005.
- Claria Olmedo, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- Cano Jaramillo, Carlos Arturo. *Oralidad, Debate y Argumentación*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2007.

- Devis Echandía, Hernando. *Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Ibáñez, 1981.
- Donoso Castellón, Arturo Javier, “Sistema procesal penal ecuatoriano”, en Antonio José Cancino Moreno, comp., *Derecho Penal y Sistema Acusatorio en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Fenech, Miguel. *El Proceso Penal*. Madrid: Ageda, 1982.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Valladolid: Trotta, 1998.
- Fleming, Abel y Pablo López Viñals. *Garantías del Imputado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.
- Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1968.
- Jaén Vallejo, Manuel. *Derechos Fundamentales del Proceso Penal*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004.
- Jauchen, Eduardo M. *El Juicio Penal en el Proceso Oral*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- , *Derechos del Imputado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- Jiménez Martínez, Javier. *El aspecto jurídico de la teoría del caso*. México: Ángel Editor, 2012.
- López Medina, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis, 2006.
- Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, I Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- , *Derecho Procesal Penal, II Parte General: Sujetos Procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- Martí Mingarro, Luis. *Crisis del Derecho de Defensa*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Minuche de Mera, Teresa. *El riesgo de las sabandijas, cronología y entretelones de una calumnia instrumentada*. Guayaquil: Goberna, 2010.
- Montero Aroca, Juan. *Derecho Jurisdiccional, III Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Prieto Sanchís, Luís. *Garantismo y Derecho Penal*. Madrid: Iustel, 2011.

- Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*. 22 a. edición. <<http://www.rae.es/drae/>>
- Reina Alfaro, Luís Miguel. *Litigación oral*. Lima: Jurista editores, 2010.
- Rodríguez, Orlando Alfonso. *La Presunción de Inocencia, Principios Universales*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.
- Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- Tocora López, Fernando. *La Reforma Procesal en América Latina. Capítulo criminológico*. Oct 2005, vol. 33, Nro. 4.
- Uprimny, Rodrigo. Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal, <<http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf> >
- Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, Tomo I. Córdoba: Lerner, 1986.
- , *Derecho Procesal Penal*, Tomo II. Córdoba: Lerner, 1986.
- Villegas Fernández, Jesús Manuel, *Fiscal Investigador contra Juez Instructor, La lógica de la investigación criminal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Zabala Baquerizo, Jorge. *El Debido Proceso Penal*. Guayaquil: Edino, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- Zalamea León, Diego, Reporte del estado de la prisión preventiva en Ecuador en Riego Christian y Duce Mauricio, Dir., y ed., *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina*, Santiago de Chile, CEJA-JSCA, 2009.
- , *Manual de Litigación Penal: audiencias previas al juicio*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador, 2012.

## **Jurisprudencia**

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: Fermín Ramírez Vs. Guatemala. [Sentencia de 20 de junio del 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)]. [http://www.corteidh.or.cr/docs/articulos/serie126\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/articulos/serie126_esp.pdf).
- Ecuador. Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. [Resolución 177-2004, juicio Nro. 19-MV-2003]. Gaceta Judicial, serie XVIII Nro. 1.
- Ecuador. Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. [Resolución 300-06]. Registro Oficial, Suplemento 77, 04 de mayo del 2007.

Ecuador. Tercera Sala de lo penal Corte Suprema de Justicia. [Resolución 58-2006]. Registro Oficial, Suplemento, 339, 17 de mayo del 2008.

Ecuador. Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. [Resolución 412-2007]. Registro Oficial 426, 16 de septiembre del 2008.

Ecuador. Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. [Resolución Nro. 036-2009, juicio Nro. 302-KV-2008]. Gaceta Judicial, serie XVIII Nro. 6.

Ecuador. Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. [Resolución Nro. 072-2009, Juicio Nro. 592-GG-2007]. Gaceta Judicial serie XVIII Nro. 6.

Ecuador. Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. [Resolución 901-2013 del juicio 528-2013]. Cuadernos de Jurisprudencia Penal, Corte Nacional de Justicia 2012-2014.

Ecuador. Pleno de la Corte Nacional de Justicia. [Fallo de Triple Reiteración sobre el Principio de Congruencia en el Proceso Penal]. Jurisprudencia Ecuatoriana. Ciencia y Derecho; periodo enero 2013-diciembre 2013.

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 092-13-SEP-CC, caso 538-11-EP]

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso: *Mattoccia Vs., Italia* [http://hudoc.echr.coe.int/rtsites/eng/pages/search.aspx?i=001-58764#{"itemid":\["001-58764"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/rtsites/eng/pages/search.aspx?i=001-58764#{).

## **Normativa**

Chile. *Código Procesal Penal*. [2000]. [Santiago]. Diario Oficial, Ley Nro. 19696, 12 de octubre del 2000.

Colombia. *Código de Procedimiento Penal*. [2004]. [Bogotá]. Diario Oficial de Colombia, Ley Nro. 906, 31 de agosto de 2004.

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

*Constitución Política de la República del Ecuador*. [1998]. [Quito]. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

*Convención Interamericana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José* [1969].

*Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* [1950].

*Declaración Universal de los Derechos Humanos* [1948].

- Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. [2009]. [Quito]. Registro Oficial, Suplemento, No. 544, 09 de marzo del 2009.
- Ecuador. *Código de Procedimiento Penal*. [1983]. [Quito]. Ley 134 PCL, Registro Oficial 511, 10 de junio de 1983.
- Ecuador. *Código de Procedimiento Penal*. [2000]. [Quito]. Registro Oficial Suplemento 360, 13 de enero del 2000.
- Ecuador. *Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal*. [2003]. [Quito]. Registro Oficial 743, 13 de enero del 2003.
- Ecuador. *Ley reformativa al Código de Procedimiento Penal*. [2009]. [Quito]. Registro Oficial Suplemento 544, 09 de marzo del 2009.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. [2014]. [Quito]. Registro Oficial Suplemento, 180, 10 de febrero del 2014.
- Guatemala. *Código Procesal Penal*. [1992]. [Tegucigalpa]. Diario Oficial, Decreto Nro. 51-92, 28 de septiembre de 1992.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* [1976].