



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

ABOGADO

TRABAJO DE TITUACIÓN

El principio de duda a favor del reo en sentencias no unánimes
de tribunal penal

Autor (a): Ochoa Jaramillo, Cristian Paul.

Director (a): Pacheco Montoya, Emma Patricia

LOJA – ECUADOR

2020



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2020

Aprobación de la directora del trabajo de titulación

Loja, Agosto de 2020

Magíster
Andrea Aguirre Bermeo
COORDINADOR DE LA TITULACIÓN DE DERECHO.
Loja. -

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación denominado: “El principio de duda a favor del reo en sentencias no unánimes de tribunal penal” realizado por el estudiante Cristian Paul Ochoa Jaramillo, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba su presentación. Así mismo, doy fe que dicho trabajo de titulación ha sido revisado por la herramienta antiplagio institucional.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

Firma:

Emma Patricia Pacheco Montoya

C.I: 1103087860

Declaración de autoría y cesión de derechos

“Yo, Cristian Paul Ochoa Jaramillo, declaro y acepto en forma expresa lo siguiente:

- Ser autor del Trabajo de Titulación denominado: “El principio de duda a favor del reo en sentencias no unánimes de tribunal penal”, de la Titulación de Derecho, específicamente de los contenidos comprendidos en: Capítulo 1. Marco teórico, Capítulo 2. Metodología, Capítulo 3. Resultados, Capítulo 4. Discusión de resultados, Conclusiones y recomendaciones; siendo Emma Patricia Pacheco Montoya, directora del presente trabajo; y, en tal virtud, eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones judiciales o administrativas, en relación a la propiedad intelectual. Además, ratifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo son de mi exclusiva responsabilidad.
- Que mi obra, producto de mis actividades académicas y de investigación, forma parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja, de conformidad con el artículo 20, literal j), de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, artículo 91 del Estatuto Orgánico de la UTP, que establece: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.
- Autorizo a la Universidad Técnica Particular de Loja para que pueda hacer uso de mi obra con fines netamente académicos, ya sea de forma impresa, digital y/o electrónica o por cualquier medio conocido o por conocerse, sirviendo el presente instrumento como la fe de mi completo consentimiento; y, para que sea ingresada al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública, en cumplimiento del artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Autor: Cristian Paúl Ochoa Jaramillo

C.I.: 1103890347

Dedicatoria

A mi abuelito, el Dr. Herman Jaramillo Ordóñez,

Quien, con su ardua carrera como jurista, constituye para mi

el ejemplo más claro de que la constancia en el estudio,

la dedicación en la profesión y la pasión por el Derecho;

acompañados de la ética profesional, tienen como resultado

el prestigio judicial de toda una sociedad ambiciosa de conocimiento.

A mi tío, el fiscal Pablo Jaramillo Luzuriaga,

Quien con pequeñas enseñanzas y fascinantes anécdotas

Aportó muchísimo a descubrir mi afinidad e inclinación hacia

El estudio de la dogmática penal, las ciencias penales, el proceso penal,

El Derecho Penal.

Agradecimiento

Agradezco profundamente a mi directora de tesis, Magister Patricia Pacheco Montoya, por su predisposición para evaluar y corregir mi trabajo de tesis, además de compartir la misma fascinación mía por el tema abarcado y el afán de esperar con ansias los resultados en relación con la hipótesis planteada.

Agradezco a mi familia por ser siempre ese motor de motivación que le conlleva a uno a proponer superarse cada día más como persona formada con valores y como estudiante más que de calificaciones sobresalientes, como un estudiante entendido de sus materias, investigador y emprendedor cuando la situación lo amerite.

Agradezco al ex rector José Barbosa Corvacho por apoyarme de manera incondicional con varios proyectos académicos que me permitieron participar en concursos y talleres internacionales que permitieron nutrirme de aprendizajes que hoy con orgullo puedo sacar a relucir en espacios académicos, simposios jurídicos o conversaciones con expertos.

Agradezco a la Universidad Técnica Particular de Loja por su altísimo nivel de docencia, comodidad estructural, herramientas pedagógicas que dotan de dinámica a varias actividades académicas que permiten formar a profesionales que seguramente se destacarán en su área en un futuro muy cercano

Índice de contenidos

Carátula	I
Aprobación de la directora del trabajo de titulación	II
Declaración de autoría y cesión de derechos	III
Dedicatoria	V
Agradecimiento	VI
índice de contenidos	VII
Resumen:	1
Abstract	2
Introducción	3
Capítulo uno	5
MARCO TEÓRICO	5
1.1 El debido proceso	5
1.1.1 Antecedentes históricos.....	5
1.1.2 Conceptualizaciones.....	6
1.1.3 Doctrina garantista.....	8
1.1.4 Concepciones positivas.....	10
1.1.5 Creación de garantías desde el proceso de legislación penal.	11
1.1.6 El debido proceso según la Corte Interamericana de Derechos Humanos	12
1.1.7 Aproximaciones al debido proceso, Corte Constitucional del Ecuador	14
1.1.8 Garantías relativas al proceso penal en el sistema ecuatoriano.....	16
1.2 La infracción penal	21
1.2.1 El comportamiento penalmente relevante.....	21
1.2.2 Delito o infracción penal.....	23
1.2.2.1 Acción punible	23
1.2.2.2 La omisión punible.....	25
1.2.3 Tipicidad	26
1.2.3.1 Atipicidad y error de tipo	27
1.2.4 Antijuricidad	28
1.2.4.1 Antítesis: Causales de exclusión de antijuricidad.....	29
1.2.5 Culpabilidad.....	31
1.2.6 Materialidad, responsabilidad y pena	32
1.3 Principio de duda a favor del reo	35
1.3.1 ¿Qué es un principio jurídico?	35
1.3.2 Ejemplos doctrinarios del principio de duda a favor del reo	36
1.3.2.1 Desde el contexto del juez	38
1.3.3 La duda razonable y el estándar de la prueba	40
1.3.4 Jurisprudencia ¿Qué es el principio de duda a favor del reo?	42
1.3.4.1 La duda razonable para la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	44
1.3.5 Antítesis: Certeza jurídica	45
1.3.6 Clasificación a la duda razonable.....	47
1.3.6.1 Duda fáctica	48
1.3.6.2 Duda formal	48
1.3.6.3 Criterio de oposición a la duda formal	50
1.3.7 El principio de duda a favor del reo en el sistema judicial ecuatoriano	51
1.4 Sentencia: Análisis normativo	53
1.4.1 ¿Qué es una sentencia? ¿Cómo está estructurada?	53
1.4.1.1 La sentencia en el ámbito penal	55
1.4.1.2 La unanimidad como condición sine qua non del jurado para condenar en sistemas penales del Common Law	57

1.4.2 La motivación en la sentencia	60
1.4.2.1 La motivación según la doctrina	61
1.4.2.2 La motivación según la Corte Interamericana de Derechos Humanos	62
1.4.2.2.1 <i>Relación entre la motivación del fallo judicial y el principio de inocencia, según la CIDH.</i>	63
1.4.2.3 La motivación según la jurisprudencia ecuatoriana.....	64
1.4.2.4 La motivación en la ley	67
1.4.3 El error judicial en la sentencia.....	68
1.4.4 El Voto Salvado en la sentencia de tribunal penal.....	69
1.4.4.1 Una mirada al voto salvado europeo (legislación comparada)	73
Capítulo 2.....	75
METODOLOGÍA	75
2.1 <i>Objetivos</i>	75
2.2 <i>Hipótesis</i>	75
2.3 <i>Investigación mixta.</i>	76
2.4 <i>Análisis experimental inductivo</i>	76
2.5 <i>Análisis crítico de información jurídica recopilada</i>	77
2.6 <i>Entrevistas y estudio de caso</i>	77
2.6.1 Grupo de estudio entrevistado.....	78
2.6.2 Estructura de entrevistas:	79
Capítulo 3.....	83
RESULTADOS	83
3.1 <i>Análisis de respuestas a las entrevistas.</i>	83
3.1.1 Sección específica: abogados	91
3.1.2 Sección específica: agentes fiscales	93
3.1.3 Sección específica: jueces de garantías penales	97
Capítulo 4.....	101
Discusión	101
4.1 <i>Contraste con marco teórico.</i>	101
4.2 <i>Respuesta a hipótesis</i>	106
4.3 <i>Comentario Final.</i>	109
Conclusiones	110
Recomendaciones	111
Bibliografía	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
Apéndice	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.

Resumen:

El presente trabajo titulado “El principio de duda a favor del reo en las sentencias no unánimes de tribunal penal” se realiza con una ardua investigación académica que analiza importantes preceptos doctrinarios, tratados internacionales, legislación comparada, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia nacional y el criterio de abogados, fiscales y jueces de la República.

El marco teórico estudia a los principios procesales que conforman el debido proceso penal; así como también, cuestiones relativas a explicar a la infracción penal desde una perspectiva técnica. El subcapítulo 1.3 profundiza el principio de duda a favor del reo, así como también se analiza su íntima relación con el principio de inocencia y; finalmente se analiza a la sentencia, su significado jurídico y el procedimiento para su expedición, una comparación con los sistemas con jurado; así como también la similitud con el sistema europeo adversarial acusatorio.

Se contrasta el marco teórico con el resultado de entrevistas semi estructuradas dirigidas a profesionales del Derecho; para finalmente responder la interrogante académica: Las sentencias con voto salvado absolutorio, ¿vulneran el principio de duda a favor del reo?

Palabras claves:

Voto salvado, tribunal, principio de duda a favor del reo.

Abstract

This working paper about the “Principle of *in dubio pro reo* in non unanimous court jury decisions” was made with such a deep investigation that analyzes: important doctrinal precepts, international law, comparative legislation, Jurisprudence by the Corte Interamericana de Derechos Humanos, national court’s decisions and the opinion of lawyers, prosecutors and magistrates.

The collected information studies the legal principles that make up the criminal process, as well as issues related to explaining the crime from a technical perspective. The subchapter 1.3 explores the principle of *in dubio pro reo*, also his relationship with the principle of innocence and; Finally, the judgment, its legal significance and the procedure for its issuance are analyzed, a comparison with the jury systems; as well as the similarity with the adversarial European system.

The collected information is contrasted with the result of semi-structured interviews directed by legal professionals; to finally answer the academic question: ¿Do the sentences with an absolute acquittal vote violate the principle of doubt in favor of the accused?

Keywords: different decision, court, *in dubio pro reo*.

Introducción

El desarrollo de las ciencias jurídicas está proporcionalmente enlazado al progreso de investigaciones académicas en el mismo ámbito, lo que resulta curioso es que el tema que pretende poner como foco central al estudio al voto disidente (en contexto del sistema procesal penal) no ha sido profundizado al menos en el país, aun cuando éste podría analizarse desde algunas aristas distintas, como por ejemplo el comportamiento asumido por el tribunal, el ámbito de confrontación y cooperación entre juzgadores que conforman el tribunal y las discrepancias del voto disidente contra la sentencia de mayoría. (Basabe, 2017).

“Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República” (Código Orgánico de la Función Judicial. 2009). Desde la fórmula de sentencia que propone la ley, se identifica como fin de la sentencia a la potestad de “administrar justicia” que radica en los Tribunales de la República; la sentencia se encuentra definida en el Código Orgánico Integral General de Procesos (2015) como: “la decisión de la o el juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso”. El sistema procesal ecuatoriano indica que basta una decisión de mayoría para que los tribunales judiciales del país emitan su sentencia.

El trabajo académico de tesis tiene por objeto desde una investigación profunda, en primer lugar, identificar cual es el significado del voto salvado para el sistema judicial ecuatoriano en un contexto penal, pues el artículo 625 del Código Orgánico Integral Penal (2014) prevé la oportunidad de “dictar sentencia con el voto concordante de al menos dos juzgadores”. Es decir que aun cuando un juzgador del tribunal decide absolver, el dictamen mayoritario que condena, es el documento jurídico que debe ejecutarse, ¿debería ser así?

La doctrina para referirse al voto salvado lo hace en términos de voto discrepante o voto disidente; el Código Orgánico de la Función Judicial (2009) refiere: “La jueza o juez que

disintiere de la mayoría, en las resoluciones del tribunal o sala emitirá su voto salvado, con la expresión de la causa de su discrepancia.”.

La sentencia penal debe contener por disposición expresa del artículo 621 del Código Orgánico Integral Penal, tres puntos centrales motivados, siendo estos: la responsabilidad penal, determinación de la pena y reparación integral; el segundo y tercer punto únicamente proceden en caso de condena.

El enfoque del presente trabajo académico se centra en el estudio de aquella situación en la que se presenta una decisión individual de absolver, cuando uno de los tres juzgadores que conforman el tribunal así lo considerase pertinente, sin compartir el criterio de mayoría; es decir, analizaré aquellas situaciones en las que no se sentencia con unanimidad y además se tiene suscrito un documento disidente, que está motivado de manera lógica y razonada.

La Constitución de la República en su artículo 76 reconoce principios y garantías del debido proceso; y en el art.- 77 principios y garantías aplicadas al proceso penal; el Código Orgánico Integral Penal por su parte en el artículo 5 enlista los principios procesales a los que se rige el procedimiento penal, entre ellos destacan el principio de duda a favor del reo (duda razonable) y el principio de inocencia; la propia norma positiva expresa que se debe dictar sentencia condenatoria teniendo: “convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable” (COIP. 2014, art. 5.3)

Aún en esta introducción sin analizar a fondo doctrina y origen de estos principios, es coherente ya bajo las premisas expuestas, plantearse la pregunta ¿debería el voto disidente permitir aplicar una favorabilidad al principio de duda a favor del reo?

El trabajo de tesis tiene por finalidad acercarse desde una perspectiva académica a la respuesta.

Capítulo uno

Marco teórico

1.1 El debido proceso

1.1.1 *Antecedentes históricos*

Es menester introducirnos a este capítulo haciendo alusión a que el debido proceso dentro del marco legal ecuatoriano podría bien concebirse como un principio rector o bien como el conjunto de varios principios jurídicos que son aplicables a todas las ramas del Derecho y que para comprender su complejidad es necesario verificar historia, doctrina, jurisprudencia, legislación nacional y tratados internacionales.

Iniciando por la historia; García (2014) refiere que, dentro del proceso de civilización humana, el imperio de la Antigua Roma marca los cimientos del Derecho, esparciendo hasta Occidente un legado jurídico que recoge las virtudes de las sociedades arcaicas y actualmente se encuentran plasmadas como norma positiva en distintos cuerpos legales. Después de la aparición de las 12 tablas, aún en tiempos antes de Cristo, se iniciaron algunos procedimientos legales, partiendo de una acción, la misma que se entendía como el derecho a perseguir lo que a uno le deben; paralelamente se comenzó a construir algunas garantías que con el paso de los milenios formarían parte del debido proceso, se juzgaba frente a jueces y magistrados; la oralidad se utilizaba como canal de comunicación, la solemnidad era inherente, se requería el uso de términos jurídicos (tecnicismos), era necesaria de manera indispensable la presencia de las partes y se escuchaban testigos y alegatos (pp. 81-81).

Mucho más tarde en la historia, allá por el año 1789 en la ciudad de París durante la época de la revolución francesa; cuando la Asamblea Nacional Constituyente, órgano legislativo que contaba con representantes de la nobleza, el clero, al burguesía y la sociedad civil en general, promulgaron la tan anhelada “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” marcaron un punto de inflexión en la aplicación del Derecho Universal, al abolir los privilegios feudales y derechos exclusivos de las clases altas, para plantear el reconocimiento de Derechos fundamentales individuales, es así que el texto aprobado el 26 de agosto de 1789

alcanza una aspiración universal y en diecisiete artículos quedaron plasmados principios, derechos y garantías que hoy, más de dos siglos después, se aplican en los estados de derecho y de derechos; algunos de los cuales estructuran al debido proceso judicial, destacándose de entre el articulado de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano (trad. En 2016):

- “La ley sólo debe prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no debe ser estorbado. Nadie debe verse obligado a aquello que la ley no ordena” (art. 5).
- Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia. (art. VII).
- “La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son evidentemente necesarias; y nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada” (art. VIII).
- “Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido convicto. Por lo tanto, siempre que su detención se haga indispensable, se ha de evitar por la ley cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona” (art. IX).

Cabe indicar que, en la época medieval, en territorio británico existiría también una historia bastante amplia en relación con las premisas que hoy forman parte del debido proceso. Sin embargo, por su alcance e impacto menor al del Derecho Romano y al de París de 1789, no ha sido tratado el tema, no por eso desmereciendo hacerle mención.

1.1.2 Conceptualizaciones

Con el previo antecedente histórico, es procedente referirnos a conceptualizaciones. Al debido proceso, para entenderlo en el común de los lenguajes, habría que analizar lo que

establece la máxima entidad rectora de nuestro idioma, la Real Academia de la Lengua Española (2019), que define al proceso como: “Conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada” (definición 4).

Como plus identifica que existen: procesos civiles, monitoreos y penales. Por su parte al término debido, la RAE (2019) lo denomina: “Como es lícito o corresponde” (definición 1).

A la materia penal en este contexto, se le debe otorgar especial atención, pues el *ius puniendi* no es una facultad ilimitada; por el contrario, es delicada; aunque se le ejerce con un fin sancionatorio, requiere previa instauración de un proceso en el que se respeten los derechos y las garantías del procesado para perseguir un resultado de aplicación de justicia.

Para Páez, A. (2010) el debido proceso:

Es un principio legal por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez. (p.39)

Pero ¿Por qué garantías para el perseguido por el poder punitivo del estado? Para contestar esta interrogante partimos de la idea de que el delincuente por más mal que haya cometido, no pierde su calidad de humano; es bajo este precepto que surge el debido proceso como garantía fundamental para el proceso penal, el Dr. Ricardo Vaca Andrade en su obra *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano* (2014) define al debido proceso como:

El conjunto de Derechos y garantías que protegen a la persona de los posibles excesos o riesgos de abuso o desbordamiento de la autoridad del estado, pero a efectos de descubrir en mejor forma todo el alcance de lo que tan importante expresión encierra (s.p).

En ese contexto, el mismo jurista nos habla sobre el dramatismo del proceso penal en el que interviene el juzgador investido de experiencia y autoridad absoluta, un hábil fiscal y un audaz defensor, apostándose en el proceso la inocencia contra la culpabilidad, la libertad contra la cárcel, la absolución vs la condena; y entendiendo a su vez que la rama penal del Derecho es el medio apropiado para determinar la existencia jurídica o no de un delito (o infracción penal), las decisiones judiciales deben adoptarse sin presiones externas y con bastante cautela, por lo que se mencionó que está en juego durante el proceso, es que se requiere el máximo respeto a las garantías del procesado, que con su defensa, se confrontan al aparato estatal con las varias instituciones subsidiarias que le conforman (Vaca R, 2014).

1.1.3 Doctrina garantista

En “Derecho y razón, teoría del garantismo penal” tenemos una aclaración sobre el fin de los enunciados que crean al garantismo penal, el gran jurista italiano, Luigi Ferrajoli (trad. En 1995) establece:

No expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa. (p. 92)

Según esta concepción, los principios garantistas componen a un modelo penal mediante enunciados de categoría *sine qua non*, es decir que existe la condición de cumplimiento obligatorio para continuar al análisis de la responsabilidad penal y sanción con pena. Se observarán entonces como una condición necesaria, cuya ausencia no permite sancionar.

Pero ¿Por qué garantías para un presunto culpable? ¿Por qué es necesario garantizar un debido proceso? No es con el fin de permitir o de legitimar la acción punible, sino para

condicionar al poder punitivo del estado, por ello Ferrajoli (trad. 1995) identificaba 10 principios axiológicos natos al proceso penal:

- *Nulla poena sine crimine*: Principio de sucesividad penal respecto del delito.
- *Nullum crimen sine lege*: Principio de legalidad.
- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*: Principio de necesidad.
- *Nulla necessitas sine iniuria*: Principio de lesividad.
- *Nulla iniuria sine actione*: Principio de materialidad.
- *Nulla actio sine culpa*: Principio de culpabilidad.
- *Nulla culpa sine iudicio*: Principio de jurisdiccionalidad.
- *Nullum iudicium sine accusatione*: Principio acusatorio.
- *Nulla accusatio sine probatione*: Principio de carga probatoria.
- *Nulla probatio sine defensione*: Principio de contradicción/ Derecho a la defensa. (pp. 36-38)

El modelo garantista del Derecho tiene sus bases en estos principios que por Ferrajoli son identificados como las reglas fundamentales del juego penal, estos han sido integrados en ordenamientos jurídicos desarrollados de los modernos estados de derecho. Principios que atendiendo a un modelo no solo regulan el accionar procesal, sino responden a preguntas como ¿Cuándo y cómo prohibir? ¿Cuándo y cómo juzgar? Y ¿Cuándo y cómo castigar?

El control de imparcialidad y la búsqueda de la veracidad en el proceso, se regulan a través de normas sustanciales de carácter funcional, las garantías penales y procesales poseen un vínculo irremplazable que se traduce en ley- juicio. Inclusive se podría identificar dos tipos de garantías en el proceso penal, siendo las primeras las orgánicas, que envisten al juez de autoridad judicial y su deber para con las partes y el estado; y por otra parte las garantías procesales relativas a la manera de consecución y evacuación de la prueba, el convencimiento al jurado o juzgador, pautas para una defensa judicial adecuada, entre las que se incluyen los principios de: oralidad, publicidad, contradicción, entre otras que

conforman el debido proceso contemporáneo. Al encontrarse definido en un cuerpo normativo positivo, se entiende que se rige a un principio jurídico de legalidad y que al menos como deber ser fomenta al sistema garantista efectivo (Ferrajoli, 1989).

1.1.4 Concepciones positivas

Hay que señalar la necesidad del procedimiento como un medio jurídicamente regulado para averiguar la existencia (o no) de una conducta punible. El Derecho Procesal Penal es definido y abarca no solo las garantías del procesado, es objeto de análisis a lo largo de este trabajo de tesis, sino también las garantías de la víctima y la regulación del *ius puniendi*, para lo cual es necesario la delimitación de los parámetros del propio proceso. Los tipos penales con sus sanciones se aplican de manera individualizada a cada caso en concreto, lo cual regula el Derecho Procesal Penal (Rodríguez F, 2019).

En nuestra legislación, el artículo 76 de la Constitución de la República enlista las garantías básicas del debido proceso, algunas de las cuales en materia penal se recogen en el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal, además de las reconocidas en la norma imperativa de nuestra Carta Magna; la ley penal específica reconoce veintiún principios procesales que se adaptan al debido proceso y otorga garantías básicas al procesado.

El principio de inocencia, principio de favorabilidad, principio de legalidad, entre otros están garantizados desde la Constitución de la República; y para el caso específico del proceso penal en el que haya privación de la libertad, el artículo 77 enlista las garantías para la persona cuya libertad haya sido limitada por consecuencia de haber cometido una infracción penal, entre ellas se destaca que ninguna persona puede ser privada de su libertad de forma arbitraria, que la privación de libertad no es la regla general como medida cautelar, el derecho del detenido a guardar silencio y no testificar en su contra (Derecho cuyo cimiento lo recordamos en el famoso caso Miranda de Estados Unidos), la prohibición de incomunicación, el derecho a la defensa, etc.

Además, también se encuentran establecidos en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

1.1.5 Creación de garantías desde el proceso de legislación penal.

Sobre el *modus operandi* del Derecho Penal en el país; tenemos que:

El Código Orgánico Integral Penal que entra en vigencia el día 10 de agosto del año 2014, es la norma penal ecuatoriana que incluye tanto al catálogo de conductas punibles y por tanto reprochables para el *ius puniendi*, así como también las disposiciones formales y respecto al cumplimiento de penas de privación de libertad y alternativas; esta ley previo a entrar en vigencia fue aprobada por la Asamblea Nacional, después de dos debates en plenaria y haber sido estructurado y arreglado el proyecto en la comisión pertinente.

Felipe Rodríguez (2019) refiere que el legislador, para garantizar la protección de los bienes jurídicos del ciudadano mediante la ejecución de la norma y aplicación de sanciones ante conductas que causen conmoción social, requiere mediante su política criminal, identificar con intereses comunes cuáles serían las conductas que quebranten el orden social y ameriten una intervención penal. Procede entonces la regulación de las expectativas sociales, habiendo escuchado durante esta fase el ente legislativo, a actores sociales de distintos sectores.

Debe existir de manera institucionalizada también una estructura competente para combatir la criminalidad, es decir: los órganos jurisdiccionales, Fiscalía General del Estado, Policía Nacional, Centro de Investigación Forense, entre otros. Cuya actuación debe encontrarse regulada mediante protocolos normativos.

Hasta acá, se entiende que un proyecto de ley normativo atraviesa los filtros legislativos en la Asamblea Nacional, en donde para definir detalles se requiere un profundo debate técnico-jurídico antes de sacar adelante la ley dogmática u orgánica de los sistemas que dan cumplimiento a la aplicación de la norma.

Gozando ya de la norma formal que identifica la conducta prohibida socialmente y de los mecanismos materiales para sacar adelante un proceso penal, cuando no se dicta auto de sobreseimiento ratificando la inocencia del procesado, se entiende que existe una sentencia condenatoria; es ahí cuando procede la ejecución de la pena que se encuentra regulada en el tercer libro del Código Orgánico Integral Penal.

Como resultado, el proceso penal es una plataforma completamente compleja, por ello la necesidad de contener normas que lleguen a ser de estricto cumplimiento para las partes procesales durante el juzgamiento obedeciendo a la seguridad jurídica como principio rector de la aplicación del Derecho ligado de manera íntima al debido proceso y las garantías judiciales.

Profundizando más en el debido proceso en el sistema penal, es interesante señalar que una de las tantas finalidades, es la de llegar a la verdad material de los hechos, esto a partir de los elementos fácticos, análisis de la prueba, teoría de las partes, verdad histórica, verdad legal y verdad judicial según se entendería después de dar lectura al preámbulo del Código Orgánico Integral Penal.

El debido proceso garantiza la imparcialidad, objetividad y neutralidad durante el desarrollo del proceso; permitiendo así que se satisfaga su finalidad.

Delicadamente debe considerarse que nuestra historia muestra el antecedente de que en ciertos casos, medios de comunicación y activistas sociales interfieren tratando de crear criterios subjetivos y presionando a la justicia ecuatoriana; el mayor principio que se llega a vulnerar en estas ocasiones es el de inocencia, pues parece ser en ocasiones que diversos sectores sociales otorgan la potestad jurisdiccional a los medios de comunicación como de una instancia previa, el poder mediático que anticipa resultados judiciales como si de una sentencia previa se tratase, contribuyendo con la presión social a olvidar el sentido del debido proceso y sus garantías en materia penal.

1.1.6 El debido proceso según la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A ojos del Derecho Internacional; el debido proceso es una responsabilidad de los estados, enfocada en el deber de respetar y ofrecer garantías a las partes en procesos judiciales, lo que nos señala la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs Honduras (1988):

Esta obligación de los estados implica el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar públicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. [...] La obligación de garantizar [...] no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (p.35)

El pacto de San José o también conocido como Convención Americana de Derechos Humanos (1969) que ha sido ratificada por Ecuador desde 1977, reconoce garantías judiciales como las siguientes:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (Art. 8.2)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un análisis más profundo sobre este punto, es así que en su cuadernillo de jurisprudencia No 12: Debido Proceso (s.f), se aclara que el art. 8 efectivamente reconoce al “debido proceso legal que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (p.4).

Otra acotación que complementa la postura de la CIDH guarda relación con que las garantías judiciales descritas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos no se limitan a recursos judiciales en sentido escrito sino “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales [...] a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos” (CIDH Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 2001, p. 40).

El principio de inocencia según el cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 12 (S.F) se aplicará como: “regla de trato, regla de juicio y regla de prueba” (p.3). Así como también desarrolla el derecho a la defensa y sus componentes, la doble conformidad, *non bis in ibidem* y la oralidad y publicidad en audiencias.

Sobre la amplia dimensión de las garantías del debido proceso, la CIDH ha determinado que son aplicables al orden de materias jurídicas que establece la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), siendo estos la jurisdicción “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (Art. 8.1).

Del Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá en la CIDH (2001): “Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas” (p. 92).

Sobre su aplicación según la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La Corte estima conveniente subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. (CIDH Caso Radilla Pacheco Vs. México, 2009, p. 78)

1.1.7 Aproximaciones al debido proceso, Corte Constitucional del Ecuador

La Corte Constitucional del Ecuador, en reiteradas ocasiones ha aludido a la conexión directa que existe entre el artículo 76 de la Constitución de la República y el artículo 8 de la

Convención Americana de Derechos Humanos, entre el debido proceso como principio constitucional y las garantías judiciales a las cuales hace alusión el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; en las siguientes líneas se exponen algunas sentencias que permiten tener un panorama más claro del entendimiento al debido proceso que le otorga nuestro máximo órgano de interpretación constitucional:

Para la Corte Constitucional, en Sentencia N° 005-16-SEP-CC CASO N.0 1221-14-EP cuyo caso trataba sobre una posible vulneración a los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la garantía básica de la defensa del demandante, la Corte se permite recordar que las garantías básicas del debido proceso se encuentran recopiladas en los numerales del 1 al 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, resumiéndose estos en:

- El cumplimiento de las normas y los derechos de las partes,
- La presunción de inocencia, a no ser sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción.
- La manera en que se obtengan las pruebas (admisibilidad),
- El *in dubio pro reo*,
- La proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza y el derecho a la defensa con sus garantías específicas.

La Corte Constitucional, en términos jurídicos sobre el debido proceso en esta misma sentencia N° 005-16-SEP-CC (2016) aclara:

El debido proceso es un derecho primordial que le asiste a las partes que se encuentran sometidas a un proceso judicial o administrativo; por tanto, existen garantías que deben ser observadas y aplicadas, con el objeto de que el proceso se constituya en un medio para la realización de la justicia. (p.6)

Complementariamente, en SENTENCIA N° 004-13-SEP-CC CASO N° 0032-11-EP, la Corte Constitucional (2013) señalaba:

En relación con el debido proceso plasmado en el artículo 76 de la Constitución de la República, se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades en el ámbito judicial o administrativo se sujeten a reglas mínimas, con el fin de proteger los derechos garantizados por la Carta Suprema, constituyéndose el debido proceso en un límite a la actuación discrecional de los jueces. Por tanto, no es sino aquel proceso que cumple con las garantías básicas establecidas en la Constitución, y que hace efectivo el derecho de las personas a obtener una resolución de fondo, basada en derecho. (p.7)

1.1.8 Garantías relativas al proceso penal en el sistema ecuatoriano.

La Asamblea Nacional del Ecuador como órgano legislativo dentro de las consideraciones minuciosas que tomó en cuenta para expedir el Código Orgánico Integral Penal, destaca en la parte pre- ambulatoria del Código Orgánico Integral Penal (2014):

Que el artículo 76 de la Constitución ordena que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, como en el caso de los penales, se asegurará las garantías que integran el debido proceso, garantías de la defensa para la persona procesada y garantías para las víctimas, que deben ser canalizadas a través de la ley penal. (p.5)

Hasta el momento se ha realizado un minucioso análisis de autores, tratados internacionales, cuerpos normativos y sentencias de la Corte Constitucional; para ahora determinar en el sistema penal ecuatoriano cuales son las garantías que componen al debido proceso; lo correcto sería enlistar los veintiún principios que se encuentran enumerados en el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal y brevemente explicados en los siguientes párrafos (en virtud de que más adelante en otro capitulo de esta tesis se realizará un

tratamiento más extensivo de varios de estos principios al tenor de lo planteado en la hipótesis):

- El primer principio de esta lista es el de legalidad, el que más allá de lo dispuesto en la norma positiva obedece al tradicional lema latino “*nullum poena sine lege*” que hace alusión a la imposibilidad de existir pena e infracción para una conducta no tipificada previamente. Se encuentra reconocido en el artículo 76.3 de la Constitución de la República, en el primer numeral del artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal y en el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- La favorabilidad se resume en que, en caso de dos normas contrapuestas, se aplica la más favorable al reo (o menos rigurosa), aún si su promulgación es posterior. Para brindar un ejemplo, el artículo 264 del Código Orgánico Integral Penal otorga una pena de 1 a 3 años a la comercialización ilegal de hidrocarburos en provincias fronterizas, sin embargo, con las reformas que entrarán en vigencia en junio del 2020 se establece una pena de 3 a 5 años, por lo cual se deberá aplicar esta segunda para beneficiar al reo inclusive en cuestiones de sustitución condicional de la privación de la libertad.
- La duda a favor del reo, principio que se desprende del latín “*in dubio pro reo*” e incentiva a juzgadores, ante la más sencilla expresión de duda sobre la culpabilidad del imputado a absolver; lo que se puede identificar en los artículos 5.3 del Código Orgánico Integral Penal y en 76.5 de la Constitución de la República.
- El principio de inocencia, que mantiene toda persona hasta que no exista una sentencia ejecutoriada que asigne definitivamente un estado jurídico de culpabilidad. Se encuentra consagrado en el artículo 76.2 de la Constitución de la República.
- El principio de igualdad, que no es otra cosa que, durante el desarrollo de la actuación judicial, garantizar la igualdad de intervinientes y no desamparar a personas de vulnerable situación económica o social.
- La impugnación procesal, que permite a los intervinientes del proceso penal a recurrir del fallo de cualquier auto o resolución que se emita durante el proceso. Se lo invoca

mediante recursos de apelación, casación, revisión o, de hecho. Se encuentra en el artículo 76.7 de la Constitución y en el artículo 8.2 literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos,

- La prohibición de empeorar la situación del procesado, se puede identificar como garantía única del proceso penal y prohíbe, como sus palabras lo indican, que se empeore la situación del procesado, en aquella situación en la que es el procesado el único recurrente; cuando sea la fiscalía o acusación quien apela, no cabe aplicación. Para Valdivieso L. (2017): “Es la limitación que tiene el superior que al momento de resolver sobre el acto recurrido no pueda agravar su situación, siempre y cuando ésta sea la única que recurre del fallo” (p.28).
- La prohibición de auto incriminarse, refiere a que ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí mismo cuando de ello se pueda ocasionar su responsabilidad penal; por ello es que existen reglas específicas para la rendición de testimonio del procesado, el que según el artículo 507 del Código Orgánico Integral Penal constituye un medio de defensa que no requiere juramento alguno. El artículo 77.7 de la Constitución lo contempla, así como también el artículo 8.2 literal g del Pacto de San José.
- La prohibición de doble juzgamiento, que aplica para los hechos ocurridos en espacio y tiempo determinado (no la misma conducta penal como muchas veces se confunde), considerando para este efecto a las sanciones de la justicia indígena, pero no a las sanciones administrativas ni civiles.
- Intimidad, principio que no permite de manera arbitraria la realización de registros ni allanamientos o incautaciones, existiendo el requerimiento trascendental de una orden judicial salvo los casos de excepción por ley asignados.
- La oralidad, que en el camino evolutivo del derecho permite una interacción directa entre todas las partes procesales, una mejor construcción de la verdad judicial y su

adaptación a la verdad histórica. Tiene una historia doctrinaria muy amplia desde la instalación de procesos acusatorios en reemplazo del inquisitorio.

- La concentración, que incita al juzgador a realizar la mayor cantidad de actos necesarios dentro de la audiencia, “cada tema en discusión se resolverá de manera exclusiva con la información producida en la audiencia destinada para el efecto.” (Código Orgánico Integral Penal COIP, 2014, art. 5.12)
- Sobre la contradicción, se refiere a que además de los sujetos procesales manifestar sus argumentos y evacuar las pruebas que consideren necesarias, gozan de la oportunidad para replicar argumentación y material probatorio de la otra parte.
- Sobre la dirección judicial, ésta recae sobre el juzgador quien orquestará el desarrollo de la audiencia controlando la legalidad de las actuaciones procesales, igualdad de intervenciones, tiempos de intervenciones, solicitar aclaraciones de ser necesario y evitar dilaciones; de manera completa sus facultades se encuentran recopiladas en el Código Orgánico de la Función Judicial.
- El impulso procesal, corresponde a las partes que forman parte del proceso penal. Se encuentra establecido en el artículo 5.15 del Código Orgánico Integral Penal.
- La publicidad, también es propiedad de los procesos penales con las excepciones previstas en el Código Orgánico Integral Penal.
- La privacidad y confidencialidad, supone una de aquellas excepciones a la publicidad de los procesos penales, las víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como aquellos en los que participan niños y adolescentes tienen derecho al respeto de su intimidad personal y familiar; el segundo inciso del numeral 20 del art.- 5 del Código Orgánico Integral Penal identifica cuáles son los objetos sobre los que recae la prohibición de divulgación.
- La inmediación, como vínculo entre las partes procesales y el juzgador, permitiendo así su interacción directa, valoración de la prueba y la verificación de los actos procesales necesarios en audiencia y en la misma plataforma de los intervinientes.

- La motivación, como fundamentación de las decisiones que emiten los juzgadores, considerando los argumentos que se exponen durante el proceso.
- La imparcialidad, que recae sobre el juzgador para administrar justicia y la objetividad como característica primordial del fiscal para permitir la administración de justicia.

Si bien se hace una interpretación superficial sobre los principios procesales que rigen en materia penal en nuestro país, más adelante para comprobar la hipótesis planteada en este trabajo, se profundizará en varios de estos como: duda a favor del reo, inocencia, impugnación procesal y motivación.

1.2 La infracción penal

1.2.1 *El comportamiento penalmente relevante*

En el Derecho Penal contemporáneo, basado en la doctrina social del funcionalismo y en un ejercicio de imputación objetiva; el poder sancionador del estado atiende a aquellos comportamientos humanos inaceptables en una sociedad civilizada, conductas atentatorias contra el bienestar social y la estabilidad civil; se encuentran identificadas en un catálogo penal que busca prevenirlo y al cometerse, castigarlos para reparar a la víctima y rehabilitar al infractor.

Mir Puig (2019) refería que poco más de un siglo atrás, el jurista occidental Von Liszt, consideraba que uno de los requisitos indispensables dentro de cualquier definición del delito, es el “comportamiento humano”; desde su perspectiva causalista, las acciones del individuo suponen el origen natural de las cosas (generan consecuencias). Y además hacía énfasis en que las acciones del individuo existen antes que la ley penal; es decir, sin ley penal ya existían el matar, robar, abusar (p. 49).

La voluntariedad de la acción era otro elemento necesario para identificar un delito. Además, la omisión comenzaba a considerarse también ya en el siglo XX como parte de del comportamiento, se la concebía como una expectativa social que para el estado no debía evadirse, peor aún por quienes tienen un deber de actuar por mandato de norma (Mir Puig, 1982).

Sobre la conducta, Isla Olga (2014) dice:

El concepto jurídico penal de conducta es igual al concepto ontológico de conducta, si éste se constituye por una voluntad y un hacer algo, o una voluntad y un dejar de hacer algo, aquél se configura con los mismos elementos. En atención a lo anterior, la voluntad y la actividad causal definen a la acción, la voluntad y el desvalor de hacer algo en el tipo, a la omisión. (p.40)

Sobre el acto y la acción, tenemos que para Kant (trad. en 2005):

Se llama acto a una acción en la medida en que está sometida a las leyes de la obligación, por lo tanto, también en medida en que se considera al sujeto en ella desde la perspectiva de la libertad de su arbitrio. A través de un acto semejante se considera como autor del efecto, y éste, junto con la acción misma, pueden imputársele, cuando se conoce previamente la ley en virtud de la cual pesa sobre ellos una obligación. (p.29)

Entonces siguiendo esa lógica, tenemos que: Un actor comete una determinada acción que nace de una idea exteriorizada al plano físico; y si esta se encuentra vigilada y prohibida por la ley penal, además de no cumplir con su deber social, incurre en un delito y por tanto el sistema penal deberá reaccionar.

Sobre la voluntariedad de la acción, muy necesaria para la relevancia penal, tenemos un aporte de Mir Puig (1982): “se ha derivado la exigencia de un comportamiento voluntario (final) de la función motivadora de la norma penal y de los límites que la misma impone a la antijuridicidad” (p.57). Es decir que existe un vínculo irrefutable entre la conducta o comportamiento humano voluntario y la antijuridicidad.

En nuestro país, situándonos en la actualidad, el Código Orgánico Integral Penal (2014) establece: “Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales” (Art.22). Del segundo inciso queda expuesto que se juzga al hecho o acción realizada, más no al autor por cuestiones de peligrosidad o características propias, es decir que aplicamos lo que la doctrina conoce como Derecho Penal del Acto.

El Derecho Penal del acto, para el jurista ecuatoriano Rodríguez F. (2019): “es justamente el Derecho Penal al que todos debemos procurar, esto es, que las personas respondamos penalmente por nuestras conductas, con absoluta independencia de nuestro pasado y nuestro presente, con independencia de quienes fuimos o quienes somos” (p. 90).

1.2.2 *Delito o infracción penal*

El Código Orgánico Integral Penal (2014) establece: “Infracción penal. - es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (art. 18).

Partimos de el concepto positivo de la norma, para entender que existen tres elementos motivos de análisis investigativo-académico para efectos de este trabajo: la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Pero para entender completamente al delito, es necesario desglosar a sus elementos constitutivos uno por uno.

Para Plascencia (2000):

La teoría del delito contempla categorías que resultan fundamentales para su conformación, en tales términos encontramos al comportamiento humano, la tipicidad, antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad, los cuales se exponen en el orden antes señalado con el fin de cumplir una función metódica desde el principio hasta el final, es decir, cada uno de los conceptos requiere analizarse según dicho ordenamiento para así lograr un sistema que permita pensar un hecho calificado como delictivo. (p.26)

1.2.2.1 Acción punible. Ya había expuesto antes, que la conducta es el primordial requisito de la infracción penal, ésta se manifiesta a través de actos, hechos o acciones. Bien, recordemos que, para el Código Orgánico Integral Penal (2014), las conductas penalmente relevantes se representan fácticamente como: acción u omisión; la pena según este mismo cuerpo normativo, también se genera como: “consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles” (art. 51).

Entonces, ¿Qué es una acción? En contexto de Derecho Penal es trascendental dar respuesta a esta pregunta, porque de la acción es que se desprenden las consecuencias jurídicas que activan al poder sancionador del estado.

En términos prácticos, Amuchategui G. (2012) dice:

La acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas. (p. 56)

Y como elementos intrínsecos a la acción identifica también: voluntad, actividad, resultado causal y la expresión material.

Mientras para Plascencia (2000):

La acción en amplio sentido tiene una dirección finalista, es decir, va dirigida a concretar un hecho, a realizar un fin, la conducción final de la acción tiene lugar en tres momentos: empieza con la anticipación mental de la meta, sigue con la elección de los medios necesarios para la consecución de la misma y concluye con la realización de la voluntad de la acción en el mundo del suceder real. (p.84)

En este sentido, la acción es solo del hombre porque se desprende de la voluntad, es decir, no solo que es atribuible la acción a la expresión corporal, sino también a la ideación que se origina de una actividad interna de raciocinio.

Roxin C. (trad. en 1997) dice:

Acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales. [...] No son acciones los meros pensamientos o actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior que como p.ej. los movimientos reflejos o los ataques convulsivos son sencillamente indominables para la voluntad humana. (p.194)

El resultado sería entonces la evidencia más concreta del delito, siempre y cuando se trate de un resultado típico como consecuencia de la acción; sin embargo existirán ocasiones en las que la exteriorización de la acción no estará relacionada con la voluntad del individuo;

lo cual sucede en casos como movimientos reflejos (Ejemplos: calambres, ataques de epilepsia), fuerza irresistible (generadas por fuerzas externas por ejemplo haber sido empujado) o acciones ejecutadas durante estado de plena inconciencia (Ejemplos: sonambulismo), por ello la ley penal identifica a estas tres situaciones como causales de exclusión de la conducta, es decir que no amerita consecuencias jurídicas de carácter penal, aquellos resultados que susciten a partir de las tres causales señaladas (Mir Puig S. 1982).

1.2.2.2 **La omisión punible.** Para Plascencia R. (2000):

La omisión puede ser considerada la antítesis de la acción, o como la manifestación de la voluntad en forma negativa, pero en todos los casos trae consecuencias de Derecho. La omisión no es como generalmente se entiende el comportamiento de no hacer nada, sino dejar de hacer algo previsto por la ley, por ende, la conducta omisiva no implica algo tan simple como la falta de movimiento corporal, pero sí la voluntad de no realizar el acto, que de haberse efectuado, no hubiera lesionado o puesto en peligro un bien jurídico. Generalmente, las personas que pueden o están obligadas a realizar una determinada actividad, al no llevarla a cabo y tener facultades de producirla caen en la omisión, por lo que no impedir un resultado estando obligado a impedirlo, equivale a ocasionarlo. (p. 58)

Se entiende que, como individuos sociales, tenemos vínculos de compromiso con quienes forman parte de nuestro entorno, la academia nos enseña que existen dos clasificaciones de omisión:

- La de la mínima solidaridad (omisión impropia), en la que existe el deber positivo de realizar alguna acción dentro de nuestras posibilidades: Ej. Estoy en un hotel de vacaciones, tomando el aire alrededor de la piscina, aparte de mí, solo se encuentra una niña que de pronto se comienza a ahogar, yo sabiendo nadar y percatándome directamente de la situación, debería bajo un principio de mínima solidaridad actuar, o incurriría en una omisión punible.

- La de máxima solidaridad (omisión propia), que implica la acción obligatoria que corresponde a alguien con posición de garante, en el mismo ejemplo anterior, un salvavidas que esté de turno en el lugar, debería atender a la niña que se ahoga por su posición de garante, sino incurriría en una omisión punible (Amuchategui G, 2012).

Como elementos que se identifican en la omisión punible están: “la voluntad, la inactividad, nexo causal y el resultado” (Amuchategui G, 2012, p.58).

El Código Orgánico Integral Penal (2014) por su parte, reconoce a la omisión como una de las dos modalidades de conducta punible (siendo la otra la acción); estipula: “No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo” (Art.23).

1.2.3 Tipicidad

Este es el primer elemento constitutivo de la infracción penal, el Código Orgánico Integral Penal (2014) se limita a señalar que: “Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes” (Art. 25). Por lo que encontramos dentro de este cuerpo normativo, al catálogo de los delitos según nuestra legislación.

La tipicidad surge del principio *nullum crime sine lege*, pues la acción debe coincidir con la descripción de alguno de los tipos contenidos en el catálogo, por ejemplo: “la persona que lesione a otra...” incurre en el tipo de lesiones que se encuentra determinado en el artículo 152 del Código Orgánico Integral Penal; el Derecho Penal no permite crear delito sin un tipo fijado.

El tipo penal obedece a la sistematización del modelo penal, a la política anticriminal del estado y a la garantía de legalidad. En principio se entiende que la tipicidad con la antijuricidad tiene una relación parecida a la del humo con el fuego, el humo no es fuego ni contiene fuego, pero se desprende del fuego; entonces la tipicidad para Roxin C. (1995) es: “un indicio denotador, de la antijuricidad, pero no es componente de la misma” (p.281).

Roxin C. (trad. en 1997) define al tipo como:

Una figura totalmente normativa, un inseparable entramado estructural donde se entrelazan elementos de valor y elementos del ser [...] contiene directamente la declaración de antijuridicidad, la fundamentación del injusto como injusto especialmente tipificado [...] convierte a la acción en acción antijurídica, aunque es cierto que no por sí sola, sino sólo en unión con la falta de causas concretas de exclusión del injusto. (p.282)

El catálogo de conductas punibles, contiene entonces conductas manifestadas a través de acción u omisión; pero a diferencia de la enunciación normativa de la acción, con la omisión ocurre algo un tanto peculiar y para comprender esto Mir Puig S. (1982) señala:

Mientras en los tipos de comisión se describe positivamente una actividad prohibida que se pretende evitar, en los de omisión se alude, negativamente, a la no realización de una acción debida, que se desea conseguir. También en los tipos de omisión el sujeto debe efectuar un comportamiento positivo, pero éste no se halla descrito por el tipo positivamente, sino que entra en él al no ser la conducta debida. (p. 58)

Además del elemento normativo y descriptivo de la norma, existe otra clasificación de sus elementos objetivos y subjetivos, al primero corresponden aquellos elementos propios del injusto y de la ilicitud como: sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, bien jurídico protegido, palabras que acompañan al verbo rector; mientras que como elementos subjetivos se encuentran el dolo y la culpa; que si bien es cierto parten de la intencionalidad de la persona, las normas penales establecen no solo una definición para diferenciarlos correctamente, sino que en el catálogo de delitos clasifica a aquellos que son de carácter doloso, separando a aquellos culposos.

1.2.3.1 Atipicidad y error de tipo. La antítesis del tipo vendría a hacer la atipicidad, entendida como aquella conducta que no se encuentra prescrita de forma normativa como prohibida, debido a que está socialmente aceptada y no vulnera ningún bien jurídico ajeno;

sin embargo existe una excepción a la regla de tipicidad, lo más parecido a la causal de exclusión que la doctrina ha identificado es el error de tipo, que implica un desentendimiento de la prohibición social en la conducta que incurre el infractor; es decir que no existe una asimilación de los hechos por parte del autor, no existe total entendimiento por parte del autor que prevé el tipo penal.

De ahí que se pueda afirmar que, en estos casos, el error es sobre la significación social del acto. En principio, se puede afirmar que todo lo que es objeto del dolo puede entrar en la categoría del error de tipo. De ahí que puede ser objeto del error, tanto un elemento normativo como uno descriptivo del tipo [...] La significación de una circunstancia de hecho debe diferenciarse de la definición jurídica. Cuando hay error, esta circunstancia se subsume en el error de tipo. (Donna A. 1995, p.115, 116)

Como ejemplo, la persecución penal se podría detener por error de tipo cuando un sujeto ha tenido relaciones sexuales consentidas con una chica de cuerpo voluptuoso a la que conoce en una discoteca; pero que en realidad estaba por cumplir 14 años; en esta situación tenemos que: es requisito legal para encontrarse en una discoteca tener mayoría de edad y mostrar la identificación para comprobarlo en la entrada del lugar, como 2do punto su cuerpo desarrollado permite fácilmente confundirla con una persona mayor de edad, el tercer punto es que el individuo nunca preguntó ni presintió la necesidad de preguntarle su edad. Este es un claro ejemplo de error de tipo que ubica la doctrina y la academia jurídica.

Si bien este último es un tema bastante complejo, no se entrará en más detalles en virtud de que el error de tipo no guarda relación con la hipótesis de este trabajo. Se continuará con el segundo elemento constitutivo de la infracción penal.

1.2.4 Antijuricidad

Con respecto a este elemento de la infracción penal, el Código Orgánico Integral Penal (2014) señala: "Antijuricidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico..." (art.- 29).

La antijuricidad para el catedrático Mir Puig (1982) significa: “anti- normatividad, esto es, como contradicción con la regulación deseable por el Derecho penal” (p.61).

Mientras para Zaffaroni (1987): “La relación de disponibilidad garantizada jurídico-penalmente se llama "bien jurídico penalmente tutelado" y el conjunto de ellos es la seguridad jurídico penal” (p.443).

Al bien jurídico sería correcto entenderlo como el objeto de interés protegido por el Derecho Penal bajo un principio de prevención de conducta ilícita, por lo que es el núcleo del injusto común a la conducta antijurídica. Pero aún para el Derecho, existe un grado de aceptación y tolerancia del libre albedrío y autonomía de los individuos, por tanto, la determinación de un bien jurídico no se realiza de forma arbitraria, sino se recopila de tratados internacionales y de la Carta Magna de cada estado que han pasado por un proceso legislativo que ha identificado a todos aquellos comportamientos que amenazan y lesionan el bienestar social. Para Donna A. (1995):

Debe entenderse, en el ámbito de la caracterización técnica del bien jurídico, todos aquellos objetos que, siendo de utilidad para satisfacer necesidades personales, asumen una importancia de tal índole en el ámbito de la convivencia humana que son estimados acreedores de la máxima garantía del ordenamiento jurídico. (p. 54)

1.2.4.1 Antítesis: Causales de exclusión de antijuricidad. Se debe partir de que la exclusión de antijuricidad limita la respuesta sancionadora del poder punitivo en casos en los que la conducta tipificada si se ha consumado, sucede esto porque de alguna manera existe una justificación válida por derecho para haber ejecutado la acción punible y así quedar exento de responsabilidad penal, al respecto dice Mir Puig S. (1982):

Un comportamiento justificado no deja de ser suficientemente peligroso para un bien jurídico-penal ni evitable a través de la conminación penal, sino que pese a ello se halla permitido por el Derecho porque pesan más las razones que aconsejan dejar de

prohibirlo (por ejemplo, legítima defensa) o incluso obligar a su realización (por ejemplo, cumplimiento de un deber). (p.90)

De la ley penal ecuatoriana identificamos requisitos para que exista una legítima defensa como causal de exclusión de la antijuricidad, esta debe responder a una agresión actual e ilegítima (e inminente según la doctrina), además de existir una necesidad racional de respuesta (proporcionalidad) y falta de provocación de quien actúa en defensa del derecho, el acto debe defender bienes jurídicos tutelados y se puede proceder para defenderlo así mismo, como también en defensa de otros. Para Plascencia R. (2000): “La legítima defensa es un comportamiento nato, basado en el instinto de sobrevivencia, que se manifiesta al repeler una agresión, es decir *vim vi repellere licet*” (p.140).

El estado de necesidad para la ley penal ecuatoriana procede cuando pese a existir lesión o daño a otra persona, se ha actuado en defensa de un derecho propio o ajeno cuando concurren las siguientes circunstancias:

1. Qué el derecho protegido esté en real y actual peligro.
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.
3. Qué no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 33).

Para Plascencia R. (2000) el estado de necesidad “Consiste en una situación de peligro que amenaza determinados bienes jurídicos a raíz de un peligro no causado por el agente, y en atención a un comportamiento lesivo a bienes jurídicos pertenecientes a un tercero” (p.148).

La última causal de exclusión vendría a ser el comportamiento que sucede por orden legítima de autoridad competente o por un deber legal, El Código Orgánico Integral Penal la contempla en la parte final del artículo 30, pero a diferencia del estado de necesidad y la

legítima defensa, no hay una disposición jurídica que la explique más profundamente. De la doctrina obtenemos dos situaciones para identificar esta causal:

1. Necesidad racional de medio empleado.
2. El cumplimiento del deber no se haga con exclusivo propósito de perjudicar a terceros.

Atendiendo a los dos requisitos expuestos, se deduce que cuando estos se cumplen y dada la situación exista afectación a bienes jurídicos de otros durante la actuación de un deber legal u orden de autoridad competente, no existe el elemento de antijuricidad para configurar la infracción. Esta causal no se refiere a órdenes administrativas arbitrarias, requiere indispensablemente un análisis de proporcionalidad del deber que se pretendía cumplir, con el derecho ajeno que se ha llegado a vulnerar (Plascencia R, 2000).

1.2.5 Culpabilidad

El Código Orgánico Integral Penal (2014) expone: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuricidad de su conducta” (art.-34).

En contraste, la abogada mexicana Amuchategui G. (2012) dice: “La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada, la cual provocará un juicio de reproche por parte del Estado” (p.94). Sería entonces, la parte subjetiva del delito que aprueba o no la reprochabilidad de la conducta.

Obedeciendo a una teoría normativa, los criterios de culpabilidad se encuentran establecidos en la norma positiva e identifica a quienes tienen capacidad de raciocinio y entendimiento suficiente de sus acciones para generar imputación. Así la inimputabilidad por falta de culpabilidad se encuentra también identificada en la norma y al respecto establece el Código Orgánico Integral penal (2014): “No existe responsabilidad penal en caso de trastorno mental debidamente comprobado” (art.-35). Y a continuación el enunciado normativo expone que el trastorno mental no permite al infractor comprender razonablemente la ilicitud de su conducta.

Es importante reconocer que en la exculpación, no sucede como las causas de justificación de la antijuricidad, en la que el legislador preveía determinadas situaciones en las que la ley soporta las conductas típicas cuando se actúe por legítima defensa por ejemplo; en la exculpación sucede que la conducta sigue estando prohibida y es penalmente inaceptable, por regla general no debe ser tolerada, sin embargo encontrándose menguada la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta, no es reprochable, sucede en casos como el de trastorno mental (Roxin C. Trad en 1997).

Dice Roxin C (trad. en 1997) que:

El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho. (p.792)

En fin, al someterse la culpabilidad a una determinación del sujeto activo “haber podido evitar”; este es el único de los tres elementos constitutivos de la infracción penal que se somete a valoración subjetiva de tipo psicológica.

La doctrina suele identificar al dolo y a la culpa dentro de este tercer elemento de la infracción penal. Sin embargo, a estos dos últimos nuestro Código Orgánico Integral Penal los ubica como elementos subjetivos de la tipicidad en la sección primera del Capítulo sobre la conducta penalmente relevante.

1.2.6 Materialidad, responsabilidad y pena

Al topar el tema de la conducta penalmente relevante y la acción que la manifiesta, ya se entendió que se necesita un comportamiento fáctico para tener consecuencias jurídicas en el ámbito penal, es decir no se puede castigar a alguien por lo que no ha hecho. Ferrajoli L. (trad. en 1995) refería a que el nexo causal entre la acción y el resultado representaban a la materialidad de la conducta punible.

Existían dos requisitos de la materialidad del delito, Para Ferrajoli L. (trad. en 1995): “Daño para terceros y de exterioridad de la acción” (p.83).

La responsabilidad en cambio se identifica como resultado del cometimiento de una acción punible por el sistema penal y se enfoca en el deber social y legal de responder el individuo por la infracción cometida y por tanto atenerse a las consecuencias jurídicas correspondientes (Vaca R. 2005).

El Código Orgánico Integral Penal en el artículo 34 sobre la culpabilidad refiere a que para que un individuo sea responsable deberá cumplir con requisitos de “ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”. Al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta ya lo explicamos en un apartado anterior; por su parte la imputabilidad parecería sinónimo, pues se asocia con la salud mental del infractor, para Amuchategui G. (2012):

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. [...] Es imputable quien goza de salud mental [...] y tiene la edad que la ley señala para considerar a las personas con capacidad mental para ser responsables de delito. (p.89)

Amuchategui es una jurista mexicana; de su definición he recortado aquella parte que señalaba como inimputable a aquellos individuos que hubiesen ingerido sustancias que alteren su comprensión, talvez en su país esta última situación es objeto de inimputabilidad, pero en el Ecuador sucede lo siguiente: sobre el estado de embriaguez o intoxicación el artículo 37.1 del Código Orgánico Integral Penal señala: “Si deriva de caso fortuito y priva del conocimiento al autor en el momento en que comete el acto, no hay responsabilidad” siendo una de cuatro situaciones en las que del estado embriaguez por precepto normativo no existiría responsabilidad penal, pero sucede que para el estado de embriaguez o intoxicación existen tres situaciones (más comunes a la del 37.1) en las que si existe responsabilidad penal, estas se encuentran previstas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 37.

Sobre la Pena, es más que claro el Código Orgánico Integral Penal (2014) al establecer: “La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada” (art. 51).

1.3 Principio de duda a favor del reo

1.3.1 ¿Qué es un principio jurídico?

Es menester comenzar señalando que para un estudiante universitario, un principio en términos de ciencias jurídicas es la base fundamental de directrices imprescindibles que delimitan el funcionamiento del sistema judicial y jurídico de determinada plataforma o determinado estado.

Toda ciencia posee postulados; y precisamente estos crecen sobre la raíz de los principios, aquellos preceptos que dan vida a las distintas hipótesis y permiten mantener su rigidez tanto teórica como práctica y metódica, lo mismo ocurre en el Derecho material y formal.

Al respecto el jurista ecuatoriano Herman Jaramillo (2012) expone:

Los principios jurídicos constituyen los cimientos sólidos, dominantes e inamovibles sobre los cuales descansa el edificio del ordenamiento jurídico para la valoración de la justicia, que se encuentran explícitos o implícitos en la Constitución de la República, que pueden ser extraídos en algunos casos a través de procesos de inducción y en otros por medio de la deducción e investigación científica; son normas lógicas, axiológicas, supremas, fundamentales, de validez universal, que sirven para fortalecer la defensa de los derechos humanos; son los pilares básicos del derecho objetivo, en que se apoya la organización política, económica, social, cultural y administrativa del Estado y de la Sociedad. (p.108)

Entonces, queda claro que un principio jurídico no se manifiesta como un precepto condicional hipotético con supuesto fáctico, típico y sancionador, sino constituye *per se* un ente rector del Derecho.

Las Naciones Unidas como organización creada para fomentar la unión de los pueblos y preservar la fe en los derechos fundamentales, expide en Asamblea General del año 1948, la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, un conjunto de necesidades

jurídicamente reconocidas en el afán de respetar la dignidad de las personas y crear un ambiente de paz, justicia y esperanza; estos derechos gozan de propiedades o características que se resumen en: universales, imprescriptibles e inalienables.

¿Pero por qué referirnos a los Derechos Humanos? Y ¿Qué relación guardan con los Principios Jurídicos? Las dos respuestas las encontramos en la Constitución de la República del Ecuador (2008) que dispone: “Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (art. 11.6).

Para efectos de esta tesis pretendía exponer la interdependencia e indivisibilidad de los principios, porque más adelante desarrollaré el concepto, doctrina, norma jurídica y jurisprudencia, que permitirán analizar minuciosamente la hipótesis, la teoría, de que la no consideración del voto salvado absolutorio en el proceso penal, vulneraría principalmente al principio de duda a favor del *reo*, pero a su vez al principio de inocencia y al principio de efectividad judicial.

Para finalizar este subcapítulo, queda demostrada la relación en características que corresponde tanto a principios como a los derechos; es oportuno observar que para la Organización de las Naciones Unidas, según resolución 67/187 (2013) el acceso a la asistencia jurídica tiene por base: “principios fundamentales en que se ha de asentar un sistema de asistencia jurídica en materia de justicia penal, y describir los elementos concretos necesarios para que un sistema nacional de asistencia jurídica sea eficaz y sostenible” (p.4).

1.3.2 Ejemplos doctrinarios del principio de duda a favor del reo

Un clásico ejemplo, sencillo de comprender, lo otorga la doctrina colombiana acerca de este principio que inicialmente se conocía por las ciencias penales como *in dubio pro reo*; imaginemos por unos minutos que en un hipotético proceso penal, en los momentos finales de la audiencia de juicio le corresponde hacer uso de la palabra a la defensa del procesado Juan Pérez, cuyo abogado expone ante el tribunal que es indudable la ocurrencia de la muerte de Pablo Fulano (que tantas veces se ha mencionado en el desarrollo del proceso), pero la

duda que no ha podido corromper el agente fiscal es sobre que fue Juan Pérez fue quien la ocasionó. Expone la defensa, que los pocos testigos presentados por fiscalía no identificaron a Juan Pérez como el autor de los hechos, sucede que uno de esos testigos no pudo asegurar que la voz que escuchó se trataba de la de Juan Pérez, ni tampoco recuerda el contexto de la frase que escuchó porque de ver, no vio nada. Por otra parte, la defensa presentó a los testigos X.X y J.J y H.E, quienes señalaron que Juan Pérez no habría podido causar la muerte que se le imputa, debido a que al momento de suceder la misma, el señor Pérez se encontraba en su apartamento con estas 3 personas.

Continuando con la secuencia narrativa, la defensa en su posición de profesional intérprete del Derecho; conociendo ya toda la historia fáctica de los hechos según su defendido, a quien le cree completamente, además de por su versión, porque existe respaldo de evidencia que la corroboran; el alegato final del abogado está terminando de construir su versión de la verdad histórica de los hechos, teoría que ha sido receptada con una mirada interesante por parte del tribunal, sin embargo aún falta sustanciarlo en Derecho, por lo que continuando con su exposición, el abogado de Juan Pérez hace énfasis en que la duda debe resolverse a favor del acusado. La duda que quedó como único resultado de todo este juicio, la misma que ante los hechos, demuestra duda sobre el motivo del crimen, duda sobre lo que escuchó el testigo presentado por fiscalía y a quien se lo escuchó, todo esto agregado a que la Fiscalía nunca probó que Juan Pérez se encontraba en otro lugar que no sea su apartamento la noche y hora de la muerte del Carlos Vaca; no se ha encontrado tampoco arma alguna en posesión del hoy procesado Juan Pérez, por cuanto menciona que está seguro de que el fallo por parte de los juzgadores será a favor de la absolución de su defendido por lo demostrado en hecho y derecho durante todo el proceso; agradece su intervención (Comité Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal, 2003).

El ejemplo antes expuesto pertenece a una obra de autores colombiano, pero la doctrina al respecto es compartida en toda Latinoamérica; esto se corrobora con otro ejemplo

claro y más sintetizado que expone la jurista mexicana Guerra Flores A. (2016) al referir que, en juicio para hacer prevalecer el principio de duda razonable, la defensa en alegato sería algo así:

Honorables miembros del Tribunal de Enjuiciamiento, en este caso no hay duda de que ocurrió una lamentable muerte, pero la duda que nunca logró desvirtuar el ministerio público es que mi representado la haya causado... Como ustedes se pudieron percatar, los testigos de cargo no pudieron identificar a mi defendido como el autor de los hechos. (p, 103)

El abogado tiene conocimiento del Derecho y su estrategia de defensa se basa en un razonamiento previo que le permite solicitar la absolución a partir de la idea de persuadir al juzgador o tribunal a demostrar que la duda favorece a su cliente (el procesado) y que ante esta cabe la absolución; pero bien, se puede analizar al principio de duda razonable (duda a favor del reo según el COIP) desde la perspectiva jurídica según lo que dispone los cuerpos normativos relativos a ley penal en nuestro país y tratados internacionales, así como también según el criterio de los tribunales quienes a través de jurisprudencia han expuesto la aplicación práctica de este principio penal.

1.3.2.1 Desde el contexto del juez. Para López (2016): "La presunción de inocencia indica al juez que, cuando los hechos constitutivos de la acusación no resulten probados más allá de toda duda razonable, el juez debe negar la pretensión y, en consecuencia, absolver" (p.174).

Enfocándonos ahora en la labor del juez, visualizamos los ciudadanos comunes al juzgador como aquel impartidor de justicia, que al imaginarlo lo proyectamos enaltecido en un podio y vestido de toga en uso del martillo como herramienta de orden; es alguien que destaca por su conocimiento legal, de vasta experiencia y con la compleja labor de impartir orden en la sala, manejar la cronología de la audiencia, evaluar las pruebas e interpretar las normas para finalmente emitir un dictamen absolutorio o condenatorio dentro del proceso penal.

La lógica jurídica incentiva a que, en favor del principio de duda a favor del reo, el juzgador o magistrado debe evitar sucumbir ante dudas previo a tomar una decisión, aun siendo presionado por el principio paralelo de celeridad. Al caer en duda el juez deberá favorecer al imputado, en obediencia al aforismo latín *in dubio pro reo*, tanto más que por dudas dentro del procedimiento y la aplicación del ordenamiento jurídico, por dudas que se desprendan de la conducta del individuo al generarse sospechas acerca de su responsabilidad y culpabilidad (García, 2005).

Un ejemplo claro acerca de cómo ven los ojos del juez al principio de duda razonable, lo obtenemos del largometraje mexicano “presunto culpable”, cuando en instancia de apelación la defensa de los aún “presuntos inocentes” decide mostrar como prueba la filmación del proceso en juicio de instancia previa para provocar que un magistrado abordara la duda razonable como opción expusiera: “para mí estaba probada lo que era una duda razonada de que probablemente esa gente hubiera sido, pero también probablemente no lo hubiera sido” (Hernández R. y Smith G, 2009).

Sin embargo, con todo el marco de garantías que favorecen al procesado a través de los principios complementarios de duda a favor del reo, de inocencia y de favorabilidad; no se debe olvidar que la labor de un buen abogado es la de construir la verdad procesal hasta terminar de convencer al tribunal por completo según su versión, es así que existen distintos medios de prueba y aún se pueden construir buenas historias, dotadas de lógica, credibilidad y comprobación con pruebas no directas. Los jurisconsultos Baytelman y Duce (2004), decían:

Prueba directa y prueba indiciaria imponen exigencias distintas a la argumentación en el alegato final, pero cuidado con esas típicas frases que se suelen escuchar de “la fiscalía tiene prueba puramente indiciaria”, porque nadie ha dicho que el estándar probatorio -culpable más allá de toda duda razonable- no pueda ser alcanzado, superado y completamente avasallado por la fuerza de prueba puramente indiciaria.

(p.198)

1.3.3 La duda razonable y el estándar de la prueba

Para la norma, es finalidad de la prueba: “llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y responsabilidad de la prueba” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 453).

El estricto respeto al ordenamiento jurídico, la ratificación de la seguridad jurídica, la garantía de tutela efectiva, la promoción de la buena fe y lealtad procesal, la dirección del proceso, la potestad jurisdiccional, la búsqueda de la verdad procesal; son atributos del ejercicio procesal del juez, de entre las cuales la última se destaca en relación con la hipótesis de esta tesis porque en el proceso penal, tanto fiscalía como la defensa del procesado a través de su estrategia de litigio crearán su propia versión de la historia, narrada con base al elemento fáctico, conjugada con la fundamentación jurídica acertada y con evacuación de la prueba como respaldo de su teoría. Así el juez deberá tomar la decisión que favorezca al postor que más lógica, coherencia y demostración con pruebas que evidencien los hechos durante sus momentos de intervención.

El Código Orgánico de la Función Judicial (2009) dispone: “PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL.- Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes” (art 27).

Se han expuesto ya los tres fines de la prueba en nuestro sistema penal, los que se resumen en alcanzar el convencimiento del juez, alcanzar la verdad procesal y la exposición de la verdad fáctica; es decir si tratamos de encontrar un punto de convergencia, la prueba pretende conseguir la máxima aproximación posible, bajo parámetros formales, analizando la verdad a partir de la valoración racional y técnica que realizará el juzgador sobre la producción de prueba aportada por las partes.

Pero surge la duda entonces: ¿Cuál es el estándar de prueba aceptable? El estándar del conocimiento. Se entiende que la persecución del ministerio busca persigue exponer la culpa y responsabilidad del imputado, teniendo la carga probatoria y enfrentándose al

conjunto de garantías que protegen al procesado; lo cual exige sembrar las pruebas que obedecen a la hipótesis de condena, con una certeza de tal magnitud que no acepte grado alguno de probabilidad de duda en los hechos, sus circunstancias o el ejercicio jurídico de tipificación de la aparente conducta ilícita.

¿La duda absuelve? La duda razonable si absuelve, pero ¿cuándo es razonable la duda? Es muy complejo responder, lo que se propone ante el concepto de duda razonable, según Bustamante M (2010) es:

Sustituirlo por criterios equivalentes como el de certeza o el de alta o altísima probabilidad, b) reconocer que se trata de un concepto indeterminado que expresa un principio general que el juez especifica en cada caso concreto acorde con la presunción de inocencia como regla probatoria y regla de juicio que más adelante se tendrá oportunidad de explicar. (p.76)

Propone además, para probar la hipótesis de culpabilidad sin permitir criterios subjetivos en la administración de justicia a) la contrastación el alto nivel de la hipótesis, b) Haberse rechazado demás hipótesis no compatibles con el reconocimiento de inocencia (Bustamante M, 2010).

Sobre el estándar de la prueba, Ferrer (2007) dice:

El grado de corroboración de una hipótesis no depende de la posesión de determinadas creencias por parte del decisor, sino de las predicciones verdaderas que se puedan formular a partir de la hipótesis y de las dificultades para dar cuenta de las mismas predicciones a partir de hipótesis rivales. En segundo lugar, la formulación del estándar debe ser suficientemente precisa para hacer posible el control intersubjetivo de su aplicación. Éstos son dos requisitos de tipo técnico. Un tercer requisito puede ser añadido como expresión de determinadas preferencias políticas compartidas en nuestras sociedades: el estándar debe incorporar la preferencia por los errores

negativos frente a los positivos para dar cuenta de los valores sociales garantistas.
(p.16)

¿Cómo determinar si el juez absolvió las dudas? En la motivación, la exposición de motivos lógicos- razonados de una decisión que emite como autoridad competente, permiten visualizar la corroboración racional de la imputación.

En la emisión de sentencias motivadas generalmente se permite que sean dictadas por una mayoría (según la complejidad del juicio) o por unanimidad, considerando que la exposición de motivos que conllevan a su dictamen será exployada en la resolución (Grupo de Investigación en Derecho GRID, 2014, p.139).

1.3.4 Jurisprudencia ¿Qué es el principio de duda a favor del reo?

“La duda razonable es la que mantiene vigente la presunción de inocencia y, por la misma razón que no se la pudo desvirtuar como en el caso *sub judice*, es la duda razonable la que finalmente lleva a ratificar la inocencia de la incoada, por lo que debe ser absuelta” (Corte Nacional de Justicia, 2013, Resolución No 14-88).

La Corte Nacional de Justicia, en recurso de casación por Juicio No 441- 2013 – JAS, aún con el anterior Código Penal, desarrolla en su sentencia gran contenido explicativo sobre el principio de la duda razonable (duda a favor del reo según el Código Orgánico Integral Penal vigente desde el 2014), la sala reconoce la dificultad para definir a este principio del Derecho Penal, pero concuerdan en que la definición más acertada es la siguiente:

Es aquel estado del proceso, que luego de la comparación y la consideración completas de toda la evidencia, deja las mentes de los jurados en tal condición que no pueden decir que sienten una convicción perdurable, con certeza moral, acerca de la verdad de la imputación. (Massachusetts Supreme Judicial Court, 1850, como se citó en Corte Nacional de Justicia, 2013, p.13)

De la misma sentencia de la Corte Nacional de Justicia (2013), se tiene la aclaración de que a la certeza sobre la inocencia, se la ratifica; mientras que la duda sobre la inocencia no cabe como *sindéresis* jurídica porque lo correcto es que la duda recaiga exclusivamente sobre la culpabilidad, es así que se señala: “Aplicar *in dubio pro reo* a quien es inocente, concebida esta presunción no es coherente; es antagónico aplicar el *indubio pro reo* frente a la certeza de inocencia” (Res. 14-88). En síntesis:

- Inocencia = Inocencia (Absolución).
- Culpabilidad = Culpabilidad (Condena).
- Duda de Culpabilidad = Aplicación de Principio *in dubio pro reo*= Inocencia (Absolución).
- Duda de Inocencia= INEXISTENTE en el proceso como figura jurídica.

La anterior sentencia de casación se desprendía de un hecho real que trata sobre un caso en el que la Fiscalía consideraba que el principio *in dubio pro reo* únicamente opera sobre la normativa a aplicar en determinado caso y no sobre la conducta del individuo, lo cual constituye un error bastante grande por parte de la Fiscalía porque parecería únicamente enfocarse en el principio de favorabilidad, olvidando el espíritu del principio de duda razonable (o duda a favor del reo).

Para tener más claro el panorama, en primera instancia el 07 de febrero del 2013, el Tribunal de Garantías Penales había declarado la culpabilidad de I.L.G como autora del delito tipificado de la siguiente manera en el Código Penal (1971): “Será reprimido con reclusión menor ordinaria de tres a seis años y multa de seis a dieciséis dólares de los Estados Unidos de América, quien oculte, custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia, en todo o en parte los bienes, cosas o semovientes, productos de robo o hurto” (art. 569).

Se le impuso una pena de dos años de privación de libertad debido a atenuantes que le correspondían; en apelación el día 23 de marzo del 2013 la Sala Especializada de lo Penal en la Corte Provincial del Azuay, declaró procedente la ratificación del estado de inocencia

de I.L.G, señalando que aplicaba el principio de *in dubio pro reo* por tener la “certeza de que la acusada no es autora del hecho” (Corte Provincial del Azuay, 2013).

Se trataba de un tipo penal de categoría dolosa pero la estrategia de la defensa de la procesada adujo que en ninguna circunstancia su defendida había actuado con intención maliciosa, designio de causar daño o sencillamente dolo, lo que al final del proceso se sobrepondría.

1.3.4.1 La duda razonable para la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso Miguel Ángel Rodríguez Revolorio, Miguel Ángel López Calo y Aníbal Archila Pérez contra Guatemala, en el que los demandantes señalaban una serie de irregularidades que violarían el debido proceso durante su enjuiciamiento penal en su país.

El fallo final de la Corte es en favor de las víctimas antes mencionadas; en el archivo admisibilidad que emite la comisión, reconoce una duda razonable que se desprende del proceso penal (de su país) cuando al evacuar la prueba, los contenidos de las pericias realizados no cumplieron con todos los parámetros legales establecidos previos a su interposición en juicio y la intervención de los peritos en audiencia, parecieran ser en ocasiones inverosímiles (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 14 de octubre del 2009).

Sobre la duda razonable, existe una explicación más notable en la cual la Corte lo vincula al principio de inocencia de manera notable; se trata del caso Zegarra Marín vs. Perú (2017) que expone:

El principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad, tras un proceso sustanciado de acuerdo a las debidas garantías. Por lo que, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. Debe recordarse que la falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia

condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia¹²⁰". En este sentido, cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. (p.38)

1.3.5 Antítesis: Certeza jurídica

"Se puede dudar de lo verdadero y creer lo falso, la verdad es siempre la conformidad de la idea con la cosa" (Ellero, P. trad. en1994, p.46).

Los acontecimientos cotidianos se manifiestan a través de acciones de los individuos, los que exponen evidencias de haber ocurrido, en su conjunto conforma la certeza. Y es en el sendero de la vida donde aprendemos que la certeza se forma a partir de la mitigación de dudas; cuando menos probabilidad de que haya ocurrido B existan, ocurrió A. Dicho de otra forma, sino ocurrió B (menos probabilidades) ocurrió A (más probabilidades); es decir, se aminoran dudas sobre la negación y se incrementan posibilidades de afirmación (Grupo de Investigación en Derecho GRID, 2014, p.139).

Eso es lo que ocurre en la cotidianeidad; sin embargo, es más complejo en el proceso penal, para una de las materias más delicadas y respetadas del Derecho, no basta con probabilidades, la potestad sancionadora le exige grado de certeza total para condenar a un individuo con el fin de precautelar el bienestar y seguridad de determinada sociedad.

Bien es cierto que, dentro de los juzgados, antes de los alegatos, la teoría del caso comienza por una idea, a la cual le antecede una historia que representa la realidad histórica. ¿Pero una idea no es subjetiva? ¡Si! La fórmula sin embargo supone que la influencia de la percepción metafísica (idea) con conocimientos, más elemento fáctico (objetivo), más preceptos jurídicos; elimina la incertidumbre y lo que en un inicio era hipótesis dudosa, se construye en una certeza judicial, siempre y cuando no se haya incurrido en errores de raciocinio o aplicación de la lógica jurídica (Ellero, trad. 1994).

La certeza legal o criminal, requiere la aprobación de criterios para evitar el abismo de la duda; la ley y el hombre, los filtros del juez y del legislador. Al legislador se le disponen reglas acerca de las conductas que deben someterse a proceso judicial, los techos de la

pena, los tipos de proceso, entre otros dictámenes de la ley; pero corresponde a este, guiándose en su razón natural para analizar con base a criterios de autenticidad, legalidad, y técnicos científicos, el valor probatorio. El Derecho formal regula el accionar del juez para no permitir una arbitrariedad al momento del proceso, por eso principios como el de igualdad y contradicción, permiten limitar su criterio moral y razonamiento, para equiparar las reglas del juego del ministerio vs el procesado y eliminar el arbitrio (Ellero, trad. 1994).

Ahora bien, las ciencias sociales no son exactas y en términos numéricos no se puede representar a la actividad de juzgamiento de cada tribunal, no califican con números la teoría de la fiscalía ni la de la defensa, no hay ecuación aritmética aplicable para resolver los casos.

Nuestra naturaleza nos advierte que el espíritu en materia de persuasiones no tiene los grados indicados, sino que obra siempre en la órbita de la probabilidad, sin confines y estaciones psicológicas intermedias, y con sólo dos puntos de apoyo, uno de los cuales señala la partida y el otro la meta: tales son la duda y la certeza. En la duda, empieza una ligera sospecha a indicarnos que una cosa es o no es; de aquí nos elevamos a la certeza a fuerza de probabilidades ingraduables, hasta que, convencido el ánimo, afirma que la cosa es o no es efectivamente. (Ellero, trad.1994, p.63)

El mismo autor reconoce tres estados de ánimo en la percepción de las personas ante la persuasión: la certeza, las probabilidades y la duda. Calificando únicamente a la última y primera como exactos, pues al tener certeza no cabe la duda y al tener duda no hay certeza. Para llegar a esos estados en el contexto judicial, existen indicios que conducen o desembocan en presunciones y que crean el inicio del panorama, que tras una investigación policial minuciosa se convierte en expediente de fiscalía para decidir si existe o no conducta punible y bajo qué criterios de imputación y circunstancias de los hechos.

Las presunciones son, en cierto modo, testimonios del género humano ofrecidos por el sentido común; y en esto difieren de los indicios, por cuanto que los indicios se deben probar, mientras que aquéllas se tienen como probadas sólo con iluminar la

mente del que juzga; en su virtud, quien las niega debe probar lo contrario (Ellero P, trad.1994, p65).

Sobre las pruebas que se someten a valoración en el proceso, Ellero P. (Trad. 1994) dice que son: “aquellas circunstancias sometidas a los sentidos del juez y las cuales ponen de manifiesto el contenido del juicio; en otros términos, las pruebas vienen a ser los atestados de personas o de cosas acerca de la existencia de un hecho” (p.74).

Finalmente, sobre la prueba perfecta Ellero P. (trad. 1994) dice que son:

Aquellas pruebas que aseveran de una manera plena, produciendo en nosotros la certeza que se busca y de la cual depende el juicio o la apreciación que se trata de formar. Si una prueba provoca dicha certeza, es, sin más, perfecta. Pero ¿por qué la provoca?... La respuesta a esta última pregunta es la que puede darnos la verdadera razón objetiva en virtud de la cual una prueba resulta realmente perfecta (p.74).

1.3.6 Clasificación a la duda razonable

Son términos clave en la construcción histórica del principio de duda a favor del reo: “certeza”, “convencimiento” y “más allá de toda duda”, porque el poder punitivo del estado para sancionar con una condena penal debe tener un convencimiento certero más allá de toda duda razonable sobre la realización de los hechos, la tipificación de los mismos y la responsabilidad del imputado.

Se hace énfasis en el elemento fáctico de la conducta y de la verdad histórica en virtud de que los elementos a evaluarse requieren una valoración de juicio sobre los hechos, el grado de afectación al bien jurídico, la conducencia de la prueba, y la identificación e individualización del aparente infractor. Pero sucede que también como complemento existe la duda jurídica, que se separa de la duda probatoria (pues esta se enfoca en la demostración del elemento fáctico durante su presentación) y que implica una ausencia de certeza que va a recaer sobre el ámbito jurídico, bien por duda de aplicación de la ley o por cuestiones relativas a la interpretación de la norma (Ortega y Calvete, 2017).

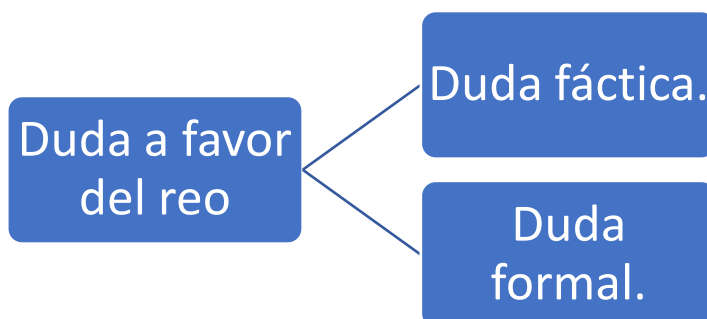
Tratando de ejemplificar, el sistema judicial requiere como requisito indispensable para la sentencia: la motivación, requisito que implica no solo exponer las normas y principios jurídicos con base a los cuales se ha tomado una decisión, sino también explicar su pertinencia en relación a los antecedentes de hecho. Entonces es correcto afirmar que la certeza y convencimiento de los hechos se distingue en dos dimensiones:

1. La certeza sobre los hechos y la responsabilidad del imputado.
2. Ordenamiento jurídico aplicable (Ortega y Calvete, 2017).

Por tanto, existe una clasificación interna del principio *in dubio pro reo* que se manifiesta de la siguiente manera:

Gráfica 1:

Clasificación de duda a favor del reo.



Nota: Elaborado por Cristian Paul Ochoa Jaramillo.

1.3.6.1 Duda fáctica. El primero, el principio de *indubio pro reo* fáctico, se enmarca dentro del análisis del ordenamiento jurídico aplicable a determinado caso y en el cual la premisa de inocencia “se descarta con la certeza en la ocurrencia del hecho punible y la responsabilidad de la conducta desplegada por el ciudadano” (Ortega y Calvete, 2017). Los medios de pruebas evacuados tienen destacada relevancia para la determinación de esta duda fáctica a diferencia de la duda procesal que requiere de una valoración más relacionada con la interpretación jurídica del derecho formal aplicable.

1.3.6.2 Duda formal. El *in dubio pro reo* procesal o antes mencionada como duda formal, tiene como principal característica la división de criterios expresada en la sentencia

de los tribunales, al existir ausencia de unanimidad en la decisión adoptada, lo cual expone una falta de certeza que desemboca en una duda procesal.

Al estar frente a un voto salvado absolutorio, es notorio que existe un criterio diferente de valoración de pruebas dentro del tribunal; la defensa ha logrado implantar la duda razonable en uno de los jueces integrantes del tribunal o bien la acusación de fiscalía no le ha logrado convencer del todo, *supra* exponen Carnevali y Castillo (2011) que:

Podría pensarse que una sentencia condenatoria que contenga un voto disidente, en donde se expresa que existen dudas razonables acerca del hecho punible objeto de la acusación o de la participación culpable del acusado, podría estar violentando el principio de presunción de inocencia. (p.108)

Paralelamente se alinea a esta duda formal aquellas situaciones en las que el colegiado de juzgadores tiene dudas respecto a cómo interpretar jurisprudencia vinculante, formas de aplicación del bloque de constitucionalidad, leyes complementarias, entre otras situaciones; sin embargo, no deja de considerarse como ejemplo primordial a la discordancia de los jueces que hacen parte del tribunal al momento de emitir sentencia, para Ortega y Calvete (2017):

La sala de tres magistrados que debe fallar la responsabilidad del procesado decide condenar con una votación de dos contra uno. Esta situación plantea adicionalmente otro cuestionamiento: ¿qué certeza de responsabilidad penal se puede predicar en el fallo condenatorio en donde uno de sus miembros se abstiene de condenar? La respuesta al anterior interrogante se da en la hipótesis propuesta a la pregunta jurídica inicialmente formulada: hay duda cuando el juez colegiado no falla de manera unánime y ese hecho genera *in dubio pro reo* procesal. (p.9)

Sobresale asombro cuando se condena a pesar de un voto disidente absolutorio de uno de los colegiados del tribunal, cuando “exista un voto disidente –razonado y motivado– que está por absolver” (Carnevali & Castillo Val, 2011).

El argumento para apoyarse sobre esta teoría como vulneración al principio de duda a favor del reo sería:

Como cada juez debe fundamentar su opinión, en caso de que haya dos pareceres por condenar y uno por absolver (todos razonados y relativos a la valoración de la prueba), ello basta para mostrar que en el tribunal ha existido una duda razonable. A menos, claro está, que se suponga que el juez minoritario es un ser irracional. (Etcheberry, 2011)

Sin recaer en la subjetividad individual de opinar acerca de quién tiene la razón o quien erra, la duda puede recaer tanto sobre el elemento fáctico como sobre el jurídico; y basta con una duda en estos para que uno de los miembros del tribunal decida abstenerse de condenar.

La motivación permite a las autoridades judiciales más allá de exponer que duda, exponer ¿Por qué duda? ¿Por qué es razonable su duda para condenar?, bajo esta lógica se permitiría el alegato *ad hominem* de: “¿por qué, para salvar la razonabilidad de la minoría que duda, se condena a la irrazonabilidad a la mayoría que no duda?” (Igartua J. 2014).

No está demás indicar que la duda formal, surge como teoría contemporánea que ha sido sustentada por académicos de Colombia y Chile, pero que no disponen de doctrina de apoyo suficiente ni el amparo legal para aplicarse en los procedimientos judiciales.

Al respecto de la última explicación sobre la duda formal, el Código Orgánico Integral Penal (2014) establece: “Votos necesarios. - Toda sentencia se dictará con el voto concordante de al menos dos juzgadores” (art.-625).

1.3.6.3 Criterio de oposición a la duda formal. Existen contradictores que prefieren desconocer la propuesta de una duda FORMAL, bajo el argumento de que el principio de duda a favor del reo se sostiene únicamente bajo la interpretación del material probatorio referente a los hechos que manifiestan la conducta punible del procesado, más no de un esquema numérico de cantidad que determine que se detenga a cuestionar de manera minuciosa que bien siendo dos más que uno, es menos que tres.

Por ejemplo, para Canzio (2007):

Regla probatoria y de juicio, hoy se coloca al lado de los valores que fundamentan el proceso penal, en el más transparente y verificable contexto gnoseológico de la justificación legal y racional de la decisión, sólo en el cual encuentra sólido y seguro fundamento la legitimación del juez. (p. XIII)

1.3.7 El principio de duda a favor del reo en el sistema judicial ecuatoriano

Partiendo como antecedente, del Código Penal (1971), que textualmente establecía en su artículo 4: “Prohíbase en materia penal la interpretación extensiva. EL juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la Ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo.” Disposición que ratifica la suposición de que ante una duda razonable como resultado de la correcta evacuación de prueba de la defensa del procesado o en efecto, por la insuficiente o errónea evacuación de prueba de la fiscalía y defensor particular, se debe actuar en favor de la tradicional in *dubio pro reo*, que a su vez garantizaría la aplicación de los principios de: duda a favor del reo y de inocencia.

El artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal, enlista los principios procesales que rigen al sistema penal, entre los cuales aparece el principio de duda a favor del reo, estableciendo el COIP en su numeral 3 (2014): “La o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad de la persona procesada, más allá de toda duda razonable” (art. 5.3).

Si bien es cierto, la ley penal ecuatoriana restringe la opción de otorgar una interpretación exhaustiva a las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal, al encontrar las definiciones de los términos que sus preceptos legales incluye, se estará aclarando los supuestos de ley bajo lo establecido por el órgano rector del idioma español que viene a ser la Real Academia de la Lengua Española; es así que existen dos términos claves que se someten a consulta para efectos de analizar la hipótesis planteada en este trabajo de tesis.

Sobre el término duda, la RAE (2020) la define: “Suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, bien a cerca de un hecho o una noticia.” Y por el contrario a la conjugación de “sin duda” la expone como: “Indudablemente, con toda seguridad” (definición 1).

La otra palabra necesaria de conocer su significación legítima, es “convencimiento”, a lo cual la RAE (2020) establece: “Acción y efecto de convencer”; y sobre convencer: “Incitar, mover con razones a alguien o hacer algo o mudad de dictamen o de comportamiento” o bien “probar algo de manera que racionalmente no se pueda negar”.

Con un panorama mucho más claro ahora, es más sencillo inferir lo que la ley penal refiere con su principio de duda a favor del reo y el convencimiento del juzgador para condenar más allá de toda duda razonable.

Conexo a ello, la Constitución de la República (2008) como parte del debido proceso establece:

En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplan sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. (art. 76.5)

Por lo que se desprende que el principio de favorabilidad es complementario del de duda a favor del reo, este último ya no tiene un alcance exclusivo al resultado de la sentencia en cuestiones de absolución o condena, sino que en un contexto de favorabilidad se refiere también a la oportunidad de duda en la aplicación normativa, la aplicación por ley de la más leve, benévola y favorable al procesado o reo.

1.4 Sentencia: Análisis normativo

1.4.1 ¿Qué es una sentencia? ¿Cómo está estructurada?

Desde una perspectiva académica, diría que la sentencia marca el fin del proceso, es la decisión del juzgador respecto al objeto de litigio, que de manera motivada se encuentra fundamentada sobre los hechos y normativa pertinente a cada situación particular.

Focault refería a que en el sistema judicial feudal, siglos XII y XIII D.C, la sentencia constituía la expresión formal de victoria o fracaso, después de haberse valorado pruebas en el proceso judicial, Focault M. (trad. en 1996) decía: “La sentencia consiste en la enunciación, por un tercero, de lo siguiente: cierta persona que ha dicho la verdad tiene razón; otra, que ha dicho una mentira, no tiene razón” (p. 62).

Sobre la sentencia, Cabanellas G. (1993) dice:

Es aquella, según Caravantes, por la cual el juez resuelve terminando el proceso; la que, con vista de todo lo alegado y probado por los litigantes sobre el negocio principal, pone fin a la controversia suscitada ante el juzgador. I EJECUTORIADA. La que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, la sentencia firme. (p.411)

El Código Orgánico General de Procesos (2015), otorga su propia definición jurídica a la sentencia, dispone: “La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso” (Art. 88).

Existe así, una fórmula común para sentenciar en el Ecuador, los juzgadores después de llenar los requisitos y formar la estructura que por ley le corresponde a la sentencia; para resolver utiliza el siguiente texto: “Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República” (COFJ, 2015, art. 138).

Entendemos de la definición de Cabanellas y de la ley ecuatoriana, que la potestad de emitir sentencia es exclusiva del juez; en ese sentido el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 129 identifica entre otras las siguientes facultades:

2. Administrar justicia aplicando la norma jurídica pertinente; 3. Resolver los asuntos sometidos a su consideración con estricta observancia de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios y garantías que orientan el ejercicio de la Función Judicial (COFJ, 2015, art. 129).

Entonces se entiende que el juez según jurisdicción y competencia; es la autoridad a la que le corresponde, como una de sus principales facultades, dar solución al litigio mediante su dictamen oral y posteriormente transcrito en una sentencia.

Existe un principio de congruencia que enviste a la potestad jurisdiccional del juzgador; y que insiste en la claridad, precisión y congruencia que debe poseer la sentencia respecto a los puntos litigados durante el proceso (COGEP, art. 92). En caso de no atenderse a este principio por el juez sustanciador de la causa, correspondería aplicar los distintos recursos que por ley se reconocen, verticales u horizontales según el caso.

El Código Orgánico General de Procesos (2015), determina también el modelo de contenido que deberá obedecer toda sentencia de pronunciamiento judicial, para las resoluciones dictadas de manera oral en audiencias, el modelo es el siguiente:

1. “El pronunciamiento claro y preciso sobre el fondo del asunto.
2. La determinación de la cosa, cantidad o hecho que se acepta o niega.
3. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas” (Art. 94).

Y para el caso de la sentencia escrita motivada:

1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie.
2. La fecha y lugar de su emisión.
3. La identificación de las partes.

4. La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado.
5. La decisión sobre las excepciones presentadas.
6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución.
7. La motivación.
8. La decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto, determinando la cosa, cantidad o hecho al que se condena, si corresponde.
9. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas. (COGEP, 2015, art.95)

1.4.1.1 La sentencia en el ámbito penal. Hasta este punto se ha escrito sobre sentencia en términos generales, pero en beneficio del presente trabajo de tesis, es necesario estudiarla desde la perspectiva penal, para ello nos remitimos al Código Orgánico Integral Penal (2014) ya que es el cuerpo normativo específico a la materia, el que establece:

Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos. (Art. 621)

Aclarando el tema del término para notificar la sentencia; y fundamentado en Derecho, por su parte, Valdivieso L. (2000) señala:

Concluida la audiencia definitiva, el juez dictará sentencia en la que resolverá todas las excepciones dilatorias y perentorias en el término de diez días. En caso de incumplimiento el juez será sancionado por el superior o el Consejo de la Judicatura, según corresponda, con una multa equivalente al 2.5% de la remuneración mensual del juez a cargo del proceso por cada día de retraso. (p.35)

Los requisitos que debe contener por ley la sentencia penal son los siguientes:

1. La mención del tribunal, el lugar, la fecha y hora en que se dicta; el nombre y el apellido de la o el sentenciado y los demás datos que sirvan para identificarlo.
2. La relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos de la o el sentenciado que el tribunal considera probados en relación a las pruebas practicadas.
3. Las consideraciones por las cuales se dé por probada o no, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, así como las pruebas de descargo o de atenuación de la responsabilidad.
4. La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas.
5. La determinación individual de la participación de la o las personas juzgadas en relación con las pruebas practicadas y la pena por imponerse, de ser el caso.
6. La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda.
7. Cuando se determine la responsabilidad penal de la persona jurídica, la o el juzgador deberá verificar los daños a los terceros para poder imponer la pena.
8. Las costas y el comiso o la restitución de bienes o el producto de su enajenación, valores o rendimientos que hayan generado a las personas que les corresponde.
9. La orden de destruir las muestras de las sustancias por delitos de producción o tráfico ilícitos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.
10. La suspensión condicional de la pena y señalamiento del plazo dentro del cual se pagará la multa, cuando corresponda.
11. La firma de las o los juzgadores que conforman el tribunal. (COIP, 2014, art. 622)

Las sentencias del ámbito penal tienen dos opciones finales para su pronunciamiento: la primera es la condena, con la pena y medidas de reparación integral correspondientes; y

la segunda es la ratificación de inocencia o bien tradicionalmente conocida por la historia del derecho como absolución. Sobre esta última, la absolución según Cabanellas G. (1993):

En Derecho Procesal Penal debe pronunciarse la absolución del procesado cuando falten pruebas de los hechos, por no constituir estos delitos, por no estar demostrada la participación en ellos del acusado o por concurrir alguna circunstancia eximente de la responsabilidad. [...] También procede la absolución libre en caso de duda: "in dubiis reus est absolvendus ". Puede expresarse que, en caso de duda, ha de favorecerse más al reo o demandado que al actor: "favorabilioris rei potius quam actores liabentur". (p.10)

Existen otras reglas adicionales relativas a la sentencia en materia penal, que se encuentran estipuladas en el artículo 623 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal (2014), pero el que más importa a la hipótesis de este trabajo de tesis y sobre la cual se hará mayor énfasis más adelante, es la disposición sobre los votos necesarios: "Toda sentencia se dictará con el voto concordante de al menos dos juzgadores" (Art. 625).

1.4.1.2 La unanimidad como condición sine qua non del jurado para condenar en sistemas penales del Common Law. Heredado del sistema judicial inglés en la época medieval, hoy famoso por películas como "12 hombres", la implementación de la figura de "jurado" en el Common Law, tenía por objeto la protección a los súbditos de la realeza británica; hoy en día aproximadamente el 90% de juicios con jurado a nivel mundial se celebran en los Estados Unidos de América (Graham F. 2009).

¿En qué consiste el sistema judicial con jurado? Al igual que en la película, doce hombres de la comunidad son convocados por el poder judicial, pretendiendo que desconozcan todo acerca del caso sometido a juicio, para participar atendiendo todo el desarrollo del juicio y finalmente tomar una decisión estrictamente relacionada a las pruebas evacuadas en audiencia para absolver o condenar y de sugerir la pena a aplicar al juez competente según el caso.

Si bien es cierto en un inicio los británicos crearían este sistema bajo el ideal de independencia de la justicia frente a la opresión del monarca; existe otra justificación, sucedía que según la gravedad de los delitos se aceptaba la pena de muerte como castigo judicial, de ahí la importancia de consenso para doce personas pertenecientes a la sociedad común.

La colonización inglesa a tierra americana trasladaría el mismo sistema judicial que comenzaría a sentenciar favorablemente al estadounidense en aquellos casos en que ingleses acusaban a los locales de cometer delitos perjudiciales para los intereses británicos. Un precedente claro ocurre con John Peter Zenger, quien había sido acusado de criticar al gobernador designado por el Rey inglés; ante lo cual el jurado de Nueva York termina absolviendo y dejando un precedente muy valioso en materia de libertad de expresión (Graham F, 2009).

Con la evolución del Derecho, el Tribunal Supremo de Estados Unidos permitiría la conformación del jurado por distintos sectores de la sociedad, incluyéndose a mujeres y negros; adicionalmente se estableció que en juicio de menor importancia no era necesaria la instalación de un jurado, se permitió también la renuncia del derecho a juicio con jurado. (Graham F, 2009).

Sin embargo, es necesario aclarar que “la gran mayoría de las causas judiciales en Estados Unidos no se resuelven por jurado” (Burnnet, 2009, p.7).

Para Lee Baylei F. (1995):

Es muy común ver a los abogados entablar una demanda, sin pensar que jamás llegue al juicio y, de hecho, aproximadamente el 90 por ciento de todos estos casos, tanto civiles como penales, se resuelven por medio de una componenda, antes de que se inicie el juicio. (p.21)

Como referencias, según datos del Centro de Tribunales de los Estados (2007, como se citó en Graham, 2009) se estimaba que:

Número estimado de juicios por jurado anuales en Estados Unidos: 154.000 (149.000 en los tribunales estatales, 5.000 en los tribunales federales).

- 66% por ciento juicios penales (47% por ciento por delitos graves, 19% por ciento por delitos menores)
- 31% por ciento juicios civiles
- 4% por ciento otros juicios. (p. 6)

Retomando el tema del jurado, en teoría se maneja este mecanismo en sistemas democráticos y transparentes cuyo poder judicial cede parte del poder punitivo del estado a ciudadanos soberanos para impartir justicia.

Sobre la compleja situación del ejercicio de deliberación en jurado, con base a una experiencia propia, el historiador norteamericano D. Graham Burnett (2009) narra:

Nuestra coyuntura era esforzarnos por entender nuestras responsabilidades y organizar la enorme cantidad de pruebas conflictivas y complicadas. Hubo lágrimas y riñas, hondos silencios, debates sobre Dios y los homosexuales, y sobre la verdad y la justicia. La deliberación democrática se había elevado a la categoría de deporte extremo. (p.9)

En el mismo caso en el que por cierto D. Graham Burnnet presidió el jurado, exonerarían a un acusado de doble asesinato, el mismo que señalaba haber actuado en defensa propia ante la amenaza de dos individuos en un apartamento. La justificación del jurado para absolver se resume en:

Dos hombres entran en una habitación y solo uno sale con vida alegando haber actuado en defensa propia. No hubo testigos. Ninguno de los dos tenía antecedentes violentos. ¿Quién podía asegurar “más allá de toda duda razonable” que el superviviente mentía? (Burnnet, 2009, p.10).

Pese a que el jurado identificaba al acusado como una persona no tan simpática y en latente probabilidad de estar mintiendo en su versión durante el juicio, terminarían fallando a su favor en virtud de que el pedido que les hacía el sistema judicial de manera específica era: “Que probásemos su culpabilidad más allá de toda duda razonable” (Burnnet, 2009, p.10).

De este ejemplo práctico y real, se expone una puntual diferencia entre el sistema penal anglosajón y el sistema penal latinoamericano, sucede que mientras en nuestros países se sentencia con condena o absolucón, culpable y penalmente responsable o inocente; lo que pasa en Estados Unidos es que se sentencia al procesado con los términos “guilty” (que en español se traduce como culpable) o “non guilty” (que en español se traduce como “no culpable”), de lo que se desprende que el veredicto de “no culpable” no es necesariamente llega a ser sinónimo de “inocente” (Burnnet, 2009).

Llegado a este punto, es importante dar a conocer que en Estados Unidos existe un requisito trascendental para que el jurado condene: la unanimidad.

Louisiana y Oregon fueron por largo tiempo (desde 1972) los únicos estados que se permitían condenar con una decisión mayoritaria (Ejemplo: con 10 votos del jurado bastaba para condenar) pero en el 2018 tras una consulta popular, en Oregón la decisión popular resolvería implementar nuevamente la unanimidad como requisito de veredicto (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales [INECIP], 2020).

En el año 2020 se pronunció el Tribunal Supremo Estadounidense en el caso Ramos vs Louisiana, identificando la inconstitucionalidad de las condenas por decisión mayoritaria del jurado. Se señaló que los veredictos penales, tienen como requisito inexcusable la unanimidad, según una correcta interpretación de la 6ta enmienda constitucional referente a un juicio imparcial con jurado en los estados. (Supreme Court of The United States, 2020).

1.4.2 La motivación en la sentencia

Es por mandato constitucional que toda resolución emitida por una entidad de la función pública debe encontrarse motivada o caso contrario supone su nulidad; la Constitución

nos indica que la motivación implica el anuncio de las normas jurídicas en las cuales se fundamenta una resolución, además de su pertinencia con los hechos sobre los que se resuelve (Constitución de la República. 2008).

Para tener varias ideas que permitan comprender a la motivación de manera analítica, creo conveniente analizar lo que dicen al respecto: doctrinarios, organismos internacionales, la jurisprudencia y finalmente la ley.

1.4.2.1 La motivación según la doctrina. La motivación para Priori G. (2019): “No solo es una expresión de la prohibición de la arbitrariedad en el ejercicio de la función estatal, sino que es la que legitima socialmente las decisiones jurisdiccionales, en la medida que se hacen públicas las razones de las decisiones” (p. 125).

No está demás decir que un requisito notable de la motivación es que debe presentarse en el escrito y “ser adecuada, suficiente y razonable” (Landa C., 2017, p. 179).

Para Priori G: “debe ser completa, coherente y consistente” (p. 126). Se entiende que no todos los argumentos expuestos por las partes pueden ser analizados de manera minuciosa, por ello el juzgador o tribunal debe ser preciso en la justificación de su decisión judicial; ambos juristas antes citados coinciden en características similares como la consistencia, la suficiencia y la adecuación.

La motivación se podría clasificar en dos: motivación interna o fáctica y la motivación externa o jurídica. La primera se refiere a la construcción lógica de premisas que obedecen a una secuencia narrativa ordenada de los hechos que concluye en una decisión coherente en un contexto de razonamiento judicial. Mientras que la motivación externa o jurídica, se centra en los preceptos normativos aplicables y su interpretación adecuada al método pertinente, incluida la legalidad de la prueba practicada (Landa C., 2017).

Un proceso que Priori G (2019) sugiere seguir para una correcta motivación se resume en el siguiente orden:

1. Expresar razonamiento sobre los acuerdos probatorios.
2. Pronunciamiento relativo a las controversias, con los resultados de la valoración probatoria respecto a los hechos controvertidos.
3. Explicación del estándar o método usado para identificar a un hecho como cierto o incierto.
4. En caso de existir hechos cuya concurrencia no ha quedado clara, señalar sobre quien recaía la carga probatoria y porque no ha sido suficiente.
5. Una vez identificados todos los elementos fácticos, identificar la norma aplicable al caso.
6. Indicar la compatibilidad normativa con el hecho y el método de aplicación de la norma.
7. Indicar concordancia de la ley aplicada, con norma constitucional y otras.
8. En caso de advertir el juzgador sobre un precedente judicial aplicable, vincularlo señalando su relación con el caso.
9. Finalmente, presentar la respuesta clara a las controversias fijadas como punto de debate en el juicio.

1.4.2.2 La motivación según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Cuadernillo de Jurisprudencia No 12: “Debido Proceso”, refiere a que la motivación es una debida garantía que corresponde al procesado para salvaguardar el debido proceso.

El Sistema Interamericano de Derecho Humanos define a la motivación como: “la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” (CIDH Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez vs Ecuador, 2007).

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según su Cuadernillo de Jurisprudencia No 12 (s.f):

La motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores [...] la motivación y fundamentación deben demostrar que han sido ponderados todos los requisitos legales y demás elementos que justifican la concesión o la negativa de la medida. (pp. 147-148)

Se debe agregar además que:

El deber de motivación no exige una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino una respuesta a los argumentos principales y esenciales al objeto de la controversia que permitan garantizar a las partes que han sido oídas en el marco del proceso (CIDH Caso Flor Freire Vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2016).

1.4.2.2.1 Relación entre la motivación del fallo judicial y el principio de inocencia, según la CIDH. En relación con el principio de inocencia y el de duda a favor del reo que se ha estudiado en el capítulo III de esta tesis, del caso Segarra Marín vs Perú en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 15 de febrero del 2017, señala:

La Corte subraya la relevancia de la motivación, a fin de garantizar el principio de presunción de inocencia, principalmente en una sentencia condenatoria, la cual debe expresar la suficiencia de prueba de cargo para confirmar la hipótesis acusatoria; la observancia de las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba, incluidas aquellas que pudieran generar duda de la responsabilidad penal; y el juicio final que deriva de esta valoración. En su caso, debe reflejar las razones por las que fue posible obtener convicción sobre la imputación y la responsabilidad penal, así como la apreciación de las pruebas para desvirtuar cualquier hipótesis de inocencia, y solo así poder confirmar o refutar la hipótesis acusatoria. Lo anterior, permitiría desvirtuar la presunción de inocencia y determinar la responsabilidad penal más allá de toda duda

razonable. Ante la duda, la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, operan como criterio decisorio al momento de emitir el fallo (CIDH Caso Segarra Marín vs Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2017).

El fundamento de una sentencia condenatoria debe ser claro y lógico y de manera especial referirse a la apreciación de los medios de prueba y señalar porque son considerados idóneos y confiables como para determinar la responsabilidad penal y desvirtuar la presunción de inocencia. (CIDH Caso Segarra Marín vs Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2017).

1.4.2.3 La motivación según la jurisprudencia ecuatoriana. Sobre la motivación, la Corte Constitucional (2013) dice que:

La motivación de las resoluciones de poderes públicos y más aún de los órganos jurisdiccionales, constituyen una garantía esencial para evitar la arbitrariedad y lograr el cumplimiento efectivo de las decisiones adoptadas. Conforme lo ha señalado la Corte Constitucional en múltiples fallos la exposición por parte de la autoridad judicial con respecto a la decisión adoptada debe hacérsela de forma: i. Razonable, es decir que sea fundada en los principios constitucionales; ii. Lógica, lo cual implica una coherencia entre las premisas y la conclusión y, iii. Comprensible, es decir que el fallo goce de claridad en el lenguaje (Sentencia No 092-13-SEP-CC).

Queda claro que los parámetros constitucionales que le corresponden al test de motivación en su conjunto, justifican la decisión judicial. Faltando alguno de estos, no existiría motivación.

Sobre la razonabilidad como primer elemento intrínseco a la garantía de motivación de las sentencias judiciales, no únicamente corresponde aplicar al caso la ley constitucional como se mencionaba anteriormente del extracto de sentencia de la Corte, sino además la aplicación de cualquier otra normativa según el caso. El parámetro de la lógica hace alusión a la estructura coherente en la cual a partir del elemento fáctico en conjunción con la

normativa presenten como resultado conclusiones correctas. Y el tercer componente, que es el de comprensibilidad se vincula con la claridad del lenguaje utilizado en la decisión judicial, pues esta no únicamente estará a disposición de las partes en litigio, sino tendrá un auditorio social (Hernández V, 2018).

Otra definición jurisprudencial se obtiene de la Corte Nacional de Justicia (2012), que señala: “Es la expresión de las razones y de las elecciones instrumentales realizadas por el juzgador en el caso concreto, evitando el ejercicio arbitrario de la potestad jurisdiccional” (Res. No1127, 2012, p.19).

También la Corte Nacional de Justicia, en el año 2014, establecía:

La motivación, como una de las principales garantías del derecho constitucional de debido proceso, no debe tomarse como un requisito formal, sino como una obligación de los operadores de justicia al momento de tutelar los derechos de las personas, ya que esta constituye en la explicación coherente, lógica y clara de las ideas, acompañada de los razonamientos realizados por los jueces y juezas, respecto a los hechos del caso concreto en relación con las normas jurídicas aplicables a este. Por lo tanto, a través de este ejercicio de argumentación lógica se llega a la decisión final del proceso, la cual, más que ser una simple enunciación de normas y hechos, es la explicación razonada de cada tema a ser desarrollado en la resolución o fallo (Res. 988, 2014, p.8).

En la misma resolución de la Corte Nacional de Justicia (2014) se identifican como requisitos indispensables de la motivación a:

- a) Los fundamentos de hecho considerados como verdad histórica, posteriormente del análisis realizado a las pruebas en audiencia de juicio.
- b) Fundamentos de Derecho según los cuales el juez va a resolver el conflicto presentado.

- c) La subsunción, basada en la adaptación de la conducta del procesado al presupuesto jurídico que contiene al tipo por el cual se pretende sancionar al procesado. (Res. 988, 2014)

Finalmente, la Corte Nacional de Justicia (2014) en la sentencia antes citada, señala: “Para que exista motivación deben los jueces en virtud de la tutela judicial efectiva, hacer la relación debida entre el hecho, el derecho y la decisión” (p.12).

Existe un documento de absolución de consultas por parte de la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia (2019) en materia penal, con fecha 06 de noviembre del 2019, que respecto a la motivación dice:

Motivación es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias (Oficio 858-P-CNJ. 2019, p.6).

Posteriormente se expone que la justificación de la sentencia que toma en cuenta elemento normativo, fáctico y probatorio, erradica completamente cualquier tipo de arbitrariedad al momento de dictaminar un fallo, cuestión que a estas alturas de esta tesis ya ha quedado más que clara.

Por otra parte, en relación con la sentencia absolutoria, la Corte Nacional de Justicia (2016) en resolución del 21 de octubre, señala:

La motivación del juicio sobre los hechos en la sentencia absolutoria puede consistir en la declaración de hechos probados o no probados, cuando verificada la existencia

de hechos el acusado no resulta ser el autor y se lo absuelve por la existencia de duda o insuficiencia probatoria. (Res. 1930-2016).

1.4.2.4 La motivación en la ley. Existe una amplia gama de definiciones de la motivación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, desde la Constitución de la República, el Código Orgánico de la Función Judicial, el Código Orgánico General de Procesos, hasta el Código Orgánico Integral Penal, entre otros. Siendo el primero y el último de los cuerpos normativos mencionados, los más relevante para esta tesis, la disposición constitucional por su supremacía normativa y el COIP por su afinidad en el ámbito penal.

La Constitución de la República (2008) dice que:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. 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. (art. 76.7. literal I)

Mientras el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 5 sobre principios procesales, estipula: “La o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso” (art. 5.18).

Hasta esta parte del capítulo 4.2 sobre la motivación en la sentencia, ha quedado expuesto de forma inteligible varios conceptos que otorgan doctrinarios, la jurisprudencia nacional, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la propia ley, así además se han señalado requisitos indispensables para una correcta estructura de motivación sin vicios. No está demás indicar que más información jurídica sobre la motivación se encuentra también en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial y en el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos.

1.4.3 El error judicial en la sentencia

En términos gramaticales, el error se define por la Real Academia de la Lengua española (2020) como: “Concepto equivocado o juicio falso. Acción desacertada o equivocada. Cosa hecha erradamente” (s.f., definiciones 1,2,3). Además, la RAE (2020) expone: “Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él o de su objeto” (s.f., definición 4).

Ya en términos jurídicos Islas A y Cornelio E. (2017) dicen: “En Francia, el error judicial es un error de hecho cometido por los miembros de un tribunal, durante el juicio en su apreciación de la culpabilidad de una persona perseguida” (p.21). En el mismo contexto, los dos resultados que pueden desembocar de un error judicial en el ámbito penal son: culpable inmutable o inocente condenado.

Otro autor, Malem J. (2008) dice:

Para que exista un error judicial basta que haya una decisión judicial que no se pueda subsumir en una de las decisiones correctas permitidas por el sistema jurídico en el momento de dictarla [...] implica el límite externo de la discrecionalidad, que es la arbitrariedad. (p.101)

Ya en panorama legislativo, el Derecho Internacional Público ubica al error judicial en la misma categoría del abuso del poder; y como respuesta parcial los tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (1966) en sus artículos 9.5 y 14.6 y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) en su artículo 10 indican que el estado deberá asumir la responsabilidad e indemnizar al afectado por error judicial. Los términos “sentencia condenatoria firme” se usan de manera textual en instrumentos internacionales, señalando que en estas cabe identificar el error judicial y las consecuencias jurídicas que proceden ante su identificación son: la revocatoria de la sentencia o el indulto y la indemnización al perjudicado, por parte del estado.

Básicamente existen tres elementos del error judicial: primero de ellos es el sujeto pasivo (condenado por error judicial) el segundo es la existencia de la sentencia firme y el tercero será el error *per se*.

Inicialmente al error judicial se lo divide en dos: Primero está el error en relación con el aspecto normativo; se puede ejemplificar este último cuando el juzgador sanciona sobrepasando el límite techo de la pena regulada en el tipo penal, aun cuando a la conducta juzgada no le corresponden circunstancias modificatorias de la pena genéricas ni constitutivas.

Segundo, cuando la normativa aplicada a una decisión jurisdiccional es errónea o cuando el error recae sobre los hechos (elemento fáctico); y cuando el error sobre la apreciación de los hechos se manifiesta en actuaciones de mala fe, negligencia, desatención, desidia o por una equivocada percepción de los hechos objeto de litigio; es decir aquellas decisiones ilógicas o mal razonada. Al respecto, Malem J. (2008) dice: “La fijación de la base fáctica del proceso ha de ser manifiesta, ya que se trata de un error de hecho que resulta patente, manifiesto, evidente o notorio, pues su existencia es inmediatamente verificable de forma clara” (p.106).

La Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos identifica tres circunstancias en las que el error judicial aparece: “a través de 1) un fraude, 2) negligencia, o 3) conocimiento o comprensión errónea de los hechos, una decisión judicial no refleja la realidad y puede ser entendida como injusta” (Comisión IDH, 2001, Caso Milton García Fajardo y otros Vs. Nicaragua).

1.4.4 El Voto Salvado en la sentencia de tribunal penal.

Es necesario comprender en inicio lo que significa el voto dentro de la sentencia para luego entender con claridad total lo que es el voto salvado.

Sobre el voto, los juristas Ortega L. y Calvete R. (2017) dicen:

El voto del juez corresponde a la decisión unipersonal con efectos institucionales; en este caso, frente al juez colegiado (corte o tribunal). Dicho voto se materializa esencialmente en el pro o el contra de una propuesta que en el caso judicial se concreta frente a la posible solución jurídica que da lugar a la resolución del conflicto.

(p. 14)

Para que exista un voto salvado será imprescindible que el dictamen judicial sea emitido por más de un juez, teniendo así más de un voto. En contexto penal las causas son direccionadas generalmente por un tribunal de garantías penales en casos de procedimiento no directo u ordinario.

Así el Código Orgánico de la Función Judicial (2009) establece que:

Tribunales de garantías penales. - En cada provincia habrá el número de juzgadores que determine el Consejo de la Judicatura para que integren los Tribunales de Garantías Penales. Las o los juzgadores serán competentes para conocer y resolver los procesos penales que se les asigne. (Art. 220)

Sin embargo, existen situaciones atendidas por juzgados unipersonales, es decir ante un solo juzgador. Sucede esto en los siguientes casos:

1. Procedimiento abreviado: Atendiendo a las disposiciones del artículo 635 al 638 del Código Orgánico Integral Penal, procede en infracciones sancionadas hasta con pena de 10 años de prisión preventiva, cuando el procesado reconoce la admisión del hecho atribuido en imputación a cambio de recibir una propuesta de pena reducida por parte de la fiscalía.
2. Procedimiento directo, regulado en el artículo 640 del Código Orgánico Integral Penal y que procede: “En los delitos calificados como flagrantes sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años y los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general calificados como flagrantes” (Código Orgánico Integral Penal COIP, 2014, art. 640).

3. Procedimiento expedito, regulado del artículo 641 al 646 del Código Orgánico Integral Penal; y que juzga contravenciones penales y de tránsito.
4. Procedimiento expedito para la contravención contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
5. La audiencia de Juzgamiento y conciliación (647) del procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal, que inicia mediante querrela cuando se trata de uno de 4 delitos específicos: “Calumnia, usurpación, estupro y Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 415).
6. En acuerdos por conciliación el reconocimiento en resolución lo realiza un solo juzgador, así como también la declaratoria de extinción de la acción penal, según el artículo 665 del Código Orgánico Integral Penal.

Retomando el tema central del voto salvado, el Código Orgánico de la Función Judicial (2009) establece:

VOTO SALVADO.- La jueza o juez que disintiere de la mayoría, en las resoluciones del Tribunal o sala emitirá su voto salvado, con la expresión de la causa de su discrepancia. Tanto el fallo de mayoría como el voto salvado deberá ser suscrito por todas las juezas y jueces o conjuetas y conjueces que hubieren votado, bajo pena de destitución si de hecho se resistiere alguno a firmar, en cuyo caso, con la anotación de esta circunstancia en el proceso, la resolución seguirá su curso legal. (art. 204)

Si bien es cierto de la norma antes citada se puede inferir que el voto salvado es el disentimiento a la decisión mayoritaria de la sala o tribunal, nuestra legislación no establece una definición concreta y clara para el tema de los votos en juzgados.

Pero para complementar el panorama, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) contiene disposiciones que son aplicables al ámbito penal

cuando se juzga con tribunal, señala: “La publicación de las sentencias debe contener los votos salvados” (art. 93) y además dispone: “La causa se resolverá con el voto de las dos terceras partes de los integrantes del Pleno” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, 149.1).

De estas dos últimas disposiciones, adaptadas al contexto penal se tendría que las dos terceras partes del pleno, con el equivalente a 2 de 3 en el tribunal se resuelve la causa; además se tiene que, ante la existencia de una decisión distinta, esta debe ser también publicada con la motivación que le corresponde.

Sobre este último tema, el Código Orgánico Integral Penal (2014) establece: “Votos necesarios.- Toda sentencia se dictará con el voto concordante de al menos dos juzgadores” (art. 625).

Entonces al momento de emitir sentencia, en el sistema penal ecuatoriano corresponden 4 posibilidades:

1.- Cuadro 1

Sentencia Condenatoria Unánime.

DECISIÓN	JUEZ PONENTE	JUEZ 1	JUEZ 2
Condenatoria.	X	X	X
Absolutoria			

2.- Cuadro 2

Sentencia Absolutoria Unánime.

DECISIÓN	JUEZ PONENTE	JUEZ 1	JUEZ 2
Condenatoria.			
Absolutoria	X	X	X

3.- Cuadro 3

Sentencia absolutoria (con voto salvado condenatorio).

DECISIÓN	JUEZ PONENTE	JUEZ 1	JUEZ 2
Condenatoria.		X	
Absolutoria	X		X

4.- Cuadro 4

Sentencia condenatoria (con voto salvado absolutorio).

DECISIÓN	JUEZ PONENTE	JUEZ 1	JUEZ 2
Condenatoria.	X	X	
Absolutoria			X

Esta última gráfica es la que es objeto de estudio de la presenta tesis, por una presunta vulnerabilidad al *in dubio pro reo* en sentido procesal.

1.4.4.1 Una mirada al voto salvado europeo (legislación comparada). Hasta este punto, es claro que el voto salvado o disidente como criterio apartado de un juez de tribunal, no genera consecuencia jurídica alguna y se presenta cuando no existe unanimidad en el fallo; aun así, la legislación ecuatoriana permite y de hecho exige la emisión escrita de este criterio de la expresión discrepante (COFJ, 204); documento que será publicado conjuntamente con la sentencia de mayoría, atendiendo a un principio de publicidad que se aplica también para estas providencias, permitiendo así además de la disponibilidad del voto discrepante, identificar al juez autor del mismo.

Ocurre algo novedoso en el sistema procesal italiano y francés, respecto a la restricción de publicidad del voto disidente y su anonimato; sucede que el procedimiento formal en los tribunales de alta instancia sobre cuyo fallo no cabe recurso alguno, la publicidad del voto discrepante en sentencia, está prohibida; pues la Corte se pronuncian con una sola voz “el público no sabe si el voto fue unánime o dividido, ni cómo votó cada miembro del tribunal” (Pasquino, trad. en 2019).

Así, el sistema persigue la unanimidad, su proceso incita a los colegiados a formar un criterio común, para en deliberación tratar de encontrar una postura consensuada que dé paso a la unanimidad, su proceso permite más de una sesión de deliberación.

En Alemania, a partir de una reforma normativa en el año 1971, se permite la publicación del voto disidente de las altas cortes, ejemplo la Tribunal Constitucional Alemana; sin embargo, se mantiene el anonimato del juez que lo ha emitido (Orellana E. 2019).

Capítulo 2

Metodología

2.1 Objetivos

Objetivo General:

- Identificar si el dictamen de sentencia con voto concordante de dos juzgadores y un voto salvado absolutorio, supondría una antinomia en contra de las garantías básicas del proceso penal.

Objetivos específicos:

- Conocer el desarrollo histórico de las garantías del proceso penal en Ecuador
- Establecer que garantías procesales tienen aplicación directa al momento de la sentencia.
- Identificar si existe vulneración del principio de duda a favor del reo al emitir sentencias con dos votos concordantes del tribunal penal.

2.2 Hipótesis

El artículo 625 del Código Orgánico Integral Penal permite dictar sentencias con 2 votos concordantes del tribunal, pero supondrían una vulneración al principio de duda a favor del reo cuando el voto salvado del 3er juzgador absuelve.

Es así que desde una perspectiva académica resulta válido plantearse las siguientes preguntas:

¿Supone una vulneración al principio de duda a favor del reo la posibilidad de dictar sentencia condenatoria aún ante la existencia de un voto salvado absolutorio de juez del tribunal?

¿La doctrina del principio de duda a favor del reo se contrapone con la disposición del art.- 625 del Código Orgánico Integral Penal?

¿Qué principios y garantías penales se vulneran cuando el sistema penal condena aun ante la existencia de un voto disidente absolutorio?

2.3 Investigación mixta.

Una investigación de técnica mixta se realizó conjugando algunos métodos que se consideran complementarios y no excluyentes, se combinaron: técnicas de tesis catálogo, tesis narrativa y tesis transcriptiva.

La tesis transcriptiva se apoya en datos e información recopilada de leyes, jurisprudencia, textos académicos; que permiten fundamentar el tema de esta tesis y además permiten el aporte adicional que realizo como investigador, me respaldo en definiciones contrastadas con aportes que han sido investigados por jurisprudencia (Muñoz C, 1998).

Trabajé con una tesis narrativa, en la que se evidencia el manejo de la historia y cronología secuencial de tal manera que exista coherencia y lógica en el marco teórico y el trabajo de campo desarrollado; obteniendo el sustento necesario para los objetivos e hipótesis de la investigación.

Existe un catálogo de temas como lo sugiere Muñoz C (1998); complementarios que ya han sido profundamente estudiados por catedráticos del Derecho interesados en el tema, por lo cual aproveché gran cantidad de información doctrinaria y académica que avala con propuestas anteriores al tema estudiado.

2.4 Análisis experimental inductivo

Se realizó un análisis experimental inductivo para comprender al sistema procesal penal ecuatoriano y el voto salvado en contexto de materia penal, al análisis inductivo lo concibe Pérez J. (2015) como: “Descubrir en medio de los hechos complejos aquellos elementos entre los cuales se establece una relación simple, una ley [...] procede de lo particular a lo general, concluye del hecho a la ley” (pp. 37-40).

Además, el método inductivo se aplicó para estudiar figuras como la sentencia absolutoria y el voto disidente; partiendo de premisas particulares para vincularlas con la doctrina y determinar que es el voto disidente absolutorio y cuál es su repercusión en el sistema procesal penal.

2.5 Análisis crítico de información jurídica recopilada

Se recopiló doctrina, disposiciones de tratados internacionales vinculantes, legislación comparada, además de jurisprudencia nacional e internacional, para así realizar un análisis crítico; observando desde fichas de referencia, hasta decisiones vinculantes, de manera que se identifiquen las causas de los fallos, las concepciones sociales predominantes y la influencia de la doctrina en el autor de la sentencia (Pérez J, 2015).

Se realizó el análisis desde una perspectiva jurídica, la cual busca los antecedentes que rigen al fenómeno jurídico y la ley penal, por cuanto existe necesidad de análisis abstractos, como lo sugiere Pérez J. (2015).

El método analítico permitió analizar al voto disidente específicamente en el sistema procesal penal, estableciendo si es clara la normativa que lo regula y entender cómo debería ser comprendido este por los abogados del país.

2.6 Entrevistas y estudio de caso

El estudio del caso puede estar dirigido a un grupo determinado que forman parte de un mismo escenario y a través del criterio subjetivo y empírico individual, identificar una realidad social compartida, relacionada con el tema de investigación (Orejuela, Moreno, Salcedo, 2012).

El estudio de caso se completó con una entrevista semiestructurada, ambientada a un tema específico (duda a favor del reo y voto salvado), formulada con preguntas abiertas y enfocadas a obtener información jurídica, procesal y empírica en relación con el tema de investigación; se personalizaron tres tipos de entrevistas, la primera de ella dirigida a

abogados en libre ejercicio, la segunda a agentes fiscales y la tercera a jueces de garantías penales.

2.6.1 Grupo de estudio entrevistado

Se entrevistó a nueve profesionales del Derecho, con experiencia suficiente para garantizar aporte académico a este trabajo de tesis.

Las entrevistas se realizaron a dos abogados en libre ejercicio, una defensora pública, tres fiscales y tres jueces.

1ra categoría de entrevistados:

- Patricio Castro: Abogado en libre ejercicio, a quien en adelante para efectos de análisis me referiré como Abogado 1.
- Francisco Javier Manzanillas: Abogado en libre ejercicio y docente universitario, a quien en adelante para efectos de análisis me referiré como Abogado 2.
- María Cristina Meneses Sotomayor: Defensora Pública Provincial de Loja, a quien en adelante para efectos de análisis me referiré como Abogada 3.

2da categoría de entrevistados:

- Ludwin Jimbo Matailo: Agente Fiscal, a quien en adelante para efectos de análisis me referiré como Fiscal 1.
- Servio Patricio Gonzáles Chamba: Fiscal en la provincia de Loja, a quien en adelante para efectos de análisis me referiré como Fiscal 2.
- Pablo Vicente Jaramillo Luzuriaga: Agente Fiscal en Unidad Especializada No. 4, a quien en adelante para efectos de análisis me referiré como Fiscal 3.

3ra categoría de entrevistados:

- Diego Enrique Ochoa Aldeán: Juez de Garantías Penales de Loja/ Unidad Judicial Penal de Loja con competencia en materia penal, de tránsito, contravenciones

penales y garantías penitenciarias, a quien en adelante para efectos de análisis me referiré como Juez 1.

- José Álvarez Ramírez: Juez de Tribunal Penal, a quien en adelante para efectos de análisis me referiré como Juez 2.
- Luis Felipe Valdivieso: Juez de Tribunal de Garantías Penales, a quien en adelante para efectos de análisis me referiré como Juez 3.

2.6.2 Estructura de entrevistas:

Las entrevistas contienen un encabezado con el lema: “Titulación de Derecho de la Universidad Técnica Particular de Loja”.

Luego se señala la fecha de redacción y el grupo de estudio individualizado por entrevista al que se encuentra dirigida.

El consentimiento informado con base a un modelo otorgado por mi tutor de proyecto, en el cual se expresa un pequeño saludo, una presentación personal, el tema del trabajo de tesis que es: “El principio de duda a favor del reo en las sentencias con decisiones no unánimes” y la hipótesis planteada. Además, la indicación de que la entrevista es voluntaria y que la información aportada será utilizada estrictamente con fines investigativos y académicos, para lo cual requiero autorización expresa del actor entrevistado, obteniendo una respuesta favorable en los nueve entrevistados, la misma que ha sido grabada y contiene respaldo de audio y video.

Iniciando con la entrevista, se acredita en primer lugar al profesional entrevistado, preguntándole datos personales y generales en el siguiente orden:

1. Nombre:
2. Edad:
3. Título profesional:
4. Breve resumen de su perfil laboral:

Después, se procede con la sección común del cuestionario de entrevista que contiene cuatro preguntas que fueron realizadas a los 9 actores entrevistados, las preguntas fueron:

1. Con base a sus conocimientos: ¿Qué es el principio de duda a favor del reo (o duda razonable)?
2. En su experiencia judicial: ¿Existe relación entre el principio de duda a favor del reo y el principio de inocencia? Y de existir esta relación ¿cómo o cuándo se manifiesta?
3. ¿Qué significa para usted el voto salvado?
4. El artículo 625 del COIP establece: Toda sentencia se dictará con el voto concordante de al menos dos juzgadores. En su experiencia, en caso de dictarse sentencia con dos votos condenatorios concordantes y un voto salvado absolutorio ¿Cree que se podría identificar una vulneración al principio de duda a favor del reo? ¿Por qué?

Se planteó a continuación una sección de preguntas específicas según la categoría del entrevistados, las preguntas por categoría fueron las siguientes:

Primera categoría dirigido a: Jueces de Garantías Penales.

Sección específica

1. Como defensor del procesado, ¿Qué importancia le otorga al principio procesal de duda a favor del reo?
2. ¿Qué significa una defensa pasiva? Y ¿Cuándo es conveniente implementarla?
3. Siendo el caso de su estrategia de defensa, ¿Cómo sembraría la duda en el juzgador sobre la responsabilidad penal del procesado?
4. En los procesos que ha intervenido, ¿se ha dictado sentencia con voto salvado? ¿Recuerda cuándo fue o en cuantas ocasiones esto ha sucedido? Podría mencionar en qué se basó la motivación del juzgador y si el voto salvado estaba debidamente fundamentado

Segunda categoría dirigido a: Agentes fiscales.

Sección específica

1. ¿Qué es un elemento de convicción de descargo? y ¿Qué parámetros debe cumplir para ser incluida en la actividad investigativa de la Fiscalía?
2. ¿Cómo ponderar elementos de cargo y de descargo durante la investigación previa, para decidir si formular o no cargos?
3. ¿Alguna ocasión ha emitido dictamen abstentivo después de concluida la instrucción fiscal? ¿Por qué?
4. ¿Cómo enfrentar a una defensa pasiva enfocada en infundir la duda razonable en el juzgador? 5. En procesos en los que usted ha intervenido, ¿se ha dictado sentencia con voto salvado? ¿Recuerda cuándo fue o en cuantas ocasiones esto ha sucedido? Podría mencionar en qué se basó la motivación del juzgador y si el voto salvado estaba debidamente fundamentado.

Tercera categoría dirigido a: Jueces de Garantías Penales.

Sección específica.

1. ¿Qué criterios de valoración de la prueba utiliza para evaluar los elementos de cargo presentados por la fiscalía?
2. Para dictar una sentencia condenatoria, ¿Cómo se forma el convencimiento decisivo de la culpabilidad “más allá de toda duda razonable”?
3. ¿Cómo motivar correctamente una sentencia condenatoria para no dejar el mínimo margen de duda sobre la responsabilidad penal del condenado?
4. ¿Ha formado parte de un tribunal en el que algún compañero haya emitido un voto salvado?
5. Usted, ¿ha emitido un voto salvado? ¿Recuerda cuándo fue o en cuantas ocasiones esto ha sucedido? Podría mencionar en qué basó su motivación, en esos casos.

Finalmente, se agradeció por la predisposición y tiempo proporcionado para responder a todas las preguntas, se indicó nuevamente que será utilizada la información con fines investigativos y académicos.

Además, se solicitó información de datos estadísticos al Consejo de la Judicatura, pero hasta la fecha no ha existido la colaboración.

Capítulo 3

Resultados

3.1 Análisis de respuestas a las entrevistas.

Sección Común

1. Con base a sus conocimientos: ¿Qué es el principio de duda a favor del reo (o duda razonable)?

La mayoría coinciden en que se trata de un principio formal o procesal, que en algún momento fue además principio doctrinario (*in dubio pro reo*) y que ha sido recogido por el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 5, además de la Constitución de la República (artículo 76) y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

Los abogados 1, 2 y 3 coinciden en que el juez es la dignidad jurisdiccional en la que recae la aplicación del principio de duda a favor del reo.

Los abogados 1 y 2 señalan en términos prácticos que, este principio refiere a que el juzgador deberá tener completo convencimiento sobre dos asuntos: primero la materialidad de los hechos y segundo la autoría de la persona procesada, ante la más mínima duda sobre alguno de estos dos puntos, cabe la absolución.

La abogada 3 hace énfasis en que se trata de un principio que tiene aplicación exclusivamente sobre la valoración de la prueba para a partir de ello determinar el convencimiento o no de los hechos controvertidos en la *litis*.

Los criterios de los jueces entrevistados son bastante interesantes, el juez 1 hace alusión a que este principio permite equilibrar las fuerzas dentro del proceso ya que pretende proteger en términos procesales al imputado o acusado ante los cargos formulados por fiscalía que dispone de todo un aparataje de investigación como para determinar materialidad, culpabilidad y autoría más allá de toda duda; señala textualmente: “Para mí, el principio de duda a favor del reo es el principio que trata de equilibrar las fuerzas de los intervinientes en

el proceso penal a favor del reo, indica que si existe alguna duda con respecto de la existencia material de la infracción y la responsabilidad del procesado, siempre debe fallarse a favor del más débil en este caso el procesado” (Ochoa, D., comunicación personal, 29 de mayo del 2020).

El juez 2 recuerda la complejidad de la verdad y su difícil determinación aún en las ciencias exactas, recuerda que la evolución de la física cuántica permite hoy comprender hipótesis distintas a las que se creían verdaderas hace algunos años; en el Derecho, que se identifica como una ciencia social es aún más difícil identificar una verdad absoluta, para él el principio de duda a favor del reo: “Viene a ser una clave hermenéutica [...] que en definitiva le está indicando al juez que cuando haya una duda que sea razonable debe aplicarse a favor del reo, es decir que en caso de duda entre que sí o que no, debe inclinarse por una interpretación que más le favorezca al reo” (Arévalo, J., comunicación personal, 29 de mayo del 2020).

Para el juez 3 la labor de llevar un convencimiento total al juez o tribunal corresponde a la Fiscalía General del Estado, señala que la libre convicción ha evolucionado en un convencimiento judicial respecto a los hechos que se le atribuyen al procesado, dice: “este principio refiere a que si existe un ápice de duda en cuanto tiene que ver sea materialidad o a responsabilidad, tiene que ser aplicado directamente en favor del reo” (Valdivieso L., comunicación personal, 29 de mayo del 2020).

Los fiscales 1, 2 y 3 ponen énfasis en los términos “certeza” y “convicción” que recaen de nuevo, en la materialidad de los hechos y culpabilidad y autoría como requisitos indispensables para sentenciar con condena; señala el fiscal 2 que: “que no exista ningún margen de duda, ante la más mínima duda que tengan los juzgadores tienen que emitir una sentencia ratificando el estado de inocencia” (González, P., comunicación personal, 29 de mayo del 2020).

La abogada 3 coincide con el abogado 2 en que la aplicación práctica de este principio se desarrolla en torno al material probatorio evacuado siendo este el que se presta para un análisis que tendría dos conclusiones posibles: certeza o duda, la certeza condena y la duda en expresión mínima, pero sentido razonable, absuelve.

2. En su experiencia judicial: ¿Existe relación entre el principio de duda a favor del reo y el principio de inocencia? Y de existir esta relación ¿cómo o cuándo se manifiesta?

Todos los entrevistados en sus respuestas otorgan una definición del principio de inocencia, el mismo que de forma común es concebido como un principio universal que enviste a todo ser humano, además es un derecho y un estado jurídico; se resume en que todos somos inocentes hasta que se demuestre judicialmente lo contrario y aunque solo uno de los entrevistado lo señaló, es importante dar a conocer que el principio de inocencia se encuentra garantizado por el artículo 76 de la Constitución de la República.

El abogado 1 refiere a que el principio de inocencia implícitamente forma parte del principio de duda a favor del reo, que son dos principios que se encuentran co-relacionados y que la inocencia se quebranta únicamente con sentencia ejecutoriada; para lo cual es necesario el convencimiento de los juzgadores a través de elementos suficientes para determinar certeza de responsabilidad y autoría de un hecho punible.

El abogado 2 señala que es importante para los estudiantes no confundir estos dos principios porque el de *in dubio pro reo* (duda a favor del reo) es un tema de análisis que le corresponde al juzgador, mientras el principio de inocencia es un *status* que corresponde a la fiscalía con prueba de cargo desvanecer.

La abogada 3 indica que la importancia del principio de inocencia radica en el estado de inocencia que corresponde al imputado aun cuando ya se han formulado cargos en su contra; refiere a que los operadores de justicia, agentes de policía y hasta policía deberán otorgar un trato al procesado acorde a su condición de inocencia vigente durante todo el proceso. Cree que este principio, además demuestra que la carga procesal no recae en el

procesado para demostrar su inocencia, sino en fiscalía para más allá de toda duda razonable demostrar culpabilidad. Para ello el principio de duda a favor del reo y el de inocencia se encuentran íntimamente relacionados, el primero respecto a la valoración de la prueba y el segundo respecto a la aplicación de garantías procesales.

Los tres jueces coinciden en que existe relación entre principio de duda a favor del reo y principio de inocencia; el juez 1 se refiere a esta relación como la de un “matrimonio, un asunto que el uno no puede vivir sin el otro, la duda y el principio de inocencia no pueden separarse para mí” (Ochoa, D., comunicación personal, 29 de mayo del 2020).

El juez 2 hace la siguiente precisión: “Si, naturalmente que el principio de inocencia es una barrera que está ahí para evitar que personas que puedan ser inocentes condenadas, naturalmente que cuando exista una duda, se activa ese muro, no podemos nosotros condenar por si acaso” (Arévalo, J., comunicación personal, 29 de mayo del 2020).

El juez 3 aclara que el principio de inocencia otorga esa presunción hasta que se tome una resolución y el principio de duda a favor del reo incide ante la falta de certeza en la sentencia que ratificaría el estado de inocencia, por lo que sí existe una relación entre ambos.

Los fiscales 1 y 2 coinciden al referirse al estado de inocencia como sinónimo práctico del principio de inocencia, el fiscal 1 dice que en atención a los principios de contradicción e inmediación es que se rompe esa presunción de inocencia, dice además que tienen una igualdad o similitud el principio de duda a favor del reo con el de inocencia, pero también tienen una diferencia que radica en su forma de operar, ya que el estado de inocencia opera durante todo el proceso mientras el de la duda a favor del reo al momento de sentenciar.

El fiscal 2 señala que existe relación entre estos dos principios y que esto se expone en determinadas situaciones cuando ante la falta de convicción de los juzgadores ratifican el estado de inocencia del procesado, es decir la relación entre estos se expone al momento de emitir sentencia, en el tema procesal encuentra las mismas diferencias que el fiscal 1.

Con un criterio aislado el fiscal 3 considera que no existe mucha relación y la diferencia que señala coincide con la que ya describían antes los fiscales 1 y 2, es decir que la duda a favor del reo opera ante la ausencia de certeza en la evacuación de la prueba permitiendo al juez emitir un fallo favorable al procesado, mientras el principio de inocencia reviste al procesado de ese estado de manera intocable hasta que exista prueba suficiente que permita sentenciar lo contrario.

3. ¿Qué significa para usted el voto salvado?

El requisito incondicional para que exista un voto salvado según respuesta de todos los entrevistados, es que la sentencia sea emitida por un tribunal penal, de ahí que el voto salvado es el criterio separado de un juez que no comparte el razonamiento de la mayoría (los otros dos jueces), como lo explica el juez 3 la discrepancia puede presentarse respecto a la materialidad, responsabilidad o pena.

El abogado 2 considera al voto salvado como una voz informativa que no trastoca la decisión de sentencia, la abogada 3 indica que este voto salvado contiene una fundamentación jurídica que con argumentos expone porque se separa del criterio mayoritario.

El juez 1 recuerda que el voto salvado no se da solamente en materia penal, sino que puede presentarse en cualquier circunstancia judicial que ha conformado un tribunal, pone como ejemplo los tribunales del contencioso administrativo, además indica que el desistimiento no solo se limita a contradecir condena o absolución, sino también pena aplicada en base a medidas agravantes o atenuantes que a su criterio se puedan aplicar al caso.

Para el juez 2 el voto salvado es parte integral de la sentencia y puede ser útil para funciones como la apelación, puede ser guía para una nueva interpretación o jurisprudencia. Para el juez 3 en el voto salvado se deja por escrito circunstancias sobre “porque no debe

aplicarse cierta disposición o debe analizarse cierta prueba o debe considerarse cierta calidad de responsabilidad” (Valdivieso, L., comunicación personal, 29 de mayo del 2020).

El fiscal 1 indica que el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 625 se manifiesta al respecto, permitiendo sentenciar con dos votos de mayoría. El fiscal 2 manifiesta que el sistema acusatorio adversarial adoptado del sistema español permite la conformación de un tribunal para dirigir una audiencia y sentenciar al finalizar ésta, de esta imagen del tribunal se desprende el voto salvado como criterio único y apartado de uno de los tres jueces.

4. El artículo 625 del COIP establece: Toda sentencia se dictará con el voto concordante de al menos dos juzgadores. En su experiencia, en caso de dictarse sentencia con dos votos condenatorios concordantes y un voto salvado absolutorio ¿Cree que se podría identificar una vulneración al principio de duda a favor del reo? ¿Por qué?

Esta pregunta es trascendental para resolver la hipótesis de determinar si el dictamen de sentencia con el voto concordante de dos juzgadores y con un voto salvado absolutorio, supondría una vulneración de las garantías básicas del proceso penal.

La complejidad jurídica de esta consulta se expone en que siguiendo una línea cronológica el abogado 1 respondió que si se vulneraría el principio de duda a favor del reo en este caso, los 3 jueces respondieron que no y luego el fiscal 1 respondió que sí.

El abogado 1 basado en la práctica y experiencia, reconoce que cuando los jueces se demoran bastante tiempo en la deliberación previo a sentenciar, se anticipa ya un pronóstico con voto salvado, debido a la amplia discusión que genera cada caso determinado a los jueces, señala que “si es que existe un voto salvado significa que no hay seguridad respecto de la responsabilidad o de la materialidad de la infracción en un determinado caso” (Manzanillas, J., comunicación personal, 29 de mayo del 2020). Además expone que si bien es cierto la teoría permite entrever que suponiendo que se condena, dos jueces tendrían

seguridad de certeza y el del voto salvado no, en la práctica el amplio lapso de deliberación demuestra también una discusión interna que disminuye esa seguridad, cuya duda es expuesta por quien se aparta del criterio en el voto salvado, manifiesta: “el momento en que existe un voto salvado, por supuesto que existe duda y la ley debería decir al contrario, el rato que existe un voto salvado, eso debería beneficiarle al procesado” (Manzanillas, J., comunicación personal, 29 de mayo del 2020).

El abogado 2 y la abogada 3 coinciden en que no existiría vulneración alguna, para el abogado uno cada juez se rige a un cuaderno procesal y aunque al no existir un convenio en la decisión uno de los jueces saque a relucir en su voto aportado una duda razonable, no afecta al voto de mayoría, para el abogado 2 suponer que sí se vulnera un principio de duda a favor del reo en estos casos supondría abrir paso a varios cuestionamientos cuando lo verdaderamente importante son antecedentes sobre ” Qué pasó con ese hecho?, a los concomitantes ¿Cómo se desarrolló ese hecho? Y a los posteriores, es decir ¿Por qué llegaron dos de uno a terminar con la sentencia condenatoria?”.

La abogada 3 cree que el punto de partida para negar una vulneración al principio de duda a favor del reo en estos casos queda en la valoración razonada y fundamentada, compartida por la decisión de mayoría.

El juez 1 es claro al hacer alusión a que no hay vulneración porque el sistema garantiza que debe haber mayoría para sentenciar, en caso de haberlo se estaría hablando de una unanimidad para sentenciar, lo cual no ocurre porque el voto salvado es solo un criterio separado que no genera consecuencias jurídicas.

El juez 2 considera que decir que opera la duda a favor del reo con el voto disidente sería una afirmación relativa y pone un ejemplo a la inversa, indicando que en caso de existir dos votos absolutorios y uno condenatorio, este último podría ser arbitrario. Hace hincapié en la función de creación de Derecho que poseen los jueces por cuanto necesitan ardua preparación en temas de interpretación de hecho y normas, además de filosofía del Derecho,

para así adoptar decisiones con los anteojos conceptuales puestos y dejar de lado prejuicios, racismo y sesgo de género.

Es interesante lo que expone el juez 3 al referir que cada juez realiza un análisis interno previo a someter el criterio decisivo según análisis de la prueba, indica que para condenar, el fiscal debe implantar un convencimiento más alto de los estándares a los jueces; el criterio individual permite apartarse del criterio mayoritario, pero también identificar una certeza jurídica para la decisión mayoritaria.

El fiscal 1 indica que el voto salvado podría vulnerar el principio de duda a favor del reo si es que contiene duda en su decisión disidente, es importante considerar que las decisiones judiciales suceden después de operar la inmediación, lo que permite llegar a tener un criterio más convincente, pero también reconoce que nuestro sistema da esa oportunidad de voto salvado; y como decía el juez 1; ese mismo sistema permite sentenciar con mayoría de criterio, con dos votos.

El fiscal 2 realiza una comparación normativa interesante, con el Derecho consuetudinario, donde los jurados de diez o más representantes ciudadanos son el equivalente a "integrantes de un tribunal" y a ellos solo se les permite condenar con unanimidad de criterio, si nueve personas dicen que el procesado es culpable y uno que es inocente no pueden emitir aún decisión, deben ser los diez. La peculiaridad de ese sistema es que ese jurado no conoce de Derecho, únicamente debaten acerca de si existe una relación entre la infracción y el presunto responsable, ellos no hacen una relación normativa. En cambio, nuestro sistema que es más parecido al europeo, al italiano o al español implica a un tribunal que resuelve y que si conoce de Derecho; bajo esa perspectiva y observando que podría haber discrepancias, desde el año 2000 el legislador contempló ya la figura del voto salvado.

Dice el fiscal 2 que se debe tener cuidado con interpretaciones en exceso garantistas porque entendiendo tan ampliamente a este principio de duda a favor del reo con un requisito

de unanimidad, significaría por ejemplo que: si dos jueces condenan, pero uno absuelve, al no existir requisito de unanimidad se absuelve: “ya operaría este principio de duda a favor del reo y por tanto un juez superior, un juez acu no podría conocer a través de un recurso planteado por fiscalía” (Jimbo, L., comunicación personal, 29 de mayo del 2020).

El fiscal 3 cree que el *in dubio pro reo* debe generar la duda en la totalidad del tribunal para ser aplicado, es decir la duda debería recaer en cada uno de los tres juzgadores y en tal caso operaría de manera favorable al reo.

3.1.1 Sección específica: abogados

1. Como defensor del procesado, ¿Qué importancia le otorga al principio procesal de duda a favor del reo?

Los 3 abogados le otorgan una importancia prominente, debido a que garantiza una correcta valoración probatoria, funge de recordatorio de que a la fiscalía le corresponde romper completamente el estado jurídico de inocencia.

El abogado 1 realiza un cuestionamiento respecto a que en la práctica la duda mínima no se considera por los jueces, sino que ante la duda condenan y señala que esto es más notorio en casos de naturaleza sexual, temas socialmente muy discutidos y más complejos de juzgar.

2. ¿Qué significa una defensa pasiva? Y ¿Cuándo es conveniente implementarla?

Existen dos tipos de defensa: la activa o pasiva también llamada negativa. La implementación de estas depende del análisis abstracto que se realiza a cada caso determinado. La defensa activa en resumen consiste en demostrar una teoría fáctica como por ejemplo tener una coartada, ubicar y demostrar que el procesado se encontraba en otro lugar y no en el lugar de los hechos juzgados en fecha y tiempo en que habría suscitado.

“La defensa pasiva se ampara fundamentalmente en la presunción de inocencia” dice la abogada 3 y comparte criterio con el abogado 1, ellos refieren a que la carga de la prueba le corresponde a fiscalía y que no corresponde ni si quiera demostrar la inocencia del procesado a la defensa del procesado, básicamente la teoría del caso más común en una defensa pasiva se resume en la premisa “Mi cliente es inocente” no probando otro tipo de teoría sino demostrando que la fiscalía no ha podido desquebrajar ese estado de inocencia y que la duda a favor del reo debe prevalecer, atacando así a los puntos débiles en la teoría del fiscal e introducir la duda razonable.

3. Siendo el caso de su estrategia de defensa, ¿Cómo sembraría la duda en el juzgador sobre la responsabilidad penal del procesado?

Una respuesta bastante interesante otorga el abogado 2 al decir: “primero veamos si el hecho fáctico puesto a conocimiento del juzgador cumple con cada uno de los presupuestos, si falta uno de ellos simplemente no tengo que activar ninguna duda, sino activar el principio de legalidad para poderle decir al juez, falta uno de estos presupuestos, al faltar uno de ellos al juez no le toca más que absolver”.

“La duda nace de la realidad de las cosas” indica el abogado 1, quien además expone que generar la duda no es mentirle al tribunal, sino analizar los hechos y organizarlos de manera lógica y coherente para sacar a relucir lo que se tiene a favor y los elementos de la realidad que le benefician al procesado, para el abogado 1 la correcta planificación de ideas de forma ordenada y lógica apoyan a generar la duda en el juzgador.

Para la abogada 3, la mejor manera de inculcar la duda es con datos, exponiendo contradicciones de los testigos, utilizando a su favor los interrogatorios y conainterrogatorios, los alegatos contradictorios de la acusación y sacar a relucir todo ello con énfasis en los alegatos finales.

En los procesos que ha intervenido, ¿se ha dictado sentencia con voto salvado? ¿Recuerda cuándo fue o en cuántas ocasiones esto ha sucedido? Podría mencionar en qué se basó la motivación del juzgador y si el voto salvado estaba debidamente fundamentado.

Para el abogado 1 y el abogado 2 si existen experiencias que les permita responder de forma afirmativa a esta pregunta, la abogada 3 responde que no recuerda habersele presentado una situación de estas.

El abogado 1 dice que recuerda haber ocurrido bastantes ocasiones, recuerda que tuvo un caso de apelación en la sala que condenó, pero cree que el voto salvado le va a servir muchísimo para activar y fundamentar el recurso de casación, dice que en la práctica suele suceder que el voto salvado se encuentra mejor fundamentado que el de mayoría y cuando eso pasa debería operar una duda a favor del reo que es verificable.

El abogado 2 también recuerda haberle sucedió esto en algunas ocasiones, pone el ejemplo un reciente caso de intimidación en el que a su criterio no existía tipificación de los hechos, no había cumplimiento de la conducta con los presupuestos del tipo, el tribunal acaba condenando a 4 años de privación de libertad a sus clientes, en segunda instancia fueron absueltos y existió ahí un voto salvado.

El abogado 2 además expone que las arbitrariedades de ciertos jueces existen, pero son corregidas generalmente por el siguiente nivel.

3.1.2 Sección específica: agentes fiscales

1. ¿Qué es un elemento de convicción de descargo? y ¿Qué parámetros debe cumplir para ser incluido en la actividad investigativa de la Fiscalía?

La objetividad dentro de la actividad investigativa, este principio estipulado en el numeral 21 del artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal y que obliga a respetar los derechos de víctima y procesado, evitando incurrir en una persecución inminentemente acusadora de manera sesgada.

Se deben buscar elementos probatorios que también pudieran atenuar o extinguir la responsabilidad penal.

Los parámetros que deben cumplir se resumen en haber sido obtenidos respetando la Constitución de la República y legalidad al momento de obtención, autenticidad y veracidad verificables y que tengan relación con otros elementos de prueba.

Adicionalmente el fiscal 2 considera que únicamente los elementos de cargo tienen objeto de convencimiento acusatorio y de condena sobre el criterio del juez, por lo que desde una perspectiva formal sería errado hablar de “elementos de convencimiento de descargo”.

2. ¿Cómo ponderar elementos de cargo y de descargo durante la investigación previa, para decidir si formular o no cargos?

Por la responsabilidad penal ligada al análisis de estos elementos, dice el fiscal 1 observando si la conducta se adapta a los parámetros de lesividad, descriptibilidad y demostración que se encuentran en el artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal.

El fiscal 3 dice, analizando si de los elementos de convicción se desprende presunta responsabilidad en la infracción, acreditación de participación (en cualquier grado) y “singularizado estos elementos ¿Quién?, ¿Cómo?, ¿Cuándo?, ¿Dónde?, ¿En base a que elementos sustento yo estos presupuestos? Puedo formular cargos”.

El fiscal 2 cree que no se trata sobre ponderar entre elementos de convicción de cargo y de descargo, sino de establecer en primer lugar si es que existe delito, luego, si esa persona participó del delito y de obtener elementos suficientes para corroborar ambos supuestos y formular cargos.

3. ¿Alguna ocasión ha emitido dictamen abstentivo después de concluida la instrucción fiscal? ¿Por qué?

Los tres fiscales entrevistados han emitido dictamen abstentivo en algunas ocasiones.

El fiscal 1 indica que “cuando es flagrancia hay fiscales que atienden la Unidad de Flagrancia y son ellos quienes formulan cargos, luego de aquello el expediente va a un sorteo y conoce un nuevo fiscal, para el nuevo fiscal ya durante la instrucción puede desvanecer esos elementos”; y realiza una analogía con el tema del voto salvado, porque dice que aún en la indivisibilidad de la fiscalía como institución pueden existir criterios diferentes, ha emitido dictamen abstentivo cuando culminada la instrucción fiscal se desvanecen los elementos que en un inicio recogió fiscalía para hacer la imputación.

El fiscal 2 menciona que esto sucede bastante “en los delitos de tráfico ilícito de sustancias sujetas a fiscalización que son delitos flagrantes” cuando se han sometido a procedimiento directo, porque de acuerdo a sentencia de la Corte Constitucional “que data de este año, el hecho de que una persona posea o tenga sustancias sujetas a fiscalización por encima de las escalas permitidas para el consumo, no bastan para establecer una responsabilidad de ese delito, lo que fiscalía tiene que probar efectivamente es que existe una expectativa de tráfico de esas sustancias sujetas a fiscalización”, entonces en procedimiento directo durante los 10 días de investigación no se recaban los elementos suficientes para probar además del porte de la droga, la intención de tráfico.

El fiscal 3 tiene una respuesta similar al fiscal 1, e indica que procede el dictamen abstentivo cuando durante el proceso los elementos que iniciaron el proceso varían y se presentan nuevos elementos que generan una variación en la situación jurídica *ergo* fiscalía reformula cargos o emite dictamen abstentivo.

4. ¿Cómo enfrentar a una defensa pasiva enfocada en infundir la duda razonable en el juzgador?

Con una acusación fehaciente, contundente y certera, coinciden los fiscales.

Con una investigación integral y periférica, abarcando varias diligencias que otorguen más elementos un poco apartados de la parte central, pero buscando dotar más credibilidad a la teoría del caso de fiscalía, manejando la prueba con parámetros de razonabilidad y con

la finalidad de generar certeza al tribunal respecto a la infracción penal, grado de participación y responsabilidad.

El fiscal 3 destaca que se debe trabajar de manera especial con los testigos para tener declaraciones inequívocas y concordantes, porque una defensa pasiva al tener como finalidad desvirtuar los elementos de fiscalía, tiene su principal oportunidad de hacerlo en el momento de contrainterrogar, pero si los testimonios son concordantes no van a generar ninguna duda.

5. En procesos en los que usted ha intervenido, ¿se ha dictado sentencia con voto salvado? ¿Recuerda cuándo fue o en cuantas ocasiones esto ha sucedido? ¿Recuerda el contexto?

A los tres fiscales les ha ocurrido esta situación, los dos primeros solo recuerdan una ocasión en las que les pasó, mientras el fiscal 3 reconoce haberle sucedido en algunas ocasiones.

El fiscal 1 dice que tuvo un voto salvado absolutorio por motivo de tener dudas respecto a la tipificación de la conducta, señala que a su criterio existía prueba técnica e informática que respaldaba la decisión de mayoría, al parecer había datos informáticos que generaron el desistimiento del juzgador.

El fiscal 2 recuerda un caso de aborto por muerte, que se encontraba en recurso de apelación ante la Corte Provincial de Justicia que ocurriría entre febrero y marzo de este año. El voto mayoritario condenó, mientras el voto salvado disentía con la apreciación de la tipicidad.

El fiscal 3 recuerda un caso de peculado en el que la mayoría absolvió y el voto salvado condenó identificando participación y responsabilidad penal, la mayoría consideró que la procesada no había tenido el dominio disfuncional del hecho “que no tenía vinculación para poder acreditar que ella realizó la disposición del dinero”.

3.1.3 Sección específica: jueces de garantías penales

1. ¿Qué criterios de valoración de la prueba utiliza para evaluar los elementos de cargo presentados por la fiscalía?

El estándar del convencimiento a través de la aplicación de la lógica, la razón, la experiencia y la ciencia.

Los jueces 1 y 2 señalan que la sana crítica también se aplica, entendida como el criterio y convencimiento íntimo que necesita el juzgador en apego a la ley y respetando el principio de seguridad jurídica.

Además, recuerda el juez 1, que los criterios de valoración de la prueba se encuentran determinados en el artículo 457 que indica se debe valorar la legalidad, autenticidad y el sometimiento a cadena de custodia inicialmente para luego proceder con el grado de aceptación técnico y científico.

El juez 2 hace alusión a que aún existen situaciones en las que se debe decidir con base a una prueba indiciaria y circunstancial, pone el ejemplo del popular caso de los hermanos Restrepo, el cual sin encontrar los cadáveres refiere que existen suficientes elementos indiciarios para determinar su muerte y la culpabilidad de un grupo de policías que han sido sentenciados; cree que existen casos similares en los que le está prohibido al juzgador decidir de forma arbitraria, la libertad probatoria se debe respetar para proceder a valorar.

2. Para dictar una sentencia condenatoria, ¿Cómo se forma el convencimiento decisivo de la culpabilidad “más allá de toda duda razonable”?

Suficiencia probatoria indica el juez 2 a lo que el juez 3 complementa que sobrepasando toda duda con un estándar alto de convencimiento en cuanto a la materialidad del hecho y la responsabilidad de la infracción.

El juez 1 coincide e indica que tanto el convencimiento de los hechos (materialidad) como la responsabilidad son las dos finalidades de la prueba según lo que determina el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal.

Ambos requisitos son mutuamente imprescindibles para condenar, sin materialidad no puede existir un autor y viceversa, teniendo materialidad, pero a un acusado que no es responsable, no cabe tampoco condenar.

Además, los jueces concedores del Derecho deben manejar la teoría del delito que es la que les va a permitir identificar si los hechos se adaptan a los elementos del tipo penal establecido en la norma penal, para efectos de identificar si debe aplicarse o no un reproche penal.

3. ¿Cómo motivar correctamente una sentencia condenatoria para no dejar el mínimo margen de duda sobre la responsabilidad penal del condenado?

Para motivar se deben considerar las teorías del caso de ambas partes, los argumentos y con mayor énfasis la prueba evacuada; una correcta motivación requiere explicarse en la fundamentación respecto a los elementos probatorios considerados para emitir sentencia, evidentemente no es necesario referirse a toda la prueba porque durante el proceso existirá prueba impertinente que no ha sido tomada en cuenta para la decisión final, sobre los hechos que no han existido controversias durante el proceso, tampoco cabe mayor explicación, entonces deberá existir una explicación lógica de la hipótesis comprobada con base a la prueba valorada y la aplicación normativa aplicada.

Para el juez 2 la motivación otorga legitimidad al sistema judicial y permite celeridad en procesos de apelación cuando la motivación de anterior instancia se encuentra realizada de manera correcta.

El juez 1 recuerda que es muy delicado este tema en virtud de que la sanción común del Derecho Penal es la privación de la libertad, por lo que se requiere el máximo de convencimiento al condenar.

4. ¿Ha formado parte de un tribunal en el que algún compañero haya emitido un voto salvado?

El juez 2 y 3 reconocen que sí, mientras que el juez 1 al no ser juez de tribunal no tiene otra opción que responder no, pero indica que conoce de algunos votos salvados que se han dictado en casos que han pasado en algún camino del proceso por su juzgado.

También el juez 1 cree que es una cuestión compleja porque si bien es cierto se dice que tres cabezas piensan mejor que uno, la acusación tiene una labor más difícil para llevar al convencimiento a un tribunal más allá de toda duda.

El juez 2 reconoce que en el sistema judicial existen situaciones en las que el voto de mayoría se adopta con criterios vagos o con un criterio prejuicioso y que en esos casos es cuando el voto salvado es más serio; cree también que la época contemporánea existe presión social y mediática que impulsan a tomar determinada dirección desde las calles hasta los juzgados, noticias, plantones grupales en las calles son algunos ejemplos de esta presión, al final recuerda que el Derecho no es una ciencia exacta y que la ciencia valorativa será la que mejor practicada se acerque más a una acertada decisión judicial.

5. Usted, ¿ha emitido un voto salvado?

El juez 2 y 3 responden que sí, el primero no podría ya que labora en unidad unipersonal.

Sobre la motivación en los votos salvados.

El juez 1 y 2 indican que siempre un voto salvado se encuentra motivado pese a ser un criterio separado y que no genera consecuencias jurídicas; el juez 2 señala que tienen la

obligación legal por mandato del Código Orgánico Administrativo, como funcionario público de motivar y explicar la decisión final, aun tratándose de un voto salvado que podría facilitar la labor de quien aplica un recurso de apelación y a su vez otorgar un mejor panorama de comprensión al tribunal que atiende este recurso de apelación.

Sobre el contexto en el que generalmente se emiten votos salvados por su complejidad de deliberación, los entrevistados señalan:

El juez 2 dice que se puede identificar en aquellos delitos que impliquen una dificultosa carga probatoria, pone de ejemplo los delitos de género y delitos sexuales en los que las reglas probatorias son un tanto especiales porque el testimonio de la víctima es el principal material probatorio y es por ello que la doctrina para estos casos incita a que se corrobore que no existan motivos espurios para una falsa acusación, observar circunstancias periféricas concordantes, persistencia en la acusación.

El juez 3 dice: “Cuando estamos ante una prueba indiciaria, es más difícil, independiente del delito, si hay prueba indiciaria es mucho más complejo porque el estándar de la prueba indiciaria tiene que ser más pesado” (Valdivieso, L., comunicación personal, 29 de mayo del 2020).

Capítulo 4

Discusión

4.1 Contraste con marco teórico

Existen reglas procesales en el enjuiciamiento penal que en ordenamientos jurídicos desarrollados, fungen como garantías de una defensa técnica ante una acusación; los derechos del procesado se ponen en juego y ahí radica la importancia de equilibrar la balanza y las reglas del juego para que el Estado, representado a través del Ministerio Público y todas las instituciones de investigación eviten incurrir en actividades arbitrarias durante una acusación.

El debido proceso concentra una gama amplia de garantías mínimas para las partes en todo proceso que se determinen derechos y obligaciones; la Corte Constitucional, así como también la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias sentencias han explayado el propósito, alcance y aplicación de este principio rector, como ya se citó en el capítulo I.

El principio de duda a favor del reo es una de las garantías básicas del debido proceso concebida en la Constitución de la República, en Tratados Internacionales y en leyes orgánicas (incluido el Código Orgánico Integral Penal); en el capítulo III de esta tesis, se lo analizaba desde una perspectiva dogmática y al igual que las respuestas en las entrevistas aplicadas, encontramos que la duda a favor del reo es sinónimo de certeza, convencimiento, altísima probabilidad, estándar de convencimiento más allá de toda duda.

La aplicación procesal de este principio, le corresponde al juez de garantías penales en todas las instancias; la jurisprudencia y la dogmática asocian al principio de duda razonable con la valoración de la prueba, el mismo que debe regirse en primer lugar a un panorama de inocencia a favor del imputado; la inocencia se la comprende como un estado jurídico que identifica al acusado o procesado hasta que no exista sentencia en firme que lo

condene, debe superponerse como regla de trato y considerarse durante la valoración de prueba.

Coinciden varios juristas y los abogados, fiscales y jueces entrevistados, en que, es indiscutible una relación complementaria entre los principios de inocencia y el de duda a favor del reo, esto se expone en un apartado del capítulo III que identificaba: “La duda razonable es la que mantiene vigente la presunción de inocencia y, por la misma razón que no se la pudo desvirtuar como en el caso *sub judice*, es la duda razonable la que finalmente lleva a ratificar la inocencia de la incoada, por lo que debe ser absuelta” (Corte Nacional de Justicia, 2013, Resolución No 14-88).

En la valoración de la prueba el juzgador, por ley, debe aplicar criterios de valoración de autenticidad, legalidad, sometimiento a cadena de custodia y nivel de aceptación técnica y científica (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Y según la dogmática abarcada en el capítulo III de esta tesis, se debe observar la pertinencia de la prueba evacuada, se debe desvanecer cualquier modelo o prejuicio mental del juez, la prueba debe dar paso a un control de análisis inter subjetivo y deberá primar la preferencia de considerar a los errores negativos en su práctica por sobre el contenido.

Entonces me atrevo a afirmar que, en resumen, el principio de duda a favor del reo se adjudica en tres situaciones puntuales:

1. Insuficiencia de prueba para demostrar la materialidad de los hechos o la responsabilidad del procesado.
2. Errores probatorios que desestiman la prueba en contra del acusado y no permiten concluir una culpabilidad certera.
3. Confusa tipificación de los hechos que no permite el convencimiento suficiente de reconocer que los hechos juzgados se adaptan al tipo penal.

Cabe hacer un paréntesis en este punto para referir que en el Capítulo II sobre la infracción penal, explayaba en situaciones de inculpabilidad (casos de trastorno mental), causales de exclusión de la antijuricidad y eximentes de conducta penalmente relevante que se pueden encontrar en la tipicidad como el error de tipo, error de prohibición o prohibición de regreso, todas estas figuras jurídicas conllevarían a una absolución penal a favor del reo, pero no considero oportuno tratar de vincular alguna de estas causales eximentes de conducta penalmente relevante con el principio de duda a favor del reo porque sencillamente como se explicaba en el Capítulo III: “Aplicar *in dubio pro reo* a quien es inocente, concebida esta presunción no es coherente; es antagónico aplicar el *indubio pro reo* frente a la certeza de inocencia” (Corte Nacional de Justicia, 2013, Resolución No 14-88).

Retomando el tema, la importancia del principio *in dubio pro reo* para los profesionales del Derecho, se encuentra en las limitaciones de validez que le adjudica a la actividad probatoria en elementos de cargo, así como también en que es un recordatorio jurídico de que la acusación, es responsable principalmente de quebrantar la capa de inocencia que le enviste al procesado.

Existe un tipo de defensa estratégica que exclusivamente tiene por objeto activar el principio de duda a favor del reo para perseguir así la absolución del cliente, esta estrategia se conoce como defensa pasiva y no se enfoca en demostrar ningún tipo de coartada ni tampoco en identificar la verdad del elemento fáctico que se acusa, sino que se centra en refutar, sacar a relucir errores y contradicciones en las diligencias, pruebas y alegatos de la parte acusadora, también podría analizar los presupuestos del tipo y las circunstancias de los hechos para arremeter contra la tipificación del elemento fáctico, la aplicación de este tipo de defensa puede variar según el caso en particular.

Por la contraparte, para enfrentar a una defensa pasiva le corresponde a la acusación haber realizado una investigación integral, evacuando pruebas bajo un criterio de razonabilidad, habiendo realizado las diligencias suficientes para contagiar la certeza al

tribunal o juzgador; es imprescindible los testimonios inequívocos, coherentes y conducentes debido a que es en esta parte donde la defensa buscará desvirtuar la teoría del caso de la parte acusadora, cuando la situación lo requiera además se deben presentar elementos periféricos que completen a la investigación central de la acusación.

Buscaba en este trabajo comprender a la acusación, con empatía entender la labor de fiscalía y su complejo ejercicio de la acción pública, formulación de cargos, solicitud de aplicación de medidas cautelares, practicar las diligencias investigativas, sustentar la acción; todo ello observando un principio de objetividad (artículo 5.21 Código Orgánico Integral Penal) que le incita a investigar además hechos y circunstancias que puedan atenuar o extinguir la responsabilidad penal del procesado; con base a criterios empíricos me han explicado que para obtener y presentar los elementos de cargo en el proceso, determinan primero la existencia de la conducta punible, luego singularizan elementos para identificar el grado de autoría, la responsabilidad del procesado y las circunstancias en las que se desarrolla la infracción penal, destacan que los requisitos de lesividad, descriptibilidad y demostración (del artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal) son parámetros para evaluar los elementos que se desprenden de la investigación e instrucción fiscal.

Exponen que la objetividad de su labor se refleja en que todos han emitido en algunas ocasiones un dictamen abstentivo, cuando carecen de los elementos suficientes para continuar con la sustanciación de la acción o al desvanecerse los indicios que conllevaron a formular cargos o al obtener nuevos elementos que hacen variar la situación jurídica del imputado; es por eso que se debe reconocer que es muy compleja toda la preocupación de fiscalía que gira en torno a la tipificación de los hechos que se ponen en su conocimiento.

Finalmente me corresponde referirme a la actuación judicial, son los jueces quienes poseen la potestad de administrar justicia en obligación “con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, Art. 28).

Los criterios de valoración de la prueba para alcanzar la certeza jurídica ya han sido previstos en el capítulo III del marco teórico, sin embargo, , Ahora refiriéndome a los jueces, los jueces entrevistados han dado a conocer según su narración empírica, que si bien es cierto la ley les indica que deben valorar las pruebas en base a criterios de autenticidad, legalidad, sometimiento a cadena de custodia, grado de aceptación científica y técnica de los informes periciales, según lo dispuesto en el artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal; también aplican la lógica, la razón, la experiencia y la ciencia, que son canales que permiten al juzgador tomar una decisión judicial acertada.

Los jueces según la historia, las expectativas sociales y los requerimientos legales-administrativos son concedores de derechos, en el campo penal manejan la teoría contemporánea del delito y para formarse un convencimiento de condena, explican que existe un estándar de certeza más allá de toda duda que debe ser sobrepasado en la teoría de la acusación.

Finalmente, debo hacer alusión a que, para evitar incurrir en injusticias se exige, por disposición constitucional y normativa, la motivación de toda sentencia o resolución judicial, esa motivación otorga legitimidad social a las decisiones jurisdiccionales y cuyo esquema debe ser lógico, razonado y comprensible según la jurisprudencia constitucional ecuatoriana abordada en el Capítulo IV.

Me indicaron en términos prácticos, los jueces, que para motivar consideran las teorías del caso de ambas partes, los argumentos y de manera especial la prueba evacuada, enfocándose gran parte de la fundamentación en esta última.

Me indicaron en términos prácticos los jueces que, para motivar consideran las teorías del caso de ambas partes, los argumentos y de manera especial la prueba evacuado, enfocándose gran parte de la fundamentación en esta última.

Además, supieron explicarme que los votos salvados también se someten a la obligación de motivación y que es una posibilidad jurídica de la cual hacen uso en varios

casos los juzgadores para apartarse del criterio de la mayoría, ya sea disidiendo en la absolución o condena o en la pena asignada.

Además, supieron explicarme que los votos salvados también se someten a la obligación de motivación y que es una posibilidad jurídica de la cual hacen uso en varios casos los juzgadores para apartarse del criterio de la mayoría, ya sea disidiendo en la absolución o condena o en la pena asignada.

4.2 Respuesta a hipótesis

¿Supone una vulneración al principio de duda a favor del reo la posibilidad de dictar sentencia condenatoria aún ante la existencia de un voto salvado absolutorio de juez del tribunal?

Antes de responder a esta pregunta, me complacería indicar que, al momento de plantear la hipótesis desde una perspectiva académica, con entusiasmo me introducía a una plataforma que exigía minuciosidad y objetividad para realizar una investigación que responda a este tipo de preguntas con fundamento doctrinario, legal y pragmático

Me enorgullece conocer que algunos prestigiosos abogados en Latinoamérica han abarcado con un enfoque similar la misma interrogante; en Colombia Ricardo Calvete Merchán (Ex director de docencia de la facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia) y Luis Germán Ortega (profesor investigador con centenares de citas a sus trabajos según registro de Google Scholar) y en Chile el Dr. Raúl Carnevalli (PHD) autor de varios artículos científicos.

Respondiendo a la pregunta de hipótesis con la esperanza de no desestimarla por completo diré: “no, pero...”, existe un pensamiento teórico (de autores como los antes expuestos), que considera que el principio de duda a favor del reo se clasifica en dos: en duda fáctica y duda formal; es esta última de las escasas doctrinas que consideran que sí, que exponen que un fallo judicial en el que uno de los miembros se abstiene de condenar

debe considerarse como falta de certeza, además de ausencia de unanimidad, sugiere que la absolución de un juez debe interpretarse como un *in dubio pro reo* procesal, más aún cuando el criterio disidente que absuelve se encuentra motivado y razonado.

Pero aún en los países de los autores que sugieren que el voto salvado absolutorio debe favorecer a la aplicación del principio de duda a favor del reo para absolver (siendo el fallo mayoritario condenatorio), la realidad procesal es diferente, en Colombia la Ley 906 del 2004 que expide al Código de Procedimiento Penal, en su artículo 162.6 sobre los requisitos comunes de las sentencias, refiere a que el disenso de criterios debe expresarse en el contenido de la sentencia y; complementariamente, el acuerdo No. 006 del 12 de diciembre de 2002 de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en su artículo 34 concede a los magistrados de la sala la facultad de disentir y salvar el voto hasta en un término de 5 días sin perjuicio de la decisión mayoritaria.

En Chile la ley es similar, de acuerdo a las disposiciones de los artículos 342. G) y 358 del Código de Procedimiento Penal, se sentencia con voto mayoritario y se deberá incluir en sentencia la redacción del voto disidente explicada por su autor.

Habiendo realizado la comparación normativa, antes de hacer la analogía con el sistema penal ecuatoriano, considero oportuno puntualizar una cándida proposición del prestigioso abogado penalista ecuatoriano Felipe Rodríguez, quien identifica como fuente del Derecho Penal únicamente a la ley, parcialmente a la jurisprudencia y excluye a la doctrina y a la costumbre (Rodríguez F, 2019).

Este precepto, es corroborado por el artículo 13 del Código Orgánico Integral penal, sobre la interpretación estricta al tenor literal de la ley penal.

El principio de la duda a favor del reo, identificado en el Código Orgánico Integral Penal (2014) establece: "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" (Art. 5.3). En el mismo contexto de lo dispuesto por Tratados Internacionales y

sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nunca, en ninguna circunstancia se estipula el término “tribunal” o “tribunal penal” sino que indican que el convencimiento más allá de toda duda razonable es una *conditio sine qua non* procede condenar, refiriéndose de manera singular e individual al “juzgador”.

El Código Orgánico Integral Penal (2014) dice: “Toda sentencia se dictará con el voto concordante de al menos dos juzgadores” (Art. 625).

Atendiendo a la interpretación expresa de la ley penal que prevé el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 13 y apoyado en criterios doctrinarios como el dilema de Jorgensen, corresponde establecer que la sentencia condenatoria con voto salvado absolutorio, no implica ninguna vulneración al principio de duda a favor del reo, sin perjuicio de la posibilidad de creación de una propuesta *lege ferenda*.

La doctrina del principio de duda a favor del reo ¿se contrapone con la disposición del art.- 625 del Código Orgánico Integral Penal?

Esta interrogante permite hacer la precisión de que el principio de duda a favor del reo es una garantía del debido proceso, por lo que encaja en la categoría jurídica de derecho sustantivo y en un momento de legislación previo, en la de derecho material; empero, el artículo 625 del Código Orgánico Integral Penal, alusivo a la sentencia con el voto concordante de dos jueces, constituye una disposición jurídica que encaja en la categoría de derecho formal o derecho procesal.

En otras palabras, la manera de expedir la sentencia (que es de carácter formal), no se contrapone con el principio de duda a favor del reo que es entendida como una garantía sustantiva; la disposición del artículo 625 del Código Orgánico Integral Penal no se encuentra en la misma categoría jurídica del principio de duda a favor del reo, lo cual disminuye la posibilidad de detectar una antinomia o contradicción jurídica.

Explayando la conclusión de la respuesta anterior, un debate legislativo respecto a este tema sería muy interesante y de hecho es coherente realizar una propuesta de reforma

de ley al artículo 625, solicitando hacer énfasis en el principio de duda a favor del reo para requerir la unanimidad como condición de sentencia condenatoria; sin embargo, esta proposición podría incurrir en un excesivo y erróneo entendimiento del garantismo jurídico, permitiría mayor grado de impunidad, menor acceso a la reparación integral y las consecuencias generarían bastantes controversias, pues un aumento de impunidad, contradice el fin preventivo y la potestad sancionadora del Derecho Penal.

¿Qué principios y garantías penales se vulneran cuando el sistema penal condena aun ante la existencia de un voto disidente absolutorio?

Ninguno, en el sistema normativo penal contemporáneo. Las garantías del debido proceso que además de encontrarse enumerados en el artículo 76 de la Constitución de la República y los principios procesales del artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal constituyen todo un conjunto de derechos que le favorecen al procesado, durante el proceso penal la balanza se encuentra equilibrada entre el aparataje y recurso del ministerio público y el procesado con todas las garantías que la ley le asiste.

La sentencia emitida por mayoría de votos obedece a una cuestión procesal que permite tener un voto salvado absolutorio o condenatorio según el caso, se aplica en todas las ramas del Derecho y; no existe vulneración alguna a ningún principio ni garantía, al contrario, el voto salvado debería considerarse como una herramienta del proceso para obtener fundamentación útil para una apelación de la decisión mayoritaria.

4.3 Comentario Final.

Para finalizar, me gustaría puntualizar que el sistema de sentencia con opción de voto salvado, es justificado y razonado, se adopta de un sistema europeo en el que aún se continúa aplicando, se establece en reglas jurídicas claras, está regulado en la ley y por tanto, cumple con el mandato legal al momento de su emisión; por lo que Kelsen y también Bobbio calificarían a este sistema de voto de mayoría como válido, formal y jurídicamente hablando (Nino C, 2007).

Conclusiones

El principio de duda a favor del reo es una garantía del debido proceso con amplia historia doctrinaria y reconocimiento en Tratados Internacionales, tiene por objeto que, ante cualquier duda razonable en la materialidad de la infracción, tipificación de los hechos o autoría del imputado, se absuelva.

El principio de inocencia es un derecho humano de todo individuo, se aplica en el trato como inocente al procesado por parte de todas las instituciones intervinientes en el proceso; lo mismo debería replicarse por los medios de comunicación, hasta que no exista una sentencia ejecutoriada que determine lo contrario; el principio de inocencia enviste del estado de inocencia al procesado hasta que exista sentencia en firme condenatoria.

Existe un tipo de defensa estratégica conocido como defensa pasiva o defensa negativa, que tiene por objeto sacar a relucir las irregularidades en el proceso, contradicciones de la acusación y ausencia de prueba suficiente para condenar al procesado, por tanto, es correcto afirmar que la defensa pasiva tiene por finalidad invocar al principio de duda a favor del reo para obtener un fallo absolutorio favorable.

El voto salvado es el criterio disidente de uno de los jueces integrantes del tribunal respecto a la decisión de mayoría (sentencia), el criterio puede disentir en absolución o condena, tipificación de los hechos juzgados o reducción o aumento de la pena al identificar circunstancias atenuantes o agravantes en el cometimiento de la infracción penal.

El sistema acusatorio adversarial que rige en nuestro país, ha sido adoptado de países occidentales como España o Italia, en donde para dictar sentencia es la decisión mayoritaria de una corte el criterio predominante; la legislación comparada y los varios años de aplicación del sistema, exponen que la sentencia por mayoría es jurídicamente válida en el sistema penal contemporáneo.

En términos jurídicos, no existe vulneración al principio de duda a favor del reo cuando existe un voto salvado absolutorio, debe considerarse que la decisión mayoritaria ha cumplido con

parámetros de imparcialidad e inmediatez, ha observado contradicción procesal, ha valorado pruebas con el criterio exigido por la norma y además se ha motivado de manera lógica, razonable y comprensible en la sentencia; el voto salvado podría facilitar futuras diligencias en recurso de apelación cuando también se encuentre correctamente motivada.

Existe una teoría dogmática de duda formal a favor del reo, la cual se resume en que las sentencias condenatorias dictadas con voto salvado absolutorio supondrían una afectación considerable al principio de duda a favor del reo; sin embargo, esta teoría carece del apoyo técnico- jurídico suficiente como para ser reconocida globalmente y aplicada en el sistema jurídico actual.

Sería procedente trabajar en un proyecto de reforma al artículo 625 del Código Orgánico Integral Penal para modificar el modo de dictamen de sentencia y estampar la unanimidad como requisito para condenar; pero, no he considerado oportuno realizar esta propuesta de reforma porque se incurriría ante una inminente posibilidad de que un criterio disidente adoptado con análisis jurídico equivocado, valoración de prueba errónea o sencillamente arbitrario, conlleve a la impunidad de una conducta penalmente reprochable.

Proponer una ley de reforma al artículo 625 del Código Orgánico Integral Penal para exigir la unanimidad de condena al sentenciar, limitaría la coercibilidad del estado de manera significativa; el único voto salvado de la sentencia tendría carácter obligatorio de decisión, ignorando el criterio de mayoría; oponiéndose a un sistema en el que la figura de voto disidente ha sido considerada como criterio no vinculante en ninguna de las ramas del Derecho; sería un aventurado, arriesgado y malinterpretado exceso de garantía jurídica que terminaría con toda una larga historia de aplicación del sistema acusatorio adversarial.

Recomendaciones

Al Estado, mantener siempre la figura jurídica de aplicación de la sentencia con voto mayoritario en el ámbito penal, el cual por disposición del Código Orgánico de la Función Judicial rige a todas las ramas del Derecho en nuestro país.

A los jueces de garantías penales, continuar preparándose en materia procesal, doctrinaria y normativa; pues la potestad de administrar justicia en el ámbito penal generalmente sanciona con privación de la libertad, por lo cual es trascendental una correcta interpretación de la ley, valoración probatoria y razonabilidad para emitir sentencia condenatoria.

A los defensores de un acusado, analizar minuciosamente los hechos y la verdad histórica, para planificar una defensa adecuada, teniendo como prioridad utilizar una defensa activa en aquellos casos en los que los hechos favorezcan a la exposición clara de la inocencia del imputado; en caso de no ser conveniente utilizar esta estrategia de defensa, activar una defensa pasiva con todas las precauciones del caso, actuando con ética profesional y deontológica y a su vez persiguiendo la absolución o reducción de pena del cliente procesado.

A la Universidad, tratar el tema en espacios académicos como simposios jurídicos, para generar debate académico, escuchar criterios objetivos acerca de los límites del principio de duda a favor del reo y estudiar al sistema adversarial acusatorio con voto salvado que se aplica en el Ecuador.

A los estudiantes y docentes, identificar que el funcionalismo normativo es la teoría dogmática – social que rige contemporáneamente al Derecho Penal, garantiza el orden social, el principio de seguridad jurídica y las garantías constitucionales; además reconocer que el funcionalismo normativo es compatible con el garantismo jurídico, admitiendo que aunque este último implica la progresión del contenido de los derechos, existen hoy en día un sinnúmero de profesionales del derecho que se autoidentifican con esta doctrina pero olvidan su sentido pragmático y realista, esa realidad que conlleva a confirmar que el principio de duda a favor

del reo es compatible con un sistema penal acusatorio adversarial que sentencia con voto de mayoría.

Referencias

- Amuchategui, G. (2012). *Derecho Penal Cuarta Edición*. Ciudad de México, México: Oxford University Press México, S.A de C.V.
- Asamblea General de Naciones Unidas (2013, 28 de marzo). Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal *Resolución 67/187*. <https://bit.ly/3hP3P7u>
- Asamblea Nacional Constituyente (2008, 20 de octubre). Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial 449* de 20-oct-2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador (2015, 22 de mayo). Código Orgánico General de Procesos. *Registro Oficial Suplemento 506* de 22-may.-2015.
- Asamblea Nacional del Ecuador (2009, 9 de marzo). Código Orgánico de la Función Judicial. *Registro Oficial Suplemento 544* de 09-mar.-2009.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014, 10 de febrero). Código Orgánico Integral Penal. *Registro Oficial del Gobierno del Ecuador No 180*. <https://bit.ly/30ebtSY>
- Asociación Argentina de Juicios por Jurado (29 de abril de 2020). *Corte Suprema de Estados Unidos: Los veredictos del jurado deben ser unánimes*. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Consultado el 28 de junio del 2020. <https://bit.ly/3ffrSe3>
- Basabe, S. (27 de marzo de 2017). DETERMINANTES DEL VOTO SALVADO EN CONTEXTOS DE INESTABILIDAD INSTITUCIONAL EXTREMA: EL CASO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *IURIS Revista de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales*. Volumen 1 (16), p.3. <https://bit.ly/2PbY0EY>
- Baytelman A. y Duce M. (2004). *Litigación Penal y Juicio Oral*. Quito, Ecuador: Fondo de Justicia y Sociedad (Fundación Esquel - USAID).

- Bustamante Rúa M. (2010) La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano. *Opinión Jurídica*. Vol. 9 (número 17), p.76. <https://bit.ly/3hKjC7E>
- Cabanellas G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental (undécima edición)*. Buenos Aires, Argentina: Editorial HELIASTA S.R.L.
- Calvete R. y Ortega L. (2017). *Principio de in dubio pro reo en las sentencias proferidas por jueces penales colegiados frente a la responsabilidad del estado*. Universidad de los Andes, facultad de Derecho. (Número 38), p.14.
- Carnevali, R. & Castillo Val, I. (2011). El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. *Ius et Praxis*, (2), 77-118.
- Colombo, J. (s.f). *El debido proceso constitucional*. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. <https://bit.ly/2Xegby5>
- Comisión IDH. (2001, 11 de octubre). Caso Milton García Fajardo y otros Vs. Nicaragua. *Informe N.º 100/01*. Caso 11.381.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017, 05 de septiembre). Caso Miguel Ángel Rodríguez Revolorio, Miguel Ángel López Calo y Ánibal Archila Pérez vs GUATEMALA. *INFORME N.º 99/17 CASO 11.782 INFORME DE ADMISIBILIDAD Y FONDO*. Aprobado por la Comisión en su sesión N.º 2096.
- Comité Interinstitucional para el Impulso de la Oralidad en el Proceso Penal. (2003). *Técnicas del Juicio Oral en el Proceso Penal Colombiano*. Bogotá, Colombia. USAID/ Programa de Fortalecimiento y Acceso a la justicia.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2013, 21 de marzo). *Caso N° 0032-11-EP*. Sentencia N° 004-13-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador (2013, 14 de noviembre). caso No 0538-11-EP. *Sentencia* No 092-13-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador. (2016, 06 de enero). *Caso N° 1221-14-EP. Sentencia N°* 005-16-SEP-CC.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1990, 10 de agosto) *Opinión Consultiva OC-11/90 Serie A N° 11.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos (s.f). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 12: Debido Proceso.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001, 31 de enero). Tribunal Constitucional Vs. Perú. *Sentencia de caso de Serie C N° 71.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001, 31 de enero). *Sentencia del caso* Velásquez Rodríguez vs Honduras.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá. *Fondo, reparaciones y costas, sentencia* del 02 de febrero del 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007, 21 de noviembre). Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009, 23 de noviembre). Caso Radilla Pacheco Vs. México. *Sentencia de caso de Serie N°.* 209.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016, 31 de agosto). Caso Flor Freire Vs. Ecuador. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017, 15 de febrero). Caso Zegarra Marín Vs. Perú. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia Serie C* No. 331.

Corte Nacional de Justicia (2012, 23 de agosto). Caso penal No. 294-2011-YP. *Resolución* No. 1127-2012, del 23 de agosto.

Corte Nacional de Justicia. (2013, 13 de julio) Juicio N° 441- 2013, *Sentencia* 2013-SSPPMPPT.

Corte Nacional de Justicia (2014, 02 de Julio). Caso Penal No. 743-2014. *Resolución* No. 988-2014, del 02 de julio del 2014.

Corte Nacional de Justicia (2016, 21 de octubre). Caso Penal No. 1546-2015. *Resolución* No. 1930- 2016, del 21 de octubre.

Corte Nacional de Justicia (2019). Quito. Ecuador. *Oficio de absolución de consultas* No 858-P-CNJ-2019. <https://bit.ly/2Pc0oLW>

Donna, A. (1995). *Teoría del delito y de la pena*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma S.R.L.

El Congreso de la República. (2004, 31 de agosto). Ley 906: Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial de Colombia No 45.658. <https://bit.ly/3gaCbRY>

Ellero P. (1994). *De la Certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires, Argentina. Librería "El Foro" S.A.

Etcheberry, A. (2011, 28 de enero). "*¿Una duda razonable?*". Diario El Mercurio/ Colegio de abogados de Chile. <https://bit.ly/3fatd5P>

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón teoría del garantismo penal*. (Traductor Ibáñez A. Ruiz A. Bayón J.C. Terradillos J. Cantarero R.). Editorial Trotta S.A. (Original publicado en 1989).

Ferrer, J. (2007). *Valoración racional de la prueba*. Barcelona, Madrid, España y Buenos Aires, Argentina: Editorial Marcial Pons.

Focault M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas* (Traductor Lynch E.). Barcelona: Editorial Gedisa (Original publicado en 1978).

García, T. (24 de noviembre de 2005). *El principio in dubio pro reo*. Derecho Ecuador. <https://bit.ly/2BJmMJo>

García, C. (2014). *Derecho Romano: Una revisión sumaria*. Editorial DYKYNSON, SL.

Isla de González, O. (2014). *Análisis lógico de los delitos contra la vida*. Ciudad de ~~México~~México, México: Trillas.

Graham F. Burnett G., y otros. (julio de 2009). Anatomía de un juicio por jurado. *Oficina de Programas de Información Internacional Departamento de Estado de Estados Unidos*. Volumen 14 (Número 7), pp. 4-10. <https://bit.ly/3k6rUc2>

Guerra Flores A. (2016). *Introducción al proceso penal acusatorio juicios orales*. Oxford, Reino Unido. D.R. © Oxford University Press México, S.A. de C.V.

[Hernández E., Domingo. \(1999\). Error judicial, ensayo de interpretación constitucional. *Ius et Praxis*. Volumen 5 \(número 1\), p.469.](#)

Hernández H. y Smith G. (directores). (2009). *Presunto Culpable*. México: Documental de Abogados con Cámara.

Hernández V. (2018). El test de motivación de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Cómo conocer si una sentencia está correctamente fundamentada?. *YACHANA, Revista Científica*. Volumen 7(1), pp. 21-31.

Igartua Salaverría J. (2014) *Derecho Procesal, dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*. Medellín, Colombia. Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Islas A. y Cornelio E. (2017). Error judicial. *Rev. Boliv. de Derecho*. No 24, pp. 20-28.

Jaramillo H. F. (2012). *La Ciencia y Técnica del Derecho*. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.

Kant, I. (2005) *La metafísica de las costumbres*. (Adela Cortina Orts. Trad). 4ª edición, Madrid, España. Tecnos.

La Gran Asamblea (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (trad. Democracia Participativa, 2016). Ratificada por el Rey de Francia el 05 de octubre de 1789. <https://bit.ly/39OQA44>

Landa C. (2017). *Los derechos fundamentales (primera edición)*. Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lee Baylei F. (1995). *Como se ganan los juicios El abogado litigante* (Trad. Hurtado J.). México D.F, México: EDITORIAL LIMUSA S.A DE C.V. GRUPO NORIEGA EDITORES.

López, A. M. (2016). *Estándar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal*. Análisis con referencia al caso colombiano y español. Nuevo Foro Penal, 12(86), p. 174.

Malem J. (2008). *El error judicial y la formación de los jueces* (primera edición). Barcelona, España: Editorial Gedisa, S.A.

Massachusetts Supreme Judicial Court (2013). Commonwealth y. Webster (trad. Corte Nacional de Justicia). 59 Mass. 320. (Original publicado en 1850).

Ministerio Público Fiscalía Regional. (2000, 12 de diciembre). Código Procesal Penal. Diario Oficial de Chile 12 de diciembre del 2000. <https://bit.ly/39HzOn8>

Mir Puig, S. (1982). *Función de la Pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*. 2da edición. Barcelona, España: BOSCH, Casa Editorial S.A.

Nino C. (2007). *ALGUNOS MODELOS METODOLÓGICOS DE "CIENCIA" JURÍDICA*. Cuarta reimpresión. México D.F: Distribuciones Fontamara, S.A.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2013). *Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal*. Recuperado de: <https://bit.ly/39HzDbt>

Organización de Estados Americanos. (1978, 18 de julio) Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos (B-12) en San José, Costa Rica*.

Orejuela, J., Moreno M., Salcedo, M. (2012). *Abordajes psicoanalíticos a inquietudes sobre la subjetividad*. Editorial Bonaventuriana.

Orellana E. (31 de julio de 2019). Publicidad de votos, concurrencias y disidencias en las sentencias del Tribunal Constitucional Chileno: Un análisis Crítico. *Revista de Derecho Público*. (número 90), pp. 61- 76.

Ortega L.G., Calvete, R. (enero-junio 2017). *EL PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO REO EN LAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR JUECES PENALES COLEGIADOS FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO*. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes Facultad de Derecho*. (No. 38) pp. 7-8.

Páez, A, (2010), *El procedimiento oral en los Juicios de Trabajo*. Corporación de estudios y Publicaciones.

Pérez Escobar, J. (2015). *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. TEMIS S.A.

Real Academia Española. (2019). Diccionario de la lengua española (versión electrónica 23.3). <https://dle.rae.es/convencer?m=form>

Real Academia Española. (2019). Diccionario de la lengua española (versión electrónica 23.3). <https://dle.rae.es/debido?m=form>

Real Academia Española. (2019). Diccionario de la lengua española (versión electrónica 23.3). <https://dle.rae.es/duda?m=form>

Real Academia Española. (2019). Diccionario de la lengua española (versión electrónica 23.3). <https://dle.rae.es/error?m=form>

- Real Academia Española. (2019). Diccionario de la lengua española (versión electrónica 23.3). <https://dle.rae.es/proceso?m=form>
- Pasquino P. (2019). *E pluribus unum: Disclosed and undisclosed vote in Constitutional/ Supreme Courts* (Traductor Orellana, E.) Nueva York: Cambridge University Press (Publicación original 2015).
- Plascencia, R. (2000). *Teoría del delito*. Ciudad de México, México. Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Priori G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos (primera edición)*. Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rodríguez, F. (2019). *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo I Introducción al Derecho Penal*. 2da edición. Cevallos editora jurídica.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General (Tomo I Fundamentos) La estructura del delito*. (Diego Manuel Luzón, Javier de Vicente Remesal, Miguel Díaz y García Conlledo, ed. Y trad.). Civitas; 2da edición. (obra original publicada en 1994).
- Vaca, R. (24 de noviembre de 2005) *La Responsabilidad Penal. Derecho Ecuador. Derecho Ecuador*. <https://bit.ly/33e9sYO>
- Vaca, R. (2014). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*. Quito, Ecuador. Ediciones Legales EDLE S.A.
- Valdivieso, L. (2017). *Teoría del Caso guía didáctica*. Loja- Ecuador. EDILOJA Cía. LTDA.
- Salomón, E. y Blanco, C. (2012). *El debido proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, Perú. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).
- State-of-the-States Survey of Jury Improvement Efforts (abril de 2007), Centro Nacional de Tribunales de los Estados.

Supreme Court of The United States (2020, 20 de abril). Louisiana v Ramos. *Syllabus*

No.18–5924. <https://bit.ly/39LpnPM>

Valdivieso L. (2017). *Teoría del Caso guía didáctica*. Loja- Ecuador. EDILOJA Cía. Ltda.

Zaffaroni, E. (1987). *Tratado de Derecho Penal (Parte General II)*. Buenos Aires, Argentina:

Ediar S.A editora.