

**UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR**



**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN**

**CARRERA DE DERECHO**

**SEDE QUITO**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR**

**TEMA:**

**EL DERECHO COMPARADO Y LA UNIFICACIÓN PROCESAL PENAL  
INTERNACIONAL**

**AUTOR: TELLO SUAREZ ALEJANDRA ANAHIS**

**TUTOR: DRA. FUENTES ÁGUILA MARILY RAFAELA**

**QUITO 2021**

## CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

Dra. **MARILY FUENTES** (PhD), en calidad de Asesora del Trabajo de Investigación designado por la Cancillería de la UMET, certifico que el estudiante: **ALEJANDRA ANAHIS TELLO SUAREZ con cédula de ciudadanía Nro. 172159902-3**, ha culminado el trabajo de investigación, con el Tema: **“EL DERECHO COMPARADO Y LA UNIFICACIÓN PROCESAL PENAL INTERNACIONAL”**, quién ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente.



Dra. Marily Rafaela Fuentes Aguilá (PhD)

## CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, ALEJANDRA ANAHIS TELLO SUAREZ estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador “UMET”, carrera Derecho, declaro en forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación que versa sobre: **“EL DERECHO COMPARADO Y LA UNIFICACIÓN PROCESAL PENAL INTERNACIONAL”** y las expresiones vertidas en la misma, son autoría del compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,

Alejandra Anahis Tello Suárez

AUTOR

## CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, ALEJANDRA ANAHIS TELLO SUAREZ , en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación, **“EL DERECHO COMPARADO Y LA UNIFICACIÓN PROCESAL PENAL INTERNACIONAL”**, modalidad Proyecto de Investigación, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana del Ecuador una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana del Ecuador para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

Atentamente,

Alejandra Anahis Tello Suárez

Autor

## DEDICATORIA

Esta tesis está dedicada principalmente a Dios, por permitirme haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

A mis padres por su amor, paciencia, confianza y apoyo a lo largo de mi carrera universitaria y a lo largo de mi vida.

A mis hermanas por compartir momentos inolvidables conmigo y siempre estar dispuestas a escucharme y brindarme sus consejos.

A mi abuelita Celinda porque le amo infinitamente y recuerdo con mucho amor su compañía a la escuela y sus ricos desayunos.

A mis tíos Cristian y Ximena por su apoyo incondicional, que con su ejemplo y respaldo me ayudaron alcanzar mis objetivos.

## **AGRADECIMIENTO**

Mi sincero agradecimiento a las autoridades y personal que hacen la Universidad Metropolitana del Ecuador, por abrirme las puertas de tal prestigiada institución y permitirme alcanzar mi título de pregrado.

En especial a mi tutora Doctora Marily Rafaela Fuentes Águila, quien con su enseñanza y valiosos conocimientos me brindo dirección en la elaboración de este trabajo de investigación.

## INDICE DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR .....	II
CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN.....	III
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	IV
DEDICATORIA .....	V
AGRADECIMIENTO .....	VI
RESUMEN .....	X
ABSTRACT .....	XI
INTRODUCCIÓN.....	1
Situación problemática .....	2
Delimitación del objeto de estudio .....	4
Formulación del problema científico .....	4
Justificación .....	5
CAPÍTULO I .....	8
MARCO TEÓRICO.....	8
1.1 Antecedentes de la investigación .....	10
1.2 Bases teóricas.....	13
1.2.1 Derecho Comparado. Función en la unificación procesal .....	13
1.2. 2 El Derecho Comparado y su significado.....	16
1.2.3 Principios del Derecho Comparado .....	18
➤ Centrarse en la búsqueda de similitudes y diferencias.....	18
➤ Mayor abstracción .....	18
➤ Consultar bibliografía más relevante .....	18
1.2.4 Importancia de la comparación.....	19
1.2.5 Reforma constitucional y procesal penal .....	24
CAPÍTULO II .....	29
METODOLOGÍA.....	29

2.1 Tipo de Investigación.....	30
2.3 Concepción del proyecto o plan de investigación.....	30
2.4 Preguntas científicas .....	31
2.5 Métodos.....	32
2.6 Acciones de investigación .....	33
2.7 Técnicas de Análisis de la Información .....	34
2.8 Aportes .....	34
2.9 Estudio comparado y análisis de resultados .....	35
2.9.1 Análisis de Resultados .....	45
CAPÍTULO III .....	46
PROPUESTA DE SOLUCIÓN.....	46
3.1. Fundamentación de la propuesta .....	46
3.2. Objetivos de la propuesta.....	48
3.2.2 Específicos .....	48
3.3. Contextualización .....	48
3.4 Propuesta metodológica.....	51
3.4.1 Proceso paulatino.....	51
3.4.2 Denominador común .....	51
3.4.3 Comparación al servicio de la unificación.....	52
3.4.4 Idioma.....	52
3.4.5 Conocer la jurisprudencia.....	52
3.4.6 Textualizar y contextualizar .....	53
3.4.7 Del análisis a la propuesta legislativa .....	54
3.4. 8 Del <i>ius commune</i> al nuevo <i>ius commune</i> .....	55
3.5 Problemas comunes del proceso penal.....	56
3.5.1 Investigación criminal en función del juicio oral .....	57
3.5.2 La delimitación de funciones .....	58

3.5.3 Respeto al principio acusatorio.....	61
3.5.4 El juicio oral y público .....	67
3.5.5 Valor probatorio de la investigación.....	68
RECOMENDACIONES .....	73
BIBLIOGRAFÍA .....	74

## RESUMEN

La presente investigación aborda el tema de la unificación del proceso penal, a partir de la idea de muchos intelectuales de poder construir un orden jurídico internacional que armonice las normas procesales en virtud de las cuales se debe investigar, acusar y juzgar a las personas que incurran en conductas que puedan ser consideradas delitos. Aunque la propuesta puede tener defensores y detractores, ya hoy no se requieren tantos fundamentos doctrinales para sustentar la pretensión de unificación del Derecho. Se han dado muestras de unidad jurídica en América Latina y en Europa y también se han aprobado los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y Códigos Procesales Modelos que sirven de base para la conformación de códigos procesales en los Estados. En el ámbito procesal hay consenso en que los problemas de la criminalidad en la comunidad internacional son similares y son parecidas las reglas generales de procedimiento penal con que debe enfrentarse el crimen. En un primer momento de la investigación se alude a la relación entre Derecho Comparado y Unificación Procesal y finalmente se realiza una propuesta de principios metodológicos y estructurales que pueden contribuir a la pretendida unidad jurídica.

Palabras Clave: Derecho Comparado, Unificación Procesal, Principios, Orden Jurídico Internacional, Reformas Procesales.

## ABSTRACT

This research addresses the issue of the unification of the criminal process, based on the idea of many intellectuals of being able to build an international legal order that harmonizes the procedural norms by virtue of which it is necessary to investigate, accuse and judge the people who commit in conducts that can be considered crimes. Although the proposal may have defenders and detractors, nowadays so many doctrinal foundations are not required to support the claim to unify the Law. The universe has shown signs of legal unity in Latin America and Europe, and international instruments on Human Rights and Model Procedural Codes have also been approved, which serve as the basis for the creation of procedural codes in the States. In the procedural sphere, there is consensus that the problems of crime in the international community are similar and the general rules of criminal procedure with which crime must be faced are similar. At the beginning of the research, the relationship between Comparative Law and Procedural Unification is referred to and finally a proposal of methodological and structural principles that can contribute to the alleged legal unity is made.

Keywords: Comparative Law, Procedural Unification, Principles, International Legal Order, Procedural Reforms.



## INTRODUCCIÓN

En la actualidad no se necesita una fundamentación doctrinal amplia para conocer que los juristas y dentro de ellos los procesalistas tienen la idea de que se puede y se debe construir un orden jurídico internacional en materia procesal. Si bien no se ha expuesto que éste orden jurídico deba ser aplicado de forma idéntica en todos los países, si vienen trazándose principios universales respecto a cómo debe ser el proceso penal en todo el mundo.

Aunque la historia de la humanidad tiene notables experiencias de la coexistencia de distintos sistemas de enjuiciar, como fueron el inquisitivo y el acusatorio o el mixto, los Estados ya conocen que la comunidad internacional, los instrumentos de Derechos Humanos y las Constituciones democráticas modernas pretenden un proceso penal garantista y respetuoso de los derechos del hombre ante el poder penal del Estado. Es posible, casi, generalizar que las normas jurídicas en materia procesal a nivel internacional dejaron atrás los procesos basados en la tortura, la presunción de culpabilidad, la violación al derecho de defensa, o la consideración de la confesión como reina de las pruebas, entre otros aspectos de orden inquisitivo.

No se puede negar que, en algunos países, todavía existen procedimientos e incluso ejecuciones penales que no se corresponden con las corrientes procesales más garantistas de la época contemporánea pero una cuestión es cierta: el debido proceso se ha convertido en una garantía universal que ha unido a prácticamente todos los sistemas jurídicos procesales a nivel internacional. Sin interesar si pertenecieron al Civil Law o al Common Law; la mayoría de los Estados optaron por derogar las normas de carácter inquisitivo y aprobar aquellas que viabilicen un proceso justo, oral, público, contradictorio con intermediación y contradicción.

El hecho de que las legislaciones consagren este conjunto de principios, derechos y garantías no implica que en la práctica todo se cumpla exactamente así, pero, al menos jurídicamente, la exigencia del respeto a las garantías del proceso y del inculpaado tiene una protección normativa. En esto han tenido que ver mucho las batallas de los pueblos por limitar el *ius puniendi*.

### **Situación problemática**

El poder del Estado históricamente utilizó la fuerza y la arbitrariedad para imponerse a sus ciudadanos y la humanidad ha sido testigo de los abusos cometidos por los que ostentan el poder. Gracias a las demandas de los pueblos, las exigencias del Derecho Internacional, la democracia y la civilización, hoy, a través del Derecho se ha logrado contener ese uso arbitrario de la fuerza.

Los principios de legalidad y las normas procesales que se observan en los códigos procesales no surgieron de manera espontánea, sino que son el resultado de intensas luchas de los pueblos por alcanzar una protección ante el grandioso poder del Estado. Lo que se ha logrado en materia de proceso penal garantista y protector del ser humano merece ser generalizado en favor de todas las personas del planeta, sin importar el lugar geográfico, la religión o el tipo de gobierno que exista en su país.

Es por ello que, en la actualidad, la unificación del Derecho Procesal constituye un debate que se encuentra en pleno desarrollo. En los encuentros internacionales de los procesalistas en el presente siglo, se discute sobre la efectividad de algunas reformas procesales que son universales y sobre otros mecanismos como la aplicación de la inteligencia artificial en la aplicación de la justicia, entre otros temas de mucha actualidad.

La idea de unificación de las normas procesales se relaciona con el Derecho Comparado y aunque no es Derecho Comparado, este ha influido mucho en que se piense y se hable de la unificación, armonización o integración del Derecho en sentido general. En este trabajo se hace referencia al ámbito procesal porque en el objeto de estudio de esta investigación se ha delimitado así, pero muchos estudiosos hablan de unidad del Derecho, incluso de distintas materias procesales del ámbito jurídico.

América Latina ha dado muestras de estar inmersa en ese proceso, ejemplo de ello, son las reformas procesales de finales del siglo pasado que se desarrollaron en Argentina, México, Guatemala, Ecuador, Colombia, Venezuela, entre otros países del área. Otro referente de unificación es haber utilizado el Código Procesal Modelo para Iberoamérica como paradigma de las modificaciones en los códigos procesales de la región.

Ecuador no quedó al margen de este proceso, pues el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) ha recogido en sus preceptos legales lo más avanzado en el proceso penal moderno. Existen coincidencias entre el Código Procesal Modelo para Iberoamérica y la parte dedicada a los procedimientos que establece el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano.

La aspiración de disfrutar de un solo proceso penal en toda América Latina constituye una excelente vía para superar muchos inconvenientes que afectan de forma grave y similar a todos los pueblos de la región, lo que significa que los problemas de violencia, inseguridad, tráfico de drogas, entre otros, dañan de manera semejante a todos los ciudadanos que habitan los países latinoamericanos. Entonces no se trata solo de la unidad del Derecho sino de intentar superar juntos los conflictos que son comunes, a través de la integración política, cultural, económica y jurídica.

Se conoce que el problema no está en el planteamiento abstracto de esta idea sino en su ejecución concreta, cuando se cuenta con pueblos de distinta cultura, idioma, formas de pensar e intereses. En tal sentido, se estima que, si bien será difícil definir desde el punto de vista metodológico unas líneas para realizar esta unificación y estructurar desde el Derecho Procesal un conjunto de principios que ayuden a este objetivo, no es imposible, porque la única posibilidad de llegar a conseguirlo es dando pasos en el camino de la integración.

De antemano, es de dominio universal que el proceso penal que se acepta generalmente hoy, sigue al modelo acusatorio y que en ese camino debe realizarse un juicio oral y público. Estas son máximas que se conocen y están siendo aplicadas en casi todo el mundo, aunque no está de más volver a llamar la atención de que estos postulados básicos no son simple teoría, sino que serán puntos de partida para cualquier sistema jurídico procesal que desee formar parte de la unificación.

De no cumplirse en la práctica judicial lo que se regula en ley, se corre el riesgo de volver atrás y contrarreformular lo que se ha logrado. Las normas jurídicas, aunque se dictan para que rijan durante un largo período en el tiempo, si no son efectivas tienden a ser derogadas, de modo que hay que lograr también la unidad en su aplicación.

## **Delimitación del objeto de estudio**

De acuerdo a la situación que se presenta en la actualidad, no solamente en la doctrina procesal sino en la práctica judicial de los países de Latinoamérica, los cuales aún presentan inconformidades con los sistemas jurídicos adoptados y fundamentalmente en el orden procesal penal se delimita el objeto de estudio al **Derecho Comparado y a la Unificación Procesal Penal internacional**. Por supuesto que, dentro de los contenidos del objeto de estudio, se encuentra la interrelación entre ambos conceptos y de estos con el Derecho Procesal Penal, los aspectos metodológicos del Derecho Comparado y de la Unificación y los principios más modernos del proceso penal.

Este objeto de estudio surge de una contradicción científica que encuentra elementos suficientes para la formulación de un problema científico que debe discurrir por el camino de la investigación. De ello se trata subsiguientemente.

## **Formulación del problema científico**

Pues bien, la presente investigación pretende realizar un aporte, aunque sea modesto a este proceso de unificación del Derecho Procesal en materia penal, lo que, si bien no solucionaría la pretensión completa de los procesalistas, al menos, puede tomarse como referente de unas actividades que deben realizarse en tal sentido. El problema científico que se deriva de la necesidad de unificación del proceso penal se plantea de la siguiente manera:

¿Cómo contribuir desde el punto de vista metodológico y teórico a la unificación del orden jurídico procesal penal para poder enfrentar la criminalidad que afecta de forma similar a la comunidad internacional?

Como **hipótesis de trabajo** se proyecta que:

La elaboración de una propuesta metodológica que establezca los pasos a realizar y la construcción de una teoría procesal que identifique los principios ineludibles que deberá incluir una ley procesal universal pueden contribuir a la unificación del orden jurídico procesal penal como medio para enfrentar la criminalidad que afecta de forma similar a la comunidad internacional.

El **objetivo general** estuvo dirigido a elaborar una propuesta metodológica y procesal que permita contribuir a la unificación del proceso penal para el enfrentamiento a la criminalidad como fenómeno universal.

A tal efecto se trazaron los **objetivos específicos** consistentes en:

- ✓ Analizar los criterios teóricos más avanzados respecto al Derecho Comparado y su relación con la unificación del proceso.
- ✓ Identificar el estado en que se encuentra el problema de la unificación y sus obstáculos en la modernidad.
- ✓ Proponer un conjunto de principios metodológicos y de Derecho Procesal Penal que deben guiar cualquier intento para la unificación del proceso penal.

### **Justificación**

La pertinencia de un estudio como el que se presenta se deriva de la necesidad de continuar profundizando con un tema de interés universal que puede venir a dar solución a diversas problemáticas relacionadas con la implementación en los Estados de sistemas procesales que solucionen definitivamente el tema del incumplimiento de las garantías procesales y que resuelvan el problema de la criminalidad. La necesidad de conocer el Derecho Comparado viene dada porque esta ciencia es la que ayuda a proporcionar las bases primarias para el posterior análisis teórico que requiere una propuesta unificadora.

Así se entremezclan diferentes instituciones o conceptos de transcendencia jurídica respecto a los cuales hay que asumir en la actualidad posiciones más flexibles, de unidad e integración para que, juntos, todos los países enfrenten un fenómeno que viene universalizándose desde hace muchas décadas, que es la criminalidad. Mientras la delincuencia se internacionaliza, cruza frontera, burla los controles nacionales e internacionales, el Derecho sigue estando ahí, encerrado o enmarcado en unos territorios y espacios que ha creado el hombre para sus fines políticos, económicos y de ejercicio del poder.

Todo esto incapacita a los Estados para enfrentar los delitos, quedando impunes muchos actos en razón de esos límites territoriales, porque incluso, los autores de los ilícitos cometen el delito en un Estado e inmediatamente huyen hacia otro, con la certeza de que es el camino hacia la evasión de la persecución penal.

Por otra parte, es preciso investigar las mejores formas dentro del Derecho que permitan alcanzar una armonía entre la lucha contra el crimen y el cumplimiento de las garantías relativas al debido proceso.

Para eso es necesario echar mano del Derecho Comparado y de las tendencias de unificación procesal y de ahí terminar con una propuesta metodológica y procesal que contribuya al empuje de la unificación procesal, que ayude a no desistir de las ideas de integración del Derecho. La cuestión planteada es muy importante para el desarrollo del pensamiento procesal y para muchos otros fines.

En efecto, la importancia del tema radica en que además de ser trascendental para los abogados, jueces y fiscales una investigación que indague sobre tendencias unificadoras, también lo es para los comparatistas y por sobre todo para la sociedad. La importancia social del presente tema se fundamenta en la aceptación por parte de las personas que integran la sociedad de que todos los fenómenos se han internacionalizado y el fenómeno jurídico no puede quedar atrás cuando el mundo está sumergido en unas tecnologías que avanzan a límites impredecibles.

La justicia ha padecido del mal de la demora, de la ineficacia o del plazo irrazonable; todavía puede decirse o creerse reciente la actuación de unos jueces inquisidores encerrados en lugares medio ocultos impartiendo una justicia que la gente no entiende, para la que se utiliza un procedimiento que en la práctica continúa siendo extraña, con un lenguaje enrevesado y una retórica innecesaria. Es muy importante erradicar esos obstáculos escogiendo el mejor de los procesos para hacerlo único, a través del cual sea posible ofrecer una justicia transparente y eficaz a la humanidad.

Los beneficiarios directos del presente trabajo de investigación serán principalmente los ciudadanos que integran la sociedad ecuatoriana y todas las personas que integran el planeta, desde aquellos que son sometidos a proceso penal hasta los que se encuentran encarcelados. La unificación procesal, quizás al final permita que, de conjunto, los pueblos encuentren una alternativa mejor que la cárcel para enmendar la conducta de las personas, tal vez se logre erradicar las medidas de tortura o coacción al momento de investigar al sospechoso de un delito o sea posible que la prisión sin juicio sea derogada de los códigos.

Se considera además que el tema es novedoso porque a pesar de que se nutre de algunos otros estudios, no ha sido suficientemente abordado. En los repositorios académicos y también en las bases de datos bibliográficas, no se ha encontrado ningún trabajo de investigación que aborde un tópico sobre unificación ni ningún trabajo de tesis sobre el tema.

La investigación se estructuró en tres capítulos, el primero dedicado al marco teórico en el que se definieron los conceptos de Derecho Comparado, unificación y se estableció la relación entre ellos, además se desarrolló un epígrafe sobre la forma en que han funcionado en el Derecho Procesal y Constitucional en estos temas de integración, fundamentalmente en Latinoamérica. Como parte del estudio se indagó sobre la Reforma Procesal y el Código Procesal Modelo para Iberoamérica como ejemplo de intento unificador del Derecho Procesal.

El segundo capítulo abordó la metodología utilizada, donde se explicó con mayor amplitud el tipo de investigación, objetivos, problema, métodos teóricos, aportes, actividad científica, entre otros aspectos. El tercer capítulo contiene la propuesta de principios metodológicos para la unificación y definición de principios procesales que no pueden faltar en un proceso penal que represente la unificación de las formas de resolver los conflictos penales en la sociedad contemporánea. Finalmente se arribó a conclusiones y recomendaciones y se acotó la bibliografía utilizada.

Se espera que los resultados de la presente investigación representen un componente teórico que sirva de referente y pueda formar parte de la bibliografía de la Universidad Metropolitana del Ecuador, al tiempo que permita que otros alumnos se interesen por los estudios comparados, reconozcan su importancia para el futuro profesional del Derecho e incentiven el espíritu crítico que demanda un tema como el que se desarrolla. Las universidades de la región latinoamericana con el apoyo de reconocidos juristas y comparatistas internacionales se encuentran enfrascadas en los procesos de hacer conciencia sobre estos aspectos.

Siguiendo el criterio de otros autores se pretende que el Derecho Comparado y la Unificación deje de ser un conocimiento “de relleno” en la carrera de Derecho y pase a formar parte de los saberes básicos que debe adquirir un estudiante de Derecho. Se espera con el presente trabajo poder contribuir también en ese empeño.

## **CAPÍTULO I**

### **MARCO TEÓRICO**

Antes de comenzar el desarrollo de los epígrafes hay que aclarar que, una cuestión es la unificación de las materias; penal, civil, laboral, administrativo, laboral y otra la unificación de los sistemas jurídicos procesales de diferentes países o regiones. Sobre el primer tópico se ha conocido que algún autor defiende la teoría unitaria del proceso, pretendiendo utilizar los mismos actos procesales para solucionar conflictos civiles, penales o de todas las materias jurídicas y sobre el segundo tópico se informa a continuación.

El segundo aspecto constituye el objeto de estudio de la presente investigación, que significa que los actos procesales en materia penal sean realizados de forma similar, en México, Perú, Ecuador, Honduras, Guatemala, Bolivia, España, Estados Unidos y cualquier otro país. Este último tópico constituye la esencia del presente estudio, que, de momento, se centra la investigación en la materia procesal penal y se propone igualar los actos procesales en sistemas jurídicos de diversos territorios.

Esto quiere decir que se ha escogido el Derecho Procesal Penal y sus categorías como acción penal, proceso, procedimientos, actos procesales, competencia, jurisdicción, debido proceso, garantías penales, entre otras, para realizar una propuesta sobre la base de unos principios que se consideran indispensables para instaurar un sistema procesal penal universal en los Estados modernos. Esta ha sido una vieja idea de algunos procesalistas, que pudiera decirse que está en un período de implementación y de tránsito, la cual no ha podido concretarse en muchos países de América pero que no debe abandonarse pese a los obstáculos que ha presentado.

Por el momento se cree más conveniente unificar o armonizar las legislaciones en materia penal de distintos países que construir un proceso que lo mismo sirva para solucionar un conflicto civil como penal. Tal vez valga la pena, en el futuro, adentrarse en otros estudios relacionados con la unidad procesal de distintas o de todas las materias jurídicas.

Aunque en materia procesal penal, la doctrina unificadora es más escasa que en la materia penal sustantiva, sí cuenta con algunos referentes que tienden a la unificación, incluso los propios fundamentos que sustentan la unidad en el Derecho Penal material sirven de base para presentar la idea de la unidad del proceso penal. Desde hace mucho tiempo, Europa viene realizando intentos para la unificación de la comunidad internacional para poder enfrentar varios fenómenos que afectan de manera análoga a todos los países.

Quizás los penalistas fueron los últimos en darse cuenta de la conveniencia de la unidad procesal y sustantiva. Todavía muchos abogados de esta esfera piensan que este es un problema que afecta más a los mercantilistas, financieros o civilistas, o que es más factible al Derecho privado, sin embargo, vale la pena reconsiderar estas actitudes.

Los temas de la internacionalización de los procesos y de todos los fenómenos de la vida moderna tienen que ser pensados desde nuevas perspectivas. El hombre está obligado a evaluar constantemente lo que ocurre a su alrededor, pues es evidente que la globalización, el desarrollo económico y tecnológico han impuesto leyes universales y la justicia ha sido una de las áreas que menos se ha movido en la era tecnológica.

Todavía en muchas leyes se utilizan términos que las personas comunes desconocen, lenguaje arcaico que nadie entiende y una retórica muy alejada de la realidad actual. Muchos jueces y abogados se expresan y se comportan de acuerdo a reglas que imperaron hace muchos siglos. No se niega que la actividad judicial no sea solemne, formal, respetuosa, elegante, sino que toda la actividad que se realiza debe ser entendida por las personas porque esta es una actividad que ejecutan los profesionales del Derecho, en nombre del Estado para proteger a los ciudadanos que integran la sociedad.

Hoy, muchas cosas de todo tipo han adquirido carácter universal o al menos regional como son la aceptación de monedas únicas en distintas latitudes, tecnologías de uso universal; en el ámbito jurídico existen constituciones que son muy similares en los países democráticos, las formas de contratación son análogas, los instrumentos jurídicos de Derechos Humanos son similares para todos los países. Estos son ejemplos de universalización, generalización de normas y formas

de proceder, no obstante, vale la pena verificar lo que consta en la literatura sobre el tema de la unificación del Derecho.

### **1.1 Antecedentes de la investigación**

Los antecedentes sobre unificación procesal en América no son tan abundantes como en Europa, pero ya desde hace años se viene observando que se realizan esfuerzos por poner en práctica sistemas procesales semejantes. Rafael Perera Mezquina, al estudiar el asunto de la unificación del Derecho Penal en un artículo denominado ¿Es posible la unificación del Derecho Penal Europeo? afirmaba que:

Nadie duda, de la conveniencia de la unificación del Derecho Penal Económico de los distintos Estados. Es más: La creciente actividad de empresas multinacionales, los problemas del blanqueo de dinero, la defensa del consumidor a nivel internacional, los problemas de contaminación del medio ambiente, etc., hacen necesaria esa unificación, para luchar eficazmente contra la delincuencia. (Perera Mezquina, 1999, pág. 71)

Este mismo autor señalaba como uno de los obstáculos para alcanzar la unificación, la existencia de diferencias entre los sistemas procesales, fundamentalmente las que se vinculaban al Common Law del área anglosajona, que en su opinión difiere de muchos otros países del mundo asentados en el sistema del Civil Law, también identificado este último como sistema romano germánico, romano francés, continental europeo o latino. Unido a las diferencias entre los sistemas procesales se encuentran como inconvenientes el temor de los Estados de ver afectada su soberanía o el miedo de los órganos de poder económico de la intervención del Derecho Penal en sus negocios.

Alfonso Pérez Daza, es un autor mexicano que ha fundamentado la necesidad de contar con una sola legislación penal sustantiva y adjetiva y de lo cual es importante resaltar el concepto que ha ofrecido de codificación. Al respecto aduce que esta se produce “cuando las leyes o disposiciones, de igual naturaleza, han sido agrupadas en un sólo ordenamiento jurídico, en forma sistematizada”, lo cual a su juicio ofrece ventajas en la aplicación del Derecho, entre las cuales se encuentran: el facilitar la consulta de las leyes al encontrarse reunidas en un sólo texto, la fijación

de estándares de pruebas para fijar órdenes de aprehensión, la potencialización de la certeza jurídica, entre otras. (Pérez Daza, 2013, pág. 60)

Las razones que demuestran la necesidad de la unificación de procedimiento penal, son las mismas que respaldan la necesidad de contar con un sólo Código Penal. En los momentos actuales existen adelantos significativos de instituciones académicas que han realizado algunas propuestas, así que, es momento de retomarlas y extender su discusión, perfeccionamiento y puesta en práctica.

Pablo Lerner, quien es abogado graduado de la Universidad de Buenos Aires, Doctor en Derecho de la Universidad de Jerusalén; y docente titular de la Escuela de Derecho Ramal Gan en Israel, ha publicado un artículo “Sobre Armonización, Derecho Comparado y Relación entre ambos” donde ha definido este proceso como armonización:

La armonización es un proceso por el cual las barreras entre los sistemas jurídicos tienden a desaparecer y los sistemas jurídicos van incorporando normas comunes o similares. Es un proceso que se da a distintos niveles, en diferentes campos del derecho y regidos por distintas pautas y principios. Este proceso se desarrolla en estadios: parte de la aceptación de institutos, luego se van acercando las soluciones hasta finalmente quedar limitadas las diferencias a los aspectos técnicos. La última fase sería la adopción de normas comunes, sobre la base de proyectos de unificación. (Lerner, 2004, pág. 43)

(Lerner, 2004, pág. 44) denomina a la unificación “armonización” porque estima que este es un proceso paulatino en que la unificación sería el momento en que el proceso ha evolucionado más y los sistemas jurídicos se basan en una misma norma legal. El autor acota que existen dos vías para alcanzar la unificación y que estas no son excluyentes: las centralizadas y las descentralizadas.

Las vías centralizadas obedecen a una política generalmente basada en la legislación internacional y en las convenciones internacionales y las vías descentralizadas van produciéndose como consecuencia de la práctica como es el ejemplo del comercio internacional que ha ido imponiendo la acogida de normas internacionales. La vía descentralizada, por ejemplo, se produce cuando los

comerciantes de distintos países sienten la necesidad de acogerse a proformas o textos comunes, y en tal caso se va gestando la armonización.

Los principios de Unidroit fueron preparados por el Instituto de Unificación del Derecho que funciona en Roma. (Mordechai Rabello & Lerner, 2003, pág. 620). Estos principios, así como la Convención de Viena sobre compra-venta internacional, los códigos procesales modelo para Iberoamérica, entre otros, son normas que buscan la armonización, o la unificación y en estas también es donde el Derecho Comparado alcanza su máxima expresión, porque se parte de la búsqueda de un denominador común que sirve de fundamento para una legislación trasnacional común.

Puede apreciarse que son cada vez más los criterios que apuntan a que son menos marcadas las diferencias entre los sistemas jurídicos. Cada día se habla más de los códigos comunes, y no necesariamente tienen que ser códigos sino otras formas de proceder comunes que hay que continuar profundizando, fundamentalmente a través del Derecho Comparado. Este no es un proceso que ha de conseguirse de una vez, al contrario, habrá que ir valorando coincidencias en las realidades para luego ir evaluando si pueden las mismas normas ser aplicadas en distintos territorios.

Los opositores de la unificación del Derecho se asientan en que es una corriente europea y la califican de "Eurocentrista" basada en el Derecho continental, sin embargo, el eurocentrismo del Derecho comparado no es un tema geográfico, sino que deviene de la relación histórica de Europa con el resto del mundo. Durante el siglo XIX y principios del siglo XX, Europa fue exportadora de sistemas jurídicos hacia países menos desarrollados económicamente y estos últimos vieron a aquellos sistemas como modelo.

No es extraño ver en los libros de textos latinos las citas de autores italianos, alemanes o españoles; incluso en sentencias dictadas por los jueces en América Latina aparecen consideraciones realizadas sobre la base del pensamiento de algún autor europeo. Es cierto que, en ocasiones, se descontextualiza la idea que se desea transmitir, pero refleja que el juez latino lee, estudia y se nutre del Derecho extranjero.

En tanto, en los países desarrollados el Derecho Comparado es un espacio para que los comparatistas desarrollen sus estudios, para los países dependientes, el Derecho Comparado es mucho más que eso pues es tomado en cuenta para modernizar su sistema jurídico y generalmente, las fuentes extranjeras son sus principales fuentes. Esta situación ha sido a veces calificada como dependencia cultural, pero en el contexto latinoamericano y específicamente en el Ecuador puede expresarse que, la influencia del Derecho Extranjero ha traído consecuencias tanto favorables como no.

## **1.2 Bases teóricas**

### **1.2.1 Derecho Comparado. Función en la unificación procesal**

La relación entre la Unificación del Derecho y el Derecho Comparado, también ha sido objeto de polémicas, porque si bien es cierto que existe un vínculo entre ellas, sobre todo en la etapa actual, donde los estudios comparados proveen de información a los estudiosos para lograr la unidad jurídica regional y universal, también lo es que se ha logrado mucha unificación en el mundo antiguo y en la edad media cuando todavía no se hablaba de Derecho Comparado. Solo que aquellas formas de unificación se lograron como resultado de procesos relacionados con las conquistas de unos pueblos a otros.

El Derecho Romano se expandió por los territorios como un fenómeno natural, resultado de las guerras y expansión de Roma. Hasta hoy, muchas instituciones romanas conservan su vigencia. Después el Derecho europeo se expandió por casi toda la América Central y Sur, sin que para ello se necesitara del Derecho Comparado o de personas dedicadas a su estudio.

Ciertamente es difícil hablar de Derecho Comparado y llegar a comprender su notable importancia para construir un orden jurídico universal, sobre todo cuando no se conoce la realidad de cada país. Los sistemas jurídicos forman parte de una superestructura que se levanta sobre las creencias, tradiciones, cultura, desarrollo económico, político y cultural de los pueblos, sin embargo, la humanidad ha dado muestras de que las tendencias jurídicas se han ido trasladando de un continente a otro y de unas épocas a otras, lo cual se ha podido conocer a través del estudio de la Historia del Derecho y de la comparación jurídica.

En ocasiones, una vida entera no alcanza para abordar y conocer con profundidad todos los sistemas jurídicos, pero si se realizan intercambios, eventos, reuniones, debates, encuentros internacionales puede cada vez más indagarse hasta donde ha llegado a igualarse el Derecho Procesal y qué faltaría para uniformar los ordenamientos jurídicos de la región Latinoamericana y del mundo. También posibilitaría valorar aquellos aspectos que se han copiado y que nada tienen que ver con la cultura del país en que cada cual reside.

Si, al menos en las aulas, se logra que cada estudiante o docente pueda exponer o dar a conocer las particularidades de uno u otro sistema, entonces, se podría conocer lo que es diverso en cada sistema procesal y aquello que es similar y puede continuar siéndolo. La utilidad del Derecho Comparado en la actualidad es indiscutible pues sobre la base de su análisis puede edificarse un sistema avanzado, progresista y coherente, con los más valiosos principios del debido proceso.

Este estudio no trata de imponer a ultranza un sistema procesal universal, en realidad, no han sido pocas las críticas recibidas en razón de haberse implementado en el Ecuador normas jurídicas que no se ajustan a la realidad de este país. Aunque no se pretende circunscribir este estudio al Ecuador porque significaría volver a encasillar un asunto de interés universal, se utiliza como referente el sistema jurídico ecuatoriano para ilustrar las ideas acerca del proceso de unificación procesal y la propia comparación jurídica.

Comparar solamente desde códigos y textos jurídicos es bien complejo. Cuando no se ha tenido una formación religiosa es difícil comprender el mundo islámico, a los musulmanes y las famosas leyes del Corán basadas en un libro sagrado, calificado por muchos como discriminatorio, dogmático y eminentemente rígido, pero que, en definitiva, obedece a una cultura diferente, con raíces distintas.

Quizás para los religiosos no resulten tan estrictas sus formas de enjuiciar, como no es nada absurdo para los indígenas, el castigo de la ortiga o los baños fríos en la noche o el paseo al desnudo en su territorio. Tampoco para los norteamericanos merece ninguna crítica que ellos sean calificados como “reino del juez” y no del legislador porque el juez crea, el juez habla, el juez manda, y cada facultad concedida al juez en los Estados Unidos de América nace de su historia, su

tradición, su cultura, una ideología distinta a la que impera en los países que siguieron el sistema Romano Francés para quienes la ley es sagrada.

Afortunadamente el pensamiento jurídico y específicamente, el procesal contemporáneo, se ha ido flexibilizando y lo que antes le parecía totalmente ajeno a un país ya no lo es tanto y se han ido imbricando ideas, se ha llegado al convencimiento que no se deben copiar legislaciones e imponerlas hacia lo interno de un Estado. La comparación exige un análisis mesurado, un estudio en el que se combine la verificación de la identidad de los pueblos, la valoración de sus intereses, principios, raíces y luchas históricas, idioma, su nivel de instrucción, entre otros aspectos.

Cuando se va a analizar lo que hay de común o lo que debe haber de común en el proceso penal de los distintos Estados, hay que motivar la comparación jurídica, conocer un poco más de la historia y ser muy objetivos al ubicarse en el momento histórico en que se vive. Es bastante tedioso reducir el método a la actividad de buscar una norma procesal del Ecuador y establecer su contrastación con la de Alemania, Italia, España u otro país. Tal vez la oralidad que es defendida con tanta fuerza en la actualidad en Latinoamérica no tenga tal relevancia en muchos estados, pero eso debe el investigador indagarlo y concluir con sus propios criterios.

La globalización es un hecho que no admite discusión, pero esto no quiere decir que el Derecho pueda convertirse en universal o igual para todos de un día para otro. El mundo está repleto de desigualdades económicas, políticas, culturales y sociales; entonces no es posible imponer la misma legislación a territorios con una realidad distinta sin contar con el tiempo de maduración necesaria para dar por sentado que el proceso de unificación es válido.

No significa que no puedan internacionalizarse determinados conocimientos, contenidos, instituciones jurídicas. Del Derecho Romano llegaron hasta hoy institutos jurídicos dignos de que se hayan generalizado en el mundo del Civil Law, principios que surgieron en el imperio romano, o antes, que funcionan de forma exacta o al menos, casi igual a como se forjaron, se trasladaron de un país a otro y se acomodaron diáfananamente en muchos territorios.

Los conceptos de acción, la apelación, la *non reformatio in peius*, el juicio, la casación, tuvieron su origen en épocas muy antiguas y luego fueron aplicados en

Alemania, España y en la propia Italia del siglo XX. Estos institutos sufrieron matices, pero con igual denominación fueron cuestionados por unos y aceptados por otros, luego se trasladaron a América y rigen en México, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Perú, Argentina, etc.

De modo que la idea de unificar el Derecho y más el procesal, es compleja y difícil en este momento. No obstante, cuando se habla de unificación no se está tratando de algo absurdo o irracional sino de un proceso que de alguna manera ha ocurrido antes de forma natural.

Napoleón, con su código civil, llegó a muchos países y lo implantó sin dificultad, pero hubo otros territorios, fundamentalmente aquellos que tenían fuertes tradiciones como Egipto, en los que no se pudo implementar. Igual cuando los ingleses llegaron a Norteamérica las leyes inglesas no fueron tan bien acogidas en las colonias, pero progresivamente Estados Unidos de América hoy cuenta con un sistema de Common Law de origen británico, con sus adaptaciones, pero su raíz se puede localizar en Inglaterra.

A las personas que se disponen a realizar estudios comparados debe recomendársele: ubicarse en la cultura, la geografía, la tradición, ideología de cada Estado, eso le hará más comprensible el análisis sobre el sistema jurídico. Lo más importante a sugerir cuando se es comparatista es utilizar el intelecto para realizar la comparación en el ámbito jurídico.

Las imágenes, videos o películas permiten a los estudiosos transportarse hacia países que no han visitado y de los cuales tienen solo referentes teóricos. “Mi nombre es Khan y no soy terrorista” es una película norteamericana muy ilustrativa de los sistemas religiosos, con la que se pretende destruir esa imagen distorsionada de que todos los musulmanes son terroristas. Conocer otras culturas y su relación con las fuentes del Derecho resulta un componente importante de valoración en temas de unificación y de armonización de las normas jurídicas.

### **1.2. 2 El Derecho Comparado y su significado**

Con la denominación “Derecho Comparado” se conoce algo relativamente nuevo, pues fue en 1900 que, en París, a raíz de un discurso comparatista internacional se le conoció como tal; e incluso a partir de entonces se le reconoce

como ciencia. Respecto a su naturaleza, mucho se ha discutido y algunos estiman no zanjada la discusión acerca de si es una ciencia, un método de investigación o si es una disciplina.

Por supuesto que si tiene objeto y método puede ser considerado como una ciencia. Su objeto de estudio está dirigido a comparar los sistemas jurídicos que coexisten en el universo, examinar los contrastes y similitudes, con la finalidad de garantizar el avance del Derecho interno. Estos elementos pueden ubicarse dentro de lo necesario para desarrollar un concepto de Derecho Comparado.

(Arbonés, 1992, pág. 23) aduce que el Derecho Comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo, con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado. Algunos autores estiman que no se trata de una ciencia sino de un “arte” de comparar y extraer información sobre determinadas instituciones jurídicas.

El Derecho Comparado, consiste en el estudio de instituciones, costumbres jurídicas, normas jurídicas, códigos, sistemas jurídicos, jurisprudencia o de determinada rama del Derecho. Si se trata de aplicar el Derecho Comparado en el orden procesal puede contrastarse todo aquello que se relacione con el procedimiento, actos procesales, instituciones jurídicas procesales y jurisprudencia.

El Derecho Comparado es aquella parte de la ciencia jurídica que se ocupa del estudio de los sistemas jurídicos de diversos países, analizándolos como modelos de respuesta a problemas jurídicos definidos en términos generales, es decir, en abstracción del Estado concreto en que se planteen. (Aymerich Ojea, 2003). Quizás en su definición, el autor requiere insistir en la posición activa del comparatista en su labor de investigación y comparación.

Los sistemas procesales en materia penal pueden compararse en cuanto a su origen, historia, tendencias, pero también pueden contrastarse otros temas más polémicos en la época actual, como la vigencia de la oralidad, la efectividad de las reformas en América Latina, el cumplimiento de la doble conformidad judicial, la vigencia de los principios procesales o del debido proceso y cualquier otro aspecto vinculado al procedimiento penal. Los medios alternativos de solución de conflictos

han alcanzado notables debates en la actualidad en todos los países de centro y sur de América.

Desde otra concepción, el Derecho comparado constituye un método, una herramienta del Derecho o un instrumento valioso e insustituible para el perfeccionamiento de la actividad procesal, judicial o legislativa. Un buen ejemplo es el que se maneja en la práctica de los Tribunales de la Unión Europea, donde los jueces, se nutren del conocimiento y valoración de otros sistemas jurídicos para, eventualmente, buscar soluciones viables y efectivas en sus fallos.

### **1.2.3 Principios del Derecho Comparado**

Para la búsqueda de la unidad procesal en materia penal, así como la obtención de información de cualquier otro tema, el Derecho Comparado informa sobre una serie de principios que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de realizar una comparación jurídica. Estos principios que de antemano pertenecen al Derecho Comparado son los siguientes:

#### **➤ Centrarse en la búsqueda de similitudes y diferencias**

El investigador debe realizar este estudio centrado en indagar los sistemas jurídicos, tras la búsqueda de aquello que es parecido y lo que es desigual. En tal proceso, muchas veces el investigador se debe enfrentar al problema de la traducción, a comprobar la similitud o no de los términos o si existen diferencias radicales entre ellos, por lo que constituye una labor que exige la aplicación de la técnica jurídica y la reflexión constante y sistemática sobre la realidad de cada uno de los sistemas jurídicos que se están comparando.

#### **➤ Mayor abstracción**

Dentro de los beneficios del análisis comparado se encuentra la mayor abstracción y equivalencia funcional de las categorías jurídicas que permiten luego acomodar términos y adquirir nociones jurídicas más amplias que pueden ser traídas al orden jurídico nacional, como opción de mejora del sistema jurídico nacional.

#### **➤ Consultar bibliografía más relevante**

En cualquier estudio de Derecho Comparado, la consulta de la bibliografía más relevante es de vital importancia. El tema de elegir o seleccionar correctamente las fuentes bibliográficas permite acceder de manera correcta a un sistema jurídico

ajeno y adquirir el conocimiento actualizado y preciso acerca de un tópico determinado.

Muchas veces cuando se selecciona una bibliografía de calidad se puede apreciar no solamente la teoría sino la forma en que las categorías jurídicas se muestran en la práctica. La calidad de la información es fundamental para el éxito de las conclusiones que se pueden alcanzar.

#### **1.2.4 Importancia de la comparación**

Debe estarse al tanto de la importancia que tiene conocer los sistemas jurídicos de otros países, pues resulta contraproducente que se realicen reformas procesales sin tener en cuenta las experiencias de aquellos países que han aplicado las normas jurídicas que se propone implementar. El Derecho Comparado, es considerado una verdadera técnica que se fundamenta en el estudio del Derecho a través de la profundización del conocimiento del ordenamiento propio, donde se contrasta o se asemejan, las diferentes figuras jurídicas como instituciones que se encuentran vigentes en un determinado Estado. (Enciclopedia jurídica, 2020).

La comparación, ciertamente, posee un notable valor y goza de un prestigio en la tradición jurídica del mundo. La comparación jurídica posibilita la confección de proyectos de transformaciones legales que conduzcan a la unificación de los procesos, de manera que pueda enfrentarse de forma coordinada y cooperada la criminalidad, al menos la más grave, que viene afectando a los pueblos de América. Poner a prueba los sistemas procesales en el desafío a la criminalidad organizada debe constituir un reto de todos los pueblos de la región.

El Derecho Constitucional, aún con la carga ideológica y política que lleva aparejado, ha sido un instrumento que se ha llevado y exportado a todos los Estados democráticos y de Derecho actuales. Hay quienes proponen una Constitución Universal, lo que ha encontrado defensores y detractores pero lo cierto es que muchas constituciones poseen aspectos comunes.

El Derecho Penal y Procesal alemán e italiano y las codificaciones de Europa occidental han constituido ejemplos para el mundo entero. Estos códigos han sido adoptados con sus matices en muchos países de América; todavía el código de instrucción criminal francés de 1808 tiene repercusión en muchos Estados y algunos preceptos de este código fueron prácticamente copiados por todo el mundo.

El Derecho Comparado es esencial para comprender las circunstancias históricas, sociológicas, económicas y jurídicas que existen en una sociedad. En lo que atañe al sistema jurídico ecuatoriano constituye un reflejo de su realidad y voluntad ciudadana. La Constitución de 2008 representa los intereses, valores, principios y convicciones del pueblo ecuatoriano. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Según (Blacio Aguirre, 2010, pág. 7) la importancia del estudio comparativo se debe al aumento extraordinario de los intercambios económicos, personales y culturales entre las naciones, con el consiguiente incremento de las relaciones jurídicas a nivel transnacional. Una razón no desligada de la anterior radica en la naturaleza transnacional de fenómenos cada vez más relevantes, por tanto, una disciplina jurídica que rebase lo nacional por cualquier razón, debe pensarse desde el Derecho Comparado.

En realidad, casi todos los fenómenos, en el presente siglo, se han internacionalizado, lo mismo la contaminación de las aguas, el suelo, la atmósfera, así como los contratos internacionales, la existencia de las empresas transnacionales, la criminalidad organizada, entre otros. Estos asuntos merecen ser atendidos desde el Derecho Comparado y buscar soluciones mancomunadas entre los Estados en los que se enmarca la problemática.

El proceso penal, así como las normas constitucionales que amparan estos procesos deben ser estudiadas, no solo para la unificación, sino para la valoración de su efectividad en el orden práctico. Las reformas procesales iniciadas en el siglo pasado que implementaron una legislación muy similar en los pueblos de América Latina exigen una unidad de evaluación desde una perspectiva regional.

Otro aspecto que revela la importancia del Derecho Comparado procede de los valores que impregnan los Derechos Humanos. Basta mencionar que la unificación del proceso penal tiene precedentes reconocidos universalmente y que últimamente se asientan en el paradigma de las garantías del procesado y de la víctima, en el juicio oral y público, el debido proceso, entre otros principios básicos.

La comparación jurídica resulta una herramienta útil en el ejercicio de la labor del jurista, además de que permite la elaboración de proyectos de reformas jurídicas más coherentes. En la esfera procesal constan experiencias suficientes como para

seguir compulsando las transformaciones de los sistemas procesales en aquellos aspectos en que se haya verificado su ineficacia.

Desde hace muchos años, los juristas que desean profundizar en un tema de cualquier rama del Derecho hacen uso de la comparación. Conviene aclarar que, si bien hay una necesidad práctica de estar al tanto del Derecho extranjero; el estudio o el conocimiento de un sistema de Derecho ajeno, no es Derecho Comparado. La simple mención de forma paralela de reglas jurídicas o normas que componen un Derecho extranjero no puede ser calificada como comparación jurídica.

Si se revisan las formas en que otros ordenamientos jurídicos resuelven un conflicto, eso permite conocer y ampliar los conocimientos sobre las soluciones posibles para determinado problema, pero esa actividad científica lleva profundización y el conocimiento del contexto en que aquella norma fue aprobada. Haciendo una comparación jurídica se adquiere una visión más profunda del asunto investigado, de forma tal que se está en condiciones de evaluar de manera objetiva, en qué situación se encuentra el Derecho en el Estado en que se reside, por ejemplo, en el Ecuador.

Otra razón que revela el valor del Derecho Comparado es que permite conocer la legislación de otros países, armonizar y uniformar los ordenamientos jurídicos, en la medida de lo posible. Este avance se puede percibir en materia de Derecho Comercial, Derechos Humanos, Derecho Internacional, Derecho Mercantil y bastante se ha evolucionado en Derecho Penal y Derecho Procesal, entre otras ramas del Derecho.

Para el Derecho Procesal, no deja de tener importancia la comparación de las tendencias romanistas y las del Common Law, pues si bien la “ciencia del Derecho Comparado se ha centrado durante tantos años en el debate de estos grandes sistemas jurídicos, también es cierto que los procesalistas insisten en las notables divergencias entre ambas familias jurídicas”. (Mascareñas Portusachs, 1958, pág. 368) Aunque todavía algunos abogados latinos estiman que los sistemas acusatorios vigentes implementados en el centro y sur de América derivan del sistema anglosajón, otros consideran que esta postura es totalmente errada.

Hollywood ha brindado a través de su filmografía una perspectiva no del todo errónea pero sí bien superficial de la forma anglosajona de hacer justicia y hasta

cierto punto se justifica por el hecho de que muchas personas continúan con la intención de realzar el sistema sin un dominio total del asunto. No basta el arte cinematográfico para entenderla, se demanda algo más que ello, puesto que se trata de un fenómeno difícil y complejo de comprender. La tradición jurídica anglosajona se diferencia de la latina en múltiples aspectos, lo que no representa de antemano, que sea peor.

La forma de aplicar la ley en los Estados Unidos de América, parte de la tradición de ese país que a su vez está determinada por cuestiones de carácter histórico. Así han ido evolucionando los sistemas jurídicos del Civil Law y del Common Law hasta que la separación creó una brecha de incomunicación que parece insalvable; porque a la hora de discutir sobre estos temas, los criterios difícilmente obedecen a razonamientos lógicos considerados de modo puramente científico, como debería ser para extraer una conclusión válida, sino que se pasa al plano de lo emotivo.

Los argumentos con los que, a veces, se defienden las familias y sistemas jurídicos no son los que nacen del pensar lógico y equilibrado del investigador, sino que se defienden ideas que se han transmitido de generación en generación por juristas que han ido asentando, decantando y sedimentando paulatinamente, con el paso de los años, un criterio determinado. Lo que ha ocurrido es que forman finalmente un concentrado de discordias del cual se nutren libros y libros dedicados a atacar a otros sistemas de Derecho, en defensa del autóctono.

Una jurista española en una conferencia en los Estados Unidos declaraba "en España no nos interesa el Derecho norteamericano; pertenece a otro sistema, allí todo es demasiado distinto", (Granizo Fernández & Albacar López , 1992, pág. 63) . Expresaba el autor Alcábar que la jurista dio una pequeña lección de Derecho Comparado, tipo kindergarten, sobre la distinción entre Derecho neorromanista, claro, lógico y legislado, y aquel "laberíntico Derecho Anglosajón, que brinca de sentencia en sentencia, conque un jurista continental no quiere perder el tiempo."

Después de este pequeño incidente, muy comentado, se habló mucho de esta injustificada falta de interés por las discusiones jurídicas norteamericanas, aunque a menudo éstas hubieran podido enriquecer considerablemente la argumentación y la fantasía jurídica de los especialistas del "otro sistema". (San Miguel Giralt, 2006)

De tal manera se considera que el comparatista y cualquier estudioso del Derecho tiene que ser flexible, tolerante y aceptar lo positivo que puede proporcionarle otro sistema jurídico.

La posibilidad de agrupar y clasificar al Derecho en distintos sistemas, es uno de los elementos básicos de toda empresa dirigida a formular algunas conclusiones en materia de Derecho Comparado y, por demás, “es una realidad objetiva que posibilita la existencia misma de dicho Derecho Comparado.” (Fernández Bulté, 2000, pág. 150). El Derecho comparado existe porque existen distintos sistemas jurídicos.

La diferencia entre los sistemas de Derecho es provocada por un fenómeno cultural, las peculiaridades más que ser manifestadas o entendidas juiciosamente, han de ser sentidas. Los sistemas de Derecho siempre tratan de solventar cuestiones comunes puesto que la naturaleza humana y por ende sus problemas, son los mismos en todo el planeta.

En el ámbito penal y procesal penal los sistemas encuentran su principal inconveniente en la controversia entre la seguridad jurídica y la justicia. En esta disyuntiva se encuentran todos los Estados del mundo contemporáneo y las fórmulas que se buscan se basan en dar solución adecuada a este problema.

El Derecho religioso ha aparecido tanto en sociedades religiosas como en las que no lo son. Muchos problemas jurídicos están alcanzando proporciones internacionales y muchos creen que deben ser tratados en un ámbito regional de leyes o a través de un sistema jurídico regional o simplemente ser sometidos al Derecho Internacional.

El Derecho Comparado podría aprovecharse para trazar un camino hacia la solución de tal problemática, pero para lograrlo en toda su dimensión hay que rebasar el estrecho marco del Civil Law y el Common Law. Hay que ponerse a debatir la amplia diversidad de sistemas jurídicos de todo el mundo.

Algunos intelectuales todavía consideran innecesario el estudio del Derecho Comparado, pero esa valoración se aleja de la realidad, pues el mundo globalizado impone que cada día se esté más alerta en la búsqueda de fórmulas comunes en las que se exige, previamente, la comparación. Es cierto que no se está tan cerca

de implementar un sistema de Derecho único, pero sí se requiere conocer los sistemas de Derecho en el mundo, porque el fenómeno delictivo se mueve mucho más allá de las fronteras nacionales.

Cuando se habla en Latinoamérica y se enmarcan los estudios comparados en el Derecho Romano Francés y el Common Law simplemente se está desconociendo la identidad del resto de los sistemas. Sin negar la importancia que han tenido ambas familias jurídicas existen otras características de los sistemas jurídicos que habrá que comparar y evaluar desde el Derecho Procesal para contribuir a la unificación.

En el ámbito del Derecho Procesal los estudiosos de esta rama no se han centrado tanto en los sistemas jurídicos tradicionales, sino que han creado sus propios conceptos y categorías para analizar la evolución de los sistemas. Así se habla comúnmente de los sistemas procesales modernos y fundamentalmente el Derecho Comparado ha sido enfocado más en las reformas procesales y la unificación de los procesos que en la identificación de las características de los sistemas jurídicos.

En los últimos cincuenta años los procesalistas latinoamericanos se encuentran enfrascados en la implementación y estudio de las reformas realizadas en los procesos. En el caso de la materia procesal penal han ido al unísono las transformaciones constitucionales y procesales que garantizan el debido proceso. Es por ello que en un estudio sobre unificación que se realizó en Ecuador no puede soslayarse la forma en que ha ocurrido este proceso.

### **1.2.5 Reforma constitucional y procesal penal**

No solamente los procesalistas latinoamericanos sino los italianos, alemanes, españoles han sostenido la necesidad de continuar desarrollando la idea de la unidad procesal internacional. Quizás las aspiraciones de unificación no puedan alcanzarse de inmediato pero lo que es cierto es que Latinoamérica viene dando muestras desde las últimas décadas del siglo pasado de que lucha intensamente por la unidad procesal.

IncurSIONAR por los senderos de la unidad procesal en América Latina se convirtió en una necesidad impostergable en el siglo pasado. Fue así que todos los

países del área, entre los que se encuentra Ecuador se sumaron a estas reformas procesales que prácticamente unificaron las formas de proceder contra la persona presumiblemente culpable de un hecho delictivo, pero es muy importante para cualquier procesalista conocer cómo y por qué se produjo esta unificación que puede estimarse “parcial” del Derecho Procesal.

Figuras como Alberto Binder, (Binder, 2007) Julio Maier, (Maier & Binder, 1989), Eugenio Raúl Zaffaroni, (Zaffaroni, 1995) entre otros juristas, asumieron la propuesta y defensa de un conjunto de reformas en las que se insertaron los pueblos de América, entre ellos, el Ecuador. El presente epígrafe trata del contenido de las reformas constitucionales y penales iniciadas a finales del siglo XX en América Latina, que fueron el resultado de la demanda de la mayoría de la doctrina especializada en la materia y de la propia sociedad; arduo proceso que aún continúa promoviéndose en la transformación de los sistemas judiciales de la región.

Como acontecimiento político, la reforma procesal está ligada a causas de gran relevancia como la transición, recuperación o construcción de las nuevas democracias y repúblicas latinoamericanas; la necesidad de pacificación de la sociedad luego de intensas manifestaciones de violencia interna como consecuencia del terrorismo de Estado o la existencia de bandas beligerantes formales como se han visto en Centroamérica. A este escenario, se le agregó la progresiva regionalización y una actividad económica que se extendió cada vez más, fuera del mercado nacional.

Contribuyeron a las reformas, las constantes crisis del Estado en la prestación de servicios tradicionales y el protagonismo alcanzado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La progresiva aprobación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos incidió en la unidad que las reformas promovían.

A los procesos políticos se le agregaron los reclamos sociales como las demandas crecientes de seguridad, las peticiones de los ciudadanos que desean vivir pacíficamente y sin abusos de poder. Ello implicó que la sociedad reclamara en contra de la agresión física individual, contra la proveniente de bandas organizadas o no, o contra la impunidad de las clases poderosas. América Latina todavía no ha

podido construir una sociedad sin abuso de poder, donde los ciudadanos conozcan y disfruten libremente de sus derechos como tales.

Si se leen los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, los textos normativos en el orden interno como las Constituciones y los códigos de procedimiento, la situación de los ciudadanos es muy ventajosa, pero si se observan las realidades se verifica que muchas veces no se cumple con lo estipulado, el ciudadano vuelve a preguntarse si es un siervo o un ciudadano con todos los derechos que expresa el texto constitucional. Entonces cabría preguntarse ¿qué están haciendo los órganos de impartición de justicia para contribuir a la observancia de los derechos de los pueblos?

El sistema de justicia debe existir para proteger a la sociedad, para que los ciudadanos tengan una percepción de justicia en él, no está creado para dar la sensación de inutilidad a sus ciudadanos. Existen Estados en los que el poder judicial solo provoca la corrupción la impunidad y refleja la falta de independencia e imparcialidad.

Los abogados en muchos países de América trabajan día a día rodeados de personas que se dedican a corromper, a torcer la justicia. Esto evidencia que aun hoy el sistema acusatorio no ha logrado alcanzar una justicia más transparente.

El entrecruzamiento de los factores políticos con las demandas sociales provocó en América Latina una crisis que trajo aparejada la necesidad de proponer las reformas procesales que hoy se están aplicando, aunque se desconoce con exactitud cuál será el destino final de estas modificaciones legales. Se han producido políticas contrarias a las reformas denominadas contrarreformas ya que en ocasiones entran en conflicto las garantías que se proclaman por los ciudadanos con la necesidad de enfrentar el delito, que, en la etapa contemporánea alcanza cifras y *modus operandis* alarmantes.

Las cifras relacionadas con las demoras en alcanzar una resolución judicial eran y aún son irracionales. La impunidad de los poderosos que causaba irritación en la sociedad y los mínimos porcentajes de asuntos resueltos dieron lugar a que se pensara en una legislación nueva y similar para la región y aunque estas situaciones persisten, al menos se tiene la esperanza de que los procedimientos vigentes minimicen estas falencias.

La inexistencia de verdaderos órganos de investigación auxiliares de las funciones judiciales, los períodos extensos de la prisión preventiva además de la sofisticación cada vez más creciente de la delincuencia, la conflictividad casi permanente de la vida urbana, la inseguridad ciudadana o la violencia, entre otros factores, demandaban una urgente reforma penal y procesal. Durante mucho tiempo padeció la justicia penal de estas y otras muchas faltas.

La crisis no terminaba ahí, el sistema de garantías para establecer los límites al poder penal del Estado estaba en entredicho. Todo cuanto se había logrado en favor de los derechos del hombre sometido a proceso penal se encontraba desvirtuado, se había instalado la violencia del Estado, muchas veces legitimada y otras no, pero estaba presente en numerosas acciones llevadas a cabo en contra de las personas.

Si no se celebra un juicio, el cual constituye una de las garantías fundamentales del ciudadano, si no se realiza públicamente este juicio, si los jueces no dan la cara, si éstos delegan sus funciones en secretarios o auxiliares que no tienen motivos para ser imparciales, difícilmente puede estar presente la justicia o la confianza de los pueblos en el sistema judicial, sobre todo, porque los órganos encargados de impartirla lo que hacen es vulnerar los derechos del ciudadano. Había que modificar el escenario judicial e introducir variantes que pudieran ser sometidas a prueba.

América Latina debía edificar una nueva doctrina política sobre lo judicial, tanto desde lo constitucional como de lo procesal. Era urgente debatir acerca de lo judicial como un espacio gubernamental en el que confluyen distintas fuerzas sociales, donde se organizan e interactúan organismos e instituciones públicas y privadas, en fin, un espacio social específico que es algo más que un conflicto entre personas, por las cosas u obligaciones.

Las reformas incluyeron un redireccionamiento de las finalidades políticas de la justicia hacia la pacificación de la sociedad, la certidumbre jurídica, la seguridad y la tolerancia. Las deficiencias o ineficacia de los sistemas judiciales todavía deben ser analizados como un problema de gobierno, los órganos del poder judicial deben siempre procurar su independencia y los órganos políticos respetarla.

Desde el punto de vista político y de la realidad que rodea a los pueblos de centro y sur de América es preciso seguir apoyando el proceso de reformas procesales porque se reconoce la etapa actual como una época de transición y en todo cambio hay obstáculos que vencer, conciencia que desarrollar y fenómenos negativos que enfrentar. La corrupción, por ejemplo, fue un fenómeno que creció a pasos agigantados y se instaló en la mente de la gente como cosa común.

Se habla de corrupción por solo hacer referencia a un aspecto, pero alrededor de la justicia se mueven muchos factores que van desde la falta de preparación de los órganos de investigación hasta la falta de ética de los abogados. Ante una nueva legislación, eminentemente garantista y respetuosa del hombre se dan otros fenómenos muy difíciles de enfrentar como lo es la criminalidad organizada

Todo esto ha tenido que desafiar la tendencia de unificación procesal, unas veces cuestionada por su incapacidad para dar solución a la inseguridad ciudadana y otras veces apoyada por un sector de la doctrina que batalla incansablemente porque se acepte que los pueblos de América deben unirse y enfrentar juntos los problemas criminales que los afectan. El criterio de la autora en tal controversia es de apoyo absoluto a la unidad procesal porque las reformas defienden las teorías y principios más avanzados del proceso penal.

## **CAPÍTULO II**

### **METODOLOGÍA**

En el capítulo dedicado al marco metodológico de la investigación se pretende exponer y argumentar lo relativo a los distintos tópicos que integraron el diseño o proyecto de investigación y su ejecución. Algunos de estos aspectos se encuentran expuestos en la introducción del presente estudio, pero requieren ser complementados.

En el presente estudio se aplicó la metodología de la investigación jurídica siguiendo los criterios de un grupo de autores latinoamericanos que han escrito sobre este tipo de metodologías, como son (Briones Aedo, 2002); (Eco, 1998) entre otros. En algunas partes del informe de investigación se utilizaron otros métodos pertenecientes a la teoría general del conocimiento científico aplicables a cualquier ciencia, entre los que figuran: el análisis y la síntesis, inducción deducción, de lo general a lo particular y de la teoría a la práctica.

La presente investigación surgió con una idea científica y una supuesta contradicción o preocupación motivada por la necesidad de indagar sobre los fundamentos teóricos, jurídicos, y jurisprudenciales que sustentan la teoría del proceso penal y su concepción como fenómeno jurídico universal, lo que luego acarrió indagar en la bibliografía donde comenzaron a surgir otros aspectos como su relación con el Derecho Comparado y la esencia del proceso de constitucionalización del Derecho Procesal Penal. Ante esta situación se decidió proponer el tema de la unificación procesal y el Derecho comparado, lo que permitiría, sin dudas, estudiar el proceso penal, las reformas, así como el Derecho Comparado y la unificación procesal.

Después se precisó la necesidad de evaluar el comportamiento de las reformas en América Latina, antes y después de las reformas procesales. Aunque parezca una visión demasiado panorámica del tema cuando se habla de Derecho Procesal en América en la actualidad las reformas procesales son importantes. Algunos aspectos se centraron también en el contexto europeo, donde se han

producido muchas tendencias a la integración de la comunidad y se ha logrado alcanzar determinados cuerpos legales que incluyen a toda Europa.

## **2.1 Tipo de Investigación**

Es bueno esclarecer que existen distintos criterios de clasificación de una investigación en el ámbito jurídico. Pueden acogerse una serie de fundamentaciones para sustentar el tipo de investigación realizada y también suele acontecer que en un estudio de tal amplitud puedan utilizarse criterios de autores distintos con lo cual sólo se está acotando que la postura que se adopta en la presente obedece al estudio de las fuentes consultadas por la autora.

La presente investigación, acorde con las fuentes de información, tiene un carácter documental puesto dado a que se sustenta de los estudios ya ejecutados y viene a reunir los disímiles razonamientos dogmáticos y jurisprudenciales en el ámbito del Derecho Comparado, fundamentalmente en las áreas del Derecho Procesal Penal y Constitucional. La investigación documental reside en el estudio de asuntos con el designio de extender y ahondar en la comprensión de su naturaleza, con soporte, primariamente, de fuentes bibliográficas documentales. La originalidad en este tipo de estudio es que se sometió a crítica la doctrina actual con nuevos puntos de vista, criterios, conceptualizaciones, soluciones, encargos y, en esencia, se exponen las consideraciones de la autora de la investigación.

Estos mismos precedentes permiten considerar que esta es una investigación en la que se utilizó una metodología de trabajo de tipo cualitativa, en razón de que para su elaboración se utilizaron como fuentes las obras bibliográficas realizadas por otros autores. Se tuvo en cuenta la calidad de la información y el reconocimiento internacional de dichos autores.

## **2.3 Concepción del proyecto o plan de investigación**

Para la consecución de los objetivos se elaboró el diseño de la Investigación consistente en un plan de acción detallado para discurrir por el camino de la investigación y cumplir el objetivo general dirigido a elaborar una propuesta metodológica y procesal que permita contribuir a la unificación del proceso penal para el enfrentamiento a la criminalidad como fenómeno universal.

Antes de la presentación del proyecto, diseño o plan de investigación se realizó un estudio exploratorio de las fuentes de información y una vez confirmada la posibilidad de contar con algunos referentes se propuso el plan que finalmente fue aprobado de acuerdo a la propuesta de tema y objetivos que ya fueron expresados en la introducción del informe de investigación. Se fijó el objeto de estudio y se delimitó el problema científico conforme a las reglas generales de la metodología de la investigación y se procedió a su ejecución.

El objeto de la investigación estuvo centrado en la unificación del proceso penal como corriente desarrollada fundamentalmente por los procesalistas más reconocidos a nivel mundial que han llevado a la aprobación de textos jurídicos como el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

#### **2.4 Preguntas científicas**

Aunque finalmente se formuló una hipótesis de trabajo, que junto al problema sirvió de guía de la investigación, existieron varias inquietudes científicas que durante este proceso surgieron y se pretendió dar respuesta a través del estudio doctrinal, entre las que se incluyeron:

- ✓ ¿Cuándo y cómo surgió el Derecho Comparado?
- ✓ ¿Qué razones sociales condujeron a la regulación constitucional del proceso en los ordenamientos jurídicos modernos?
- ✓ ¿Por qué surge y que intereses respalda la unificación o integración del proceso penal?
- ✓ ¿Qué relación guarda el Derecho Comparado con las tendencias unificadoras?
- ✓ ¿Cuáles son los principios metodológicos para la unificación del Derecho?
- ✓ ¿Cómo se regula en el orden constitucional y procesal de América Latina?
- ✓ ¿Qué fundamentos teóricos deben sustentar la unificación del proceso penal en la doctrina contemporánea?
- ✓ ¿Qué críticas pueden realizarse al orden normativo y práctico internacional respecto al proceso penal como garantía real?

En las fuentes consultadas se encontró respuesta a todas las preguntas formuladas, aunque algunas de ellas merecen un estudio aparte porque necesitan mayor argumentación y estudio. Por ejemplo, la última pregunta deja un espacio abierto al enfoque crítico y reflexivo de los estudiantes y abogados que estén interesados en investigaciones de índole procesal.

## 2.5 Métodos

En la investigación han sido utilizados fundamentalmente métodos teóricos que son los siguientes:

**Método jurídico doctrinal** que permitió evaluar los criterios de los autores nacionales y extranjeros acerca del objeto de estudio, definiendo lo que es el Derecho Comparado y la Unificación Procesal. De su aplicación se extrajo la importancia de este tipo de estudios y las consideraciones de los autores sobre las reformas procesales.

**Método histórico** que posibilitó introducirse en el desarrollo del Derecho Comparado y la Unificación Procesal, así como la evolución de las reformas en América Latina desde su surgimiento hasta la contemporaneidad y verificar el comportamiento de cada asunto durante el desarrollo de la humanidad.

**Método exegetico analítico** que se utilizó para definir la evolución de las normas jurídicas y caracterizar su regulación actual en las constituciones, en los códigos procesales y el Código Procesal Modelo para Iberoamérica.

**Método de Derecho comparado o de comparación jurídica** a través del cual se realizó un estudio comparado de las normas procesales en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica y el Código Orgánico Integral Penal atendiendo a la doctrina del debido proceso y teniendo en cuenta algunos de sus antecedentes en países que han estado ligados a la historia de América y que han tenido cierta influencia en el orden jurídico nacional del Ecuador.

**Métodos asociados a la teoría general del conocimiento científico**, ordinariamente utilizados por cualquier investigador como el **análisis y síntesis, inducción y deducción**, de lo **general a lo particular** y de lo **abstracto a lo concreto** y que son manejados desde el estudio exploratorio para definir el tema hasta la redacción del informe final y que permitieron arribar a conclusiones y

recomendaciones. Estos métodos posibilitaron profundizar en las leyes generales y esenciales del funcionamiento y desarrollo del fenómeno examinado, así como expresar la esencia del objeto e interrelacionar desde el punto de vista lógico todas las instituciones y principios del Derecho Procesal Penal.

**Razonamiento deductivo** que fue utilizado en todo el proceso de indagación, tanto del Derecho Comparado como en el de Unificación del Derecho Procesal Penal. Este tipo de razonamiento forma parte de las exigencias que en el orden intelectual se le exige a cualquier persona en sus estudios, pero en los casos de Derecho comparado es lo que aporta un valor a la comparación.

## 2.6 Acciones de investigación

Dentro de las acciones realizadas para alcanzar los objetivos se encuentran:

- ✓ La recolección de bibliografía relacionada con el tema y su correspondiente fichaje.
- ✓ Consulta de legislación nacional tanto en formato físico como electrónico.
- ✓ Recolección de datos en los archivos de tesis doctorales y de trabajos de Maestrías
- ✓ Revisión del contenido de los instrumentos jurídicos internacionales.
- ✓ Recolección de datos Bibliográficos.

Iniciada la indagación se procedió a la búsqueda de los antecedentes de otras investigaciones, tanto sobre Derecho Comparado como de la Unificación del proceso penal. En esta etapa de la investigación se efectuaron búsquedas bibliográficas y se indagó sobre los precedentes de esta línea de investigación, verificándose que, a pesar del abundante trabajo sobre el debido proceso, no existía un estudio integral en el Ecuador que abarcara un análisis sobre las tendencias unificadoras del Derecho Procesal en el área penal con bases doctrinales y normativas, esto demostró el carácter novedoso y original del problema planteado. Tal revisión, no simplemente residió en textos bibliográficos, trabajos de grado a nivel de especialización y maestría, sino también en la legislación sobre la materia procesal, lo que permitió apreciar hasta qué punto se ha logrado la unificación, pese a la carencia de estudios teóricos en Ecuador.

Posteriormente se realizó una compilación de las teorías sobre el tema, que en consideración de la autora son determinantes para la consecución de los objetivos, aquí la literatura del conocimiento científico y sobre las ciencias jurídicas dieron un aporte trascendental. En la redacción del marco teórico se tuvieron en cuenta los criterios o doctrinas mayormente aceptadas en el ámbito del Derecho Comparado y del Derecho Procesal y las consideraciones sobre las reformas procesales de finales del siglo XX. Se evaluaron los instrumentos jurídicos internacionales para comprobar las constancias en las normas procesales que ya tienen carácter universal y consagración en las regulaciones jurídicas en los distintos países de América y Europa.

A continuación, se redactó el marco metodológico de la investigación y finalmente en el tercer capítulo se realizó la propuesta de principios metodológicos y procesales que no pueden faltar en la unificación jurídica del proceso penal. Luego se formularon las conclusiones, recomendaciones y bibliografía de la investigación tomando en cuenta cada uno de los objetivos planteados.

## **2.7 Técnicas de Análisis de la Información**

Una vez registrados los documentos que integran el material recogido para la averiguación, se efectuó un examen documental de los mismos, específico y esencialmente sobre su contenido más que en su forma o aspecto externo. Se aseguró la objetividad a la hora de la interpretación de la información garantizando que no se realizara un juicio permeado de la subjetividad por parte de la autora.

El examen crítico de las disímiles perspectivas dogmáticas se ejecutó tomando como punto de inicio los juicios ofrecidos por ellos y en una buena parte se citaron y luego de evaluar cada uno, se adoptó una posición o se ofreció una nueva consideración sobre cada tema, sin menosprecio a los criterios de ningún autor.

## **2.8 Aportes**

Como aporte teórico y práctico de la investigación resultan los siguientes:

- ✓ Para la doctrina del Derecho: La fundamentación teórica doctrinal de los principios que integran el proceso penal, el Derecho Comparado y la Unificación del Derecho Procesal.
- ✓ Para futuras reformas legales: Las bases teórico-doctrinales para la futura modificaciones y construcción de un texto procesal penal unificado.

- ✓ Para la Academia: Se podrá contar con un material de consulta para la enseñanza del Derecho de pre y post grado y como vía de motivación para que otros juristas investiguen otras líneas derivadas de los principios del Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y las corrientes unificadoras del Derecho Procesal.
- ✓ Para la práctica: Ayudará a profundizar y perfeccionar el sistema jurídico de impartición de justicia y a realizar un ejercicio más efectivo del derecho de defensa de los ciudadanos.
- ✓ Para la sociedad: Permitirá la aplicación de un derecho universal en la impartición de la justicia al caso concreto, lo que les posibilita a los ciudadanos contar con un sistema penal garantista y respetuoso de los derechos humanos.

## **2.9 Estudio comparado y análisis de resultados**

En principio se realiza una valoración general del sistema jurídico ecuatoriano como precedente a la comparación con el Código Procesal Modelo para Iberoamérica porque esta comparación se direcciona hacia la constatación y crítica al proceso de unificación procesal al que se sumó Ecuador. El análisis de los resultados forma parte de la valoración reflexiva que paso a paso se realiza en la propia medida en que se trae a debate cada punto merecedor de análisis.

En los textos constitucionales y procesales latinoamericanos se aprecia una similitud acerca de cómo proceder con respecto a las garantías procesales. El hecho de que un proceso penal justo y adecuado se resguarde desde las Constituciones representa un notable acontecimiento dentro de la esfera procesal y refleja la voluntad política y convergencia de los Estados en proteger y ofrecer la tutela judicial efectiva a los ciudadanos.

Aunque, en algunas partes del presente análisis, se enfatiza en el proceso ecuatoriano, no se puede limitar este estudio al Ecuador porque no sería un estudio comparado ni se evaluaría la unificación procesal en materia penal a nivel internacional. Así que en todo momento se estará haciendo referencia a Ecuador, pero sin olvidar otros países, fundamentalmente de la región latinoamericana.

En Ecuador hasta el año 1983 imperaba el sistema inquisitivo de enjuiciar, lo que ha sufrido cambios a partir de entonces, con la introducción de un sistema que se dice acusatorio, aunque en buena técnica procesal no llega serlo. En la intención de los legisladores y de aquellos que contribuyeron a ello se aprecia que se quiere evolucionar hacia un sistema más oral, público y contradictorio, pero Ecuador estuvo muy arraigado a lo inquisitivo y de ello quedan aún notables vestigios.

La escritura todavía ocupa un lugar importante en la tradición judicial ecuatoriana, se elaboran expedientes con un sinnúmero de folios, se dividen actos procesales que pueden realizarse de una sola vez. Se conocen limitaciones prácticas que no han permitido cumplir esta aspiración acusatoria de manera plena, los abogados se quejan de no tener acceso a las actuaciones y de la marginación en que se encuentran cuando hay delitos flagrantes, en ocasiones se vulnera el derecho a la defensa con la sustitución del defensor designado por un defensor público por razones no justificadas o las audiencias en ocasiones se realizan con muy poco acceso del público por contar con poco espacio.

Superar las brechas del inquisitivo y colocarse de manera directa en un sistema acusatorio, sin haber contado con un sistema de enjuiciar mixto como lo tuvieron otros países que contaron con dos etapas una escrita y secreta y otra oral, es bien difícil. Esto no quiere decir que Ecuador no haya avanzado en la oralidad y en adquirir las características del sistema acusatorio, pero aún queda mucho por hacer en la práctica judicial ecuatoriana. Además de que esto no ocurre solo en el Ecuador sino en todos los países del área como México, Guatemala y Perú.

Al vigente Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano le precedieron cinco códigos penales: el primero en el año 1837, el segundo en 1872, el tercero en 1889, el cuarto en 1906 y el quinto en 1938. El Código Orgánico Integral Penal se puso en vigor en el año 2014, seis años después de la Constitución del 2008 y a raíz de su aprobación se verificó en sus normas el reflejo de un conjunto de principios rectores y garantías que honran y respetan la dignidad del ser humano.

Dentro de los fines básicos de la modificación en materia penal, se comprueba la correspondencia con la voluntad regional de disminuir las cargas laborales de los juzgados, así como reducir la cantidad de personas que son sometidas a juicio y luego privadas de libertad. Como en el resto de América el proceso penal desarrolló

la tendencia de crear nuevas formas de resolver los conflictos y esto se convirtió en una tarea de todos los países hasta que se alcanzó la unidad de pensamiento procesal en tal sentido.

La corriente basada en la mínima intervención del Derecho Penal para dar solución a los conflictos fue aceptada y consagrada en los postulados básicos del Código Orgánico Integral Penal. Este principio es una representación de unidad casi universal del Derecho, pues son muy pocos los criterios expansionistas del Derecho Penal que quedan a nivel internacional.

Limitar el poder penal del Estado, debiendo actuar y reunir todos sus recursos, tanto materiales como humanos, en los casos de los ataques más graves a los bienes jurídicos más trascendentales como la vida, la integridad personal, la libertad sexual, entre otros, se ha convertido en un principio universal en el ámbito del Derecho Penal. El hecho de que Ecuador lo haya establecido expresamente en su ley ofrece mayor seguridad de su cumplimiento.

El proceso penal reviste gran importancia en virtud de que se encuentra amparado de una serie de garantías fundamentales que se encuentran contenidas en la (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008), que a su vez pone en movimiento al Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) con la finalidad de una administración de justicia más humana, objetiva y con la participación de juzgadores independientes e imparciales que deberán respetar absolutamente la dignidad humana. Tanto el texto constitucional como el resto de las normas procesales en materia penal consagran el debido proceso.

En el artículo 726 del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) se establece expresamente que el procedimiento para sancionar será breve, sencillo, oral, respetará el debido proceso y el derecho a ser escuchado por sí mismo o a través de una defensora o defensor público o privado. Por ejemplo, en caso de delitos flagrantes, la persona será conducida de inmediato ante la o el juzgador para la correspondiente audiencia que se realizará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la aprehensión. En el caso de contravenciones flagrantes, la audiencia se efectuará inmediatamente después de la aprehensión. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

El Código Orgánico Integral Penal no solamente representa la voluntad de adaptarse a las reformas procesales y la unidad procesal en la región latinoamericana, sino que siguió los paradigmas trazados por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Este último, sin ser de obligatorio cumplimiento, permitió que muchos países siguieran las reglas estipuladas en él.

El Código Procesal Penal Modelo también representa la fusión de las normas que vienen de los sistemas jurídicos europeos. Los países latinoamericanos tienen en común de que estos fueron colonizados por europeos, quienes hicieron nacer en América el ideal de la unidad política entre los países hermanos de Latinoamérica, pero fue Simón Bolívar quien puso todo su ahínco en dicha idea en su llamada "Carta de Jamaica", escrita en 1815. Muchos países en la región luchan incesantemente por la unidad política, económica, social, cultural y jurídica.

Un análisis comparativo entre el Código Procesal Penal Modelo y el Código Orgánico Integral Penal es de suma importancia porque este permite conocer a profundidad ambas legislaciones y saber cómo ha evolucionado el Derecho y cuáles son los cambios o fusiones que han tenido lugar a lo largo de los años. Al realizar la comparación salta a la vista que algunos principios básicos que contiene el Código Procesal Modelo para Iberoamérica son los mismos que los que contiene el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador.

Los principios procesales previstos en el artículo número 5 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador se relacionan con los estipulados en el título 1 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. El proyecto modelo, regula en sus primeros artículos los principios básicos procesales a través de la enumeración de los "derechos fundamentales" tratando de citar los aspectos esenciales que deben orientar el proceso penal. Así mismo el Código Orgánico Integral Penal, señala "Principios Procesales" y son los mismos que son de suma importancia para el desarrollo de un juicio previo justo y eficaz.

Estos principios en el Código Procesal Modelo se enuncian como el juicio oral, acusatorio adversarial, que exigen el respeto irrestricto a las garantías procesales básicas; entre otras, la oralidad, publicidad, inmediación, concentración, contrariedad, etc., muchos de ellos encontrados también dentro del Código Orgánico Integral Penal. Estos principios procesales son paradigmas del debido proceso y

rigen tanto en los sistemas que siguieron el Common Law como a los que siguieron el Civil Law.

Lo que en el Código Orgánico Integral Penal se conoce como “Principio de Inocencia”, en el Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica se encuentra como “Tratamiento del imputado como inocente”. En ambos códigos el fin que se busca es el mismo, que una persona imputada sea tratada como inocente hasta que exista una sentencia firme condenatoria sobre él.

Aunque de hecho el tratamiento como inocente no se alcanza realmente, al menos normativamente se ha regulado. Aquí vale aclarar que los problemas objetivos que afectan la inocencia o el tratamiento como inocente son los mismos en el Ecuador, Perú, Colombia, Argentina, etc., fundamentalmente por el mal manejo de la investigación de los hechos delictivos, en ocasiones en manos de personal no capacitado que vulnera derechos fundamentales y en otras por la falta de ética profesional de los periodistas, las redes sociales o los medios de comunicación en general que comienzan de antemano a asegurar que el investigado es culpable.

Aun cuando los jueces constituyan un ejemplo de imparcialidad y dicten sentencia sin tener en cuenta lo que informan las redes sociales o la televisión o la radio, el investigado, procesado o imputado ha sufrido durante todo el proceso los efectos de la acusación sobre su persona y muchas veces el repudio social sobre un hecho que quizás no cometió. En las investigaciones también suelen utilizarse mecanismos engañosos y prejuiciados que no permiten afirmar que exista una presunción o estado de inocencia sino de culpabilidad pues se manipulan testigos o se utilizan medios sugestivos o capciosos para llegar a conclusiones que hagan ver como culpable a la persona procesada, sin serlo.

La prohibición de doble juzgamiento en el Código Orgánico Integral Penal en relación con la “Única Persecución” en el Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica marca lo común en ambas legislaciones y es que ninguna persona podrá ser juzgada, ni penada, ni perseguida penalmente más de una vez por los mismos hechos. En el Código Orgánico Integral Penal se considera este mismo efecto para los casos resueltos por la jurisdicción indígena.

Aunque en ocasiones la prohibición de doble juzgamiento no ha logrado interpretarse de manera igual en todos los sistemas jurídicos de la región, una

cuestión es coincidente en todos y es que una persona que ya fue juzgada por unos hechos, no podrá serlo por lo mismo. Pero la prohibición abarca disímiles aspectos tanto procesales como sustantivos, como es el caso de que los elementos que integran la figura delictiva no pueden ser apreciados, al mismo tiempo, como agravantes de la responsabilidad penal.

La oralidad, publicidad, inmediación que en el Código Orgánico Integral Penal son catalogados como principios esenciales para que se lleve a cabo el debido proceso, en el Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica, es parte de los procedimientos como, por ejemplo, en el momento del debate según el artículo 291. (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988)

En cuanto a la oralidad ambos códigos la añaden como parte fundamental para desarrollarse en las audiencias, la misma sirve para que los sujetos procesales puedan declarar e intervenir en ella, donde también se debe dejar constancia de la participación de los mismos en el acto o actos orales. Además de esto las resoluciones por parte del Juez o tribunal en caso del Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica, se tomarán y se dictarán en la audiencia de manera verbal. Sobre la oralidad la norma en el Código Orgánico Integral Penal es el artículo 5 numeral 11 (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) y en el Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica está prevista en el artículo 299. (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988)

La publicidad constituye el principio en virtud del cual se establece que los actos deben ser públicos, con el fin de que participe la colectividad en la impartición de justicia, ya sea porque ha presenciado el acto de justicia o porque las partes, abogados, fiscales, la víctima y el procesado tengan acceso a las actuaciones y estén informados de todo cuanto ocurre en el proceso. La participación debe ser tan amplia como sea posible, la sociedad debe estar informada de la existencia de una instancia jurisdiccional, de su desarrollo y de su resultado.

En ambas legislaciones se establecen excepciones a la publicidad, sólo en aquellos casos en que resulte necesario disponer que el proceso y el juicio se desarrollen a puertas cerradas en razón de moralidad, seguridad estatal o en aras de proteger la vida, la integridad el pudor u honor de algunas de las personas que participan en el proceso penal. Los artículos que hacen referencia a la publicidad

pueden encontrarse dentro del Código Orgánico Integral Penal en el artículo 5 numeral 16 (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) y en el Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica dentro de su artículo 293. (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988)

Otro de los principios contemplados en ambos códigos es la “Imparcialidad” (Código Orgánico Integral Penal) aunque con distinta denominación en el Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica donde se enuncia un “Juez imparcial”. En ambos códigos se exige la imparcialidad por parte del Juez, y muestra mucha similitud en la aplicación de la misma pues el juez está llamado a ser imparcial como elemento esencial del debido proceso.

Ambos textos indican que emplear las normas relativas a la imparcialidad es de suma importancia para todos los procesos que los jueces llevan a su cargo y para que cada juicio sea determinado de manera justa. Los jueces deberán administrar la justicia de acuerdo a lo que establecen las leyes de cada país. En Ecuador de acuerdo a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008) los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014), se consagra legalmente la igualdad de la ley en el artículo 5 numeral 19 del COIP y la imparcialidad y la igualdad guardan estrecha relación.

En el Código Orgánico Integral Penal (COIP) (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) se establecen 21 principios, a diferencia del Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica (CPPMPI) (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988), que constan solo siete principios básicos, los mismos que tal vez por ser anterior en su fecha de aprobación no incluyó expresamente todos lo que se requieren para llevar a cabo un debido proceso de manera eficiente y legítimo y es algo que el código ecuatoriano ha podido mejorar y desarrollar de una manera exitosa en la mayoría de los casos. Para ser justos en el análisis se considera que de alguna forma el Código Procesal Penal Modelo en esos artículos traza las pautas del debido proceso.

En lo relativo a los sujetos procesales, en ambos códigos se encuentran algunas diferencias. Mientras que en el Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica se detalla la participación, no sólo de los sujetos procesales sino

también de los sujetos auxiliares que acompañan a cada sujeto procesal, como, por ejemplo, el defensor del imputado o el ministerio público como representación del acusador, definidos dentro de sus capítulos 2 y 3; los mismos que dentro del Código Orgánico Integral Penal se encuentran en el artículo 439 donde se mencionan de manera lacónica cuáles son estos sujetos, entre los que se enuncia la persona procesada, la víctima, la Fiscalía y la Defensa. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

Existe cierta diferencia en la forma de establecer los nombres de los sujetos procesales pero al final tienen el mismo significado como se observa a continuación: La Persona Procesada en el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) e Imputado en el Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica. (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988).

En el artículo 440 del Código Orgánico Integral Penal se define que la persona procesada es cualquier persona natural o jurídica contra la cual, la o el fiscal formule cargos, sus derechos están reconocidos dentro de la Constitución (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008), en los Instrumentos de Derechos Humanos y el mismo Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014). Además de eso establece, detalladamente, dentro de este mismo capítulo, los derechos, generalidades y formas en que se debe llevar a cabo el proceso con relación al imputado, como, por ejemplo, la obtención de los datos del imputado: Identificación, domicilio, incapacidad, examen mental e investigación corporal.

La víctima en el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) se relaciona o guarda similitud con la categoría de acusador o querellante del Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica. Según lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 441 se consideran víctimas tanto a las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que de forma individual o colectiva han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción.

Se incluyen en la categoría de víctima además a quienes han sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal, entre otros que están establecidos en el mismo código y artículo. La posición de víctima es independiente a que se

identifique, aprehenda, enjuicie, sancione o condone al responsable de la infracción o a que exista un vínculo familiar con éste.

En cuanto al acusador o querellante del artículo 78 del Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988) se verifica que, en los delitos de acción pública, la persona con capacidad civil, particularmente ofendida por un hecho punible y su representante o guardador en caso de incapacidad, que demuestren esos extremos, podrán provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público, con las limitaciones que el Código establece.

Además, menciona que, no podrán querellar, salvo que la ley penal expresamente los autorice, los órganos del Estado, centralizados o descentralizados, excepto las empresas de capital estatal o mixto, organizadas autónomamente, también se establecerán sus datos además de conocer su representante (el Ministerio Público) en casos que así lo requiera. El cuanto, al desistimiento y abandono, este podrá hacerlo en cualquier momento del procedimiento. En ambos casos, la víctima o el acusador, buscan mediante la ley hacer cumplir una demanda por la cual esta se ha sentido afectada física o materialmente.

Como ya se ha mencionado en el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) la denominación del acusador es la Fiscalía mientras en el Código Procesal Penal Modelo (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988) es Ministerio Público. La función de la Fiscalía dentro del Código Orgánico Integral Penal se encuentra regulada en los artículos 442 y 443 donde establece cuál es su denominación y cuáles son sus atribuciones. Se establece que la Fiscalía dirige la indagación preprocesal y procesal penal e intercede hasta la terminación del proceso, así mismo la víctima es instruida, es decir, enterada, por parte del fiscal sobre sus derechos y en específico, sobre su intervención en la causa.

Dentro de las atribuciones más importantes de la Fiscalía está que organiza y dirige el Sistema Especializado Integral de la Investigación, tanto de medicina legal como de ciencias forenses, también tutela la defensa y auxilio de víctimas y testigos y demás participantes en el proceso, además de que debe garantizar la intervención

de fiscales especialistas en los disímiles temas que existen como delitos contra la integridad sexual y reproductiva o violencia contra la mujer.

Mientras en el artículo 68 del Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988) se denomina Ministerio Público. Este Ministerio cumple casi las mismas funciones que cumple la Fiscalía en el Código Orgánico Integral Penal. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) Aunque la función principal de la Fiscalía es dirigir de manera eficiente la investigación procesal también, tiene a su cargo, específicamente, el procedimiento preparatorio, el ejercicio de la persecución penal de los hechos punibles perseguibles de oficio, dependan o no dependan de una instancia particular o de una autorización estatal, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley.

La defensa en el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) frente a la defensa técnica Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica Penal se establece dentro de los artículos 451 y 452, donde menciona a la Defensoría Pública como un medio para garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas, que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueden concertar los servicios de una defensa legal particular, para la defensa de sus derechos.

Ningún defensor puede excusarse de defender una persona, a menos que así lo establezca el código, así mismo toda persona tiene derecho a elegir al defensor o abogado de su elección, sin perjuicio de su derecho a la defensa material. Así mismo en el Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica conforme a lo previsto en el artículo 5, la designación del defensor se efectuará sin dilación alguna, desde el comienzo del procedimiento y en todo caso antes de la declaración del imputado.

Si, consultado el imputado, no lo eligiere, no fuera admitida la defensa personal propuesta o el elegido no aceptare inmediatamente el cargo, se nombrará a un defensor de oficio. En ambos códigos la defensa o defensa técnica tiene como razón principal ser el medio por el cual el imputado puede hacer validar sus derechos como tal, y establecer un juicio justo.

Aunque el procedimiento penal generalmente parece ser similar entre ambos códigos, lo que el Código Orgánico Integral Penal determina de manera diferente es su precisión al momento de establecer la actuación de dichos procedimientos,

mientras que el Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica, se extiende mucho más en determinar cada punto a seguir en el debate o juicio. El hecho de establecer en un código los pasos a seguir durante el juicio es muy conveniente para la óptima realización y protección de las garantías penales.

Solamente se presenta un pequeño resumen dentro de los códigos, por razones de extensión. No obstante, el objetivo de verificar las semejanzas y diferencias entre los aspectos más importantes de ambos códigos fue cumplido.

### **2.9.1 Análisis de Resultados**

Como cierre final de este análisis comparativo puede destacarse que este Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica ha sido fuente de inspiración para muchos códigos procesales penales en Latinoamérica, incluido el ecuatoriano con el cual tiene muchas similitudes. Ecuador, ha perfeccionado a través del tiempo, algunas instituciones jurídicas que están contempladas en el mencionado Código Procesal Modelo y otras se conservan igual que en aquel, como pudo observarse en el estudio, sobre todo en lo relativo a los principios básicos y principios procesales.

Este Código Procesal Penal Modelo, es posiblemente la base fundamental y más profunda que sirvió para la transformación de los procesos penales latinoamericanos. Si bien estas reformas no han sido exactamente iguales en todos los países, los que han valorado estas reformas han catalogado estas como una movida de un sistema inquisitivo a uno acusatorio.

Además, este Código Procesal Penal Modelo se inspiró en otros códigos antecesores, en su mayoría de países europeos como el Código Penal Alemán, quienes ya estaban en temas de justicia como materias procesales y penales muchos más anticipados que los países latinoamericanos, aunque una vez establecido el Código Procesal Penal Modelo Para Iberoamérica se encontró mucha similitud con el ya existente Código Procesal Penal para Córdoba. (Argentina, Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Córdoba, 1991)

El estudio comparado del Código Procesal Penal Modelo con el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador constituye una evidencia de las similitudes entre ambos textos procesales y demuestra la posibilidad de continuar el proceso de unificación del proceso penal.

## CAPÍTULO III

### PROPUESTA DE SOLUCIÓN

#### 3.1. Fundamentación de la propuesta

Conforme a lo analizado en la presente investigación el problema se deriva de la necesidad de allanar el camino hacia la unificación, armonización, integración o globalización del Derecho Procesal o de un texto jurídico que de alguna forma universalice las formas más avanzadas del debido proceso. Se entremezclan los conceptos de Derecho Procesal y texto jurídico o normativo porque existe una estrecha relación entre ambos.

A partir del momento en que exista un texto jurídico que sirva a todas las naciones para solucionar sus conflictos penales, el Derecho Procesal se habrá universalizado. Los abogados que se desempeñan en la etapa actual deben conocer el Derecho Comparado y ampliar sus conocimientos hacia la unificación del Derecho porque ese constituye el futuro inevitable de una sociedad donde las relaciones económicas, sociales, políticas y tecnológicas son universales.

Muchos de los juristas de los países de América Latina se encuentran todavía enmarcados en su sistema jurídico y quizás para aquellos que se hallan en la etapa final de sus vidas profesionales no resulte una urgencia familiarizarse con estos temas de integración, pero aquellos que se encuentran en formación están obligados a asumir este reto de estudiar, indagar, profundizar en el Derecho Comparado y en los procesos de unificación.

Este tipo de estudios es lo que les permitirá a los abogados desempeñarse exitosamente en muchos conflictos a nivel internacional, sea matrimonios, divorcios, reclamación de propiedades en otros países, contratos internacionales. Sería muy conveniente que los abogados pudieran trasladarse de un país a otro a dar solución a sus conflictos sin tener que comenzar a interpretar legislaciones ajenas.

La intención de la propuesta que se realiza se dirige a eso, a contribuir a consolidar la idea de la unificación procesal en materia penal porque, definitivamente, son los mismos principios los que guían la actuación de los jueces y de los sujetos procesales y porque la regulación de forma distinta en muchos

países solo obedece a la forma de redacción, pero si cualquier comparatista se detiene en los códigos procesales de América se observará que prácticamente los procedimientos son los mismos. Hoy ni siquiera se distingue el sistema ecuatoriano de manera significativa del sistema del Common Law pues el sistema acusatorio tiene mucho de aquel sistema de origen inglés.

Las diferencias entre el Civil Law y Common Law ya no constituyen un problema para el mundo contemporáneo. ¿Y qué decir de la coincidencia de los delitos e infracciones que afectan al mundo? Aunque no es Derecho Procesal sino sustantivo, son los mismos fenómenos criminales, los que afectan a todos los pueblos: La criminalidad organizada, el secuestro, el tráfico de drogas, el asesinato, los crímenes de guerra, el tráfico de armas, de órganos, de personas, las infracciones de tránsito, la violación, la corrupción de niños, la comercialización de la pornografía, los delitos informáticos, entre otros que pueden ser regulados de forma global.

Con distintas denominaciones en los códigos penales del mundo, las infracciones que se regulan son las mismas. Nada más justo y correcto que se enfrenten y sancionen de modo similar, al menos si se desea que en verdad se pueda combatir efectivamente la criminalidad. Quizás la existencia de un texto jurídico procesal único, facilite verdaderamente la comprensión de los postulados procesales y unos países puedan ilustrar a otros sobre lo que verdaderamente es la publicidad, la oralidad o la contradicción.

Por las razones expuestas se presenta una propuesta de orden metodológico y otra de orden procesal. Tanto una como la otra posibilitan la materialización de la idea de unificación. Más que otros métodos en esta propuesta se utilizó el razonamiento lógico y el análisis como aporte intelectual que todo estudio sobre Derecho Comparado y de Unificación debe poseer.

La propuesta metodológica se construye en base a una serie de principios que debe seguir cualquier persona que se disponga a participar en este proceso. Contiene las ideas derivadas de un estudio reflexivo acerca de la forma en que se debe asumir este proceso partiendo de que es precisamente un proceso y un proceso es algo que se construye paso a paso.

Todo proceso tiene unas bases que proceden de las realidades de cada espacio territorial y por ende se tiene que esperar a que se produzcan determinadas condiciones objetivas, que existen fuera e independientemente de que lo que el hombre piense. En el caso de la propuesta procesal se ubica dentro del Derecho Procesal Penal y establece algunas pautas o principios que son ineludibles si se quiere construir un sistema jurídico universal sustentado en las corrientes más modernas del proceso penal.

En resumen, puede aseverarse que se ofrece una construcción teórico metodológico para la unificación procesal penal en el contexto internacional contemporáneo y de estas ideas se derivan los objetivos y demás elementos que se mencionan a continuación.

### **3.2. Objetivos de la propuesta**

#### **3.2.1 General**

Elaborar una propuesta metodológica y procesal para la unificación del proceso penal a nivel internacional.

#### **3.2.2 Específicos**

Establecer las pautas metodológicas para desarrollar eficientemente los procesos de unificación del Derecho.

Identificar los principios procesales que constituyen la base en que debe asentarse un sistema procesal penal de carácter universal como punto de partida hacia el debido proceso.

Fundamentar teóricamente la propuesta de acuerdo a los criterios mayormente aceptados en la actualidad.

### **3.3. Contextualización**

Cuando se habla de contexto desde el Derecho Comparado o desde la unificación o integración del Derechos hay que tener presente que se está en un contexto internacional, universal. Esto no quiere decir que el investigador olvide que tiene un sistema jurídico y que dentro de toda propuesta no deba conocer y dominar su sistema jurídico, pero sí existe una problemática de origen en el contexto ecuatoriano y es la misma que afecta mucho a los abogados en otros países de América Latina.

La región donde se ubica el Ecuador tardó más en entender todo el fenómeno de unificar el Derecho. Dichas tendencias surgieron primero en Europa y cuando ya los sistemas europeos llevaban discutiendo, por más de un siglo, sobre Derecho Comparado y luego comenzaron a demandar la unificación, entonces comenzaban Guatemala, Honduras, Ecuador, Venezuela, México, Perú a hablar de trasplantes jurídicos y de esto hace apenas unas décadas. Cuando se comienza a dialogar de las reformas procesales o se realiza la inserción de los pueblos de América del centro y sur en un “sistema acusatorio” puede decirse que se estaba aplicando una especie de unificación del Derecho.

Es cierto que el desconocimiento e indiferencia ante el Derecho Comparado y la Unificación del Derecho están siendo superados en los países mencionados, donde se incluye a Ecuador. Puede discutirse hoy sobre una especie de similitud normativa digna de reconocer a los procesalistas del área, que es muy avanzada y los abogados, jueces y fiscales se han adaptado bastante al nuevo sistema.

No obstante, quedan algunos aspectos transcendentales para dejar bien establecido el problema y su contextualización en el Ecuador. Las personas confunden el Derecho Comparado y la Unificación con otros conceptos.

No ha quedado bien despejado que conocer la historia del Derecho no es Derecho Comparado ni Unificación del Derecho porque, si bien es importante para estos procesos saber cómo ocurrieron los procesos de codificación en el mundo, sea la codificación española o el corpus iuris civiles de Justiniano o como se conformó el código civil francés o el código de instrucción criminal; no es exactamente Derecho Comparado sino la evolución de otro proceso distinto. Guarda relación con el tema, pero no son idénticos, hay que ponerle algo más a la evolución histórica de una institución para convertirla en Derecho Comparado y eso es el intelecto.

Elegir un tema y evaluarlo con la idea de realizar una propuesta universal del Derecho, incluye el estudio del surgimiento y evolución de aquella institución jurídica, pero exige que después se analicen las regulaciones normativas vigentes, profundizar desde el punto de vista teórico y práctico en cuál es la mejor propuesta y adoptar finalmente una decisión que no haya tomado otra persona antes. Es necesario arribar a una conclusión propia o a una propuesta derivada del análisis reflexivo sobre este tema.

Contextualizando la propuesta que se realiza para el Ecuador se tiene en cuenta que se utiliza mucho como Derecho Comparado la descripción de los fenómenos jurídicos cuando la simple transcripción de una norma jurídica no es Derecho Comparado ni ayuda a la unificación. Se puede revisar la norma, hablar de ella, verificar cuando surgió y por qué nació, valorar si esa norma puede o debe tener vigencia de acuerdo a la etapa actual, o plantearse dentro de qué contexto normativo se mueve esa norma.

Si se compara una norma jurídica con otra que difiere, el comparatista debe evaluar las razones por las cuales aquella norma es distinta de la que contiene el sistema jurídico al que se pertenece. Y si se está evaluando esa norma dentro de un sistema procesal hay que preguntarse una y otra vez si esa norma se adecua al sistema procesal que se quiere construir.

De modo que no es mera descripción o transcripción sino análisis, contextualización y conclusiones. Si la pretensión final es la unificación, luego de la comparación se procede a valorar dentro de esas normas cuál es la que más se ajusta a un debido proceso o puede surgir una nueva propuesta de la imbricación de tales normas jurídicas para generalizar y formar parte del debido proceso.

Finalmente, la contextualización de lo que ocurre en el Ecuador y que se debe superar, es que se confunde el conocimiento del Derecho extranjero con los temas que son objeto de investigación. El haber profundizado, estudiado, dominar un sistema jurídico de otros países no constituye en sí Derecho Comparado.

Esos conocimientos pueden servir para realizar un estudio comparado o la comparación del orden jurídico de dos o más países, pero no es propiamente ni Derecho Comparado ni sirve a la unificación del Derecho sino adopta una posición crítica ante las normas jurídicas. Esto permitirá desechar las variantes jurídicas que no se ajustan a las pretensiones internacionales de construir un estado garantista.

En el epígrafe siguiente se realiza una propuesta clara y diáfana acerca de cómo encaminar el proceso de unificación de la materia procesal penal. En un primer momento de establecen pautas metodológicas ineludibles y en un segundo momento se agregan los principios básicos que cualquier sistema procesal moderno debe respetar. Al menos en la etapa actual todo Estado dispuesto a colaborar con la

unificación del Derecho Procesal Penal debe respetar unas bases que tienen carácter universal.

### **3.4 Propuesta metodológica**

#### **3.4.1 Proceso paulatino**

El pensamiento de unificación se encamina a desarrollar un proceso paulatino que implica ir borrando poco a poco las diferencias entre los distintos sistemas jurídicos para construir un texto legal único. En este informe de investigación se trata solamente de una propuesta para el orden jurídico procesal, lo que no descarta la idea de que otros autores hayan dedicado sus estudios o sigan insistiendo en la unidad, tanto constitucional, civil o penal.

En algunas oportunidades varios autores se han opuesto a la unificación por temor a perder su soberanía normativa o sus propios códigos, pero en este proceso es posible codificar gradualmente las regiones sin tener que reemplazar los códigos internos de los países. Por otra parte, es posible pensar en procesos distintos a las codificaciones, es posible que se establezcan formas de proceder o hacer las cosas de forma similar, o que se experimenten ideas antes de alcanzar a codificar.

Ya se ha hablado bastante de las diferencias culturales, económicas, políticas y sociales entre los territorios, como también se ha reconocido el impacto de las legislaciones de unos continentes en otros, a pesar de las diferencias culturales. No se trata entonces de imponer normas sino de integrar instituciones, normas, tradiciones, costumbres, que pertenecen a distintos territorios.

#### **3.4.2 Denominador común**

Se aprovecha entonces para esclarecer también que hay una diferencia entre los comparatistas o los armonizadores o unificadores del Derecho. Los comparatistas comparan, escogen o seleccionan los sistemas jurídicos que deben comparar, los unificadores tienen que ir más allá, tienen que buscar entre el grupo de sistemas jurídicos cual es el común denominador y en ello hay unas cuestiones importantes que tienen que ver con la metodología y con uso del lenguaje.

Metodológicamente el comparatista construye una especie de teoría a partir de las semejanzas y diferencias de distintos sistemas jurídicos, los unificadores toman como punto de partida las teorías de los comparatistas y se nutren de ellas para escoger una de las características de los sistemas jurídicos para generalizarla

a todos los sistemas jurídicos; el unificador elige entre varias formas de resolver conflictos, la mejor variante, que puede ser propuesta por un experto o un académico o abogado que se dedique a estudiar el tema. Por ello es que se celebran reuniones internacionales sobre Derecho Procesal a los que acuden los más experimentados de los distintos países.

### **3.4.3 Comparación al servicio de la unificación**

La comparación se pone al servicio de la unificación. La idea es que los países que tienen similares problemas busquen soluciones parecidas y se encarguen de dar solución a sus conflictos de forma semejante, lo que hace poner en marcha la variante de un Derecho unificado.

Como resultado de la necesidad de concordar o integrar los sistemas jurídicos, el derecho comparado se ha encaminado más a las similitudes que a las diferencias, lo cual resulta muy importante en el proceso de integración. Un ejemplo que es casi universal en similitudes en cuanto a Derecho procesal y sustantivo se encuentra en los procesos derivados de daños y perjuicios ocasionados por actos ilícitos.

### **3.4.4 Idioma**

Otra de las cuestiones a evaluar es el tema del idioma porque es bien complejo entender el Derecho de los musulmanes desconociendo su idioma. El problema es que encontrar la palabra exacta para sistemas jurídicos que tienen diferentes idiomas también es complejo, además que hay que escoger el idioma más adecuado para desarrollar el proceso de integración, recuérdese que todo debe pasar por un consenso. Es bueno traducir a varios idiomas las propuestas que se realicen y además tener especial cuidado en que lo traducido sea entendible.

### **3.4.5 Conocer la jurisprudencia**

Como se ha expresado, la comparación es base de la unificación, pero al efectuarse la comparación de los sistemas jurídicos debe evaluarse la forma en que los jueces resuelven las situaciones que se presentan. En tal sentido es necesario evaluar cómo los jueces interpretan las instituciones jurídicas en diferentes países pues muchas veces las diferencias que se observan no proceden de la actividad del legislador sino de la práctica judicial.

A veces una misma ley no garantiza la unidad del Derecho, en muchos lugares los órganos superiores de justicia no atienden a la unificación de lo dispuesto en la ley, ni hay criterios uniformes respecto a determinados temas. La jurisprudencia unificada no debe ser apartada en el proceso de unificación. La existencia de un tribunal de casación en cada país, por el momento, o de un tribunal regional como ha sido la corte penal internacional son algunas ideas del futuro de la integración.

#### **3.4.6 Textualizar y contextualizar**

La integración o unificación procesal pretende crear un texto, un cuerpo de reglas, o normas o formas de proceder para darle una solución lo más similar posible a los conflictos. Por ello se habla de textualizar, armonizar, integrar, unificar tópicos que son de aplicación universal en el proceso penal.

También se debe encausar la armonización sin olvidar que existen contextos económicos, culturales, políticos y sociales diversos, lo que obligará a los intérpretes de las leyes y especialmente a los jueces a realizar sus análisis de casos teniendo en cuenta las particularidades de cada país. En el proceso de integrar o armonizar siempre será mejor optar por establecer pautas más generales que específicas, para que a la hora de aplicar concretamente una norma exista la posibilidad de contextualizar.

Una de las alternativas más utilizadas en el proceso de armonización de las reglas que deben seguir los sistemas jurídicos es el establecimiento de principios. Los principios constituyen paradigmas, puntos clave fácilmente adaptables a cualquier realidad, los jueces se encuentran habituados a tener en cuenta los principios. En esto de los principios también los unificadores se nutren de los comparatistas.

En este tipo de legislación unificadora debe descartarse la casuística que pretenda regularlo todo, siempre debe haber un margen para que pueda aplicarse la norma de acuerdo a las tradiciones, cultura y costumbres de cada población. Generalmente los principios son utilizados por los jueces como una guía cuando hay lagunas del Derecho para poder resolver asuntos sometidos a su consideración y quizás esta opción de establecer prevalecientemente una guía de principios universales represente un texto de contenido simbólico, más que normativo.

De todo lo expuesto debe quedar establecido que, aun cuando exista un texto unificado de normas procesales, no puede desaparecer la necesidad de tener en cuenta el contexto. A pesar de que llegue a existir un Derecho universal la comparación continuará existiendo porque siempre existirá una realidad, una norma jurídica, moral u otras que analizar en cada país, además ya se conoce que el proceso de unificación no será fácil ni ocurrirá de un día para otro, de modo que los comparatistas son muy importantes en el proceso de la unificación procesal. En el complicado proceso hacia la unificación, el Derecho Comparado desempeña un rol transcendental que es servir de guía para poder continuar en este empeño.

### **3.4.7 Del análisis a la propuesta legislativa**

Sucede que la comparación de los sistemas jurídicos generalmente se realiza para elaborar una teoría o criterio sobre tal o tales características, aunque se convierten en críticos de su propio sistema o de otros, de estos estudios no emerge, en principio, una propuesta legal porque no es el objetivo. Contrario a ello, los unificadores, analizan las características comunes de los sistemas jurídicos y tienen como objeto proponer una ley, ellos si pretenden ser sujetos con iniciativa para proponer modificaciones o reformas legales.

Mientras, por su parte, los comparatistas se dedican a entender las leyes de distintos países, pero no se plantean un nuevo marco normativo; la esencia del unificador es formular un texto que integre el derecho positivo de varios países y que sea aplicado por estos, ya sea porque estos aceptaron voluntariamente suscribirlo para implementarlo en su país o porque se hizo obligatorio para determinados Estados partes.

Los unificadores, más que establecer un derecho nuevo buscan el común denominador del derecho existente y reelaboran una propuesta integradora. Es bueno aclarar que los comparatistas se ven cada vez más involucrados en reformas legales porque en el proceso de analizar los puntos comunes o principios aplicables se recomiendan variantes unificadoras o la adopción de la posición común para todos y esto tiende a la unificación y a la adopción de reformas legales.

Ahora el Derecho comparado viene ofreciendo a lo unificadores un producto cada vez más terminado, pues sistematiza similitudes y va cerrando brechas a las

diferencias. Cada vez los sistemas jurídicos procesales están más involucrados y expresan el mismo Derecho comparado que no es en que se parece un modelo nacional a otro modelo nacional, sino que existe un modelo unificado en varios Estados porque sus normas son similares.

El Código Procesal tipo para Iberoamérica no tiene fuerza de ley, pero sirve de modelo a los legisladores de los países del mundo por lo que es cierto que no constituyen derecho positivo del país, pero sirve de modelo para crear la norma jurídica.

Con el advenimiento de las tendencias unificadoras, el Derecho Comparado se ha ido integrando a los procesos de elaboración de normas jurídicas. A esto se le ha llamado la recepción del Derecho Comparado, porque no solo provee al proceso de carácter unificador sino porque adquiere otra relevancia en el proceso de construcción y modernización del nuevo sistema jurídico.

#### **3.4. 8 Del *ius commune* al nuevo *ius commune***

A finales del siglo XI, se afianzó en Europa un sistema jurídico asentado en el Derecho Romano y el Derecho Canónico, el cual comienza a enseñarse en las universidades y más tarde se transforma en derecho positivo. Al menos alcanzaba a aplicarse como derecho supletorio, aunque se aplicaba todavía el Derecho de Justiniano, este era el llamado *ius commune* regido por la unidad jurídica. Aunque no es simple delinear en la era moderna lo que ocurrirá, parece que puede hablarse de un nuevo *ius commune*.

Tampoco es ideal identificar el *ius commune* medieval al *ius commune* que se pretende en la actualidad. En aquel entonces no existía el Derecho Comparado y no existía una proyección hacia una unidad jurídica universal, así que este no es un residuo de aquel. El Derecho Romano es el tronco común del cual surgen los sistemas jurídicos occidentales, pero no es suficiente regresar a las raíces romanas para crear un marco jurídico único.

Es necesario recrear el *ius commune* para reelaborarlo en las nuevas condiciones económico-sociales; reconocer un fundamento común y edificar una nueva versión unificada con una nueva herramienta que es el Derecho Comparado. Este bregar transita hoy por un pluralismo asentado en una interacción entre

diferentes tradiciones. El Derecho Comparado deja de desempeñar un rol pasivo para convertirse en el motor impulsor de un nuevo modelo, se transforma en la columna vertebral de un proceso renovador, flexible, especializado, metodológico, revolucionario que pretende aportar el fundamento teórico para la unificación.

Así como en la edad media, las universidades sirven para difundir el *ius commune* en la etapa actual. Desde la academia hay que encaminar el debate intelectual para fomentar el lenguaje crítico, llevar las discusiones locales hacia debates más abarcadores que tiendan a enfocar la cultura jurídica, en donde lo nacional juegue un papel menos decisivo que la configuración de sistemas jurídicos internacionales.

Si bien la comparación nació para entender o comprender los sistemas jurídicos que se consideraban diversos, la unificación le ha ido impregnando al Derecho Comparado un carácter más expansivo que ha ido llevando el diálogo jurídico hacia lo global. La Comparación y la Unificación hoy se complementan, se necesitan mutuamente, aun cuando cada una de ellas transite por distintos senderos.

Hoy, la comparación y la unificación convergen, confluyen en un mismo objetivo: el desarrollo de una cultura jurídica común, universal, amplia, que se corresponda con una época de cambios que ineludiblemente llevan a la unidad de los sistemas jurídicos. Aunque repleta de contradicciones y en pleno apogeo, la sociedad avanza hacia la unificación e integración de todos los fenómenos, entre ellos, el Derecho.

### **3.5 Problemas comunes del proceso penal.**

En el proceso de unificación procesal penal, es necesario establecer pautas, principios, bases, sobre las cuales se debe asentar un cuerpo de normas procesales de carácter universal. En el presente informe de investigación, la propuesta procesal se limita a los puntos que mayores dificultades vienen presentando en la práctica, pero, por supuesto, un resumen completo abarcaría otros principios básicos que deben constituir una exigencia del Derecho Procesal en todos los Estados democráticos.

### **3.5.1 Investigación criminal en función del juicio oral**

Claramente se precisa una articulación entre el principio acusatorio, el juicio oral y la etapa de investigación previa. Para poder modular correctamente estos procesos se necesita dar solución a algunas problemáticas que se producen esencialmente durante las etapas anteriores al juicio. Es necesario adecuar la fase de investigación criminal a aquellas que son ulteriores.

En el contexto internacional, no existe en todos los países el mismo respeto del derecho de defensa ni de las garantías del inculpado. Las faltas e irregularidades que afectan la defensa del investigado o procesado no solo acontecen en el orden normativo sino también en la realidad y mientras no exista el absoluto convencimiento de que ciertamente la persona es inocente y que debe ser tratada como tal, durante todo el proceso penal, incluida la fase previa al juicio, puede estimarse que no se están respetando las garantías del debido proceso.

Queda así establecida la primera tarea que habría que estructurar en todos los países para poder alcanzar o acercarse a la unificación procesal en la materia penal. El primer punto a normativizar, de acuerdo a las exigencias de un modelo de proceso penal moderno y aplicable a todos sería el siguiente: Armonizar los procesos penales aplicando el respeto a normas que establezcan el pleno ejercicio del derecho de defensa y el respeto a las garantías procesales del inculpado, desde los primeros momentos de la investigación.

Dentro de los problemas más serios que todavía tienen algunos ordenamientos jurídicos está la falta de garantías durante las etapas de investigación o de instrucción. Esto ocurre porque los órganos del Estado, en el ejercicio del poder penal, se encuentran investigando a las personas que se supone han cometido un delito.

No es un secreto para nadie la falta de neutralidad en esta etapa, la desventaja en que se ubica el procesado, o sospechoso de un delito contra el cual ni siquiera se le ha ofrecido el derecho a la defensa, sin embargo, esta forma de proceder es contraproducente con el sistema acusatorio y con la propia oralidad del juicio. Para que pueda lograrse una unidad jurídica en la fase anterior al juicio, los Estados tendrán que armonizar sus procesos y articular los actos procesales previos, con las garantías que se exigen en un sistema oral y garantista.

Ciertamente hay que hacer más eficaz la investigación criminal, dotarla de cientificidad para garantizar que no reine la impunidad, pero no puede el Estado que propugna un sistema acusatorio seguir implementando el principio inquisitivo en detrimento del procesado, que se considera inocente hasta que se dicte sentencia condenatoria en su contra. La unificación procesal moderna no puede abandonar sus principios más preciados y que son resultado de intensas batallas libradas por los ciudadanos en defensa de sus derechos.

### **3.5.2 La delimitación de funciones**

El segundo punto a evaluar es aquel que se vincula a la necesidad de tener bien delimitadas las funciones de la Fiscalía, el Juez y la Policía.

La delimitación de funciones implica esencialmente la división de las encomiendas procesales de cada órgano. El fiscal tiene su rol dentro del proceso penal y el juez cumple con el suyo. Aunque la impartición de justicia es una función del Estado, eso no significa que las funciones del juez se entremezclen con las del fiscal.

Si bien en numerosos ordenamientos jurídicos el Fiscal actúa como asesor o controlador de la etapa de instrucción de la investigación y ello es admisible, no lo es en los casos en que pretende el juez asumir funciones investigativas o acusatorias. La delimitación de funciones deriva en beneficio de otras exigencias del debido proceso.

Este rasgo precisa los principios "*ne procedat iudex ex officio*" y "*nemo iudex sine actore*", que deben ser comprendidos como la tajante prohibición impuesta al órgano jurisdiccional de comenzar un proceso, investigarlo o sostener la pretensión penal pues eso no le compete al juzgador. El ejercicio y sustento de la acusación, la acción pública, el ejercicio de la acción penal, la formulación de cargos como se le denomina en los ordenamientos jurídicos le incumbe a un órgano diferente al juez. Al ejercicio de esa acción están llamados, no sólo el Ministerio Fiscal, sino también el ofendido e incluso, la ciudadanía, pero jamás el juez.

En los sistemas procesales modernos existen dos partes que mantienen posiciones contrarias o contrapuestas y que litigan ante un tercero que no está comprometido con ninguna de ellas ni ha intervenido en la acusación. El ejercicio de

la acción penal o la acusación contra una persona debe ser puesta en su conocimiento para que pueda actuar en su defensa por sí mismo y a través de su abogado, de modo que lleve al debate judicial su tesis o versión sobre los hechos y el derecho que a su juicio es aplicable, someterlos a la contradicción necesaria y finalmente el juez o tribunal deben generar la resolución que pone fin al proceso.

A través de estos trámites se permite al órgano jurisdiccional indagar sobre la ocurrencia real del hecho punible, la participación del procesado y, en la medida que se adquiera certeza, se impondrá la sanción prevista en la norma penal. La búsqueda de la verdad histórica que se realiza a través de la investigación ha de obtenerse conforme a las formalidades establecidas en la ley, las cuales disciplinan la actividad procesal de cada una de las partes intervinientes y configuran al juez como un tercero imparcial en la discusión que le es planteada desde la acusación.

El conflicto que todo proceso jurisdiccional en materia penal comporta se suscita entre el investigado, imputado o acusado y el titular del *ius-persecutionis* oficial que es el Estado representado por el Fiscal, cuya posición procesal puede estar acompañada de otras personas que ejercitan sus derechos en los casos que proceda, ya sea por la acusación particular o la popular.

Esta distribución de tareas dentro del proceso penal permite establecer la posición del juez en el mismo. Tanto en la fase investigativa o de instrucción como en la del plenario o juicio oral, el juez o tribunal debe ocupar una posición imparcial que le posibilite desde esa independencia resolver los conflictos con justicia. Este proceder representa un pilar básico de lo que se conoce como principio acusatorio.

El Estado, en el ejercicio del poder penal, ha encargado a la policía y la Fiscalía el papel de perseguir los delitos y al tribunal el derecho de penar o sancionar por ellos a excepción de los delitos perseguibles a instancia de parte en los que es el particular el que se encarga de asumir la función de acusar. Por supuesto que el estricto cumplimiento de la división de funciones evita una contienda desigual, el abuso del poder o el atropello por parte del Estado contra los ciudadanos y se garantiza la equidad entre las partes.

Para lograr la justicia penal que reclama esta época, plena de equidad, que satisfaga las expectativas sociales y del propio Estado democrático, resulta de suma importancia la confluencia de tres elementos: el juez, la norma (ley) y el Debido

Proceso, sin que ninguno de ellos supla o tenga supremacía sobre el otro; no bastan las normas claramente elaboradas, el rito que procure conducir al fallo justo, también “es necesario que proporcionen la posibilidad de un proceso digno y humanitario, así como que el hombre las aplique con el sentido que las inspiraron” (Binder A. , 2012)

A los fines del proceso penal hay que definir claramente quién es quien debe instruir. Debe dejarse establecido a cargo de quien estará la acusación y cuáles son los derechos de la víctima. Hay que fijar cuáles son las facultades, funciones, límites de la Policía, de la Fiscalía y finalmente las potestades del juez.

En realidad, uno de los aspectos más preocupantes para lograr la unificación procesal es la falta de preparación jurídica de la Policía. En todos los países la policía investiga y en esta idea unificadora del Derecho la Policía debe estar preparada sobre lo que investiga, conocer que es la prueba anticipada y sus requisitos, así como la relación entre los derechos individuales y el registro o allanamiento de morada. En los países donde la Policía que investiga los delitos no conoce de las normas procesales que rigen el proceso, el Derecho es un fracaso y aquella función del Estado de impartir justicia termina en la impunidad, la corrupción o las arbitrariedades.

Sin dudas, la separación de las funciones judiciales de las investigativas es una de las principales problemáticas que deben quedar resueltas en los sistemas procesales modernos, pues permite, por una parte, un superior respeto a las garantías que le asisten al inculpado, ya que ellas se encuentran bajo el control de un juez que no está comprometido con el éxito o el fracaso de la investigación. Por otro lado, se puede ganar en efectividad, dotando de mayor dinamismo a la etapa de instrucción que es clave para el esclarecimiento de los hechos, en razón a que el fiscal estará en mejores condiciones técnicas para acumular y procesar la información de la investigación e interactuar con la policía y demás órganos encargados de auxiliarlo en sus funciones.

Por su parte el juicio, además de pasar a ser el principal escenario del debate probatorio, es el mecanismo idóneo para resolver sobre la responsabilidad del procesado. Ello obliga a la realización de audiencias orales, públicas y contradictorias, donde deben formularse la acusación, la defensa y practicarse la

prueba, en presencia directa de un juez o tribunal que no ha tenido ningún contacto con los hechos, ni con las pruebas, con lo cual se garantiza su imparcialidad.

### **3.5.3 Respeto al principio acusatorio**

En la etapa actual no hay vacilación alguna en aseverar que el principio acusatorio es el que mejor avala que exista, un juicio transparente, lo que implica al mismo tiempo una investigación limpia. Un juicio justo e imparcial para el acusado, es lo que responde también a una investigación objetiva e imparcial.

Si se está de acuerdo que en el proceso penal debe prevalecer la verdad material, aunque ciertamente éste no sea hoy el único fin del proceso penal, la imparcialidad del juzgador, la objetividad del acusador y la ecuanimidad de las normas procesales, son la mejor garantía de hallarla. Luego el principio acusatorio, al garantizarla, es el que mejor sirve a la justeza de la decisión.

La aplicación de este principio es muy diferente en los países anglosajones y en el sistema francés de enjuiciamiento criminal, porque en Inglaterra o en Estados Unidos el principio acusatorio siempre se ha entendido en su sentido más puro, mientras que en la Europa continental ha convivido con el principio inquisitivo, dando lugar a sistemas de enjuiciamiento mixtos o también llamado “acusatorio formal.”

Ello no significa que los países que adoptaron el sistema francés no comprendan lo que es el principio acusatorio, o que excluyan lo que debe ser una regulación satisfactoria mínima del mismo. Por ejemplo, el proceso penal español, al igual que el alemán, está inspirado en el principio acusatorio, que rige desde su inicio y a lo largo del mismo para investigar, en un primer momento si hay elementos o no para formular la acusación y, ulteriormente, para concretarla.

Este principio constituye una garantía básica del proceso penal, elevada a jerarquía de derecho fundamental, al concebirse implícito en el derecho a un sumario con todas las garantías, santificado constitucionalmente. Dentro de este axioma se encuentra el requerimiento de la imparcialidad del juez, lo que implica la división entre las funciones de instruir, acusar y juzgar.

El principio acusatorio, conlleva las siguientes previsiones jurídicas (Montero Aroca, 1994, pág. 538):

- No puede haber proceso sin acusación previa, que tiene que ser formulada por un ente ajeno al tribunal sentenciador”.

Este aspecto, que hoy parece obvio, es el que llevó al Estado a oficializar tanto la función punitiva como la persecutora, a desenvolverse en el proceso penal y, por un lado, a proceder como solicitante (Ministerio Público o Fiscalía) y, por otro, conducirse como decisor, por medio de la organización de sus juzgados.

Es necesario en este caso precisar que este principio cardinal del proceso establece solamente que no se puede iniciar juicio sin acusación previa, no que no pueda haber condena sin acusación, que son situaciones diferentes. "El riesgo consiste aquí en confundir dos cosas muy distintas; la consecuencia que estamos enunciando es la de que no puede haber proceso sin acusación, que no es lo mismo que decir que no puede haber condena sin acusación". (Montero Aroca, 1994, pág. 539)

Como no concurre un derecho subjetivo de los fiscales sobre la pena (recuerden que es una potestad soberana cuyo ejercicio se ha encargado a los tribunales), hay que ultimar que el principio acusatorio requiere la imputación previa para la promoción del proceso, a fin de salvaguardar la integridad del juzgador. Pero una vez perfeccionado el proceso, el juez debe tomar partido, esto es, resolver en un sentido u otro (todo pleito debe concluir con una resolución de reproche o de absolución).

En relación con el ejercicio de la acción (acusación) las legislaciones ofrecen distintas alternativas para una vez que se haya iniciado el proceso:

- O bien se ordena expresamente que no se puede desistir de la acción pública emprendida.
- O que pueda solicitarse por el acusador la absolución o retirar la acusación.

Como se conoce, la primera situación no es en absoluto vinculante para el tribunal, que puede absolver o ratificar la inocencia del acusado a pesar de la persistencia de la parte acusadora o puede, si es el caso, sancionar por una conducta que no es exactamente igual a la imputada (por ejemplo, si admite como probados una parte de los hechos o de un hecho, pero no todos los expuestos por

la acusación) así como sancionar por un delito de menor gravedad que el calificado por la acusación.

En el segundo caso, la regla general es que tal solicitud o decisión tampoco es vinculante para el tribunal o, de alguna forma, es irrelevante, por lo que podría dictar sentencia condenatoria (Código de Córdoba, Argentina, que dispone que el tribunal, en esos casos, pueda dictar, sin más, sentencia condenatoria) a pesar del desistimiento de los acusadores.

Durante muchos años, al amparo del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, se podía también calificar el delito e imponer sanción aunque se retirara la acusación, aunque a partir de la explosión social-democrática posterior a la dictadura franquista, la jurisprudencia ha impuesto una interpretación contraria e incluso ha definido que para modificar calificaciones de la acusación es imprescindible que alguna de las partes acusadoras haga suya la tesis planteada por el tribunal.

- “No puede condenarse por hechos distintos a los acusados, ni a persona distinta a la acusada”. (Montero Aroca, 1994, pág. 539).

Esta derivación, tiene palpablemente una estrecha relación con el principio de contradicción, inseparable de todo asunto jurisdiccional (bilateralidad) y con el derecho a la defensa (interdicción de indefensión) más específico del proceso penal, pero se analizará solo a la luz del principio acusatorio y la garantía jurisdiccional en el proceso.

Claramente, se encuentra aquí con una restricción al titular del *ius puniendi*, al precisarse un marco fijo dentro del cual el juzgado puede ejercitar tal potestad. Pero tal limitación es proporcional con la ineludible imputación previa, pues si el órgano acusador define el objeto del proceso, consentir que el órgano decisor se sobrepase en cuanto a hechos o personas imputadas, correspondería a aceptar que puede incriminar por sí mismo y tal contingencia compromete -aunque sólo fuera superficialmente- su rectitud.

La cuestión del objeto del proceso, conduce directamente al concepto de pretensión, que históricamente ha sido muy discutido en lo penal y que, al decir de (Montero Aroca, 1994, pág. 589), no existe en el proceso criminal, aunque, puede

existir tal concepto siempre que se esté consciente de que se le atribuye un significado distinto al que le confiere la doctrina en el proceso civil, por los puntos diferenciadores que existen entre los dos tipos de procesos.

Pero siendo facultad propia de los tribunales la aplicación de la Ley Penal y necesidad de su función la interpretación de la ley, las calificaciones jurídicas y la determinación de la pena, de conformidad con lo legalmente previsto (principio *iura novit curia*), son atribuciones propias de esos órganos, por más que las partes puedan proponer las que consideren más apropiadas.

Si en algunos casos la propia Ley establece limitaciones en este ejercicio, especialmente ante la posibilidad de agravar la situación del acusado, no se trata de una excepción al principio acusatorio, sino una concesión a los principios de contradicción y de defensa necesaria, para evitar un fallo sorpresivo contra el cual la parte acusada no haya podido oportunamente esgrimir sus argumentos jurídicos.

Similar regulación aparece en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, proyecto de cuyos autores no puede decirse que pasen por alto el principio acusatorio, estableciendo en su artículo 322 que "En la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación (...) o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia" y del mismo modo ampara al acusado al disponer a continuación: "Empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto al invocado en la acusación, comprendida su ampliación (...) si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica." (Maier, 1989, pág. 413)

En consecuencia, a lo expuesto, el principio acusatorio demanda que la imputación sea clara y precisa respecto del hecho y del delito por el que se enuncia y la sentencia adecuada con tal imputación sin implantar ningún componente desconocido del que no hubiera existido antes posibilidad de protegerse. Ello no dice más que, entre los elementos que se contienen en el escrito de acusación expresado sólo dos poseen potencia vinculante para el juez y validez delimitadora de lo que es objeto del proceso: 1. el hecho por el que se acusa y 2. la calificación jurídica hecha por la acusación.

Respecto al primero: el hecho por el que se acusa, debe éste contener todos los elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfeccionamiento del mismo, la participación concreta del acusado, las circunstancias agravantes, sean genéricas o específicas o constitutivas de un tipo agravado y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa o lo que es lo mismo, la información fáctica precisa de las que dependen las sucesivas calificaciones jurídicas todas.

Respecto al segundo: la calificación jurídica forjada por la imputación, debe contener la determinación de la clase de delito imputado, la de si es o no consumado o qué grado de perfeccionamiento tiene, el grado de participación del imputado así como las circunstancias agravantes concurrentes, datos todos ellos que deben estar recogidos en la acusación, de tal modo que la sentencia no puede condenar más gravemente que lo que legalmente corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores.

- No pueden atribuirse a los juzgadores poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad. (Montero Aroca, 1994, pág. 542)

El principio acusatorio exige la separación de quien inicia el proceso y fija su objeto con los que juzgan, pues en principio, no se debe mermar la imparcialidad del juzgador. No deben los jueces intervenir en la investigación, ni resolver temas que indiquen que está buscando elementos de prueba para declarar la culpabilidad de las personas, pues todas las actividades directivas de los jueces en el ejercicio de sus funciones deben ubicarlo en la misión de juzgar sin trasladarse a otras funciones.

Si se admite que, para resguardar la imparcialidad del juez, éste no debe inmiscuirse en la delimitación del objeto del proceso, sería posible finiquitar que la aportación de hechos no puede pertenecer al propio juez. Tampoco, el órgano jurisdiccional podría transformarse en investigador, indagando y aportando hechos diferentes de los que son objeto de la imputación, pues con ello se cambiaría a fiscal. Sin embargo, aceptar que el juez ayude con las partes en la demostración de los hechos que han conformado el objeto del proceso, mediante la disposición de la práctica de otras pruebas, no transgrede en principio contra su imparcialidad.

Al aceptar esta posibilidad, se está reconociendo que atribuir facultades al juzgador (que está legalmente obligado a actuar objetivamente) en relación con la prueba a examinar, no afecta su imparcialidad, porque una cosa es que el juez determine el contenido fáctico de la acusación o que pueda cambiarlo introduciendo hechos a imputar al acusado y otra, diferente, es que pueda colaborar en la determinación de la existencia de aquellos hechos que fueron delimitados por los acusadores.

La forma en que tuvo discernimiento el juez de la potencial fuente de prueba que resulta oportuna, puede ser a partir del racional empleo de ciertos medios en determinadas circunstancias y tipologías de hechos, es decir, por la práctica previa y en otros casos, debido a los efectos de la prueba actuada, pero si se origina una vez acabado el debate y no antes de que inicie éste, no hay riesgo para la imparcialidad.

Situación bien diferente es aceptarlo en algún momento antes del juicio, que obligatoriamente involucraría que el juez tome juicio de los hechos por vía indirecta antes del juicio, para poder articular o no sobre la insuficiencia de pruebas, o la eficacia o plenitud de la imputación, con lo cual, innegablemente está efectuando un juicio previo sobre los hechos y la responsabilidad del acusado, ya sea en su favor o en su menoscabo, lo que afecta la imparcialidad de este magistrado en el caso de que se incorpore al tribunal que tendrá que resolver definitivamente el proceso.

✓ Prohibición de la “reformatio in peius”.

Esta previsión o cualidad que fundamenta o caracteriza el principio acusatorio, no planteada por Montero Aroca, sostiene que del mismo modo que es forzoso el establecimiento de la concerniente correspondencia subjetiva y objetiva, la potencia del principio acusatorio demanda que en las repetidas instancias no se consiga empeorar más al recurrente de lo que ya estaba por la sentencia apelada, salvo que el apelado impugne el fallo o se adhiera a la reclamación ya iniciada. Conforme con ello, el órgano “*ad quem*” ha de estar condicionado por los límites objetivos y subjetivos, trazados por la imputación y la defensa.

### 3.5.4 El juicio oral y público

La segunda nota esencial es más sencilla de determinar en ese transitar hacia una unificación internacional, porque es fácilmente comprensible en lo cultural y en lo jurídico por todos los países democráticos. Los problemas se plantean a la hora de hacerlo efectivo, es decir, en la puesta en práctica.

Es absolutamente fundamental el principio de juicio oral y público. En razón de éste principio no se puede penar a una persona sin haber realizado antes un juicio. La publicidad del procedimiento de los órganos judiciales protege a las partes de la justicia secreta que escapa al control público y constituye uno de los medios que contribuye a conservar confianza en jueces y tribunales.

La insuperable excepción a la publicidad debe ser la contemplada en los instrumentos internacionales de amparo a los Derechos Humanos (Reglas de Mallorca), concernientes a materias de moralidad, orden público o de seguridad nacional de una sociedad democrática, o cuando la defensa de la vida de las partes o intereses de los menores así lo requieran; además en situaciones específicas cuando el juzgado lo estime por ser nocivo para los provechos de la justicia.

El juicio oral establece como objetivo dar a los procesados y a las partes que arbitran, la amplia posibilidad de mostrar sus razones y proteger sus derechos. Para el acusado en lo individual, en el juicio oral se exterioriza su derecho a la defensa, al informarle completamente la imputación de que es objeto y al proporcionarle el derecho al ejercicio de los medios de defensa que crea pertinentes. La segunda intención es que el tribunal disponga de todos los elementos de juicio para sentenciar valorando las pruebas actuadas en ese evento, las razones ostentadas por la acusación y la defensa y lo declarado por los mismos procesados.

El juicio escrito es manifestación propia del sistema inquisitivo. Imposibilita la inmediación, la vivencia adquirida por el juzgador viendo y oyendo durante el debate para comprender a profundidad el significado de los medios probatorios y explicarse mejor el comportamiento y móvil atribuidos al acusado, así como la personalidad del agraviado.

La oralidad significa primariamente que sólo el material procesal aportado verbalmente es fundamento de la sentencia. Este es un mecanismo para preservar

el principio de inmediación, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial. La escritura solo permite mantener la situación de justicia de expediente.

El proceso acusatorio es predominantemente oral: los sistemas puros no existen. Hay dentro de él actos fundamentales que son escritos como la acusación, el auto de apertura al juicio, la sentencia, la fundamentación de los recursos de apelación y de casación, entre otros.

La garantía de la oralidad opera en toda su amplitud en la audiencia pública del juicio oral. La palabra hablada es el medio único para alegar y argumentar, para la declaración del acusado, la recepción de las pruebas, y, en general, para las intervenciones de los participantes en la audiencia. El recurso propio de las audiencias orales, como lo es el de revocación, se interpone verbalmente, y se resuelve de la misma manera.

El tribunal no puede permitir la presentación de minutas o de escritos de ninguna naturaleza, bajo ningún pretexto. Como no se trata de una garantía absoluta, la oralidad admite excepciones consistentes en incorporaciones de prueba por su lectura, como ser los testimonios o experticias productos de una prueba anticipada; la prueba documental o de informes, actas de reconocimientos, registro o inspecciones, realizadas legalmente; las actas de prueba que se ordene practicar durante el juicio fuera de la sala de audiencias y cualquier otro elemento de convicción, respecto al cual exista consenso expreso de las partes y el tribunal para su incorporación por medio de la lectura.

Teniendo en cuenta lo anterior casi todas las naciones democráticas han consagrado el juicio oral y público, o el principio de oralidad y el principio de publicidad, en sus Constituciones, por tanto, gozan de categoría de derecho fundamental y de garantía institucional básica. Y hasta tal punto tiene importancia ello que, en caso de vulnerarse este principio, el juicio es nulo de pleno derecho.

### **3.5.5 Valor probatorio de la investigación**

Este punto se vincula al valor probatorio de las diligencias obtenidas durante la investigación, el cual representa tal vez la problemática más grave que debe rebasarse para construir un cuerpo procesal unificado. Es un tema clave porque ya

se ha reiterado que la sentencia debe basarse en las pruebas del juicio oral y no en las evidencias de las fases o etapas anteriores.

Este es un problema más de la práctica que de la teoría pero que viene afectando seriamente al modelo de enjuiciamiento que se quiere adoptar. Los actos procesales de investigación no tienen otro objeto que descubrir al posible responsable, indagar, obtener elementos de investigación criminal que permitirán al fiscal decidir si archiva el asunto o sostiene la acusación para llevar a juicio oral a determinada persona, pero no sirven para fundamentar la sentencia que se dicte en el proceso.

Aunque en algunos países se habla de prueba, lo mismo si son las que se obtienen en la investigación como las que se practican en el juicio, lo cierto es que hay que distinguir entre los actos de investigación y los de prueba propiamente para el Derecho Procesal.

El acto de investigación se destina a indagar algo que se desconoce, con el objetivo de que pueda llegar a afirmarse sobre la existencia de un hecho y los posibles responsables. El acto de prueba se encamina a convencer a los jueces sobre la verdad acerca de la afirmación.

Los actos de investigación siempre tienen lugar en las fases preliminares, durante la investigación previa o en el período de instrucción mientras las pruebas se practican en el juicio oral, a excepción de la prueba anticipada o cuando existen indicios de que la persona pueda estar en peligro de muerte.

Una de las diferencias fundamentales entre los actos de investigación y los de prueba radica en que los primeros permiten fundar una resolución lo mismo si se decide abrir la causa a juicio oral o el sobreseimiento de las actuaciones, no es lo que ocurre con la sentencia, cuando la prueba es insuficiente no sirve para fundamentar la sentencia. Para dictar sentencia se requiere que la prueba sea irrefutable, que no quepa duda de que sirve para dar certeza de la culpabilidad de una persona.

En ocasiones los actos de investigación pueden obtenerse sin someterse a contradicción, tal es el caso de las investigaciones en que se ha dispuesto la secretividad, sin embargo, los actos de prueba exigen que sean sometidas a

contradicción o no tendrán validez alguna. Los actos de prueba deben practicarse en audiencia con la presencia de las partes.

Ahora bien, en cuanto a las pruebas, la propuesta de unificación procesal internacional exige acreditar que los actos de investigación no constituyan prueba en el proceso penal. Prueba es solo aquello que es capaz de ofrecer convicción al juez acerca de la ocurrencia de un hecho que sirva de base para dictar sentencia, pero la prueba tiene que practicarse en el juicio.

El proceso debe ofrecer todas las oportunidades de que el sospechoso o procesado participe con contradicción en los actos de investigación y de prueba; que desde los primeros momentos de la investigación el inculpado tiene derecho a presentar acciones sobre su exculpación y a desvirtuar los elementos en su contra. Deben ofrecerse las garantías legales en los actos de investigación, respetar los derechos, no admitirse elementos o actos de investigación prohibidos, ilegales u obtenidos mediante violencia o coacción y que exista la posibilidad legal de declarar nulo o ineficaz un acto realizado en contra de los derechos de las personas.

En los casos en que se hayan practicado pruebas anticipadas debe preverse la posibilidad de que públicamente en la audiencia se someta a debate la declaración de la persona que no se encuentra, sujeta a las reglas de valoración de las pruebas.

Estas son solo las reglas fundamentales para una propuesta inicial de unificación procesal. Las personas escépticas repetirán que es imposible construir un proceso universal, otras argumentarán que solo puede ser regional pero el criterio de la autora es que es bien difícil pero no imposible: el Derecho Procesal común a todos los pueblos se logrará paso a paso, mesuradamente, pero constituye un camino inevitable en el trayecto de la globalización.

## CONCLUSIONES

De acuerdo a los objetivos propuestos y la metodología utilizada en la presente investigación se concluye lo siguiente:

1. La relación entre el Derecho Comparado y la unificación del Derecho Procesal es indispensable para comprender e interpretar el Derecho como fenómeno cultural universal, para entender los sistemas jurídicos, así como para poder armonizar estas dos instituciones jurídicas.

2. La comparación y la unificación, aunque son diferentes se complementan mutuamente en la construcción de una amplia cultura jurídica que propone un destino común: armonizar los distintos sistemas jurídicos de los distintos países.

3. La consecución del objetivo de unificación del proceso penal a nivel internacional no es un objetivo simple de alcanzar, significa que es un proceso complejo, gradual, paulatino en el que deben estar inmersos todos los países democráticos del mundo para unidos superar y enfrentar la criminalidad que afecta de forma similar a todos los pueblos.

4. Desde el punto de vista metodológico la unificación requiere del cumplimiento y a aceptación de determinadas premisas:

- Desarrollar un proceso paulatino que irá borrando poco a poco las diferencias entre los distintos sistemas jurídicos para construir un texto legal único.
- Buscar entre los sistemas jurídicos un denominador común.
- Utilizar el Derecho comparado como base teórica para la unificación.
- Dar solución adecuada al problema del idioma, sea traduciendo a todos los idiomas y encontrar la palabra exacta para los diferentes sistemas jurídicos.
- Unificar la jurisprudencia o las soluciones de la práctica judicial.
- Interpretar de norma contextualizada el texto unificado.
- Proponer un modelo jurídico de proceso penal unificado para los distintos Estados.
- Desarrollar un nuevo *ius commune*, con una nueva cultura jurídica común y universal.

5. La unificación desde el punto de vista procesal penal exige el reconocimiento de problemas comunes del proceso penal y la aplicación de los siguientes hitos o principios básicos:

- Articular la investigación criminal en función del juicio oral dando solución a algunas problemáticas que se producen esencialmente durante las etapas anteriores al juicio, como la falta de garantías relacionadas con el derecho de defensa, irrespeto a la presunción de inocencia, falta de neutralidad de los órganos encargados del proceso.
- La delimitación de funciones del Juez, Fiscal y Policía: la separación de las funciones judiciales de las investigativas es una de las principales problemáticas que deben quedar resueltas en los sistemas procesales modernos. El fiscal tiene su rol, la policía debe investigar y capacitarse para ejercer sus funciones con eficacia, los jueces tienen que ser imparciales y no se pueden comprometer con ninguna de las funciones acusadoras o investigadoras.
- Respetar el principio acusatorio que implica que no puede haber juicio sin acusación, no puede sancionarse por hechos distintos ni a persona distinta de la acusada, no puede dársele al juez funciones que comprometan su imparcialidad, no puede reformarse en peor la situación del condenado que es recurrente único.
- Garantizar un juicio oral y público: se requiere un juicio oral, con la presencia de los sujetos procesales, donde se practiquen oral y públicamente las pruebas y se funde la sentencia en las pruebas practicada en ese juicio.
- Fundamentar la sentencia solo en las pruebas practicadas en el juicio oral.

## RECOMENDACIONES

A la carrera de Derecho de la Universidad Metropolitana del Ecuador

- Que se incluya dentro de la malla académica como asignatura “Sistemas Jurídicos Comparados” y que dentro de sus contenidos se aborden los temas relacionados con la Unificación del Derecho.
- Que dentro de las investigaciones que se desarrollen en la carrera de Derecho se promuevan los temas de Derecho Comparado y Unificación del Derecho.
- Que en los eventos nacionales e internacionales se desarrollen ponencias que promuevan la cultura general sobre los sistemas jurídicos de otros países.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arbonés, M. (1992). Derecho Procesal Internacional Comparado. *Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*, 1(34), 23-42. Recuperado el 14 de 1 de 2021, de <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-63-1992-05-Doctrina.pdf>
- Argentina, Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Córdoba. (5 de 12 de 1991). *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*. Recuperado el 24 de 1 de 2021, de Boletín Oficial, 16 de Enero de 1992: <http://www.saij.gob.ar/8123-local-cordoba-codigo-procesal-penal-provincia-cordoba-lpo0008123-1991-12-05/123456789-0abc-defg-321-8000ovorpyel>
- Aymerich Ojea, I. (2003). *Lecciones de Derecho Comparado*. Valencia: Publicacions de la Universitat Jaume I.
- Binder, A. (25 de 2 de 2012). *Introducción al Derecho Penal*. Recuperado el 19 de 3 de 2021, de <https://issuu.com/ultimosensalir/docs/introduccion-al-derecho-penal---alberto-m.-binder>
- Binder, A. M. (5 de septiembre de 2007). *Tensiones políticas –criminales en el proceso penal. Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Recuperado el 28 de 1 de 2021, de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4714/5.pdf>
- Blacio Aguirre, R. (26 de marzo de 2010). *Derecho Comparado*. Recuperado el 3 de 1 de 2021, de <https://derechoecuador.com/derecho-comparado-0>
- Briones Aedo, G. (2002). *Metodología de la Investigación en las Ciencias Sociales*. Chile: Facultad de Ciencias Sociales.
- Eco, U. (1998). *Cómo se hace una tesis, técnicas y procedimientos de investigación*. Barcelona: Gedisa.

- Ecuador, Asamblea Constituyente. (20 de 10 de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado el 16 de 1 de 2021, de Registro Oficial 449:  
<https://www.gob.ec/regulaciones/constitucion-republica-ecuador-2008RegistroOficial449de20-oct-2008>
- Ecuador, Asamblea Nacional. (10 de Febrero de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial N° 180 del 10 de febrero de 2014.
- Enciclopedia jurídica. (2020). *Derecho Comparado*. Recuperado el 3 de 1 de 2021, de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/derecho-comparado/derecho-comparado.htm>
- Fernández Bulté, J. (2000). *Historia General del Estado y el Derecho II*,. La Habana: Félix Varela.
- Granizo Fernández , M., & Albarca López , J. L. (1992). *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, . Madrid: Trivium S. A.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. (1988). *Código Procesal Modelo Para Iberoamérica*. Recuperado el 11 de 1 de 2020, de <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4215/textocodigoprocesalpenal.pdf?sequence>
- Lerner, P. (2004). *Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos*. Recuperado el 24 de 12 de 2020, de Boletín Mexicano De Derecho Comparado N° 111: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3807>
- Maier, J. B. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino. Tomo I Vol A*. Buenos Aires: Hammurabi. Recuperado el 12 de 3 de 2021, de [https://issuu.com/osmarbaez/docs/julio\\_b.\\_maier-\\_derecho\\_procesal\\_pe](https://issuu.com/osmarbaez/docs/julio_b._maier-_derecho_procesal_pe)
- Maier, J. B., & Binder, A. M. (1989). *La Reforma de la Justicia Penal. Proyecto del Código Procesal Penal*. Guatemala: Publicación del Organismo Judicial de Guatemala.
- Mascareñas Portusachs, C. E. (10 de 1958). *Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo I*. Barcelona: Francisco Seix S. A.

- Montero Aroca, J. (1994). La Garantía Procesal Penal y el Principio Acusatorio". *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Año XV No. 3440, Madrid, España, 2(1), 520-554. Recuperado el 14 de 1 de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=846>
- Mordechai Rabello , A., & Lerner, P. (2003). The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Israeli Contract Law. *Uniform Law Review*, 8(3), 601-629. Recuperado el 12 de 1 de 2021, de <https://academic.oup.com/ulr/article-abstract/8/3/601/1734965?redirectedFrom=PDF>
- Perera Mezquida, R. (1999). *¿ Es posible la unificación del Derecho Penal Europeo?* Recuperado el 11 de 12 de 2020, de <https://core.ac.uk/download/pdf/32984168.pdf>
- Pérez Daza, A. (1 de 2013). La necesidad de contar con una sola legislación penal sustantiva y adjetiva. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*(35), 57-70. Recuperado el 12 de 12 de 2020, de <https://doctrina.vlex.com.mx/vid/necesidad-contar-sustantiva-adjetiva-490186347>
- San Miguel Giralt, J. (2006). Derecho Romano Francés y Common Law: a escena. *Revista Cubana de Derecho*(27), 77-100. Recuperado el 23 de 12 de 2020, de [https://www.researchgate.net/publication/317240655\\_Derecho\\_Romano-Frances\\_y\\_Common\\_Law\\_A\\_Escena](https://www.researchgate.net/publication/317240655_Derecho_Romano-Frances_y_Common_Law_A_Escena)
- Zaffaroni, E. R. (1995). *Los Objetivos del Sistema Penitenciario y las Normas Constitucionales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.