

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS

“EL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA Y LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION Y DE LA PENA DEL DELITO  
DE ASESINATO”

VICENTE LEONARDO BAQUE PINARGOTE

DIRECTOR: DR. RICARDO VACA ANDRADE

QUITO, 2011

## ABSTRACT

En los actuales momentos dado el alto porcentajes de procesos iniciados por el delito de asesinato, y que en gran número no se llega hasta la sentencia sea condenatoria o absolutoria; ha desencadenado a nivel nacional inseguridad jurídica por parte de la ciudadanía. Por otro lado y quizá más preocupante es la impunidad, así como la evasión de la justicia por parte de los presuntos autores de dichos delitos, debido a la prescripción tanto de la acción, como de la pena.

Otra de las propuestas en la presente disertación, es el juzgamiento en Ausencia para el acusado del delito de asesinato, figura que es muy debatida a nivel internacional y nacional, sobre todo por quienes defienden a ultranza los Derechos Humanos, quienes manifiestan que debe respetarse el Debido Proceso y el Derecho a la Defensa.

El presente trabajo pretende analizar a profundidad las posibles soluciones encaminadas al Juzgamiento en Ausencia del acusado, ya que si bien es cierto que en la Constitución actual expresamente establece los delitos por los cuales se puede dar dicha figura jurídica, no es menos cierto que dado el alto número de procesos en los cuales no se puede dictar una sentencia, debido a la ausencia del supuesto infractor, conlleva a que muchas causas prescriban y queden impunes; de ninguna manera se pretenderá violar los Derechos del supuesto infractor, ni mucho menos desconocer los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador.

Identificados los problemas, el presente trabajo estará encaminado a proponer la posible salida, es decir las reformas que se deberían realizar tanto a la Constitución, como al Código de Procedimiento Penal, con el fin de permitir que los Tribunales Penales emitan una sentencia respectiva, sea condenatoria o absolutoria y de ésta manera lograr mayor credibilidad por parte de la ciudadanía en el sistema judicial y sobre todo evitar los ajusticiamientos por mano propia.

## **DEDICATORIA**

A mi familia, en especial a mis Padres Vicente y Margarita, ejemplos de vida y pilares fundamentales para la consecución de esta meta. A esas tres personas Francisco, Amandita y Ernesto que desde el cielo han estado, están y estarán siempre junto a mí. A mis hermanos Oscar y Miguel. A mis tías Consuelo y Dolores, a mi gran amor Gema; quienes día a día me dieron las fuerzas necesarias para continuar en esta batalla y sobre todo fueron soporte vital en mi soledad.

## **AGRADECIMIENTO**

Al señor decano, a los docentes de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por haber formado parte importante en mi formación académica con vuestros sabios conocimientos. Al Doctor Ricardo Vaca Andrade por todo el apoyo brindado para la elaboración del presente trabajo. A las señoras secretarias quienes de una u otra manera durante toda mi carrera me supieron guiar.

## ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	1
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>3</b>
<b>El Asesinato .....</b>	<b>3</b>
1.1 Antecedentes históricos del asesinato en la legislación ecuatoriana .....	3
<b>1.2 Breve clasificación de los subtipos de asesinatos .....</b>	<b>11</b>
1.2.1 Alevosía .....	12
1.2.2. Criterio Objetivo .....	13
1.2.3 Precio.....	15
1.2.4 Veneno .....	18
1.2.5 El incendio .....	19
1.2.6 Inundación.....	20
1.2.7 El Descarrilamiento .....	20
1.2.8 El Ensañamiento .....	21
1.2.9 Imposibilidad de defensa por parte de la víctima .....	25
1.2.10 Medio cualquiera capaz de causar grandes estragos .....	25
1.2.11 La noche buscada a propósito.....	26
1.2.12 Finalidad homicida procurando no se detenga o no se descubra al delincuente.....	28
1.2.13 El homicidio como medio de preparar, consumir, facilitar, asegurar otro delito.....	28
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>35</b>
<b>LA PRESCRIPCION PENAL.....</b>	<b>35</b>

2.1. Antecedentes históricos de la prescripción .....	35
2.2. Definición .....	35
2.3. Teorías negativas de la prescripción .....	39
2.3.1 Posición negativa.....	39
2.4. La prescripción de la acción y de la pena del delito de asesinato.....	41
2.4.1 La prescripción de la acción .....	42
2.4.2 La prescripción de la pena.....	47
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>60</b>
<b>LA IMPRESCRIPTIBILIDAD PENAL .....</b>	<b>60</b>
3.1. Antecedentes históricos de la imprescriptibilidad.....	60
3.2. Definición .....	62
3.3 Argumentos a favor imprescriptibilidad .....	64
3.4 Argumentos en contra imprescriptibilidad .....	65
3.4.1 Posición afirmativa .....	65
<b>CAPITULO IV .....</b>	<b>72</b>
<b>EL JUICIO EN AUSENCIA.....</b>	<b>72</b>
4. 1 Antecedentes .....	72
4.1.1 La ausencia .....	77
4.1.2 Ausente .....	77
4.1.3 Prófugo.....	79
4.1.4 Posibles situaciones.....	79
4.2 El juicio previo legal.....	84
4.3 Fundamentos jurídicos a favor y en contra del juzgamiento en ausencia.....	89
4.3.1 A favor .....	89

4.3.2 En contra .....	90
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>92</b>
Conclusiones .....	92
Recomendaciones .....	96
<b>Bibliografía .....</b>	<b>99</b>

## INTRODUCCIÓN

Después de haber investigado algunos temas y sus problemáticas en el Derecho Penal, para su estudio en una disertación, me he dado cuenta que se han abordado aspectos relacionados con la prescripción e imprescriptibilidad de la acción del delito de asesinato, sin embargo no he encontrado un estudio acerca de el juzgamiento en ausencia al acusado de dichos delito. Es por ello que ha despertado mi interés personal el tema que propongo a ser investigado.

Actualmente, dado el alto porcentajes de procesos iniciados por el delito de asesinato, y que en gran número no se llega hasta la sentencia sea condenatoria o absolutoria; ha desencadenado inseguridad jurídica por parte de la ciudadanía. Por otro lado y quizá más preocupante es la impunidad, así como la evasión de la justicia por parte de los presuntos autores de dichos delitos, debido a la prescripción tanto de la acción, como de la pena. Es por ello que se hace necesaria una reforma a la Constitución, al Código Penal y de Procedimiento Penal con el fin de evitar el aumento de la impunidad.

El problema fundamental se sustenta en el alto grado de impunidad del delito de asesinato sobre todo en las grandes ciudades. Es precisamente en estas ciudades donde actualmente se está agudizando la situación con el llamado “sicariato”.

Encontramos en la praxis penal constantes y numerosas audiencias fallidas en los Tribunales Penales de todo el país por diversas circunstancias, entre las que prevalece la no comparecencia del procesado. Todo esto ha desatado una incredulidad por parte de la ciudadanía en el sistema judicial, llegando al punto de los llamados “ajusticiamientos por propia mano”. Si bien de ninguna manera se justifica esta situación; es la única salida que las personas encuentran, para de una u otra manera hacer sentir temor a las personas causantes del delito, a fin de evitar que vuelvan a infringir el sistema jurídico. Tienen la certeza de que si dejan en manos del sistema judicial ordinario, será poco efectivo el resultado esperado.

Lo que sucede es que con la prescripción de la acción y de la pena del delito de asesinato, la mayoría de acusados al tener esta alternativa o vía posible de escape; sin pensarlo dos veces

deciden cometer el acto ilícito, luego evaden la justicia y dejan transcurrir el tiempo hasta que opere la prescripción.

En otros casos cuando en el proceso se ha hecho efectiva una medida de carácter personal contra el presunto infractor; como la prisión preventiva, éste hace lo imposible para no presentarse en la audiencia de juzgamiento y como al respecto la ley es muy benévola, se permite hasta que caduque la misma y de esa manera salir en libertad ante la impotencia de muchos jueces que al respecto tienen que concederles; y a qué camino pretenden llegar los infractores? Nada más y nada menos que al de la impunidad del ilícito cometido.

Aunque los tratados suscritos por nuestro país, no permiten el juzgamiento en ausencia, al argumentarse que los acusados tienen derecho a una legítima defensa, a más de ser oídos; pues su presencia es un requisito indispensable; en otro punto nos encontramos con que en la anterior Constitución de 1998 y en la vigente se mantiene la imprescriptibilidad de los delitos de peculado, cohecho, enriquecimiento ilícito y concusión; así como la posibilidad de continuar en proceso aún en ausencia del procesado. En realidad estamos hablando de delitos que protegen un bien jurídico de menor valor, soslayando al más alto bien jurídico que protege el Derecho Penal, la vida.

Existen criterios diversos al respecto; pero el que mayor prevalece es el que no se puede juzgar en ausencia, argumentando que no se debe violentar el derecho a la defensa y con mayor ahínco los derechos humanos del acusado, pero lo que muchas veces no se piensa es en el sufrimiento de las familias afectadas por la pérdida de un ser querido, cabe al respecto la pregunta; ¿acaso dichas personas no tenían derechos humanos que los ampararan o las familias no tiene derecho a que se haga justicia? Teniendo en cuenta que muchos de los asesinados eran el único sustento del hogar. Estoy seguro que la respuesta será un sí rotundo.

Por lo antes expuesto la presente investigación tendrá como objeto el estudio del juzgamiento en ausencia del procesado por el delito de asesinato y complementariamente la figura de la prescripción e imprescriptibilidad de dicho delito.

# CAPÍTULO I

## El Asesinato

### 1.1 Antecedentes históricos del asesinato en la legislación ecuatoriana

A lo largo de la historia Republicana, el asesinato ha tenido importantes variaciones en los diferentes Códigos Penales que se han desarrollado con el transcurso del tiempo, cada cambio originado respondía a las necesidades de tipificar el asesinato como un delito, con el fin de evitar que se siga incrementando el número de ilícitos en la sociedad, y sobre todo de castigar severamente a quienes cometían asesinatos.

Cronológicamente existen las Legislaciones Penales de 1837, 1872, 1889, 1906 y 1938, las mismas que se han conocido en la Historia Jurídica con los nombres del Código Penal de Flores, Rocafuerte, García Moreno, Eloy Alfaro y General Enríquez<sup>1</sup>.

En el campo penal, recién en el año 1837 el Ecuador tiene un Código Penal elaborado en la presidencia de Vicente Rocafuerte, el cual no representa mayor novedad, debido precisamente, al hecho innegable de que faltaba gente preparada para legislar con propiedad y pensando que se iba a normar la vida de los pueblos que formaban parte de la naciente nación.

Recién en el año 1839 se dicta la primera Ley de Procedimiento Criminal que la pone en vigencia el General Juan José Flores. La misma que contiene 94 artículos, en los que se dictan reglas elementales con gran semejanza a las del Procedimiento Civil es decir, sin una identidad propia ni sentido original. Muchos aspectos de carácter trascendental se dejan al arbitrio de los jueces penales quienes de esta forma deben suplir vacíos y lagunas poniendo en peligro el estricto cumplimiento del principio de legalidad de los delitos y de las penas<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> AGUILAR Maldonado, Carlos, El Asesinato en la Legislación Penal Ecuatoriana, Fondo de Cultura Ecuatoriana 1983 pág. 15.

<sup>2</sup> VACA Andrade, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, segunda edición, pág. 75.

En dicho Código propiamente hablando, el Asesinato, como figura jurídica independiente y autónoma, no existe.

El Código Penal de 1837 antes que el Asesinato, como figura jurídica, considera al Asesino como tal. Lo subjetivo penal supedita a lo objetivo penal. Se confundía, para ser más claro, la persona del delincuente con el delito por éste cometido.

El Código Penal de Roca fuerte antes que tipificar la infracción como tal, busca la calificación del Agente o del sujeto, dada la corriente en auge de ese tiempo, que consistía en mirar antes que los problemas genéricos y abstractos a los sugestivos, por más de que de ese modo se sacrifique la estructuración técnica del Código.

Los elementos constitutivos y que dan vida jurídica al Asesinato, no están reunidos en tipo concreto penal. Están establecidos en varias normas que se inspiraron en el mayor o menor escándalo que el hecho humano transgresor de la Ley estaba en capacidad de producir y en las circunstancias de ferocidad del mismo en esa época.

Dentro de estas circunstancias que agravan la conducta delictiva y que dan la suficiente razón para designar al Agente como asesino, encuéntrense: la sangre fría, el ocultamiento de un delito, la falta de estímulo que establezca circunstancias eximentes o excusantes, la premeditación, la alevosía, el sobre seguro, el robo cometido con la comisión de una muerte, la ferocidad, el fuego, el parentesco afino o colateral, el respeto debido y no guardado, el veneno; circunstancias todas estas que si bien no eran constitutivas de la figura delictuosa Asesinato, que propiamente no existía en la legislación, daban como resultado la pena capital, previa la declaración de asesino al responsable del hecho antijurídico.

El Asesinato, no existió como infracción jurídica clara y terminante, como ya se mencionó anteriormente, sino más bien; vivió con otros delitos y solo tenía realidad en la aplicación de la pena. Sus circunstancias calificativas no estaban determinadas y se las encontraba en varias

normas extrañas y diferentes a la institución misma, que no logró independizarse de manera firme y concreta<sup>3</sup>.

Durante la segunda presidencia del Dr. Gabriel García Moreno, el 3 de Noviembre de 1871, se promulga un nuevo Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal, el cual entra en vigencia el 1 de Noviembre de 1872. Consta de 359 artículos. Se divide la acción penal en pública y privada. Se permite la presentación de denuncias reservadas. Las pruebas se clasifican en materiales, testimoniales, instrumentales, reales y conjeturales; y se dividen en perfectas, plenas o completas, e imperfectas o semiplenas, de acuerdo al sistema de valoración legal existente.<sup>4</sup>

En cuanto a lo que se refiere específicamente al Asesinato que ha de ser siempre un homicidio especial, un homicidio agravado, un homicidio cometido dentro de circunstancias concretas y específicas. Esto que no alcanzó a comprender el Legislador de 1832 se observa en el Código de 1872, así como en el de 1889; Códigos ambos que en relación a la infracción Asesinato, tienen idéntica estructura, siendo el segundo copia fiel del primero, en la descripción típica del Asesinato.

Es característico en aquellos Códigos la claridad normativa. Se ejemplifica cada una de las circunstancias que forman la figura autónoma, para así sentar bases certeras y concretas.

En conclusión, los Códigos de García Moreno y Flores crean en el Ecuador el delito de Asesinato, estableciéndolo correctamente, por más que dentro de las circunstancias calificativas haya deficiencias técnicas. Surge la figura delictiva en el aspecto jurídico y desaparece lo relativo al aspecto personal del delincuente.

A continuación me permito transcribir los artículos del Código de 1782 que hacían referencia al delito de Asesinato.

---

<sup>3</sup> AGUILAR Maldonado, Carlos, Op. Cit. Pág. 16,17.

<sup>4</sup> VACA Andrade, Ricardo, Op. Cit., pág. 77.

Art. 430.- Es asesinato y será castigado con pena de muerte, cuando el homicidio se cometa con alguna de las circunstancias siguientes:

1ª.- Con premeditación conocida;

2ª.- En virtud de dones y promesas que se hayan hecho previamente para que se mate o hiera;

3ª.- Con previa asechanza, ya poniendo espías o algún tropiezo o embarazo para facilitar la ejecución, ya buscando auxiliadores para el mismo fin, o ya empleando de antemano cualquier otro medio insidioso para sorprender a la persona asesinada;

4ª.- Con alevosía o a traición o sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida o indefensa a la persona asesinada, ya llevándola con engaño o perfidia; o privándole antes de la razón, las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato, ya empeñándola en una riña o pelea provocada por el asesino por ventaja conocida de parte de éste, o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el crimen con seguridad, o para quitar la defensa al acometido;

5ª.- Con sustancias o bebidas venenosas o nocivas que, a sabiendas, se haya aplicado a la persona asesinada, o se le haya hecho tomar de cualquier modo que sea;

6ª.- Con la explosión o ruina de materiales preparados para el asesinato, o con el incendio o inundación causadas a sabiendas de que en los lugares incendiados o inundados había actualmente alguna o algunas personas;

7ª.- Con tormentos o con algún acto de ferocidad o crueldad;

8ª.- Con el fin de cometer un robo o cualquier otro crimen o delito, o con el fin de impedir que se descubra o se detenga al delincuente después de cometido.”

“Art.432.- En el homicidio voluntario se supondrá haber premeditación siempre que lo ejecute su autor a sangre fría, o con el fin de cometer u ocultar otro delito, o sin ser movido, en el acto mismo de la perpetración, por alguno de los estímulos que se expresan en los artículos 439 y 440”.

Art. 433.- Los que voluntariamente y con premeditación por dádivas o promesas, o con asechas, o con alevosía, o sobre seguro, mataren a otro, son asesinos, y sufrirán la pena de muerte.

Art. 434.- Son también asesinos y reos de muerte, los salteadores y ladrones que maten para robar, o en el acto de cometer el robo, o para encubrirlo, o para fugarse, y también los que dieren la muerte con tormentos, o con algún acto de ferocidad o crueldad, o poniendo fuego en la casa o lugares en que se halle la persona muerta por el fuego, o a quien se hubiere querido matar con el fuego.

Art. 435.- Cuando hayan concurrido al robo dos o más personas, todas serán responsables del asesinato que con motivo u ocasión de él se cometa, a menos que resulte quien lo cometió y que los demás no tuvieron parte en él, ni pudieron remediarlo o impedirlo.

Art. 437.- Los que del mismo modo mataren a sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, los criados a sus amos, y los libertos a sus patronos, serán castigados como asesinos.

Art. 452.- Los que por medios de sustancias venenosas, empleadas o suministradas a sabiendas, causaren la muerte a otra persona, serán castigados como asesinos, con la pena de muerte.<sup>5</sup>

El 2 de Junio de 1906, el Gral. Eloy Alfaro pone en vigencia un nuevo Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal. Es muy parecido a los anteriores. Se dispone que las infracciones que no deben perseguirse de oficio puedan terminar por desistimiento de los acusadores si no hay contradicción de los acusados. Sin embargo, en los delitos perseguibles de oficio aunque es procedente el desistimiento de la acusación, la causa debe continuar sustanciándose con la intervención del Agente Fiscal, similar a lo que ocurre ahora. En este Código se mantiene la reserva de la denuncia aunque se prohíbe la pesquisa fundada en anónimos. El procedimiento en el ejercicio público de la acción se dividía en Sumario y Plenario.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> AGUILAR Maldonado, Carlos, Op. Cit. pág. 18

<sup>6</sup> VACA Andrade, Ricardo Op. Cit., pág. 78.

En lo referente al asesinato, los elementos que lo configuran vuelven a perder su individualidad y se incluyen entre las circunstancias agravantes genéricas, teniendo así doble capacidad, que consiste en ser atendidas para la cualificación de otras infracciones y en ser, a la vez, constitutivas de la infracción.

En otro punto, no solo se confunden; sino se multiplican, pues el sistema de agravantes es genérico y, por tanto, cualquiera de ellas puede conformar el Asesinato como figura delictiva. Se rompe el límite inconfundible que señala la diferencia entre la agravante genérica del hecho delictuoso y la agravante específica sin la que no existía infracción especial.

Y por último, se crea un Asesinato especialísimo, señalándose para configurarlo elementos determinados ya entre las circunstancias agravantes generales, pero estableciendo excepciones que debían ser puntualizadas en el artículo correspondiente en que se detallan las circunstancias eximentes de responsabilidad, nunca en el repertorio penal de tipificaciones.<sup>7</sup>

A continuación se transcriben los artículos del Código de 1906, que hacían referencia al asesinato.

Art. 392.- Es asesinato y será castigado con reclusión mayor extraordinaria cuando se cometa con alguna de las circunstancias determinadas en el referido Art.35.

Art. 35.- Son circunstancias agravantes todas las que aumentan la malicia del acto, o la de sus autores, o la alarma que la infracción produce en la sociedad como en los casos siguientes y en los demás que las leyes determinen:

1º.- El cometer la infracción, embriagándose de propósito para ello, o ejecutando con alevosía, traición, insidias, o sobre seguro; o por precio, recompensa o promesa; o por medio de inundación, naufragio, incendio, veneno, explosivos, minas, descarrilamiento de ferrocarriles, armas prohibidas u otros medios que pongan en peligro a otras personas a más de la ofendida; o empleando la astucia, el disfraz, el fraude; o con ensañamiento o crueldad, haciendo uso de cualquier tortura y otro medio de aumentar o prolongar el dolor de la víctima, o imposibilitando al ofendido para defenderse, ya sea que para esto se le prive del uso de la

---

<sup>7</sup> AGUILAR Maldonado, Carlos, Óp. Cit pág. 18.

razón, ya se emplee auxiliares en la comisión del crimen; o haberse cometido el delito, como medio de cometer otros; o haber precedido a la infracción un delito frustrado o una tentativa contra el mismo ofendido; o haberse perpetrado el hecho, prevaleciendo el autor de su condición de autoridad, o entrando en casa de la víctima, o después de haber recibido algún beneficio de ésta.

2°.- El aprovecharse de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular, u otra calamidad o desgracia, pública o particular, para ejecutar la infracción.

3°.- El llevarla a cabo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren la impunidad; o tomando falsamente el título, las insignias o el nombre de la autoridad; o mediante una orden falsa de ésta; o con desprecio u ofensa de los depositarios del poder público; o en el lugar mismo en que éstos se hallen ejerciendo sus funciones; o donde se celebre una ceremonia religiosa de cualquier culto permitido o tolerado en la República.

4°.- El ejecutar el hecho punible de noche; o en despoblado; o en pandilla, o abusando de la amistad o confianza que se dispense al autor; o con escalamiento o fractura; con ganzúas o llaves falsas o maestras; o con violencia.”

Art. 393.- Si el homicidio se ha perpetrado con el fin de que no se descubra, o no se detenga al delincuente, después de cometido un crimen o delito, se reputará asesinato; exceptuándose cuando el homicida sea ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano del delincuente al que se haya pretendido favorecer.<sup>8</sup>

El 9 de abril de 1938 y durante la dictadura de Alberto Enríquez se dicta el primer Código de Procedimiento Penal, denominación que se mantiene hasta nuestros días en la legislación vigente. Entra en aplicación el 1 de Junio de 1938; aunque es, en términos generales es el mismo de 1906.

El 18 y 28 de julio del mismo año, a pretexto de errores tipográficos y cambios de redacción se modifican textos del articulado del flamante Código, lo cual se explica si consideramos que

---

<sup>8</sup> AGUILAR Maldonado, Carlos, Op. Cit. Cit. pág. 18.

el país vivía entonces sometido a una dictadura militar,<sup>9</sup> por consiguiente tenía que estar acorde a la realidad de nuestro país.

En este Código se vuelve a dar vida al delito Asesinato, como infracción propia en la que se señala, concreta y claramente, los elementos constitutivos de esa específica infracción; se salva así el error del Código de 1906 y se establecen elementos que califican el homicidio, suprimiéndose otros anteriormente considerados.

A continuación se transcribe el artículo correspondiente al asesinato tipificado en el código de aquel año.

Art. 426.- Es asesinato y será reprimido con reclusión extraordinaria, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes:

1°.- Con alevosía;

2°.- Por precio o promesa remuneratoria;

3°.- Por medio de inundación, veneno, incendio o descarrilamiento;

4°.- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido;

5°.- Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse;

6°.- Por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos;

7°.- Buscar de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio;

8°.- Cuando el homicidio se ha perpetrado con el fin de que no se descubra o no se detenga al delincuente, excepto cuando el homicida sea ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano del delincuente al que se haya pretendido favorecer, y;

---

<sup>9</sup> Vaca Andrade, Ricardo, Op. Cit. pág. 78.

9°.- Cuando se cometa el homicidio como medio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito; o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber tenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible.<sup>10</sup>

Este artículo es muy parecido al que predomina hasta nuestros días.

## **1.2 Breve clasificación de los subtipos de asesinatos**

A continuación el punto principal para poder hacer una clasificación de los varios subtipos de asesinato, se lo hará únicamente en base a lo establecido en el art. 450 del Código Penal vigente que se refiere a este ilícito penal, no se estudiará los para tipos penales por no circunscribirse al tema de la disertación, que al cumplir con ciertos requisitos automáticamente se conviertan en asesinato; cuando realmente lo que se ha configurado es el tipo homicidio.

Art 450.- Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las siguientes circunstancias:

1. Con alevosía;
2. Por precio o promesa remuneratoria;
3. Por medio de inundación, veneno, incendio, o descarrilamiento;
4. Con ensañamiento, aumentando deliberadamente e inhumanamente el dolor del ofendido;
5. Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse;
6. Por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos;
7. Buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio;
- 8.- Con el fin de que no se descubra, o no se detenga al delincuente, excepto cuando el homicida sea ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano del delincuente al que se haya pretendido favorecer, y;
9. Como medio para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso intentar el otro hecho punible.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> AGUILAR Maldonado, Carlos, Op. Cit., Pág. 20

### 1.2.1 Alevosía

La primera circunstancia para la clasificación del asesinato es la alevosía, palabra que muchas veces es confundida o se presta para muchas interpretaciones, por ello a continuación algunas acepciones de dicho término.

El diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas define la palabra alevosía de la siguiente manera:

Traición o perfidia. Según el Código Penal. Español: Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra la vida, empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido.

La alevosía es una circunstancia agravante de los delitos contra las personas. En el asesinato no se aprecia cual agravante genérica, sino como calificativa de dicho delito; lo propio que en el homicidio, por ella convertida en asesinato.<sup>12</sup>

La palabra alevosía se deriva del gótico *levian* que quiere decir traición, es por ello que algunos Códigos Penales como el Uruguayo y el Chileno señalan que existe esta circunstancia o elemento cuando se obra a traición o sobresuro.

Se puede entender por consiguiente que esta circunstancia opera, cuando las personas que cometen el delito no sufren ninguna clase de riesgo, por el contrario se priva de la defensa al sujeto pasivo o víctima, en pocas palabras, tienen seguridad en lo que van a realizar, del delito a cometer.

Para el Dr. José García Falconí la alevosía consiste, en que una persona lesione a otra cogiéndola intencionalmente, de improviso o empleando asechanzas u otros medios, que no le den lugar a defenderse ni a evitar el mal que se le quiere hacer y no se puede establecer la

---

<sup>11</sup> Código Penal Vigente

<sup>12</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico, Ed. Heliasta, Buenos Aires

existencia de alevosía si no está probada la intención del agente o sujeto activo, lo cual no puede presumirse.<sup>13</sup>

En nuestro país para que opere dicha circunstancia se exige, que haya meditación del hecho; y, luego de esto la manifestación de obrar de esa forma, es decir atacando de improviso, sin darle tiempo a nada a la víctima, sin que esta se dé cuenta de la intención del sujeto activo; además para probar dicha circunstancia en la realidad hay que demostrar fehacientemente a las autoridades que el agente atacó intencionalmente a su víctima.

La gran mayoría de autores tanto nacionales como extranjeros coinciden en que para calificar la circunstancia alevosía se deben observar dos criterios detallados a continuación.

### **1.2.2. Criterio Objetivo**

Según Quintano Ripollés, el núcleo esencial de la alevosía estriba, no en la cobardía del ofensor, sino en la indefensión de la víctima. *“La explicación de esta agravante dice que no puede ser otra que la de proveer a una más eficaz protección de las eventuales víctimas desvalidas, aunque el desvalimiento sea ocasional”*.<sup>14</sup>

Según Jiménez de Asúa, de acuerdo con este criterio habría que concluir que si alguien ataca a otro, sin disimular su propósito agresivo, ante lo cual la víctima huye y, al tropezar en su huída, es herida mortalmente por su perseguidor, el homicida sería alevoso, ya que el agredido se encontraba indefenso.<sup>15</sup>

En conclusión según este criterio lo que busca la ley es proteger a aquel sujeto pasivo que está en situación de indefensión, mientras que el sujeto activo se coloca en una posición de seguridad para dar el golpe mortal, en mejor condición que la víctima, aquí se prevé matar y

---

<sup>13</sup> GARCÍA Falconí, José, Los Juicios por los delitos de Homicidio y Asesinato, Segunda Edición 1994, Pág. 38

<sup>14</sup> RIPOLLES, Quintano, Comentarios al Código Penal Chileno, Madrid España, Editorial Revista de Derecho Privado Pág. 207.

<sup>15</sup> JIMÉNEZ de Asúa, La Ley y el Delito, 1954, Pág. 487.

asegurarse al mismo tiempo de garantías para su cometido, es decir actúa sobreseguro de que la víctima no podrá quedar con vida.

#### *1.2.1.2 Criterio Subjetivo*

Es la tesis predominante en la doctrina española: el énfasis es puesto en el reproche moral y en criterios criminológicos. Jiménez de Asúa explica que la alevosía es eminentemente subjetiva y debe apreciarse sólo cuando indica en el agente traición, cobardía o propósito de aseguramiento. Para Ferrer Sama, el carácter subjetivo de la alevosía fluye no sólo del buen sentido, sino también de la moderna orientación de la ciencia penal, basada cada día más en el factor personal.<sup>16</sup>

Por lo tanto para el criterio subjetivo se dice que el sujeto activo del delito tiene que actuar de manera cobarde, débil, escondiendo la intención de cometer el ilícito penal.

De esta manera el doctor Efraín Torres Chaves, teniendo en cuenta estos criterios, define a la alevosía, como: *“Toda muerte voluntaria dada por un hombre a otro en forma brutal, espeluznante, con horror, a tal punto que sin ninguna gimnasia mental, cualquiera aleje a dicha figura del homicidio simple.”*

Es que antes que explicarse por una razón objetiva, se asienta en elementos de juicio personal y subjetivo, por lo tanto la ley no puede sino establecer el principio general y abstracto aplicable al acto particularizado; acto susceptible de ser índice de temibilidad manifiesta del agente protagonista del ilícito penal.

Por lo tanto, la alevosía no es, solo sinónimo de imposibilidad de defensa provocada o circunstancial del sujeto pasivo. No es, tampoco, sólo el hecho traicionero. Menos el engaño puro y simple. No es, así mismo, el aprovechamiento de la desprevenición de la víctima, exclusivamente. La sangre fría y la perversidad, sólo ellas, no son tampoco alevosía; el común denominador de que el delincuente ha de cometer el homicidio con la seguridad en el evento a producirse y con la plena representación de que el hecho que comete no tiene inmediato

---

<sup>16</sup> JIMÉNEZ de Asúa, Luis, Op. Cit. 117

resultado en su contra, inclusive que se garantice su impunidad. Es decir el concepto de alevosía no es simplista, sino más bien complejo.

La alevosía no es hecho real comprobable con visura, sino tan sólo susceptible de interpretación y declaración por parte de los jueces y tribunales, tomando en cuenta el proceso que la forma y el resultado. Siendo, de carácter interno, personal, psíquico, no puede ser tangible y susceptible de experimentación y comprobación externa. Podrá comprobarse y examinarse los resultados de esa alevosía para deducir y determinar su existencia. En otras palabras la alevosía se inferirá de los resultados. No siempre este elemento legal del Asesinato deja materialmente, claras muestras de su existencia. Se podrán dar muchos casos en que, por las huellas de la infracción consumada, se pueda dar un dictamen estableciendo alevosía, por más que el aspecto verídico y autentico diste mucho de la indicada resolución. Y así mismo la alevosía, por motivos extraños al agente, se volverá difícil de ser precisada, por más que en lo intrínseco del sujeto haya llegado a tener vida.<sup>17</sup> En otras palabras es muy complejo: en primer lugar para el Fiscal, que es quien investiga, al momento de sustentar su dictamen; para los jueces y sobre todo para los Tribunales Penales, que son quienes juzgan, el poder imponer una pena, con la plena convicción de que el infractor ha tenido la voluntad de hacerlo con la aplicación de esta circunstancia.

### **1.2.3 Precio**

Esta forma de asesinato se remonta al crimen *sicarii* romano. Para los prácticos italianos la misma expresión asesinato comprendía todo homicidio cometido por cuenta y orden de otro. Carmignani y Carrara restringen la expresión al homicidio cometido por recompensa, que no debe necesariamente consistir en dinero.<sup>18</sup>

Guillermo Cabanellas define al precio de la siguiente manera:

---

<sup>17</sup> AGUILAR Maldonado, Carlos, Op. Cit. Pág. 29.

<sup>18</sup> RIPOLLES, Quintano, Op. Cit., Pág. 120

Agravante Penal, “*consistente en delinquir por suma de dinero solicitada u ofrecida.*”<sup>19</sup>

Eugenio Coello Calón dice que “*por precio o recompensa debe entenderse cantidad, suma de dinero u objeto de valor; por promesa, el ofrecimiento de una remuneración; Ej. El de una suma de dinero, una joya, una casa, un empleo. La promesa debe ser efectiva, no presunta o esperada por el asesino.*”<sup>20</sup>

Hay algunos autores que sostienen que la circunstancia opera tanto respecto del mandante como del mandatario. El premio o promesa alcanzaría a ambos copartícipes en opinión de Soler, para quien el homicidio es calificado tanto para el que da o promete recompensa como para el que recibe. El fundamento de ello sería de tipo material: la gravedad del hecho para uno y otro reside en que el ejecutor lo realiza sin motivo personal alguno y por un bajo impulso (la recompensa), mientras que el mandante procura “*su seguridad y aun su impunidad, apelando a ese medio premeditado y artero,*”<sup>21</sup> es decir el no ser descubierto para pagar una pena como autor material del ilícito.

En España algunos autores coinciden en que se tiene que poner en igualdad y haciendo responsable de asesinato, tanto al que ofrece el precio como al que recibe que en nuestro caso sería al autor intelectual y material del delito.

Lo que agrava el delito de homicidio y lo constituye en asesinato, es el hecho de que el delincuente no tiene móvil personal alguno para llevarlo a cabo; y, sin tenerlo busca en la consumación de la infracción la utilidad remuneratoria.

En otras palabras la intervención del precio como causa *sine qua non* del delito, forma el elemento cualificativo descrito; sobre todo si se recuerda que, con tal intervención, se está al frente del caso de los llamados delincuentes profesionales que merecen, según la técnica penal, represión máxima.

---

<sup>19</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico, Ed. Heliasta, Buenos Aires

<sup>20</sup> AGUILAR, Carlos, Op. Cit. Pág. 30

<sup>21</sup> RIPOLLES, Quintano, Op. Cit., Pág. 121

Por lo tanto para que exista esta circunstancia se necesitan tres requisitos:

- 1.- Acuerdo entre dos o más personas:
- 2.- El móvil debe ser el precio, esto es todo lo que tiene valor en dinero o por promesa; y,
- 3.- Que el acuerdo sea anterior al homicidio.

Hay que aclarar que este delito existe aun cuando no se pague o sólo se pague una parte de lo acordado entre los sujetos, que es lo que más se da en nuestro país con el llamado sicariato, que se paga un porcentaje antes del asesinato y el otro porcentaje cuando se ha consumado dicho delito y por otro lado las cosas han salido bien; en otro punto hay que dejar claro que la ley no dice nada respecto a un valor mínimo como precio o promesa remuneratoria, es así que este tipo de asesinatos se han convertido en un negocio lucrativo y hasta en una competencia entre sicarios, como ejemplo de ello encontramos en algunas ciudades del país que el precio por asesinar a una persona incluso es tan bajo, por ello si una persona comete el delito y como precio recibe 20 dólares, automáticamente se convierte en circunstancia constitutiva de la infracción.

A continuación citamos un ejemplo del Dr. Arturo Donoso con respecto a esta circunstancia:

Si una persona ofrece a otra hacerle constar en los roles de pago de la empresa, aunque no trabaje en ella, a cambio que éste “trabajador” mate al enemigo de quien le hace tal oferta, estaría cometiendo un homicidio que se convierte en asesinato porque lo hace a cambio de una recompensa económica; por tanto es también circunstancia constitutiva de asesinato lo que hoy se ha dado en llamar **SICARIATO**, esto es cometer un homicidio por precio o promesa remuneratoria, con lo cual se encuentra el tipo penal llamado asesinato.<sup>22</sup>

Últimamente, este tipo de delito se ha incrementado considerablemente, no solo en las grandes ciudades, como era antes, sino en todo el país; inclusive de fácil acceso: en internet; en los periódicos encontramos avisos o clasificados, como si fuese un medio de sustento más.

---

<sup>22</sup> DONOSO Castellón, Arturo, Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra las Personas, Quito, 2005, Pág. 47.

#### 1.2.4 Veneno

Los romanos distinguían entre veneno bueno y malo, pues para ellos toda sustancia que emergía de la naturaleza era un veneno, de modo que si la mejoraba era bueno y si la hacía nociva era malo. Esta idea de sustancias buenas y malas ha sido naturalmente desde hace ya mucho tiempo abandonada. Posteriormente los prácticos trataron de definir el veneno a través de un criterio temporal, esto es, toda sustancia que mataba con rapidez, pero no es necesario recalcar que tal criterio choca con la propia casuística de la historia del uso del veneno.

Los argumentos para que el veneno sea considerado como una circunstancia constitutiva del asesinato son varias: la malicia que entraña el acto de valerse de sustancias y medios susceptibles de ser fácilmente suministrados a la víctima, sin despertar el temor ni la sospecha de ella; la forma como acaece la muerte, en cuya mayoría de casos las penalidades y sufrimientos del victimado alcanzan un límite torturante; la seguridad del resultado que se busca; la privación de la defensa del ofendido; el hecho que, en muchos casos, el uso del veneno constituye alevosía.<sup>23</sup>

Para Sebastián Soler, citado por Carlos Aguilar Maldonado manifiesta lo siguiente:

Envenenamiento... Sin embargo a medida que los progresos de la química van quitando a este delito el odioso carácter de maniobra impune, aparece nítida la razón actual de la agravante: ésta no reside ya en alguna particular cualidad de la sustancia misma, sino que, dadas las características de ese medio, el homicidio cometido por veneno, resulta alevoso y premeditado. Por eso con respecto a ese delito, se opera una transformación doctrinaria muy claramente traducida en la definición carriana, en la cual se exige que el veneno sea suministrado dolosa y ocultamente.

---

<sup>23</sup> AGUILAR Maldonado, Carlos, Op. Cit., pág. 41.

Por veneno debe entenderse cualquier sustancia mineral, vegetal o animal capaz de cobrar en forma insidiosa y destructiva en el organismo, ya sea por sus propias cualidades o por las conocidamente adquirirá al ser ingerido por determinada persona.

Según se ve, la cuestión de la existencia o inexistencia del envenenamiento depende más del modus operandi que de la sustancia misma, y este criterio nos guía para resolver otras cuestiones que pueden presentarse con respecto al acto mismo de suministrar veneno.<sup>24</sup>

Por lo antes expuesto, todas las teorías relativas a diferenciar las clases de venenos, serían ociosas e innecesarias en esta agravante, ya que si existe una sustancia capaz de producir envenenamiento y muerte, estaríamos ante la circunstancia que estamos analizando; pero claro está, siempre y cuando se haya suministrado la sustancia a sabiendas de que es capaz de causar los resultados antes descrito, es decir que se lo haya hecho dolosamente.

Sobre esta circunstancia como claro ejemplo podemos citar a las llamadas chicas “dulces sueños”, que están operando en nuestro país.

### **1.2.5 El incendio**

En el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas se define al incendio de la siguiente manera: “*Fuego grande que abrasa, y daña o destruye, edificios, barcos, bosques, mieses y cualquier objeto combustible, pero no destinado normalmente a ser quemado*”.<sup>25</sup>

El incendio para ser una circunstancia constitutiva de asesinato tiene que ser doloso, tal como ocurre con las circunstancias antes estudiadas, lo que hay que dejar claro en esta circunstancia es el hecho que la ley distingue o diferencia el incendio con finalidad homicida y el delito autónomo como delito de tipo patrimonial.

Por otro lado la ley tampoco distingue en cuanto a la mayor proporción o menor del fuego o incendio causado y sus consecuencias fatales; lo interesante y lo definitivo es que el fuego haya causado la muerte a la víctima, pero siempre y cuando esa muerte este vinculada con la

---

<sup>24</sup> Ibídem pág. 44

<sup>25</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico, Op. Cit.

intención de quien la causó, así mismo; la muerte causada puede operarse de manera inmediata o prolongada es decir que la víctima quede grave, porque lo único que se requiere es que el fuego sea la causa suficiente para provocar el deceso.

### **1.2.6 Inundación**

En nuestra legislación Penal la razón de la circunstancia que se estudia no se encuentra en los motivos que se reconocen en otras legislaciones. Mientras en éstas, la inundación es circunstancia grave y calificativa de Asesinato por razón del inmenso peligro que encarna para las personas contra quienes no va dirigida la acción, en nuestro Código, se reprime, más bien, la elevada perversidad de buscar un medio efectivo y seguro para dar la muerte al ofendido contra quien va dirigida la acción anti-jurídica y dolosa, poniendo en serio riesgo otros derechos ajenos.

La inundación consiste en el abandono de las aguas de sus causas naturales y ordinarios para producir el daño en bienes y personas, puede ocasionarse o producirse de manera impetuosa o lentamente, en forma instantánea o continua, que la ley no hace referencia al ello, lo único que le interesa para que sea elemento constitutivo del Asesinato es que la inundación producida sea el medio eficiente para causar el delito.

Casos en que se haya dado esta circunstancia en nuestro país, realmente son pocos, por no decir que casi no han existido.

### **1.2.7 El Descarrilamiento**

Realmente en los actuales momentos hay figuras penales que si bien en su determinado momento fueron necesarias por las circunstancias que se vivieron en aquellas épocas, no es menos cierto que con el paso del tiempo han caído en desuso, y éste precisamente es el caso de esta circunstancia constitutiva del asesinato, debido a que el ferrocarril específicamente como medio de transporte en nuestro caso, dejó de circular hace algunos años, ahora con el presidente actual se le ha dado vida pero como un medio netamente turístico, sin embargo vamos a detallar lo que en su momento consistía esta figura constitutiva.

Para que existiera el delito de asesinato se debía descarrilar el ferrocarril de su curso habitual, el agente causante de esto, debía actuar de manera dolosa como en todas las circunstancias, es decir debía tener la voluntad y consciencia de causar la muerte de una persona mediante su acción por lo tanto la esencia jurídica penal de dicha circunstancia no está en el hecho mismo del descarrilamiento producido, que puede ser múltiple y catastrófico en sus consecuencias; sino en la finalidad homicida que con él se procuraba conseguir.

Muy bien puede darse el descarrilamiento como finalidad única, afán tope de la infracción dañosa, sin que las muertes que se causen tengan que ser consideradas como asesinato; pues, sólo cuando el descarrilamiento ha sido escogido como medio para matar, estaremos en esa especie de homicidio, denominado asesinato.

### **1.2.8 El Ensañamiento**

Para Guillermo Cabanellas el ensañamiento significa: *“Acción o efecto de ensañarse, de complacerse en aumentar el daño o el dolor. Circunstancia agravante de la responsabilidad penal, que consiste en aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución”*.

En nuestra legislación esta circunstancia no se configura en el hecho mismo, sino que descansa en elementos de orden psíquico producidos por hechos físicos, que tienen su origen tanto en al autor del crimen como en la víctima.

Para Sebastián Soler citado por Carlos Aguilar el ensañamiento tiene como sentido que el delincuente haya prolongado deliberadamente los padecimientos de la víctima satisfaciendo con ello una tendencia sádica.

“Tiene, pues, todas las características de lo que modernamente se llama un elemento subjetivo de la figura. Por eso es que los clásicos destacan el hecho de que no basta la comprobación exterior de la existencia de una gran cantidad de heridas y exigen la concurrencia de un fin específicamente orientado hacia la producción de sufrimientos. El ensañamiento, además de un hecho físico, es un hecho psíquico, sin cuya concurrencia, la agravante no existe.

Finalmente, consistiendo la agravante de ensañamiento en aumentar el dolor y el sufrimiento de la víctima, no existirá ensañamiento por la reiterada lesión del cadáver y en particular no podrá computarse como calificantes los actos de cercenamiento del cadáver para encubrir el hecho cometido.”<sup>26</sup>

En reglas generales el ensañamiento tiene lugar cuando el sujeto aumenta deliberadamente el sufrimiento de la víctima sin que tal situación sea necesaria para producir la muerte.

En otras palabras es el prolongado padecimiento de la víctima con el propósito de satisfacer una tendencia sádica por parte del homicida. En este sentido puede entenderse que desde el punto de vista subjetivo el enseñamiento constituye un fin distinto de quitar la vida.

El accionar del sujeto activo debe estar dirigido pura y exclusivamente a matar, de modo tal que haga sufrir a la víctima de una manera innecesaria para darle muerte. Es decir que no alcanza sólo la voluntad de matar, sino que se le debe sumar la crueldad propia del ensañamiento.

Tal es así que el exceso de crueldad estará representado desde el punto de vista subjetivo como un fin claro y específico. Pues como se verá no es suficiente la sola circunstancia por la cual se provoca una gran cantidad de heridas, antes de dar muerte, pues ello sólo no alcanza sino se registró un sufrimiento innecesario.

No existiendo, la voluntad de producir el sufrimiento, ni la capacidad, por parte del ofendido, para darse cuenta del mal que le produce, el ensañamiento no existiría.

El Dr. José García manifiesta que para que se configure esta circunstancia se deben dar 2 elementos fundamentales que son:

- a) Objetivo, que significa aumentando el dolor de la víctima, que sufre innecesariamente;
- b) Subjetivo, con deliberación e inhumanidad.

---

<sup>26</sup> AGUILAR Maldonado, Carlos, Op. Cit. pág. 53.

Es pues, el exceso voluntario en la ejecución del homicidio calificado, para irrogar padecimientos innecesarios con relación al fin perseguido por el agente.<sup>27</sup>

De la misma manera para Alfredo Etcheberry dice: *“Para que se configure el ensañamiento deben existir dos elementos el objetivo, que tiene que ver con el aumento del dolor en la víctima y el subjetivo que es la deliberación y la inhumanidad”*.<sup>28</sup>

Sabemos ya que el ensañamiento es sinónimo de crueldad, y el mismo tiene lugar en el campo de lo subjetivo. Pero para ello no basta la existencia del dolo, indispensable para todo homicidio calificado, sino que además de ello se debe querer matar con el previo sufrimiento, del cual podría haberse prescindido.

Es en este punto donde se puede apreciar la idea establecida con anterioridad según la cual el que mata con ensañamiento en realidad busca un fin distinto a la muerte. Es decir que no busca sólo el deceso, lo quiere y lo procura precedido por el sufrimiento, pero lo importante para el homicida no es tanto la muerte sino el padecimiento previo llevado a tales extremos que provoca el fallecimiento de la víctima. Por eso el ensañamiento es la innecesaria prolongación de la agonía, el goce bestial, feroz y despiadado del dolor de la víctima<sup>29</sup>.

Pero los sufrimientos que padece la víctima no sólo deben circunscribirse exclusivamente al aspecto físico, sino que también hay ensañamiento cuando el martirio se desarrolla dentro de los límites psíquicos del ofendido generándole también un profundo sufrimiento.

Para Mario Garrido Montt

“No es ensañamiento provocar cualquier dolor, pues generalmente en toda muerte es connatural el padecimiento aunque el mismo sea brevísimo; debe tratarse de un dolor

---

<sup>27</sup> GARCÍA Falconí, José, Los Juicios por los delitos de Homicidio y Asesinato, Segunda Edición 1994, Pág. 42,43.

<sup>28</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, Prologo del Dr. Sebastián Soler, Editora Nacional Gabriela Mistral, 1976, Tomo III Parte General, pág. 47.

<sup>29</sup> LÓPEZ Carribero, “El ensañamiento en el delito de homicidio”, Tomado de la página <http://diarionco.com/a3354/nota2.html>

magnificado, y para determinar esto deberá atenderse a las circunstancias objetivas concurrentes, en particular el medio empleado, la forma en que se usó, las condiciones y características del victimario y del ofendido. El simple aumento del sufrimiento del occiso también es insuficiente, el exceso debe alcanzar la intensidad que permita calificarlo como inhumano. La inhumanidad se vincula con la entidad del dolor causado, por consiguiente, y no con el animus que haya tenido el agente.»<sup>30</sup>

Por lo tanto hay que dejar claro que para que haya ensañamiento, no es observar únicamente la manera como se puede encontrar al cadáver, sino que se deben analizar muchos factores previamente, principalmente los resultados de la autopsia correspondiente, en el mismo que se determinará casi con exactitud la manera de la muerte de la víctima o el desarrollo de la misma.

Tal como manifiestan los distintos autores; que no existe ensañamiento cuando las heridas ocasionadas para aumentar el dolor han sido ocasionadas luego de la muerte de la víctima, pongamos un ejemplo: una persona decide terminar con la existencia de otra, para lo cual planifica el suceso, efectivamente, se encuentra en el departamento de la víctima, luego de una discusión la hiere con un arma de fuego, posteriormente decide prolongar el sufrimiento de la víctima y con un arma corto punzante ir cercenando dedo por dedo, lo cual se da; en este caso a primera vista diríamos que se configura esta circunstancia, pero luego la autopsia revela que la víctima murió luego del disparo y antes de la cercenación de sus dedos, debido a un paro cardio respiratorio, como podemos observar para que haya ensañamiento la víctima tiene que estar viva aun y según los autores a más de aquello, la víctima debe estar consciente, porque de lo contrario no estaría padeciendo dicho sufrimiento.

---

<sup>30</sup> GARRIDO Montt, Mario, El homicidio y sus Figuras Penales, Ediciones Encina, 1976, Pág. 179

### **1.2.9 Imposibilidad de defensa por parte de la víctima**

Esta circunstancia desde el punto de vista de autores ecuatorianos es innecesaria por cuanto se estaría repitiendo la circunstancia de la alevosía que para que se configure debe existir la indefensión de la víctima.

Para el Dr. Aguilar respecto a el tema que nos ocupa dice que *“La alevosía es, entre otros aspectos, sinónimo de falta de defensa por parte del sujeto sobre el que recae la acción transgresora y anti-jurídica, por lo tanto existe alevosía tanto en el hecho de privar de defensa a la víctima, como también en la acción de aprovechar de esa víctima cuando ésta no pueda defenderse”*.<sup>31</sup>

Además manifiesta que esta circunstancia tendría diferencia con la alevosía en el hecho de que la imposibilidad de defensa de la víctima debe ser anterior a la ejecución del acto que ocasiona el fallecimiento, pudiéndose decir, en cambio, que la alevosía existe sólo cuando el atacado es indefenso o se aprovecha de esa calidad para causar la muerte.<sup>32</sup>

### **1.2.10 Medio cualquiera capaz de causar grandes estragos**

En esta circunstancia tiene cierta similitud con la que tiene que ver con la inundación, incendio, por cuanto aquellas causan también grandes estragos, la intención del legislador quizás fue no dejar a la interperie o no crear una laguna con respecto a otros medios capaces de causar grandes estragos, pero bien pudo haberlo hecho en un mismo numeral.

El Dr. Aguilar al respecto pone algunos ejemplos que pueden ser calificados como causantes de grandes estragos: los atentados contra las personas o bienes cuando se usa los explosivos como medios; los incendios cuando son producidos en edificios, embarcaciones, aeronaves, almacenes, astilleros cuando tienen dentro de sí una o más personas; las destrucciones de las vías u otras destinadas a las comunicaciones públicas, cuando han sido la causa para que se

---

<sup>31</sup> AGUILAR, Carlos, Op. Cit., Pág. 53

<sup>32</sup> Op. Cit., Pág. 54.

produzca la muerte de un individuo; los hechos que ponen en peligro la seguridad de una nave y dan como resultado la muerte; el envenenamiento o infección de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas, cuando se ha producido la muerte, entre algunos otros ejemplos.<sup>33</sup>

Es menester anotar que el elemento estudiado no viene a ser sino una mera enumeración genérica y abstracta susceptible de aceptar, como en efecto acepta, dentro de su generalidad, los elementos cualificativos estudiados ya y determinados con los nombres de veneno, incendio, inundación y descarrilamiento.

Por consiguiente cualquier medio capaz de causar grandes estragos que no sean los del numeral 3 del artículo 450 del Código Penal estaría enmarcado en esta circunstancia constitutiva del asesinato, como lo dije antes; se lo hubiera hecho en un mismo numeral, por otro lado cabe recalcar que no basta que se haya causado grandes estragos, sin que el sujeto que lo causó nunca tuvo la intención de causarlo para producir la muerte de una persona, acotando que para que se den todas las circunstancias estudiadas en menester la presencia del dolo.

### **1.2.11 La noche buscada a propósito**

En primer lugar hay que dejar claro los términos que constituyen esta circunstancia, es así que el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas nos hace referencia a la noche: “*En sentido natural, tiempo en que falta la claridad de la luz solar, desde poco después del ocaso hasta algo antes de la salida del astro. Legalmente, desde que se pone hasta que sale el sol*”.<sup>34</sup>

Esta circunstancia se refiere cuando una persona con el fin de acabar con la vida de otra persona busca de propósito la noche, deliberada o rápidamente, para aquello debe de existir una especie de premeditación, prolongada o rápida, pero dañosa siempre, que acarrea, la seguridad de la acción, la posibilidad de evitar defensa por parte de un tercero, la efectividad de los resultados y su posible impunidad.

---

<sup>33</sup> Ibídem Pág. 57.

<sup>34</sup> CABANELLAS, Guillermo, Op. Cit.

Para el Dr. Carlos Aguilar, la seguridad de la acción está justamente en el hecho del resultado positivo que se tendrá cometiendo el hecho punitivo en la noche, por cuanto es casi seguro que existirán pocas personas que puedan ayudar a la víctima; por lo tanto se supone que el victimario puede acometer a la víctima sin que ésta tenga la noción exacta de la defensa que debe emplear para repeler la agresión injusta, ya que la noche produce el desconcierto en la precisión de los medios de ataque y vuelve difícil la ubicación del atacante, todo lo que uniéndose a lo desesperado de la agresión, da como resultado un fenómeno criminal cargado de malicia.<sup>35</sup>

Por otro lado esta circunstancia constitutiva para que sea considerada como tal, no basta que el delito haya sido cometido en la noche, sino el espíritu de la ley va más allá al hecho de que tiene que buscarse de propósito la noche, es decir tiene que ser pensado premeditado, planificado por el agente, queriendo evitar ser descubierto en esta circunstancia.

Para Eugenio Cuello Calón, citado por el Dr. Carlos Aguilar *“Es despoblado el lugar donde no hay población ni siquiera concurrencia de gentes; el lugar en cuyos contornos no existe población ni agrupación de casas a menor distancia de 200 metros; debe apreciarse aun cuando el delincuente no haya buscado esta circunstancia de propósito.”*<sup>36</sup>

Por lo tanto, despoblado no es sinónimo de falta de habitantes únicamente, sino más bien donde no haya población, porque de lo contrario un lugar en el día muy concurrido, en la noche sería despoblado, y ese según los autores no es el espíritu de la ley.

Aplicando lo expuesto, se tratará de homicidio calificado cuando la muerte ocurre en cualquiera de estas dos circunstancias: en un lugar no habitado y que no tiene pobladores ni habitaciones o casas de vivienda; y en un lugar en que, si bien estuvo habitado o poblado con anterioridad al hecho, en el momento de que aquel acontece no tuvo esa población.

Por lo tanto el concepto de despoblado como se dijo anteriormente no comprende el caso de una ciudad, que, en momentos especiales, puede estar aparentemente deshabitada, por el

---

<sup>35</sup> AGUILAR, Carlos, Op. Cit. Pág. 59.

<sup>36</sup> *Ibidem* Pág. 64.

contrario se sostiene que lugares inhabitados no pueden ser susceptibles de dar vida a esta circunstancia, cuando ocasionalmente tienen habitantes y en estas condiciones, raras y excepcionalmente, tienen lugar los homicidios, por lo tanto tiene que ser un lugar despoblado de día y de noche.

#### **1.2.12 Finalidad homicida procurando no se detenga o no se descubra al delincuente**

En esta circunstancia no interesa al espíritu de la ley la posición que ocupa el delincuente defendido frente a los aspectos de carácter procesal que es susceptible de estar de acuerdo con las leyes adjetivas penales, por ejemplo si alguien es muerto por el defensor de un reo encontrado en delito flagrante, individuo a quien apresa o trata de apresar, por expreso mandamiento de la ley, el autor del hecho calificado, a priori, como criminal, no puede, no debe ser calificado como asesino. Lo flagrante en lo penal no es sinónimo de declaración ejecutoriada de culpabilidad en la comisión de un delito.<sup>37</sup>

Impedir que se detenga al delincuente no es lo mismo, por otra parte, que procurar que no se declare culpable a un procesado, la acción de matar para que no declare un testigo presencial de una infracción que se le imputa a un individuo no es asesinato, porque la ley se refiere no al procesado sino al delincuente, o sea, a quien tiene en su contra sentencia ejecutoriada.

#### **1.2.13 El homicidio como medio de preparar, consumir, facilitar, asegurar otro delito**

Preparar un delito es llevar a cabo los actos anteriores a la consumación que se estimen necesarios para el buen éxito de la acción criminal. Preparar un delito, no es otra cosa que buscar los medios indispensables para que el hecho criminoso pueda ejecutarse. Preparar un delito, es, en otras palabras, sentar las bases idóneas para que la infracción que se intenta se realice.<sup>38</sup>

Para el Dr. Carlos Aguilar la preparación de un delito puede ser considerado dentro de dos aspectos: hay preparación interna del delito, proceso dentro del que se encuentran los estados de invención, proposición, deliberación, etc.; o sea todos aquellos que pertenecen al fuero

---

<sup>37</sup> Aguilar, Carlos, Op. Cit. Pág. 66

<sup>38</sup> *Ibidem*, Pág. 69

interno del ejecutor. Hay preparación externa, cuando se produce la exteriorización de esos estados psíquicos en actos que, si bien no son el delito al que tiende el agente, constituyen medios eficientes para consumarlo.<sup>39</sup>

Por lo tanto para que haya asesinato, es necesario que los actos externos preparatorios consistentes en el homicidio sean anteriores al delito cuyo homicidio se prepara.

Por otra parte el Dr. Mario A. Oderigo citado por el Dr. Carlos Aguilar manifiesta respecto a esta circunstancia:

El propósito de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, debe concurrir integrando el elemento Psicológico, a título de dolo específico; caso contrario podrá existir homicidio simple con concurso con otro delito.”

No es necesario que el otro delito se hubiere consumado, es indiferente, así mismo, que el otro delito sea un homicidio u otro delito distinto, o que se cometa consecutiva o sucesivamente, o que se haya proyectado para ser cometido por el propio autor del homicidio o por un tercero.”<sup>40</sup>

Por lo antes expuesto el homicidio y el delito tienen que tener una conexión íntima y mutua, por más que las circunstancias del tiempo y del espacio no sean uniformes e idénticas, como por ejemplo si se roba un vehículo para asaltar un banco “x “ de la ciudad, y en dicho robo se le quita la vida al dueño del vehículo, como vemos los lugares de los acontecimientos son diferentes en tiempo y espacio, sin embargo son conexos por cuanto el fin es asaltar el banco, además no interesa que el delito concausal sea consumado; basta que el hecho, perverso y desmedido, de dar muerte con otra finalidad delictuosa para que el asesinato se configure; la ley no requiere que se consuma la infracción a la que se busca llegar, ni siquiera que se la intente; lo único que exige es la muerte que se da, sea un medio de facilitar otro delito, pues siguiendo con el ejemplo anterior, no importa si se frustró el asalto al banco, lo que interesa es que el homicidio se lo realizó para conseguir el asalto del banco; por eso la tentativa para el delito último configura, también, el asesinato, pues el agente llevó a cabo acciones capaces de

---

<sup>39</sup> Ibídem, Pág. 70

<sup>40</sup> Ibídem Pág. 71.

producir la finalidad delictiva que se propuso al ejecutar el homicidio como delito tendiente a conseguir la consumación de la infracción deseada pero no conseguida.

Es tan amplia esta circunstancia cualificativa que hasta el homicidio perpetrado para preparar un delito que ha de ser ejecutado por un tercero convierte al victimario en responsable de asesinato; la ley sanciona el hecho de preparar un delito, simple y llanamente y la existencia de esa circunstancia, es bastante para que se esté al frente de un homicidio calificado,<sup>41</sup> en lo que respecta al ejemplo planteado se daría si un integrante de la banda comete el homicidio al momento de robar el vehículo, aun cuando él no asalte el banco, responderá por asesinato por cuanto cometió el delito como medio para preparar otro delito.

El diccionario Jurídico Guillermo Cabanellas define la consumación así: *En el derecho Penal, una de las fases del delito, que se caracteriza por haber ejecutado el culpable todos los actos para producir como resultado la infracción penal, en forma voluntaria y consciente, y logrado a propósito.*<sup>42</sup>

Consumar un hecho es definirlo, terminarlo, acabarlo. Por eso, para que se configure el asesinato por esta circunstancia se vuelve indispensable que la remota finalidad delictiva se lleve a efecto y que su resultado se exteriorice.

Otro ejemplo es el matar al dueño de una casa con el objeto de consumar una violación, es hacer del acto de matar un medio para llegar a esa violación; y producir este delito después de haber cometido el homicidio para consumarlo es, también, dar vida a un asesinato.

Por otro lado el Dr. Aguilar dice lo siguiente:

No es demás dejar constancia de que no se tratará de homicidio calificado cuando la muerte que se causa se cree medio idóneo para un delito imposible. Matar con la finalidad de apropiarse de algo que es propio del infractor no es incurrir en asesinato, por mucho que el homicidio se crea un medio idóneo para realizar la sustracción. La ley requiere que se consuma un delito y el delito imposible no puede ser consumado, por su propia naturaleza. El delito

---

<sup>41</sup> *Ibidem.* Pág. 70

<sup>42</sup> Cabanellas, Guillermo, *Op. Cit.*, Pág. 89

imposible –aquel que no se puede llevar a cabo- no es capaz de contornar el asesinato, cuando el homicidio se perpetró como un simple medio de llegar a él.<sup>43</sup>

Por otro lado no hay que confundirse con el fenómeno jurídico llamado concurso de infracciones, pues mientras ésta se refiere a la ejecución de delitos causados por una misma acción y en un mismo tiempo, esta circunstancia es tal porque el agente causante del delito encontró para la fácil realización de un delito diverso, pero conexo, es decir se lleva a cabo en un acto diferente y en tiempo diverso.

Para librarse de la persecución de la víctima contra quien se ha perpetrado un robo, se le da muerte en momentos que ella inicia esa persecución, aquí no existirá asesinato, por concurrencia de la circunstancia que se está analizando, porque el homicidio causado no facilitó a ejecutar el delito robo, pues éste estuvo plenamente perpetrado antes del acto de matar; podrá ser asesinato de haber otra circunstancia cualificativa, pero nunca la analizada aquí.<sup>44</sup>

Pues según lo que dice el autor el otro delito que se cometa tiene que ser posterior al homicidio, ya que si es anterior no se configura la circunstancia, es como el ejemplo citado en donde el asesinato cometido es posterior por el hecho que lo seguían.

Continúa el Doctor Aguilar:

Apropiarse de una suma de dinero ajeno, por medio de una falsificación de una firma en una escritura pública, hiriendo al notario que trató de impedirlo, es dar vida a dos infracciones diversas, autónomas e independientes, justificado el fenómeno de la concurrencia, ya que se habría cometido el delito estafa, por una parte, y el delito lesiones, por otra. Más, bien, si bien existe relación entre el uno y el otro delito, no puede defenderse que, desaparecida la estafa, desaparezca el delito de lesiones o viceversa.<sup>45</sup>

Otro ejemplo, A mata a B, y al salir de la habitación en donde queda el victimado produce heridas en los familiares de aquel. El hecho acaecido tendrá una doble fisonomía de carácter

---

<sup>43</sup> Aguilar, Carlos. Op. Cit. pág. 73.

<sup>44</sup> *Ibidem* Pág. 76.

<sup>45</sup> *Ibidem* Pág. 76.

legal: será delito de homicidio, por una parte, y de lesiones por otra; pero en ningún caso estaremos frente a un asesinato por la independencia absoluta que tienen esas dos infracciones, por más que hayan sido ejecutadas en unidad de tiempo.

Otro ejemplo que nos da el Dr. Arturo Donoso es el siguiente: *“Cuando el ataque se produce para robar la cartera de la víctima, encontramos asesinato porque es un homicidio simple con alevosía, pero además concurre otra circunstancia esto es, preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar los resultados o impunidad o por no haber obtenido los resultados que se propuso el sujeto activo del asesinato”*.<sup>46</sup>

Ocultar es sinónimo de esconder. Ocultación significa, pues, la acción tendiente a disfrazar o encubrir algo. Pero, en el sentido legal, el término ocultar, quiere decir el acto por el que el delincuente trata de no hacer aparecer un delito y logra impedir la acción investigadora de la justicia; delito que bien puede ser propio del agente comisario o de un tercero.

De igual manera para que se configure esta circunstancia es menester que la infracción oculta o encubierta tenga nexo de unión con el homicidio cometido, ya que de lo contrario estaríamos hablando simplemente de dos infracciones aisladas.

Cuando se quiera hablar de homicidio calificado tiene que comenzarse por buscar la relación de la muerte producida, con el supuesto delito que se ha tratado de ocultar; y mientras no se consiga la correcta demostración de ese nexo, no se podrá configurar el asesinato.

Tampoco se puede afirmar que el delincuente que comete el homicidio, para responder por asesinato, tiene que haber cometido aquella infracción en la misma persona ofendida primeramente. Puede darse el caso de homicidio de la mujer violada, por ejemplo, para ocultar la violación; como, también, puede ocurrir que mate a los peritos facultativos nombrados para el reconocimiento respectivo, tendiente a impedir la prueba de la existencia de la infracción consumada; y, sin embargo, en ambos casos, son sujetos pasivos diferentes,

---

<sup>46</sup> Donoso, Arturo Op. Cit. Pág. 42

existirá asesinato, porque tanto en el uno como en el otro el infractor trató de ocultar un delito.<sup>47</sup>

Toda esta circunstancia estudiada, está en que se trate de ocultar un delito, sin considerar al sujeto pasivo ni al activo.

Para que el asesinato exista, ha de ser necesaria que la infracción exista antes del acto de dar muerte o simultáneamente con él; de lo contrario el homicidio se tornará independiente y merecerá, por lo mismo, tipificación diferente. Solo al existir nexo concausal entre el homicidio que se comete y la infracción cuyos resultados se asegura, podrá existir la figura del asesinato.

Por otro lado constituye también una circunstancia cuando se produce el homicidio como medio de asegurar impunidad, se entiende por impunidad la falta de castigo, esto es, la exención que un delincuente logra respecto de la pena que le es aplicable, por la infracción que ha cometido; o lo que da lo mismo, la impunidad es falta de sanción legalmente establecida y merecida por el sujeto activo de la infracción.<sup>48</sup>

Ahora ilustremos con un ejemplo esta circunstancia, una persona se mete en una joyería con el fin de robar lo que hay en el local, efectivamente logra su cometido y luego de apropiarse del fruto del robo, tras salir de la joyería, una persona intenta aprehenderlo; si el delincuente le quita la vida a quien intento capturarle, mediante un certero disparo de pistola, dicho delincuente responderá por asesinato, porque el homicidio que causó tuvo como única finalidad asegurar la impunidad en el delito de robo cometido; en este ejemplo propuesto lo que le interesa a la ley es que el sujeto activo de la infracción mate persiguiendo conseguir la impunidad de un delito, independiente o conexo, con el homicidio cometido.

Por otro lado es muy amplio el espíritu de la ley que poco le interesa la naturaleza de la infracción que se busca, puede muy bien, ser esa infracción pesquisable de oficio o de instancia privada, que el homicidio que tiene como causa la mencionada finalidad deberá ser

---

<sup>47</sup> Aguilar, Carlos Op. Cit. pág. 79

<sup>48</sup> Aguilar, Carlos, Op. Cit. Pág.82

considerado como asesinato; es imaginativo, pero susceptible de ser cierto, que se produzca una muerte por un síndrome de injurias, por ejemplo, buscando la desaparición de la persona quien pueda acusar.

## CAPÍTULO II

### LA PRESCRIPCIÓN PENAL

#### 2.1. Antecedentes históricos de la prescripción

En general, en la Edad Media, se admitieron los principios romanos sobre la prescripción de la acción penal, salvo en el derecho inglés, que no la admitió y en derecho penal alemán, en la que fue desconocida en ese entonces.<sup>49</sup>

Las culturas Romana y Griega admitieron la prescripción de la acción, no así de la pena. Los tratadistas atribuyen a la Revolución Francesa de 1789 la base de la prescripción de la pena. Posteriormente la institución jurídica de la prescripción se difundió en los códigos modernos, siendo acogida por algunos países como es el caso particular de nuestro país, como se verá más adelante, aunque en otros cabe anotar que la institución no tuvo gran influencia.

#### 2.2. Definición

Para iniciar el estudio respectivo de la prescripción, es necesario partir de los conceptos generales de los diferentes autores respecto de la prescripción penal, El tratadista Guillermo Torres de Cabanellas manifiesta que la prescripción es; “*La extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo sin perseguir el delito o falta; o luego de quebrantada la condena*”.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup>PEDREIRA, Félix, *Breve referencia a la historia de la prescripción de las infracciones penal especial consideración de la problemática surgida en el derecho romano a través de dos aportaciones fundamentales*. Tomado de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:RDUNED-2007-2-30170&dsID=PDF>. Acceso 23-05-2010

<sup>50</sup> CABANELLAS, Guillermo, Op. Cit., Pág. 316.

Por otro lado Francisco Muñoz Conde la define así: *“Una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos.”*<sup>51</sup>

La prescripción es un hecho jurídico por el cual el mero transcurso del tiempo, y del ejercicio, o no ejercicio, de un derecho, permite liberarse de una obligación o adquirir un derecho. En materia penal, *“La prescripción consiste en la extinción de la responsabilidad penal mediante el transcurso de un periodo de tiempo, en determinadas condiciones, sin que el delito sea perseguido o sin ser la pena ejecutada. La primera se denomina prescripción del delito o de la acción penal, la segunda prescripción de la pena”*<sup>52</sup>.

Otro concepto que encontramos es el de Medina Cepero que dice: *“La prescripción es una singular figura jurídica que considera los efectos que produce el paso del tiempo sobre el ejercicio eficaz de una potestad, derecho o facultad concreta.”*<sup>53</sup>

Banacloche Palao define a la prescripción así: *“Efecto producido por el transcurso del tiempo y la inactividad procesal, que se concreta en la imposibilidad de exigir una responsabilidad penal ya declarada o todavía por declarar.”*<sup>54</sup>

Desde una óptica sustantiva y defendiendo su repercusión sobre la estructura del delito, Del Toro Marzal afirma que: *“La prescripción del delito supone la invalidación por el transcurso del tiempo de la valoración penal de aquellas acciones y omisiones que, hallándose penadas por la ley, comparecen en la realidad social y jurídica.”*<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> MUÑOZ, Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Colombia, edit. Temis, pág. 136.

<sup>52</sup> Tomado de la página [http://www.solomanuales.org/manual\\_prescripcion\\_civil\\_y\\_penal-manuall3406745.htm](http://www.solomanuales.org/manual_prescripcion_civil_y_penal-manuall3406745.htm)

<sup>53</sup> MEDINA CEPERO, J.R. El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito. Madrid, 2001, pág. 31.

<sup>54</sup> BANACLOCHE PALAO, J. Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal. Madrid, 1997, pág. 283.

<sup>55</sup> DEL TORO MARZAL, Comentarios al Código Penal, T II. Barcelona, 1972, pág. 668.

Para Molari la prescripción puede ser definida como: *“Una causa de extinción del delito, constituida por el transcurso de un periodo de tiempo sin que a su eventual comisión haya seguido una sentencia de condena irrevocable”*.<sup>56</sup>

Con un mayor grado de precisión y desde una perspectiva material, Yuseff Sotomayor señala:

La prescripción es la cesación de la potestad punitiva del Estado, al transcurrir un periodo de tiempo fijado por la Ley. Transcurrido ese lapso se extingue el derecho del Estado a imponer una sanción. El desaparecimiento o la extinción de la potestad punitiva del Estado por el transcurso del tiempo no extingue el delito como tal; lo que se extingue no es el hecho, ni siquiera su cualidad jurídica, sino el efecto que deriva de él, esto es, el “vinculum iuris”, o hasta, si se quiere, la relación jurídica. La eficacia extintiva se manifiesta en la ruptura del ligamen entre el delito y la pena, de suerte que del acto no nazcan ya para determinados órganos el poder y la obligación de aplicar una sanción.<sup>57</sup>

También desde un punto de vista eminentemente sustantivo, Cobo del Rosal y Vives Antón, señalan que: *“En términos generales la prescripción consiste en la exclusión de la pena impuesta o a imponer por el transcurso del tiempo. La prescripción no es otra cosa que la renuncia del poder punitivo del Estado pues, por el paso del tiempo, ha perdido su interés”*.<sup>58</sup>

Por lo antes expuesto se entiende que la prescripción del delito constituye un límite temporal a la pretensión punitiva del Estado, que, fundado en la exigencia social de que no se prolonguen indefinidamente las situaciones jurídicas expectantes, se concreta básicamente en una cusa de exclusión de la pena.

La prescripción es una institución de la cual se desprenden efectos jurídicos por el transcurso del tiempo. En materia penal, la prescripción extingue la capacidad del Estado de sancionar un delito una vez transcurridos los años que la ley determine.

El Dr. Ricardo Vaca, recogiendo los términos utilizados por Cabanellas, define con mayor precisión la prescripción así: *“Debido la renuncia, abandono, desidia, inactividad del órgano*

---

<sup>56</sup> MOLARI A., Prescripción de la pena, T. XIII, edición, Torino, 1957, pág. 680.

<sup>57</sup> YUSEFF SOTOMAYOR, G. La prescripción penal, Santiago de Chile, 1987, pág. 2.

<sup>58</sup> COBO DEL ROSAL, M. VIVES ANTON, Derecho Penal, Parte General, 5ª edición, Valencia, 1999, Pág. 955.

*jurisdiccional, caduca y se extingue de modo extintivo el derecho que tiene el Estado para verificar procesalmente la existencia de un delito, identificar a los responsables, declarar su culpabilidad en sentencia y sancionarlos”.*<sup>59</sup>

En este punto concuerdo plenamente con el Dr. Ricardo Vaca, quien señala que la prescripción puede operar por inactividad del órgano jurisdiccional, las mismas que muchas veces al tener una cantidad exorbitante de casos, no pueden dedicarle el tiempo que se debería asignar a cada caso, llegando el momento que al transcurrir el tiempo, prescribe la acción.

Es así como debe entenderse el efecto primordial de la prescripción y no como sugiere Cabanellas cuando dice que *“Cesa la responsabilidad penal por el transcurso de cierto tiempo sin perseguir el delito o la falta”, ya que en verdad no cesa la responsabilidad penal de la persona, en razón de que aquello no es algo que se inicia y luego cesa o termina por causa alguna”*.

El Doctor Vaca nos ilustra de la siguiente manera:

La responsabilidad penal de una persona no cesa porque opera la prescripción, ya que aquella tiene su fundamento en la imputabilidad y su capacidad de responder ante la sociedad por los actos cometidos. Y éste es un estado o una capacidad subjetiva del individuo que puede variar con el transcurso del tiempo pero cuyo análisis se retrotrae al momento de la comisión del delito. En realidad y en mérito a la prescripción que opera por el transcurso del tiempo lo que cesa es la posibilidad de declarar procesalmente, de modo oficial por parte del órgano jurisdiccional, la responsabilidad penal de una persona por un delito específico. Y ello es evidente con solo pensar que aun en el caso de que no se instaure un proceso penal, o habiendo uno no se llegue a dictar sentencia condenatoria por falta de pruebas, la persona que podría llegar a ser declarada culpable, seguirá siendo penalmente responsable desde el punto de vista subjetivo, pese a que la Justicia no se ha pronunciado.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> VACA Andrade, Ricardo, Op. Cit., pág. 235.

<sup>60</sup> VACA, Ricardo, Op. Cit., pág. 235,236.

## 2.3. Teorías negativas de la prescripción

La cuestión de los fundamentos de la prescripción penal reviste mucha importancia, porque de los principios que se adopten como tales, dependerá la solución de importantes problemas de la prescripción.

### 2.3.1 Posición negativa

Hay que dejar claro en primer lugar que la prescripción penal no siempre ni en todos los ordenamientos jurídicos ha sido admitida, es así que para la corriente derivada del Iluminismo le fue adverso, pues los filósofos Beccaria, Benthan y Feuerbach la combatieron.

Esta teoría es radical al negar la prescripción en todas sus formas por ser contraria a la naturaleza de la pena, pues dicen que la prescripción implica la aplicación de una pena como consecuencia necesaria e inevitable; además manifiestan que resulta peligrosa para el orden y la seguridad social debido a que según ellos es una carta abierta a los delincuentes y una garantía a la impunidad al momento de cometer un delito.

La Escuela Positiva sostiene que

La prescripción carece de valor absoluto y general como causa de impunidad; que sólo debe aplicarse cuando efectivamente resulta que el individuo no es temible, a cuyo efecto relacionan la prescripción con la clasificación del delincuente, es decir la admiten para los delincuentes que se ha comprobado que no son peligrosos, por consiguiente esta escuela considera que la prescripción es una institución protectora de los criminales, porque representa un premio a la habilidad, al engaño y a la riqueza, circunstancias que facilitan la fuga y por ende la impunidad.<sup>61</sup>

Por otro lado el nacionalismo también se mostró contrario a la prescripción, pues se funda en el carácter permanente de la culpabilidad, lo cual impide que la punibilidad de un hecho pueda desaparecer con el transcurso del tiempo<sup>62</sup>, es decir que el delincuente será responsable de la

---

<sup>61</sup> VERA, Oscar, La prescripción Penal en el Código Penal, Leyes Especiales, Tratados internacionales, Editorial Bibliográfica, Argentina 1969, pág. 24.

<sup>62</sup> Ibídem pág. 24,25.

infracción así transcurran diez, o veinte años, al igual que en la escuela positiva, es más radical con los delincuentes más peligrosos o en otras palabras con los delitos más graves y que causan gran alarma social.

En resumen las distintas opiniones que fundamentan la teoría negativa pueden reducirse a los siguientes conceptos:

- a) “Que la prescripción contradice los principios del derecho penal desde que importa una esperanza de impunidad que alienta al hombre al delito.
- b) Que debilita el efecto intimidatorio de la conminación de la pena.
- c) Que se opone al principio fundamental de que ningún delito puede quedar impune.
- d) Que constituye un premio a los delincuentes más hábiles que han conseguido eludir la acción de la justicia.
- e) Que al importar una garantía de impunidad, es una incitación al delito.
- f) Que siendo la culpabilidad de carácter permanente, no puede afectarla el simple transcurso del tiempo”.<sup>63</sup>

Como se puede observar las teorías que niegan la prescripción responden, o a la vigencia de los principios del derecho penal que consideran inquebrantables, o a las doctrinas que sustentan las escuelas o sistemas a que responden: el positivismo, con su “peligrosidad social”, y el nazismo totalitario.

Las ideas que sirvieron para fundamentar su posición negativa, han sido definitivamente superadas, tanto en la doctrina como en la legislación actual; a pesar de tales críticas, la prescripción ha sido incorporada a todas las legislaciones penales contemporáneas incluyendo la de nuestro país, en la cual solo ciertos delitos son imprescriptibles.

---

<sup>63</sup> VERA Barros, Oscar Op. Cit., Pág. 25.

Siguiendo con el tema estudiado, los autores dejan claro que la finalidad de la pena es la intimidación, procurando con ello que el autor no recaiga en el delito (prevención especial), y que, además, se abstenga de cometerlos, por el temor de sufrir igual castigo que el transgresor (prevención general).

Pues bien; el tiempo, con su fuerza incontrastable, genera el olvido del delito de la sociedad, con lo que la pena pierde su finalidad, por lo tanto ha cesado la alarma social y el resentimiento que el ataque produjo, y con él, la necesidad de la reacción, el tiempo ha restablecido o compensado el equilibrio roto del orden jurídico; la perturbación ya no es advertida como tal.

Esto es lo que palpamos en nuestro país, en el cual todo delito que haya causado alarma social, con el tiempo se olvida.

Por lo tanto, la pena tardía se torna injusta para el autor e innecesaria para el orden social, el primero la resiste y la sociedad no la reclama; el olvido ha hecho resurgir el sentimiento jurídico de la colectividad; pues falta el interés en la represión: ha desaparecido el daño inmediato y la razón política de la pena, esta es la situación que el derecho no puede dejar de contemplar según Carrara.

#### **2.4. La prescripción de la acción y de la pena del delito de asesinato**

El poder que tiene el Estado de reprimir los delitos, castigando a sus autores con una pena, se denomina potestad represiva o derecho subjetivo de castigar, se ha dicho que este poder tiene su momento estático, cuando permanece en estado de potencia, y su momento dinámico cuando se actualiza, es decir, cuando se pone en movimiento para aplicar en concreto la pena abstractamente conminada en la figura penal<sup>64</sup>.

Estos dos momentos se encuentran separados por la sentencia, antes de la sentencia firme se está en el momento de la persecución; después de ella, en el momento de la ejecución.

---

<sup>64</sup>VERA BARROS, Oscar, Op. Cit., pág. 68.

Importando a la prescripción la extinción de la pretensión punitiva del Estado, tal extinción afecta dicha pretensión en dos momentos: en el de la persecución como en el de la ejecución; de ahí las dos especies de prescripción: la prescripción de la acción y la prescripción de la pena.<sup>65</sup>

#### **2.4.1 La prescripción de la acción**

El origen de esta figura tiene su origen en la recordada “lex Iulia de adulteris” (18 años a.C.), aunque para algunos ya era conocida en Grecia; la ley romana la estableció para los delitos de carne, fijándose un plazo de cinco años; en los pueblos germanos era desconocida; Toscana la admitió en 1562, fijándose un plazo decenal y quincenal, según la naturaleza de los delitos; Prusia la redujo en 1620 a los delitos graves, pero en general, ya en la época de la codificación, todos los códigos la reglamentaron, aunque no con la misma amplitud, pues algunos excluyeron la prescripción de los delitos considerados graves.<sup>66</sup>

Extingue la potestad represiva antes que haya llegado a concretarse en una sentencia de condena, ya sea porque el poder penal no ha sido ejecutado, o porque iniciada la persecución ha transcurrido el plazo legal. Extingue el derecho de acción que nace con la infracción y que tiende a la aplicación de una pena; bajo este aspecto debe determinarse cuándo termina el término del plazo extintivo; cómo se cuenta, si existen causas que lo suspenden o interrumpen, cuáles son sus efectos, entre otros puntos.<sup>67</sup>

El Dr. Ricardo Vaca Andrade manifiesta que *“La prescripción de la acción penal es un caso de prescripción extintiva porque la posibilidad de un proceso penal se inicie, si es que todavía esto no ha acontecido, o de que el proceso penal ya iniciado concluya, se extingue, desaparece, haciendo imposible que se cumplan los objetivos de la acción penal.”*<sup>68</sup>

Gómez esgrime argumentos de orden procesal, dice que la razón invocada como fundamento de aquella, consiste en la dificultad que genera el transcurso del tiempo para justificar la

---

<sup>65</sup> Ibidem

<sup>66</sup> Ibidem Pag 67

<sup>67</sup> Ibidem, Pág. 68

<sup>68</sup> VACA, Andrade, Ricardo, Op. Cit., pág. 235.

inocencia del imputado,<sup>69</sup> porque pueden haber desaparecido los elementos de prueba, lo que realmente pasa en muchos casos.

El jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni nos recuerda que,

El más importante y complejo de los impedimentos de perseguibilidad es la prescripción de la acción. Si bien se trata de un instituto de esencia procesal, comparte sus fundamentos con la prescripción de la pena, aunque agregando a estos los específicamente procedimentales, entre los que corresponde relevar fundamentalmente el derecho a un juzgamiento en un tiempo razonable. Este derecho del imputado derivado del principio de razonabilidad aparece afectado cuando el estado – por cualquier motivo – viola los plazos máximo legales para la persecución punitiva, extremo que si bien no debe confundirse con los límites que la ley impone a las penas anticipadas por prisión preventiva, no deja de indicar que en parte se superpone con la problemática de la prescripción penal.<sup>70</sup>

Sin duda, la prescripción es un mecanismo de contención para evitar el abuso del poder punitivo en un Estado de Derecho. Para el Dr. Luís Jiménez de Asúa, *“La prescripción en materia penal es un instituto liberador, ora de la acción que nace del delito, bien de la acción que surge de la condena”*<sup>71</sup>, para el Dr. Francesco Carrara, *“En materia penal el tiempo extingue la acción, porque además de hacer difícil la justificación del inocente, hace cesar el daño social merced al presunto olvido del delito, lo cual conduce a la cesación de la impresión moral que nació de él, sea respecto de los buenos en quienes deja de existir el temor, sea respecto de los malvados, en quienes deja de tener influjo el mal ejemplo”*.<sup>72</sup>

Un reconocido procesalista argentino, Alberto M. Binder en una de sus obras, al referirse a los Niveles en el régimen de la acción, expresa que :

---

<sup>69</sup> VERA, Oscar Op. Cit., pág. 36.

<sup>70</sup> ZAFFARONI, Eugenio, Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 859 – 864.

<sup>71</sup> Cfr. LUIS JIMÉNEZ DE ASUA. TRATADO DE DERECHO PENAL. Tomo II.

<sup>72</sup> CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Temis 1956

En el desarrollo del régimen de la acción en los sistemas procesales concretos existen tres niveles: 1) uno vinculado a la distribución de facultades o de poderes entre el Estado y la víctima, que es lo que se conoce como división o clasificación de las acciones; 2) un segundo nivel, vinculado a las condiciones y modalidades del ejercicio de la acción, y 3) un tercer nivel que regula los modos de extinción de esa acción<sup>73</sup>.

Posteriormente y al referirse al tema que origina estos comentarios, dice:

El tercer nivel está vinculado a la extinción de esa acción penal, es decir, cuáles son las razones que extinguen el derecho que tiene el Estado de perseguir. En primer lugar las razones por las cuales se extingue la acción penal están vinculadas a ciertos hechos: por ejemplo si muere el imputado contra quien se dirige esa persecución penal, obviamente ella ya carece de sentido y se extingue; sobre todo porque en el Derecho penal moderno no se puede extender la penalidad hacia los familiares o hacia las personas vinculadas a ese imputado, tal como ocurría antiguamente.<sup>74</sup>

Sin embargo existen otros mecanismos que tienen un mayor contenido político.

El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel al respecto señala:

El primero de ellos tiene que ver con el tiempo, es decir si la intervención del Estado en la persecución penal requiere una justificación, también debe formar parte de esa justificación el tiempo por el cual se da esa facultad al Estado. Normalmente se admite, para la gran mayoría de delitos, que esta facultad que se le da al Estado está limitada por el tiempo. La institución que regula la limitación temporal se conoce como plazo de prescripción. El plazo que se establezca para cada delito varía según la legislación. Sin embargo como la prescripción es una garantía del imputado, no es un problema de la acción, en realidad, sino del régimen de garantías. La prescripción entonces es una institución jurídica que regula el tiempo por el cual se faculta al Estado a ejercer la persecución penal<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. 2da. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

<sup>74</sup> BINDER, Alberto, Op. Cit.

<sup>75</sup> ZAMBRANO Pasquel, “La Prescripción de la Acción Penal”, Tomado de la página [www.alfonsozambrano.com/doctrina.../prescripcion\\_accionpenal.doc](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina.../prescripcion_accionpenal.doc)

Como bien dice Claus Roxin:

Tanto la extinción de la necesidad de la pena como la desaparición de la prueba conducen conjuntamente a la conclusión de que en los casos de prescripción el castigo estaría contraindicado a efectos preventivos, porque un proceso que se llevará a cabo con medios probatorios inidóneos sólo provocaría nueva intranquilidad social y no contribuiría en nada a la estabilización de la paz jurídica<sup>76</sup>.

En este caso se me viene a la mente la llamada “Comisión de la Verdad”, integrada por personas designadas por gobierno para el esclarecimiento de ciertos ilícitos jurídicos realizados décadas atrás.

Un gran cultor de las ciencias penales como es el profesor ecuatoriano don Jorge E. Zavala Baquerizo, nos ilustra con respecto a las excepciones procesales penales que pueden ser dilatorias y perentorias, y al referirse a la prescripción dice:

La prescripción penal es una excepción procesal penal perentoria científicamente diferente a la prescripción civil. La prescripción civilmente considerada depende del abandono del ejercicio de un derecho, como diría Fornatti, en tanto que en el campo penal la prescripción es la cancelación de la potestad punitiva que tiene el Estado, por el mero transcurso del tiempo.<sup>77</sup>

El mismo Dr. Zavala Baquerizo recuerda que:

También se dice en defensa de la prescripción que con el transcurso del tiempo la persona se enmienda y si se considera que otro de los fines de la pena es la resocialización del condenado, o la adaptación social de éste, al ser ejecutada la pena después del transcurso de un largo tiempo, no cumpliría ninguna finalidad, pues ya el individuo ha demostrado que ha aceptado las normas sociales y jurídicas. El mismo argumento es válido cuando se habla de la prescripción del ejercicio de la acción o de la prescripción de la pretensión punitiva exhibida en

---

<sup>76</sup> ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. Tomo 1, Thomson, Civitas, reimpresión, 2003, Madrid-España, 991 páginas.

<sup>77</sup> ZAVALA, Baquerizo, Jorge, Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, editado por EDINO, Guayaquil, Ecuador, 2006, 307 páginas.

el proceso penal, pues si éste, como lo hemos reiterado, tiene por finalidad la imposición de la pena, la tardía iniciación del proceso penal sería odiosa a la sociedad y ésta se daría la idea de que la ejecución de la pena sería un acto de venganza y no de protección jurídica<sup>78</sup>.

#### *2.4.1.1 Comienzo del término*

Como ya se sabe que la prescripción consiste en el desarrollo o transcurso de un período determinado de tiempo, adquiere mucha importancia la determinación del día desde el cual empezará a correr el plazo de extinción de la acción penal que la ley establece para cada caso<sup>79</sup>, pero respecto a este punto existen discrepancias principalmente, en los términos usados por las legislaciones para regular el tema.

En general, puede afirmarse que la prescripción comienza a correr desde que la infracción ha sido cometida aunque para otros autores empieza recién desde que se ha logrado el fin que se perseguía con la comisión de la infracción penal.

Para Oscar Barros no cabe duda, que en el terreno de los principios, el criterio suizo está en lo cierto, porque la prescripción no puede correr antes que se haya logrado el resultado que se esperaba,<sup>80</sup> y cuando la acción reprimida por la ley se ha consumado, para conocer lo cual, es preciso recurrir a la noción específica de cada delito, es decir, a la descripción formulada por el tipo o figura legal.

Un delito no está consumado, sino, cuando se han dado todos los elementos y condiciones descritos por la figura que lo reprime, por ejemplo cuando se trata de un homicidio, cuando se produzca la muerte, si es de una estafa, cuando se produzca el perjuicio patrimonial.

El estado no puede, pues, ser despojado de su facultad de castigar antes que haya estado en condiciones de ejercerla en el caso concreto, y el Estado sólo puede ejercer la acción penal

---

<sup>78</sup> ZAVALA, Baquerizo, Jorge, Op. cit. Pág. 309.

<sup>79</sup> VERA, Oscar, Op. Cit., pág. 79.

<sup>80</sup> VERA, Oscar, Op. Cit., pág. 81.

cuando la punibilidad se ha puesto de manifiesto con la consumación del delito, en otras palabras, cuando se ha causado el resultado previsto por la ley querido por el infractor.

#### **2.4.2 La prescripción de la pena**

La denominación prescripción de la pena fue desconocida por el Derecho Romano y Canónico, aparece en Francia con las leyes dictadas en 1791 por el gobierno de la Revolución; sin embargo, la adopción uniforme de la institución no se hizo sin tener resistencia. España la introduce en el Código Penal de 1848, Alemania en el Código de 1870, y en Italia, luego de algunas vacilaciones, se legisla recién en el Código de 1889.<sup>81</sup>

Extingue la potestad punitiva después de haberse impuesto una pena que no ha llegado a efectivizarse o cuando ésta se ha interrumpido por la fuga del condenado. En otros términos, lo que se extingue es el derecho de ejecución, que nace con la condena que no ha llegado a ejecutarse o que ha dejado de ejecutarse.<sup>82</sup> En nuestro país, en este punto, se dan en menor escala, ya que el principal problema es la prescripción de la acción.

Isabel González Tapia menciona:

De hecho, la prescripción de la pena debe verse como una continuación lógica a la prescripción de la acción, en la medida en que cada una ellas comprende una fase esencial en el ejercicio del ius puniendi y un momento también básico para la consecución del fin preventivo general de la pena. Así, la prescripción de la acción penal se vincula al periodo de tiempo que transcurre entre la comisión del hecho y la existencia de una sentencia firme condenatoria y, en consecuencia, hasta la imposición de la pena correspondiente por la perpetración del mismo. Cubriría, pues, la primera fase del ejercicio del ius puniendi, dirigida a la imposición de una sanción penal al responsable del hecho. Con ello, también estaría dado el primer paso en la prevención general buscada, al confirmar la amenaza de sanción contenida en la norma o al

---

<sup>81</sup> VERA, Oscar, Op. Cit., pág. 163.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pág. 69.

motivar a los ciudadanos hacia el respeto de la norma, conseguida con el ejemplo de la persecución efectiva de la infracción y con la imposición de una sanción penal<sup>83</sup>

En el mismo punto la prescripción de la pena difiere de la prescripción de la acción, en que la renuncia estatal no opera sobre el derecho de perseguir la imposición de una pena, sino sobre el derecho que tiene de ejecutar las penas ya impuestas por los órganos de represión.<sup>84</sup>

Solo desde el momento en que la sentencia cobra autoridad de cosa juzgada puede prescribir la pena y no la acción. Lo que prescribe no es ni la sentencia, ni la pena en si, sino la acción del Estado para hacerla ejecutar,<sup>85</sup> la pena como tal, no puede prescribir, porque sólo existe desde el momento que el condenado la sufre. Antes de que ello ocurra, el Estado sólo conserva el derecho de hacerla cumplir y es este derecho lo que se extingue por el transcurso del tiempo. Pero puede ocurrir que la pena se haya comenzado a ejecutar y el condenado se sustraiga a ella quebrantándola.

El Estado conserva, entonces, el derecho de hacer ejecutar la pena en la medida en que no fue cumplida. Vale decir, que la prescripción de la pena supone siempre su inejecución, ya sea porque no ha comenzado a cumplirse o porque el condenado ha quebrantado su ejecución.<sup>86</sup>

La pena señala Vera Barros que no se ejecuta durante un prolongado espacio de tiempo pierde su utilidad: ha cesado la alarma social. La prevención general y especial no reclama ya su aplicación. Una pena de aplicación tardía se vuelve injusta e innecesaria. Ha desaparecido la memoria de los hechos y la conciencia de la justicia del fallo, por lo tanto la pena pierde su ejemplaridad<sup>87</sup>, cosa que en lo personal no estoy de acuerdo, porque la familia de la víctima jamás podrá olvidar la muerte de un ser querido.

Mientras que en la prescripción de la acción penal sólo existe la posibilidad de una condena, tratándose de la prescripción de la ejecutabilidad, lo que sólo aparecía como posible, adquiere

---

<sup>83</sup> GONZALEZ, Maria Isabel, La prescripción en el derecho penal, Tomado de la página <http://vlex.com/vid/prescripcion-penas-190751>

<sup>84</sup> VERA, Oscar, Op. Cit., pág. 164.

<sup>85</sup> VERA, Oscar, Op. Cit., pág. 165.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pág. 165.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pág. 165.

concreción en una sentencia que aplica pena, dictada en base de una declaración de culpabilidad. El olvido requiere aquí mayor tiempo, porque el interés público se dirige más que a la infracción, al proceso y a la sentencia, por otra parte, en esta especie de prescripción, no juega ya la razón de orden probatorio, de la ineficacia o desaparición de las pruebas. La sentencia ha asegurado la eficacia de la prueba y fijado el recuerdo del delito.<sup>88</sup>

Tanto la prescripción de la acción como la de la pena son de orden público por lo tanto:

1.- Puede declararse de oficio.- De aquí surge la consecuencia de que no es necesaria la presencia del interesado. Basta que el tribunal haya tomado conocimiento de ello por cualquier medio. Procede de pleno derecho, no reconoce otro presupuesto ni exigencia que el mero transcurso del tiempo.

2.- También puede oponerse como excepción, en otro proceso, en cualquier estado que se encuentre.

3.- El condenado, como el imputado, no puede rehusar la prescripción. Ello es una emanación de su carácter de orden público. La extinción de la potestad del Estado para hacer ejecutar la pena, no puede depender de la voluntad del delincuente.

4.- Es inminentemente personal, puesto que se refiere, en concreto, al sujeto que ha sido objeto de la pena. Si la prescripción de la acción comprende a quien quiera que resulte autor, cómplice o encubridor de la infracción, la prescripción de la pena, en cambio, carece de este efecto objetivo porque incide subjetivamente sobre uno o más sujetos, particularmente individualizados y determinados en condena.

5.- Se refiere solamente a las penas principales de reclusión, prisión y contravención.

Los términos de la prescripción de la pena, en lo que a su extensión respecta, participan también del carácter discrecional-legislativo de los de la prescripción de la acción. En unos y otros, su alcance no obedece a criterios definidos. Dependen de un mero cálculo legislativo, en orden a la gravedad, sobre el lapso suficiente para que el tiempo borre el recuerdo de la pena

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, pág. 166.

que se infringió. Pero resulta evidente, que la ley tiene que ser un tanto más rigurosa; el olvido necesita mayor tiempo, cuando está de por medio una sentencia que aplica pena cuando sólo trata del recuerdo de una infracción no castigada.<sup>89</sup>

Por otro lado: así como la gravedad de la infracción debe tenerse en cuenta para determinar la duración del plazo de la prescripción de la acción, así también, el criterio de la gravedad debe informar la fijación del plazo de la prescripción de la pena, pero a la vez, no referido a la sanción conminada en abstracto, sino a la entidad de la pena efectivamente aplicada en el caso concreto.

#### *2.4.2.1 Comienzo del término*

Las legislaciones en general disponen que la prescripción de la pena comienza desde que la sentencia que la impuso adquiere fuerza legal. En tal sentido, los modernísimos códigos de Grecia de 1950 y de Yugoslavia de 1951. Para el código Italiano el término comienza desde el día que la condena se hizo irrevocable. El Código de Instrucción Criminal Francés discrimina según se trate de materia criminal o correccional. En la primera, el término corre a partir de la condena irrevocable y la segunda distingue, según se trate de condenas pronunciadas en última o primera instancia. En el primer caso, la prescripción corre desde la fecha de la sentencia, aunque esté pendiente o se haya ejercido algún recurso. En el segundo caso, desde el día en que ha expirado el término para apelar la sentencia.<sup>90</sup>

Como se puede observar, estos sistemas tienen en cuenta, sustancialmente, la fecha en que la sentencia ha quedado en firme: cuando ha adquirido fuerza de cosa juzgada, cuando se ha vuelto irrecurrible, o cuando la condena no es susceptible de recurso alguno; pocas son, las legislaciones que prevén el caso de quebrantamiento de condena.

El Dr. Ricardo Vaca Andrade, explica que la prescripción penal depende no solo del transcurso del tiempo, sino además, de otros factores como son: a) la clase de delito que se

---

<sup>89</sup> VERA, Oscar, Op. Cit., pág. 167.

<sup>90</sup> *Ibidem*, pág. 174.

trate (si es de acción pública o privada); b) Si se ha iniciado o no el proceso penal; y, c) Si es un delito reprimido con prisión o reclusión.

Como norma jurídica pertinente al caso a ser investigado se citará el ***Artículo 101 del Código Penal.-***

**Art. 101.-** Toda acción penal prescribe en el tiempo y con las condiciones que la Ley señala.

En el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se observarán las reglas que siguen:

Tanto en los delitos de acción pública como en los delitos de acción privada se distinguirá ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no enjuiciamiento.

A excepción de los casos de imprescriptibilidad de las acciones y de las penas previstas en el último inciso del número 2 del artículo 23 y en el segundo inciso del artículo 121 de la Constitución Política de la República, en los demás delitos reprimidos con reclusión, cuyo ejercicio de acción es pública, de no haber enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribirá en diez años; tratándose de delitos reprimidos con reclusión mayor especial, la acción para proseguirlos prescribirá en quince años. Tratándose de delitos reprimidos con prisión, la acción para perseguirlos prescribirá en cinco años. El tiempo se contará a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada.

En los mismos delitos de acción pública, de haber enjuiciamiento iniciado antes de que aquellos plazos se cumplan, la acción para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos, contados desde la fecha del autocabeza de proceso.

Si el indicado se presentare voluntariamente a la justicia en el plazo máximo de seis meses posteriores al inicio de la instrucción, los respectivos plazos se reducirán a diez años en los delitos reprimidos con reclusión mayor especial; a ocho años en los demás delitos reprimidos con reclusión; y, a cuatro años en los delitos reprimidos con prisión. En estos casos, los plazos se contarán desde la fecha del inicio de la instrucción. No surtirá efecto esta regla en caso de reincidencia.

En los delitos de acción privada, la acción para perseguirlos prescribirá en el plazo de ciento ochenta días, contados desde que la infracción fue cometida.

Iniciada la acción y citado el querellado, antes del vencimiento de ese plazo, la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querella.

La acción penal por delitos reprimidos solo con multa se extinguirá en cualquier estado del juicio, por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito, y de las indemnizaciones, en los casos en que hubiere lugar.

Si la prescripción se hubiese operado por la falta de despacho oportuno de los jueces, éstos serán castigados por el superior con la multa de cuarenta y cuatro a cuatrocientos treinta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América, quedando a salvo la acción de daños y perjuicios a que hubiere lugar contra dichos funcionarios, de conformidad con lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil.

En la misma pena incurrirán los funcionarios del ministerio público y secretarios de cortes y juzgados por cuya negligencia se hubiere operado la prescripción.

De haber acusador particular, o de tratarse de querella, la multa se dividirá en iguales partes entre la administración de justicia y el acusador. La parte de multa que corresponda a la administración de justicia será invertida por la Corte Suprema en su caso, o por la respectiva Corte Superior que hubiere impuesto la multa, en gastos generales de la administración de justicia.

En los delitos de acción pública, si no se ha iniciado el proceso penal, la acción penal para perseguirlos prescribe en Diez Años, si el delito es reprimido con reclusión; y en Cinco Años, si el delito es reprimido con prisión. En ambos casos el plazo de prescripción se cuenta a partir de la fecha en que se cometió la infracción. Para clarificar con ejemplos: si se ha cometido un asesinato el 15 de Diciembre de 1999 y no se ha iniciado proceso penal alguno hasta 10 años después, ya no se podrá hacerlo luego por haber operado la prescripción.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> VACA, Ricardo, Op. Cit., Pág. 237

De haberse iniciado el proceso penal antes de que los plazos anteriores se cumplan, la acción penal para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos, Diez años para los delitos reprimidos con reclusión, y Cinco años, para los delitos reprimidos con prisión, pero en estos casos el tiempo se empieza a contar desde la fecha de la Resolución Fiscal con la que se inicia el proceso penal<sup>92</sup>, es decir con la Audiencia de Formulación de Cargos.

Y, como dice la misma norma, en caso de que el indiciado se presentara voluntariamente, en el plazo máximo de seis meses posteriores al auto inicial o Instrucción Fiscal, los respectivos plazos se reducirán a ocho años en los delitos reprimidos con reclusión, y a cuatro años, en los delitos reprimidos con prisión, contados asimismo de la fecha de la Resolución Fiscal. Los legisladores pensaron que alguien podría presentarse ante la justicia de modo voluntario para hacer frente al proceso ya iniciado; en tal evento, como una especie de premio a esa decisión, los plazos de prescripción se rebajan a ocho y cuatro años, excepto cuando exista reincidencia.<sup>93</sup>

La presentación voluntaria debe ser interpretada como la comparecencia al proceso, aún para el evento de que el sindicado tuviese pendiente un auto de prisión preventiva, y en tal condición estuviese prófugo. Esta interpretación ha sido recogida mediante resoluciones dictadas por Salas de la Corte Suprema de nuestro país; la una resolución es del siguiente tenor<sup>94</sup>: “El inciso sexto del Art. 101 del Código Penal dispone que

Si el indicado se presentare voluntariamente a la justicia en el plazo máximo de seis meses posteriores al inicio de la instrucción, los respectivos plazos se reducirán a diez años en los delitos reprimidos con reclusión mayor especial; a ocho años en los demás delitos reprimidos con reclusión; y, a cuatro años en los delitos reprimidos con prisión. En estos casos, los plazos se contarán desde la fecha del inicio de la instrucción. No surtirá efecto esta regla en caso de reincidencia

---

<sup>92</sup> *Ibidem* 237

<sup>93</sup> VACA, Ricardo, Op. Cit, Pág. 237

<sup>94</sup> Del 21-XI-69, publicada en Gaceta Judicial. Serie. XI, No. 8. P. 1114.

El legislador en dicho inciso no ha dispuesto que la presentación voluntaria a la justicia sea en el caso de que se haya dictado auto de detención; y de interpretarse en este sentido, los sindicados contra quienes se haya expedido orden de detención después de seis meses de iniciado el enjuiciamiento, no gozarían de este derecho, lo que resultaría injusto y contra el espíritu de la ley. Si la Ley en el inciso que se menciona, no es clara, existe caso de duda, en cuyo supuesto debe interpretarse ‘en el sentido más favorable al reo’, como imperativamente ordena el Art. 4 del Código Penal”.

Otra resolución, dice<sup>95</sup>: TERCERO.- Que la presencia del indiciado en el juicio penal posibilita su prosecución, mientras que la ausencia del reo motiva la suspensión de la acción en la etapa plenaria, razón por la cual el Código Penal en el inciso sexto del artículo 101 en consideración a la conducta positiva del indiciado que comparece al juicio reduce en su beneficio el tiempo de la prescripción a cuatro años cuando se trata de delitos sancionados con prisión, y a ocho años cuando se trata de delitos sancionados con reclusión; en ambos casos contados desde la fecha en que se hubiere expedido el autocabeza de proceso. CUARTO.- Que para aplicar el tiempo reducido de prescripción basta que el indiciado comparezca al juicio en el plazo máximo de seis meses posteriores al auto inicial – sin que sea necesario que se encuentre detenido; pues el inciso sexto del artículo 101 del Código Penal exige tan solo la presentación del indiciado ante el juez, pero no su detención.

QUINTO.- Que es clara la disposición legal que reduce el tiempo de la prescripción por la sola comparecencia del indiciado al juicio; y que si no lo fuera –por existir duda sobre lo que significa que el indiciado se presente voluntariamente a la justicia – debe interpretarse la norma legal en el sentido más favorable al reo como imperativamente ordena el artículo 4 del Código Penal...OCTAVO.- Que el autocabeza de proceso en la presente causa aparece dictado el 18 de enero de 1993, por la Juez Tercero de lo Penal de Cañar; y que ... el indiciado comparece al juicio el 21 de enero de 1993; esto es inmediatamente después de haber sido citado, y por lo tanto dentro del plazo de seis meses establecido en el inciso sexto del artículo 101 del Código Penal... esta Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en base a lo dispuesto por el inciso sexto del artículo 101 del Código Penal, declara la prescripción de la acción penal incoada.

---

<sup>95</sup> Del 22-XII-97. Expediente No. 528-95, publicada en el Registro Oficial 269, 5-III-98.

Lo que en la práctica casi nunca se da, y más aun si el acusado está consciente de que es culpable, y aun si es inocente; por el mismo hecho de la desconfianza en la justicia, lo que optan es por dejar transcurrir el tiempo hasta que opere la prescripción y de esa manera llegar a la impunidad del delito cometido.

El mismo Código Penal prevé la posibilidad de la interrupción de la prescripción señalando, Art. 108.-“ *Tanto la prescripción de la acción como la de la pena se interrumpen por el hecho de cometer el reo otra infracción que merezca igual o mayor pena, antes de vencerse el tiempo para la prescripción*”. Es factible tanto el ejercicio del derecho a deducir la excepción procesal penal perentoria de prescripción, como el cumplimiento del mandato que le impone al juez actuar de oficio, de acuerdo con la disposición del mismo Código Sustantivo, en el Art. 114. “*La prescripción puede declararse a petición de parte, o de oficio, necesariamente, al reunirse las condiciones exigidas en este Código*”.

Del Código de Procedimiento Penal señalamos

**Art. 233 del Código de Procedimiento Penal.**- Suspensión y continuación.- Si al tiempo de expedirse el auto de llamamiento a juicio, el procesado estuviere prófugo, el juez de garantías penales después de dictado dicho auto, ordenará se suspenda la iniciación de la etapa del juicio hasta que sea detenido o se presente voluntariamente, excepto en los procesos penales que tengan por objeto delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, en los que la continuación de la causa se realizará en ausencia del procesado. Si fueren varios los procesados, y unos estuvieren prófugos y otros presentes, se suspenderá el inicio del juicio para los primeros y continuará respecto de los segundos.

**Art. 278.**- Audiencia fallida.- El presidente no podrá instalar la audiencia si no estuvieran presentes, además de las personas indicadas en el artículo anterior, el ofendido, los testigos, peritos e intérpretes que hubieran sido notificados para que se presenten a dicha audiencia, cuya presencia considere indispensable el tribunal de garantías penales. Si por causa injustificada no concurrieren el fiscal, el secretario o el defensor del acusado, el tribunal de garantías penales les impondrá la multa indicada en el artículo anterior. De no haberse celebrado la audiencia por falta de los testigos, peritos o intérpretes, el presidente ordenará la detención de los que no hubiesen concurrido, hasta que se celebre la nueva audiencia del

tribunal de garantías penales; pero los nombrados podrán evitar la detención justificando una evidente causa de fuerza mayor o caso fortuito, o si rinden caución que garantice su concurrencia a la nueva audiencia, caución que será fijada por el presidente, en la cantidad que estime justa, de acuerdo con las posibilidades económicas del afectado. De no haberse celebrado la audiencia por tres ocasiones, en las que la suspensión se debiere exclusivamente a causas imputables al acusado que estando privado de la libertad, se negare a asistir a la audiencia, ésta se llevará a cabo sin su presencia. Si la audiencia resultare fallida por causas imputadas a los magistrados, jueces, fiscales, peritos, funcionarios y otros que intervienen en el proceso penal, el Secretario está obligado a notificar del hecho al Consejo Nacional de la Judicatura y al Ministerio Fiscal a fin de que en casos de reincidencia en su culpabilidad, se proceda a la destitución inmediata de tales funcionarios, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar. La inasistencia de los testigos, peritos o intérpretes solicitados por el Ministerio Fiscal y la parte acusadora, no serán de responsabilidad del imputado o acusado, por lo tanto, dicho tiempo será computado para efectos de la caducidad de la prisión preventiva. No obstante lo antes previsto, la audiencia se podrá desarrollar con la utilización de los sistemas de videoconferencia en los casos y términos señalados en el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 254.

Este artículo sería a mi modo de ver inconstitucional, por cuanto la actual Constitución prevé la audiencia aún con ausencia de los acusados únicamente en los casos de peculado, concusión, enriquecimiento ilícito, prevaricato, crímenes de lesa humanidad y de odio. Por otro lado este artículo establece que aplica únicamente para las personas que estén privados de su libertad.

**Art. 169.-** Caducidad de la prisión preventiva.- La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. En ambos casos, el plazo para que opere la caducidad se contará a partir de la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez de garantías penales que conoce la causa. Cuando se excedieren los plazos dispuestos por las normas constitucionales y del Código del Procedimiento Penal y se produjere la caducidad de la prisión preventiva, concediéndose, como consecuencia de ello la libertad de quien se halle efectivamente privado de ella, el Juez de garantías penales o Tribunal de Garantías Penales

competente, remitirá obligatoriamente e inmediatamente el expediente completo de cada caso al Consejo Nacional de la Judicatura, órgano que llevará un registro individualizado de estos hechos.

Si no pudiera realizarse la audiencia de juzgamiento por inasistencia de los imputados, de los testigos considerados indispensables para la resolución del caso, de los peritos, de los intérpretes o de los abogados defensores de los acusados, es decir por causas no imputables a la administración de justicia, dicha inasistencia suspenderá ipso jure el decurso de los plazos determinados en este artículo hasta la fecha en que efectivamente se realice la audiencia de juzgamiento. Lo anterior sin perjuicio de la necesaria constancia procesal respecto de la suspensión en cada expediente por parte del respectivo secretario. No se considerará, por consiguiente, que ha excedido el plazo de caducidad de prisión preventiva cuando el imputado, por cualquier medio, ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar la caducidad de la prisión preventiva. Lo señalado en los incisos precedentes comprende las actuaciones unilaterales del imputado o acusado cuando, con deslealtad procesal provoquen incidentes o dilaciones al trámite del proceso que no correspondan al derecho de impugnación a una resolución o sentencia, o incumplan en forma deliberada las disposiciones del Juez de garantías penales o Tribunal de Garantías Penales para que se presenten a las audiencias legalmente convocadas y notificadas, evidenciando la intención de retardar el desarrollo normal del proceso para beneficiarse de una futura declaratoria de caducidad. Para la determinación de dicho plazo tampoco se computará el tiempo que haya transcurrido entre la fecha de interposición de las recusaciones y la fecha de expedición de los fallos sobre las recusaciones demandadas, exclusivamente cuando éstas hayan sido negadas. Producida la caducidad de la prisión preventiva, en la misma providencia que la declare el juez de garantías penales dispondrá que el procesado quede sujeto a la obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales y la prohibición de ausentarse del país, o una sola de estas medidas si la estimare suficiente, para garantizar la inmediación del procesado con el proceso.

De la exposición que antecede apreciamos que el sistema penal ecuatoriano tiene una doble opción en materia de prescripción, aplicable según los casos:

A) Una prescripción con plazos normales: misma que se produciría en el evento de que el sindicado no hubiese comparecido al proceso, de manera que si el o los sindicados no hubiesen comparecido al proceso en delito sancionado con pena de reclusión, el plazo de acuerdo con la normativa anterior se contaba a partir de la ocurrencia de los hechos o del autocabeza de proceso, y actualmente inicio de la Instrucción Fiscal y era de 10 años. Con la normativa vigente el plazo puede aumentar a 15 años, conforme hemos señalado precedentemente.

B) Una prescripción con un plazo de excepción o privilegiado; que tendría lugar cuando el indiciado se presentare voluntariamente a la justicia, en el plazo máximo de seis meses posteriores al autocabeza de proceso (normativa anterior), caso en el que los respectivos plazos se reducían a 8 años en los delitos reprimidos con reclusión, y a cuatro años en los delitos reprimidos con prisión.

La Doctrina y nuestra normativa han previsto que toda acción, sea pública o privada, cualquiera sea la naturaleza de la infracción o de la pena que la reprime, está sujeta a prescripción. Existen, sin embargo, leyes que establecen importantes alteraciones al régimen clásico y común en materia de prescripciones, como puede apreciarse en leyes especiales como la 108 en Ecuador, que se refiere al tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; y, puede darse el caso de que la propia Constitución establezca un régimen especial con respecto a la prescripción, el indulto o la amnistía como, como ocurre en Ecuador a partir del 11 de agosto de 1998.

La prescripción tiene un fundamento subjetivo y objetivo. El aspecto subjetivo, presenta dos facetas: en primer lugar, la ley acuerda la prescripción cuando la parte lesionada por un delito no ejerce la acción durante un largo tiempo por presumir que dicha persona (víctima) no tiene interés en la represión del delito. En segundo lugar y con relación al delincuente, la ley presume que si ha transcurrido un largo tiempo sin que el delincuente haya cometido un nuevo delito es porque este se ha enmendado y entonces, al Estado le interesa mucho más esa enmienda que la persecución de un delito cometido en un pasado lejano.

Desde el punto de vista objetivo, el fundamento de la prescripción esta dado por el hecho de que, pasado un cierto tiempo desde la comisión de un delito, ya no existe interés social en reprimirlo. En nuestro derecho, la acción prescribe en distintos plazos conforme sea la cantidad de pena, que corresponda. El plazo de la prescripción comienza a correr desde la medianoche del día en que el delito se cometió y si este fuese continuo, desde la medianoche del día en que dejó de cometerse.

La prescripción puede ser interrumpida, y en este caso, el efecto, es el de borrar todo el tiempo transcurrido desde la comisión del delito y a partir del momento de la interrupción vuelve a iniciarse el cómputo.

Debe tenerse en cuenta que, tanto respecto de la suspensión como de la interrupción, la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los autores del delito, cuando el mismo haya sido perpetrado por más de una persona. Tratándose la prescripción de la acción penal de una cuestión de hecho y por lo tanto de prueba, no es posible enunciar en la materia reglas genéricas. Se deberá analizar cada caso. Tanto la prescripción como la amnistía son causas de "extinción de la acción penal". Se trata en ambas de que un hecho delictivo, cuya comisión origina la posibilidad de legítima persecución penal, no sea más perseguible a partir de cierto momento; cuando se cumple el plazo de prescripción, cuando entra en vigor la ley de amnistía. La amnistía es entonces, en cierto sentido, una decisión valorativa (política) de que la acción y la pena, prescriban.

## CAPÍTULO III

### LA IMPRESCRIPTIBILIDAD PENAL

#### 3.1. Antecedentes históricos de la imprescriptibilidad

Carrara en su Programa de Derecho Criminal en 1859 se refería a la prescripción de esta manera:

Las leyes Italianas recogían el principio de la prescriptibilidad de la acción persecutoria, como se ve en el Código Napolitano de 1819, el Parmesano y el albertino, en la inteligencia de que este último excluía, con la formula de excepciones (...) algunos delitos como los ultrajes a la religión, los crímenes de lesa majestad, el parricidio, el envenenamiento y otros. Con un sistema diferente, la legislación de San Marino se refiere en género a la prescripción de la acción y el procedimiento de exclusión se maneja atendiendo a la pena, es decir, que únicamente son imprescriptibles los delitos sancionados con trabajos forzados durante toda vida.<sup>96</sup>

Bentham niega la prescripción de delitos mayores, por ejemplo una adquisición fraudulenta, capaz de hacer de hacer rico a un hombre. Ferri rechaza la prescripción en absoluto para los delincuentes natos, locos y habituales, admitiendo únicamente para aquellos que no han demostrado peligrosidad, tales como los delincuentes ocasionales o pasionales. Además la prescripción resulta peligrosa para el orden social, constituye un premio para el que ha logrado eludir la acción de la justicia.

---

<sup>96</sup> MEDINA, Augusto, “*La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y las obligaciones del estado peruano con la comunidad internacional*”, tomado de la página <http://blog.pucp.edu.pe/item/45308/la-imprescriptibilidad-de-los-delitos-de-lesa-humanidad-y-las-obligaciones-del-estado-peruano-con-la-comunidad-internacional>

Garofalo exigía para la prescripción la transformación del delincuente; una transformación que hubiese hecho de él un ser sociable y útil. La prescripción debe excluirse para todos aquellos criminales que con su conducta ulterior han colmado el diagnóstico de su incorregibilidad; exige que cada caso sea resuelto en vista de lo que la defensa social requiera.

Para Beccaria, los delitos atroces que dejan en los hombres una larga memoria, sí están probados no merecen prescripción a favor del reo. Los delitos leves, en cambio deben prescribir para librar así la incertidumbre de la vida de las personas. Fundamenta su criterio en la consideración objetiva del mal producido. Los positivistas en cambio, aducen como fundamento la “peligrosidad” del autor y “la defensa social.”

Hasta aquí puede notarse una diferencia entre aquellos delitos considerados graves y donde se aplica una prescripción más larga e incluso la imprescriptibilidad como mecanismo de protección del estado. Por otra vertiente van los delitos menos graves donde no existe limitación para la aplicación de la prescripción y donde no opera la imprescriptibilidad.

Los delitos de lesa humanidad, que se enmarcan dentro de los delitos más graves, han tenido un desarrollo en el siglo XX como una respuesta a un hecho histórico especialmente en Alemania, y en nuestro país donde se los incluyó en la última Constitución como delitos imprescriptibles.

La imprescriptibilidad de la acción penal en las causas por violaciones a los derechos humanos ha sido una fuente permanente de conflicto; por lo mismo hay sentencias esencialmente contradictorias en tribunales a nivel mundial, tanto a favor como en contra de la aplicación de la imprescriptibilidad en los crímenes de lesa humanidad, con todo el problema contingente que ello conlleva. Lo que debe ser integrado es los diversos elementos que deben ser considerados al evaluar una causa de esta naturaleza, y que en razón de la misma, y el Derecho Humanitario y Constitucional vigente llevan a concluir necesariamente en que dichos crímenes, bajo nuestra normativa, son imprescriptibles.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se ha desarrollado un verdadero *corpus iuris* internacional en relación con los crímenes internacionales. La conciencia común de la humanidad ya no tolera actos inhumanos o la barbarie. A partir de esta conciencia común han surgido principios generalmente aceptados que se encuentran a la base de lo que se conoce como el Derecho Internacional Penal. Uno de estos principios claramente asentados es la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. Si bien es cierto que la imprescriptibilidad de la acción penal en estos casos no levanta duda, la imprescriptibilidad de la acción civil derivada de crímenes internacionales sí plantea controversia. La aplicación de criterios de coherencia e integralidad permite concluir que las acciones, tanto criminales como civiles, en casos de crímenes internacionales, gozan del estatuto de imprescriptibilidad.

### **3.2. Definición**

El Diccionario Jurídico Ambar dice: *“Con relación a los derechos y a las acciones, se dice que son imprescriptibles los que no se extinguen por el transcurso del tiempo sin ejercerlos. Como norma general, todos los derechos y acciones son prescriptibles, salvo que la ley expresamente determine lo contrario”*<sup>97</sup>

Al decir de María Inés Horvitz<sup>98</sup>,

El fundamento del instituto de la prescripción, ya se trate de la acción o de la pena, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, tanto desde la perspectiva de la sociedad (prevención general) como del culpable (prevención especial). En su base operan, pues, consideraciones de racionalidad conforme a fines, es decir, de falta de necesidad prospectiva de la pena. La excepción a esta regla está configurada por aquellos hechos que, por su entidad y significación para la comunidad humana, no dejan de ser vivenciados como gravísimos por el transcurso del tiempo ni por sus protagonistas ni por los afectados ni, en fin, por la sociedad toda. Más aún, cuando tales delitos son perpetrados en el seno de un aparato organizado de poder (paradigmáticamente, la estructura estatal), sus autores actúan contando con la impunidad de tales ilícitos, la que se expresa, en el caso de la prescripción, como omisión de la persecución penal por parte del mismo aparato de poder cuyos miembros cometieron los delitos. Este es el

---

<sup>97</sup> Diccionario Jurídico Ambar con legislación ecuatoriana, Cuenca, Fondo de Cultura, Pág. 115.

<sup>98</sup> Tomado de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2334-D-2010>

fundamento de justicia política de las disposiciones convencionales en el ámbito internacional que establecen la imprescriptibilidad de ciertos crímenes gravísimos.

Dicha apreciación establece un fundamento básico de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad que constituye un pilar que sustenta toda la teoría de la imprescriptibilidad, esto es, la superposición de la Verdad sobre la ignorancia y el olvido; la supremacía de la Persona por sobre la norma, y con ello, en consecuencia, la superposición de la Justicia por sobre la seguridad jurídica y la impunidad<sup>99</sup>.

## LEGISLACION

Artículo 80 de la Actual Constitución dice:

Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó.

Artículo 81 de la Constitución manifiesta: .-

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

**Artículo 129 de la Constitución:** La Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político de la Presidenta o Presidente, o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, a solicitud de al menos una tercera parte de sus miembros, en los siguientes casos:

1. Por delitos contra la seguridad del Estado.

---

<sup>99</sup>Tomado de la página

<http://webappl.hcdn.gov.ar/system/modules/ar.gov.hcdn.proyectos/elements/proyXmlParser.jsp?file=2010/2334-D-2010.xml&mode=fundamentos>

2. Por delitos de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito.
3. Por delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia.

**Artículo 233 de la Nueva Constitución del Estado dice:**

Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

### **3.3 Argumentos a favor imprescriptibilidad**

La imprescriptibilidad de la acción penal podríamos decir que inicia en los procesos penales iniciados post Segunda Guerra Mundial, por parte de los países ganadores contra los nazis. Se establece la imprescriptibilidad de la acción contra los autores de los denominados crímenes de guerra, relacionados con genocidio, desaparición forzosa de personas, torturas, etc.

La posibilidad de una imprescriptibilidad de la acción en Latinoamérica en su mayoría está relacionada con los delitos de lesa humanidad, y con los delitos contra la administración pública.

El debate jurídico y muchas veces político hacia ampliar la imprescriptibilidad de otros delitos resulta notorio. Por ejemplo en países como México a nivel estatal se implementó una reforma hacia decretar la imprescriptibilidad en los delitos de abuso infantil. La reforma del Estado de Oaxaca determina que:

Se podrá castigar al victimario no importando los años que hayan transcurrido, toda vez que la legislación hasta ahora vigente dispone plazos de prescripción que se calculan considerando la

media aritmética de las acciones mínima y máxima que corresponden al delito en cuestión, con lo cual muchos de los responsables quedaban sin castigo<sup>100</sup>

### **3.4 Argumentos en contra imprescriptibilidad**

#### **3.4.1 Posición afirmativa**

Las teorías que fundamentan la prescripción pueden agruparse en tres órdenes principales:

- a) Aquellos de naturaleza penal o teorías penales.
- b) Los que se encuentran en el campo extrapenal, principalmente procesal o teorías extra penales.
- c) Los que se valen de ambos géneros de razones o teorías mixtas.

##### *3.4.1.1 Teorías Penales*

Los autores para fundamentar la prescripción, extraen argumentos dentro del propio derecho penal.

##### *3.4.1.2 Teoría del olvido del hecho.*

Los defensores de esta teoría sostienen que con el transcurso del tiempo, la sociedad olvida paulatinamente el delito hasta que el recuerdo mismo desaparece, se advierte que en esta situación, ni la retribución, ni la prevención general exigen un castigo.

Para Feuerbach citato por Oscar Vera Barros, expresa *que la pena aplicada después que el tiempo ha borrado el recuerdo del delito pierde el consentimiento y la eficacia, sobre todo,*

---

<sup>100</sup> Tomado de la página <http://www.nsssoaxaca.com/>

*porque la personalidad del delincuente se ha transformado radicalmente después de haber transcurrido un lapso prolongado.*<sup>101</sup>

Con el transcurso del tiempo, la conciencia de la justicia del fallo se debilita y se convierte en duda e incertidumbre: ha desaparecido la memoria de los hechos y no se pueden recordar ya aquellos sobre los que estaba fundada la sentencia.

Para ser legítima, la pena social, debe ser necesario el mantenimiento del orden público y útil por los efectos que produce; estas dos condiciones no se encuentran en las penalidades aplicadas después de un cierto periodo de tiempo, por lo tanto la sociedad no tiene más interés en reprimir infracciones cuyo recuerdo se ha borrado.<sup>102</sup>

Rivarola citado por Oscar Vera Barros, en un principio rechaza la teoría del olvido, porque sostiene que en el fondo, la prescripción es solo cuestión sentimental y de conmiseración<sup>103</sup>. Posteriormente, sin embargo, admite que la aplicación tardía de la pena carece de eficacia porque inspira un sentimiento social de disconformidad o reprobación; por lo tanto la pena pierde su ejemplaridad, la misma que consiste en intimidar a los delincuentes y tranquilizar a la sociedad.

#### *3.4.1.3 Teoría de la Corrección*

Los seguidores de esta teoría manifiestan que el tiempo ha tenido la virtud de corregir al autor del delito, de donde no resulta necesaria la imposición de la pena, pues el transcurso del mismo ha realizado ya la finalidad que se persigue con la aplicación del castigo, por consiguiente el Estado puede renunciar a su potestad represiva, concretamente Díaz citado por Oscar Vera Barros, debe ser incluido en este grupo en lo que a la prescripción se refiere, pues sostiene que cesa en el Estado el interés de la represión porque supone que la no comisión de

---

<sup>101</sup> VERA, Oscar, Op. Cit. pág. 27.

<sup>102</sup> *Ibidem*, pág. 28

<sup>103</sup> *Ibidem*, pág. 28

nuevo delito durante el tiempo fijado por la ley demuestra la reforma y la readaptación del delincuente<sup>104</sup>, lo que en nuestro país sería la reincidencia.

Por otra parte se manifiesta que el transcurso del tiempo, sin que haya violado la ley, hace presumible la recuperación y enmienda del criminal, con lo que las funciones de la pena se han cumplido, tornándose con ello innecesario y hasta injusto el castigo, en fin para esta teoría el fundamento jurídico de la prescripción es, pues, el evitar el doble castigo por el mismo crimen, lo que sería injusto; así como el de no perturbar nuevamente el orden social, ya pacificado por el transcurso de tiempo.

#### *3.4.1.4 Teorías extrapenales*

En estas teorías los autores sostienen el carácter transitorio de la prueba, cabe recalcar, que con el tiempo, las pruebas se debilitan hasta tornar imposible un proceso; más que las pruebas de cargo, desaparecen las que resguardan la inocencia de los inculpados, por otro lado quita hasta la misma prueba material se puede deteriorar con el tiempo.

Bilding citado por Oscar Vera Barros, es el principal sostenedor de esta posición, expresa que éste es el único fundamento de la prescripción de la persecución penal.<sup>105</sup>; el ejercicio del deber de castigar no es posible al cabo de un cierto tiempo, porque el juicio no puede hacerse con certidumbre.

Tal ha sido, también, el fundamento admitido en la época griega, para los cuales, el transcurso del tiempo ha hecho difícil encontrar las pruebas, sobre todos las de descargo o de inocencia, por otro lado cabe anotar el fundamento de la prescripción en los orígenes germánicos; es decir la necesidad de asegurar la tranquilidad del individuo, librándolo del peligro de juicios inciertos; hay que incluir también a aquellos que consideran que la prescripción es una pena a la incuria del encargado del ejercicio de la acción, aquí lo que se observa es quizá la aplicación del principio de inocencia.

---

<sup>104</sup> VERA, Oscar, Op. Cit., pág. 28.

<sup>105</sup> VERA, Oscar, Op. Cit., pág. 30.

El origen de esta teoría se encuentra en las inyunciones del derecho romano destinadas a evitar la prolongación de los procesos, a cuyo efecto, el juez fijaba un término al acusador dentro del cual debía terminar el proceso, pasado el cual la acción se extinguía.<sup>106</sup>

Por otra parte los autores manifiestan que la prescripción, al exigir una rápida acción del Ministerio Público, reduce los riesgos de un error judicial; por el contrario el tiempo vuelve difícil la reunión de las pruebas, por cuanto los testimonios se han dispersado o se han olvidado.

Hay autores que sostienen argumentos extrapenales, pero, fuera del terreno procesal; ellos sostienen que el único argumento válido para fundar la prescripción es el transcurso del tiempo, ya que es ella la que cancela la legitimidad y la conveniencia de la pena.

Jiménez de Asúa participaba en un comienzo de esta teoría, afirmaba que el fundamento de la prescripción no está más que en la virtud extintiva del tiempo, además que la eficacia actual de la ley se pierde por el transcurso del tiempo.<sup>107</sup>

#### *3.4.1.5 Teorías mixtas*

También llamadas teorías combinadas, son aquellas que se valen tanto de argumentos de orden penal como de los de orden procesal.

Carrara citado por Oscar Vera Barros, encuentra que el olvido del delito producido por el transcurso del tiempo, hace cesar el daño social, lo que conduce a la desaparición de la impresión moral nacida del mismo, ya sea sobre los buenos, en los cuales ha desaparecido el temor, ya sea sobre los malos, en quienes no tiene ya fuerza el mal ejemplo; habiendo desaparecido la alarma social causada por el delito, la ejecución de la pena, con el transcurso del tiempo carece de ejemplaridad.<sup>108</sup>

De igual manera Merkel citado por Oscar Vera Barros, sostiene que el fundamento de la prescripción esta en los cambios que el tiempo opera y en el influjo que ejerce sobre los fines

---

<sup>106</sup> *Ibidem*, Págs. 30-31.

<sup>107</sup> VERA, Oscar, Op. Cit., pág. 31.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pág. 32.

que la administración de justicia penal persigue; <sup>109</sup> estos cambios se refieren a las funciones del derecho procesal y a los que cumple el derecho penal sustantivo; el primero se refiere a que el transcurso de largos periodos de tiempo dificulta la fijación y determinación de la verdad en lo que se refiere a la culpabilidad, cosa que se hace muchas veces por completo imposible, el segundo manifiesta que la pena tardía no parece ser ya un medio de obtener los fines que con la pena se buscan, es decir una sentencia tardía resultaría a una injusticia.

Cuando más tiempo se tarda en aplicar la pena, servirá menos para el logro de sus fines y menos justa la considerarán el penado mismo y las personas que no hayan tenido participación en el delito; por otra parte desaparecen o no pueden ser alcanzados por la pena los efectos psíquicos del delito, tales como la intranquilidad, el temor, el ansia de retribución, la necesidad de la satisfacción al ofendido, entre otras, incluso con el transcurso del tiempo los familiares de las víctimas, serán más susceptibles de perdonar al infractor.

Para otro grupo de autores predominan los argumentos de orden penal; Geyer<sup>110</sup> pone de relieve que el tiempo extingue el recuerdo del delito y, en consecuencia, el requerimiento del castigo, produciendo en el autor una transformación de su persona; por otro lado, los medios de prueba se debilitan o desaparecen, argumento que tiene eficacia en lo que se refiere a la prescripción de la acción.

Por otra parte se duda que un castigo postergado se necesario, porque ante el transcurso del tiempo cede la exigencia de la retribución.

Sauer citado por Oscar Vera Barros, en primer término, aduce la desaparición del interés en la persecución y la punición, y, en segundo, las dificultades de determinación y prueba, aunque estas últimas, agrega, por sí solas no bastan, porque no justificarían la diversidad de plazos según la gravedad.<sup>111</sup>

Se dice también que la fuerza natural del tiempo cubre de olvido los hechos criminosos, anula el interés represivo, apaga las alarmas sociales y dificulta la consecución de pruebas; en otro

---

<sup>109</sup> *Ibidem*, pág. 32.

<sup>110</sup> VERA, Oscar, *Op. Cit.*, Pág. 33.

<sup>111</sup> *Ibidem*, pág. 33.

punto argumenta que el tiempo altera las condiciones en que normalmente es ejercitado el poder punitivo público, produciendo una debilitación y olvido del delito, lo que fundamenta la renuncia del Estado a su potestad represiva.

Otras razones de política penal, que comprende ambas formas de prescripción, se refieren al hecho de que el tiempo hace desaparecer la finalidad y necesidad de la represión, pues la necesidad de reintegrar el orden jurídico perturbado por el delito y de asegurar a la población acerca de la actuación del derecho, ha desaparecido, porque las cosas han tomado, por sí mismas, el propio equilibrio, y la memoria del delito se ha debilitado o ha desaparecido de la conciencia pública.

Por otro lado autores encuentran el fundamento en la disminución del interés represivo del Estado a medida que se olvida el hecho; así como también en base al olvido que el transcurso del tiempo determina, tanto en los actos delictuosos como en las sentencias que motivaran, lo que vuelve inútil el castigo, porque el recuerdo del hecho culpable se ha borrado.

Para otros autores predominan los argumentos de orden procesal, pues expresan que luego de transcurrir un cierto tiempo, ya no existe ningún interés en el Estado en una persecución; ésta se torna difícil o prácticamente imposible.

Welzel, citado por Oscar Barros, sostiene que con el tiempo se pierde el interés estatal en la persecución del delito; simultáneamente, la persecución de hechos muy lejanos se vuelve, con el transcurso del tiempo, cada vez más difícil o prácticamente imposible<sup>112</sup>; la pena tardía no tiene ya nada que corregir, el tiempo borra las huellas del delito, destruye las justificaciones de la defensa y de la acusación, quita al procedimiento su utilidad y a la persecución su utilidad social, incluso la misma investigación se vuelve más compleja y difícil por parte de la Fiscalía.

Algunos autores no encajan adecuadamente en ninguno de los términos de la clasificación expuesta por lo tanto mantienen sus argumentos al margen de la misma, los mismos que manifiestan que la acción penal que no ha sido ejercida durante un tiempo más o menos largo,

---

<sup>112</sup> VERA, Oscar, Op. Cit., pág. 35.

además de hacer disminuir o desaparecer la alarma social y el recuerdo del delito, hace más difícil la búsqueda de la prueba, puede demostrar que ha cesado la peligrosidad del procesado o condenado, si éste, durante ese tiempo no ha vuelto a cometer un delito o no es reincidente.

Otros autores mantienen una posición mixta, con argumentos de derecho penal y de derecho procesal, que se colocan en idéntico plano, empleando en primer genero de razones, manifiestan que el transcurso del tiempo extingue la necesidad de la retribución y disminuye los efectos psicológicos, por lo que el ordenamiento represivo ya no reclama la sanción de la violación de derecho, al mismo tiempo aumentan las dificultades de la prueba a medida que transcurre el tiempo entre el hecho y la sentencia, hasta un punto tal, que ya no puede ser probado el hecho y no puede tener ejecución el derecho penal esperado por el Estado.

Como conclusión de estas teorías se puede manifestar que las teorías penales sostienen que la prescripción es un instituto de derecho material, porque lo que caduca con el transcurso del tiempo es la pretensión punitiva del Estado, su derecho a castigar en el caso concreto; desaparece la punibilidad del hecho y la pena como su consecuencia necesaria.

Otros, en cambio, le asignan carácter procesal, porque sólo importa un impedimento negativo u obstáculo puesto a la iniciación o prosecución del procedimiento penal, no anula el derecho de castigar, no suprime la punibilidad, sino crea, tan sólo, la imposibilidad de perseguir el castigo del delito, a pesar de la subsistencia de la culpabilidad.

Y por último, la tercera posición afirma el carácter mixto de la prescripción, para este sistema, participa el carácter material y formal a la vez, porque tanto es una derogación del derecho subjetivo de punir como un impedimento procesal; la característica de la prescripción es que se presenta como un impedimento procesal, pero no es solamente esto, sino también, una causa jurídica material de exclusión de la pena.

## CAPITULO IV

### EL JUICIO EN AUSENCIA

#### 4. 1 Antecedentes

Antiguamente, con absoluta generalización, la sanción al delito, podía desembocar en la muerte del reo, por cuanto se aplicaban pruebas tales como las denominadas Ordalías en las que por la brutalidad de dicha práctica, su resultado era casi una norma, ya que casi siempre, acababa con la vida del sancionado<sup>113</sup>.

Debemos necesariamente entender que, no es lo mismo, proteger al delincuente en el cumplimiento de una pena impuesta por Jueces o Tribunales que estudiaron y analizaron su acto y lo sancionaron de modo adecuado por la sociedad en que se dio dicho acto, que, la procuración de un sistema de juzgamiento equitativo y garantizador de un equitativo ejercicio judicial, que garantice de modo transparente, el derecho de defensa del imputado<sup>114</sup>.

Falquéz Ramírez señala:

Definitivamente no han sido los Derechos Humanos, quienes lograren finalmente la panacea, pues si bien los principios que los animan tiene un excelente contenido de orden social, la práctica que a su nombre se realiza, deja mucho que desear debido a la carencia absoluta de equidad, pues al parecer, se les ha olvidado al ejercicio de defensa de los Derecho Humanos, que el art. ocho de la Declaración de Derechos Humanos dice: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> FALQUÉZ Ramírez, José, “Hacia una Justicia Ideal”, Tomado de la página [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=473&Itemid=34](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=473&Itemid=34)

<sup>114</sup> Ibidem

<sup>115</sup> Ibidem

La Constitución Política del Ecuador, entre otros asuntos que regula, contiene la enumeración de los derechos fundamentales de la persona y la declaración de que el Estado garantiza su respeto. Estos derechos están además contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948; en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Paralelamente, el Código Penal contiene disposiciones que se oponen a ciertos derechos humanos, como se puede comprobar, al comparar las garantías constitucionales y las penas enumeradas en el Código Penal.

El tratadista Edmundo Díaz manifiesta:

Ambos cuerpos legales: la Constitución, que impone el respeto a los derechos humanos, y el Código Penal, que autoriza su privación o suspensión, rigen simultáneamente insinuando una aparente contradicción que, en realidad, no existe, porque las normas de cada una de dichas leyes se aplican a situaciones diferentes. La Constitución garantiza los derechos humanos en general, a favor de todos los miembros de la comunidad, a quienes presume inocentes; el Código Penal determina sanciones para aquéllos que incurren en las conductas punibles que él mismo describe y que, por lo tanto, dejaron de ser inocentes para convertirse en culpables.<sup>116</sup>

En otras palabras, el Estado respeta los derechos fundamentales de la persona mientras no cometa delito; pero en el momento en que una persona incurra en una infracción, pierde esa protección. La Constitución considera que quien comete delito se despoja, por su propia voluntad, de la protección de la Constitución y se expone al rigor del Código Penal. Al violar la ley, el infractor se desprende de sus propios derechos y los pone a disposición del Estado.

El tránsito de la situación de inocencia a la situación de culpabilidad de un ser humano está regulado por la ley; no puede ser arbitrario ni quedar sometido al libre criterio de las autoridades o de las personas; la Constitución y las leyes que garantizan la inocencia tienen

---

<sup>116</sup> DIAZ, Edmundo, Manual de Derecho Procesal Penal, Volumen I, Editorial Edino 1992, pág. 8.

que señalar, asimismo, los procedimientos y las formas necesarias para la imposición de una pena.

La situación de culpabilidad sólo puede emanar de una declaración formal, escrita, contenida en un documento llamado sentencia, expedida por el órgano jurisdiccional competente.

En otro punto la declaración de responsabilidad debe, necesariamente, estar procedida de una investigación extensa, profunda y prolija de los hechos. Esa actividad de investigación constituye el procedimiento penal, que está a cargo de la Fiscalía con apoyo de la Policía Judicial.

El desarrollo de ese conjunto de actividades de investigación debe estar regulado por la ley, desde el principio hasta el fin y justamente la ley que regula todo el proceso es el Código de Procedimiento Penal.

De allí que, con sobrada razón, Florián citado por Edmundo Duran diga: “*Nulla pena sine iudicio*”; es decir, “*que nadie puede ser sometido a una pena sino después de un juicio legítimo*”<sup>117</sup>.

Por lo tanto la sustanciación de un juicio implica una serie de actividades que desarrolla el órgano jurisdiccional del Estado hasta llegar a la expedición de una sentencia.

En resumen, solamente mediante un proceso penal se puede llevar a una persona desde la presunción de inocencia hasta la declaración de responsabilidad penal o culpabilidad.

Es así como la Constitución Política del Ecuador reconoce múltiples derechos a las personas que a continuación los transcribimos:

**Art. 10.-**Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

---

<sup>117</sup> DIAZ, Edmundo, Op. Cit., pág. 10.

**Art. 11.-**El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

**3.** Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

**4.** Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

**7.** El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

**9.** El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

Transcribimos la parte pertinente de la Convención y del Pacto. **CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS<sup>118</sup>. Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.** 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...**Artículo 8. Garantías Judiciales.** 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...

**PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS<sup>119</sup>. Artículo 9** .1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 3. tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. **Artículo 14.** 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas...”.

---

<sup>118</sup> Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

<sup>119</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

#### **4.1.1 La ausencia**

Ausencia es la no presencia en determinado lugar. Según el Diccionario de la Real Academia, consiste en el alejamiento del mismo. Es el no estar cuando se es requerido. Desde el punto de vista legal, ausencia es el estado de una persona que ha sido judicialmente declarada ausente. Además, significa ignorar donde se encuentra, si es prolongada, esta ausencia tiene consecuencias. En el derecho, el discurrir del tiempo crea situaciones jurídicas. Según sea la rama del derecho, las consecuencias de la declaración de ausencia son diferentes. En Derecho Civil, la ausencia por el lapso que señala la ley crea la presunción de muerte. A consecuencia de esto, puede disolverse el matrimonio y la sociedad de gananciales. En el campo procesal civil la no presencia del litigante permite el nombramiento del defensor de ausente y del curador de sus bienes si fuere el caso. En el Derecho Penal, la ausencia, por el plazo que señala la ley, extingue la acción penal y la pena.

Mientras en lo civil, la ausencia se cuenta desde que se han tenido las últimas noticias del presunto ausente, en lo penal el tener noticias no altera la prescripción, cuyo plazo corre inexorable y sólo se interrumpe por la comisión de nuevo delito y demás circunstancias expresamente enumeradas en la ley. Mientras en el campo civil, la ausencia se cuenta a partir de las últimas noticias del ausente, en lo penal la prescripción corre desde que el reo ha huido de la justicia no compareciendo ante el proceso judicial, se conozca su paradero o se ignore.

#### **4.1.2 Ausente**

Ausente es la persona que no se encuentra en el lugar donde reside, que no está presente donde debe estarlo. En el proceso penal, el acusado siempre está a disposición del juez, sea en su casa o en la cárcel.

Ausente sería el imputado o acusado que habiendo tenido noticia, en cualquier forma, de que se ha insaturado un proceso penal en su contra, no ha designado defensor, no ha comparecido

a rendir su versión ni a otras diligencias propias de la Instrucción Fiscal; y, en general, se ha desentendido absolutamente del trámite procesal.<sup>120</sup>

Desde el punto de vista personal debe agregarse una nota más: ausente es quien no está presente en el lugar señalado como su domicilio en el momento en que es requerido judicialmente.

Pero una cosa es la inasistencia y otra la ausencia, Esta última es un estado de derecho declarado judicialmente. Aquella es la no presencia del acusado. Aun cuando el reo se encuentre en el lugar donde se está desarrollando el proceso penal, sí el juez no logra, después de requerirlo judicialmente y bajo apercibimiento, su comparecencia, él debería entonces válidamente declararlo ausente y ordenar su captura. Esto a pesar de que físicamente, el juez y el reo se encuentren en la misma ciudad.

Si el procesado acredita que no fue notificado el juez debería suspender la orden de captura. Si es notificado, pero por circunstancias atendibles no concurre a la diligencia, el juez puede, por equidad, suspender igualmente dicha orden. En el primer caso por la falta de notificación, la suspensión de la orden de captura es imperativa; en el segundo, por equidad es facultativa y para acceder a ello el juez deberá considerar la naturaleza del delito, el comportamiento precedente del procesado, etc. La notificación debe ser personal, es decir, debe hacerse en el domicilio del acusado.

En el procedimiento civil, se emplea el término rebelde para designar al litigante que no asiste a los actos del juicio.

Es el litigante que sin justa causa no concurre a las citaciones del juzgado o lo abandona durante su tramitación. Es un acto de voluntad realizado en el proceso civil, el cual se desenvuelve por acción directa de las partes. Esta manifestación de voluntad que consiste en la rebeldía produce consecuencias jurídicas.

---

<sup>120</sup> Ibidem, pág. 71.

Según Fenech, "*Se entiende por rebeldía el estado jurídico en que se coloca el imputado cuando no comparece a la presencia judicial en el plazo fijado en las requisitorias o no fuese habido o presentado al juez o tribunal. La rebeldía es un estado de derecho -a diferencia de la ausencia que es un estado de hecho- que exige declaración judicial para que se produzca*".

#### **4.1.3 Prófugo**

Como lo llama nuestro Código de Procedimiento Penal, en el Art 233, sería el encausado en contra de quien se hubieren dictado medidas cautelares personales, que no se han hecho efectivas, que no hubiere designado defensor; y, con mayor razón, en contra de quien se hubiere dictado auto de llamamiento a juicio y no se hubiere presentado a la audiencia de juzgamiento oral. Obviamente, también sería el que habiendo estado privado de su libertad, por una orden de detención o por una de prisión preventiva se ha escapado o fugado del Centro de Detención o de Rehabilitación y evade la acción de la Policía.<sup>121</sup>

Salvo las medidas cautelares personales, no cabe que se dispongan otras requisitorias antes que se dicte el auto de llamamiento a juicio, como para lograr la comparecencia del acusado a rendir la versión libre o a la audiencia de sustanciación de dictamen. Por esta razón, el Dr. Vaca considera carente de fundamentos constitucionales y legales la orden de prisión que la dictan algunos jueces, por petición del fiscal, con la finalidad de que el imputado comparezca a rendir una versión que esencialmente es libre y voluntaria, tanto más que las medidas cautelares personales tienen otra finalidad no siempre entendida por algunos jueces, inclusive de Cortes Provinciales, para quienes la pérdida de la libertad sirve para otros objetivos.<sup>122</sup>

#### **4.1.4 Posibles situaciones**

Como señala el doctor Vaca existen situaciones que se pueden generar en el proceso penal, así por ejemplo que el imputado desconozca el proceso penal instaurado en su contra; en el caso de los defensores públicos cuando éstos no hacen el mínimo esfuerzo por ubicar a su defendido gratuitamente; cuando el imputado está fuera del país.

---

<sup>121</sup> Ibidem, pág. 71.

<sup>122</sup> Ibidem, pág. 71.

Ahora bien, lo anteriormente señalado es entendible en un medio como el nuestro, pero las cosas cambian cuando el imputado se desentiende del proceso, adoptando una actitud de indiferencia. Esta situación, en cambio, es distinta a la anterior en cuanto el imputado conoce que tiene tal calidad pero no le importa, bien sea porque es totalmente inocente de los delitos que se le imputan, y confía que la Fiscalía, cumpla su cometido legal haciendo acopio de evidencias que demuestren que el sujeto participó en la perpetración del delito. Muchos inocentes podrían y deberían esperar confiados que a la Fiscalía, dando fiel cumplimiento a las reglas de la carga de la prueba, demuestre que el imputado si tiene que ver con el delito; mas, en nuestro medio, luego de la imputación formal que realiza la Fiscalía, se espera y hasta se exige que el imputado demuestre su inocencia.

Que el imputado asuma una actitud de rebeldía ante la Policía Judicial y la Fiscalía, en la indagación previa y en la Instrucción Fiscal; actitud que se podría manifestar mediante varias actitudes: no comparecencia a rendir su versión, no comparecencia a diligencias de reconocimiento material o instrumental, acogerse al derecho al silencio, etc.;

Que en la etapa Intermedia no comparezca a la Audiencia Preliminar ni el imputado ni su defensor (aunque esté preso);

Que, si esta privado de la libertad, se produzcan algunas maniobras para alcanzar la caducidad de la prisión preventiva, con las siguientes posibles consecuencias:

1. Que una vez recuperada la libertad no se vuelva a tener noticias del acusado, pese a lo cual sí se puede dictar auto de llamamiento a juicio;
2. Que después de dictado auto de llamamiento a juicio, se evada del centro de detención o rehabilitación, no se vuelva a tener noticia del acusado, -ahora en calidad de prófugo- y por este motivo no se pueda celebrar la audiencia de juzgamiento;
3. Que pese a haber recuperado la libertad durante la Instrucción Fiscal, porque se revocó la orden de prisión o porque se aceptó caución, si comparezca a juicio, si se le ha

llamado a Juicio con orden de prisión preventiva, situación posible aunque poco frecuente.

En este punto manifiesta el Dr. Ricardo Vaca que conviene reflexionar respecto a que la prisión preventiva es innecesaria, en la mayoría de los casos; y, por lo tanto, debería dictarse excepcionalmente, como ordenan los convenios y tratados internacionales, al igual que la doctrina, mas aun si se tiene presente que en muchos casos, si se dictan, son la causa de que la justicia penal no sea efectiva. La experiencia nos enseña que no son pocos los casos en los que lo que realmente se busca con el proceso penal no es de llegar al cabal descubrimiento de la verdad, sino por el contrario, lo que se busca es alejar a los rivales políticos, de manera definitiva, cuando no extorsionar, chantajear o anular a ciertas personalidades, e inclusive impedir que los procesados hablen y hagan conocer su verdad y las verdaderas intenciones de sus perseguidores. Y todo esto con la ayuda de ciertos medios que no reparan el pobre papel que cumplen y el mal que están causando a inocentes víctimas forzadas a adquirir la calidad de prófugos. Pero, en ciertos casos, la audiencia de juzgamiento, es decir, el Juicio en Ausencia es posible.<sup>123</sup>

En Ecuador existe la posibilidad de que se juzgue en ausencia a un encausado tan sólo si es que el proceso penal se hubiere iniciado después o a partir del 13 de Julio del 2000, cuando entró plenamente en vigencia el actual Código de Procedimiento Penal; y ello en razón de que, pese a que el inciso 2° del Art. 121 de la Constitución Política de 1998, ya permitía que los juicios por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito se inicien y continúen “ aun en ausencia de los acusados”, no existía la norma procesal que desarrolle el precepto constitucional porque el Código de Procedimiento Penal de 1983 no contemplaba la posibilidad de que el plenario se dé en ausencia del encausado. Se podría argumentar que la Constitución está por sobre toda ley, inclusive el Código de Procedimiento Penal de 1983, pero aún admitiendo que ello es verdad, no puede desconocerse que el Código de Procedimiento Penal es Instrumental porque permite el juzgamiento de las personas por delitos determinados, es decir, no se puede juzgar a las personas por delitos únicamente contando tan

---

<sup>123</sup> Ibidem, pág. 73.

solo con las disposiciones constitucionales; el proceso penal es el instrumento propio y regulado por el Derecho Penal Adjetivo que permite la aplicación del Derecho Penal Sustantivo a los casos concretos. En definitiva, en los procesos penales iniciados mediante auto cabeza de proceso antes del 13 de Julio del 2000 no se puede realizar el Plenario en ausencia del acusado; el proceso penal debe paralizarse. No así en los procesos penales iniciados después o a partir de esa fecha en los que sí es posible que se cumpla la etapa del Juicio en ausencia del acusado.<sup>124</sup>

La disposición general, es decir el **Art. 233 del Código de Procedimiento Penal.-**

Suspensión y continuación.- Si al tiempo de expedirse el auto de llamamiento a juicio, el procesado estuviere prófugo, el juez de garantías penales después de dictado dicho auto, ordenará se suspenda la iniciación de la etapa del juicio hasta que sea detenido o se presente voluntariamente, excepto en los procesos penales que tengan por objeto delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, en los que la continuación de la causa se realizará en ausencia del procesado. Si fueren varios los procesados, y unos estuvieren prófugos y otros presentes, se suspenderá el inicio del juicio para los primeros y continuará respecto de los segundos.

La suspensión es por tiempo indefinido, hasta que se cumpla la condición fijada en la propia norma, o hasta que prescriba la acción penal, en los términos del Art. 101 del CP, plazos de prescripción que corren irremediamente, lo cual podría parecer injusto, al menos desde el punto de vista social, porque el sujeto pasivo del proceso penal se estaría beneficiando de su propia decisión negativa, y abiertamente dolosa de no comparecer a Juicio, ocultándose hasta que pase el tiempo necesario. Más justo sería para la sociedad que los plazos de prescripción se interrumpieran hasta que el sujeto sea aprehendido, o comparezca voluntariamente a Juicio.

Es una realidad que la Policía Judicial no hace mayor esfuerzo para aprehender a los que están en calidad de prófugos. Esta actitud es la que explica que muchos de los conductores responsables de delitos de tránsito siguen laborando sin mayor problema luego de un corto tiempo de inactividad, hasta que todo quede en el olvido. En lugar de actuar como deberían, se

---

<sup>124</sup> Ibidem, Pág. 73.

buscan justificaciones de todo tipo y se echa la culpa a la lentitud de la administración de justicia.<sup>125</sup>

En esas condiciones, la suspensión del juicio –básicamente por caducidad de la prisión preventiva, que obedece a muchas causas, o la ineficiencia del sistema carcelario ecuatoriano,- equivale a IMPUNIDAD.<sup>126</sup>

**Art. 278.- Audiencia fallida.-** El presidente no podrá instalar la audiencia si no estuvieran presentes, además de las personas indicadas en el artículo anterior, el ofendido, los testigos, peritos e intérpretes que hubieran sido notificados para que se presenten a dicha audiencia, cuya presencia considere indispensable el tribunal de garantías penales. Si por causa injustificada no concurrieren el fiscal, el secretario o el defensor del acusado, el tribunal de garantías penales les impondrá la multa indicada en el artículo anterior. De no haberse celebrado la audiencia por falta de los testigos, peritos o intérpretes, el presidente ordenará la detención de los que no hubiesen concurrido, hasta que se celebre la nueva audiencia del tribunal de garantías penales; pero los nombrados podrán evitar la detención justificando una evidente causa de fuerza mayor o caso fortuito, o si rinden caución que garantice su concurrencia a la nueva audiencia, caución que será fijada por el presidente, en la cantidad que estime justa, de acuerdo con las posibilidades económicas del afectado. De no haberse celebrado la audiencia por tres ocasiones, en las que la suspensión se debiere exclusivamente a causas imputables al acusado que estando privado de la libertad, se negare a asistir a la audiencia, ésta se llevará a cabo sin su presencia. Si la audiencia resultare fallida por causas imputadas a los magistrados, jueces, fiscales, peritos, funcionarios y otros que intervienen en el proceso penal, el Secretario está obligado a notificar del hecho al Consejo Nacional de la Judicatura y al Ministerio Fiscal a fin de que en casos de reincidencia en su culpabilidad, se proceda a la destitución inmediata de tales funcionarios, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar. La inasistencia de los testigos, peritos o intérpretes solicitados por el Ministerio Fiscal y la parte acusadora, no serán de responsabilidad del imputado o acusado, por lo tanto, dicho tiempo será computado para efectos de la caducidad de la prisión preventiva. No obstante lo antes previsto, la audiencia se podrá desarrollar con la

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, pág. 75.

<sup>126</sup> *Ibidem* pág 76

utilización de los sistemas de videoconferencia en los casos y términos señalados en el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 254.

## **4.2 El juicio previo legal**

El Art. 1 del CPP, legaliza el principio del “Juicio Previo”, diciendo:

Nadie puede ser penado si no mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del procesado en un juicio, sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y en este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del procesado y de las víctimas”.

El Dr. Almeida Villacís al respecto señala:

La historia del Enjuiciamiento Penal del Ecuador ha sido pródiga en episodios aciagos y sombríos que lejos de enervarla la han fortalecido pues cada día los ecuatorianos adquieren más conciencia de sus derechos y GARANTIAS, y lo que antes era objeto de imploración ahora son exigencias de una población que clama en los foros y en las calles la impasibilidad de un Estado para sancionar con ejemplaridad a funcionarios venales y omisos cuya actitud e ineptitud deslucen la imagen de una honorable función estatal, que brega en forma cotidiana contra sus limitaciones materiales, monetarias y humanas.

El debido proceso es una conquista paulatina de la humanidad que durante muchas centurias estuvo sumida en el oscurantismo, que se manifestaba en un principio a través de prácticas inveteradas denigrantes al ser humano y más tarde en abusos, arbitrariedades y tropelías empleadas para sojuzgar al pueblo por parte de gobiernos autócratas. Por tanto era menester el fijar un límite legal al poder represivo del Estado que si bien hasta hoy no ha logrado evitar su desbordamiento, por lo menos después de muchos siglos de injusticias y atropellos, ha permitido atemperarlo.

En las épocas primitivas de la humanidad no existía proceso sino autojusticia, esto es vindicta. Los poderosos y los fuertes disponían, a su arbitrio, de la vida, la libertad y los bienes de los débiles y subyugados, pues la historia de los derechos humanos es, a grandes rasgos, la lucha incesante de los

oprimidos contra los opresores, de los débiles contra los fuertes y los explotados, que siempre han sido mayoría, contra los grupos de explotadores.<sup>127</sup>

Desde la muy antigua época en que una vez cometida la falta inmediatamente se imponía la sanción, hasta la época actual que, para dicha imposición, exige el desarrollo del debido proceso, ha sido larga, pero muy larga y dolorosa la evolución del Derecho Procesal en general y el del proceso penal en particular. Actualmente no se concibe que alguna persona sea condenada por la voluntad omnimoda de un gobernante, o de cualquier autoridad, salvo el caso de que se trate de gobiernos dictatoriales, en que las condenas a muerte se dictan en secreto y en secreto se cumplen. Pero en estos son casos excepcionales, pues la regla general es que en todo el mundo civilizado la condena debe ser consecuencia, esto es, debe estar precedida por un proceso que se ha iniciado, desarrollado y concluido conforme a las reglas de procedimiento previamente establecidas y de acuerdo a los principios constitucionales y legales estampados dentro del ordenamiento jurídico del estado. “Nulla poena sine praevia iudicio” es hoy el principio que informa a la legislación penal contemporánea. No hay pena sin juicio previo es un principio procesal que encierra dentro de sí muchas implicaciones y provoca muchos efectos.<sup>128</sup>

Por el hecho de estar incluido dentro del Código de Procedimiento Penal se ha dicho que el principio sólo tiene vigencia en el campo penal y no en cualquier otro campo del Derecho. Desde el momento en que se dice que “nadie puede ser penado” es evidente que el principio se está refiriendo al ámbito penal y no al civil, pese a que ninguna persona puede ser obligada a hacer o no hacer algo si no media una sentencia condenatoria ejecutoriada que se haya dictado en un juicio previo desarrollado de acuerdo con las normas constitucionales y legales. En consecuencia, si bien el art. 1, del CPP, se refiere de manera particular al ámbito penal en cuanto a su vigencia, no se debe desechar de plano que la exigencia del “juicio previo” es inherente a la tutela judicial, cualquiera que sea la materia sobre la que verse.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> ALMEIDA, John, **La Vigencia de las Garantías Constitucionales del Debido Proceso**, tomado de la página [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=105&Itemid=37](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=105&Itemid=37)

<sup>128</sup> ZAVALA, Baquerizo, Jorge, *El debido Proceso Penal*, Editorial Edino 2002, Págs. 260- 261.

<sup>129</sup> *Ibidem*, pág. 261.

La imposición de la pena sólo es posible mediante una sentencia condenatoria surgida a la conclusión de un previo proceso penal. El proceso penal previo pues no sólo suspende la imposición de la pena inmediatamente después de cometido el delito, sino que, además, condiciona el poder de penar del Estado al resultado del desarrollo del proceso. Suspende la imposición de la pena pues ésta no puede ser el inmediato efecto del delito, sino que entre el delito y la pena debe mediar una actividad jurídica y judicial, que ésta constituida por el proceso. Y condiciona el poder de penar del Estado, porque éste no es libre de ejercer el poder de penar que le está reservado, sino cuando, como conclusión del proceso, medie la sentencia condenatoria, que es la condición necesaria para que el Estado ejerza el poder de penar.<sup>130</sup>

El “Juicio” o proceso previo a la condena, debe haber sido “sustanciado conforme a los principios establecidos” en la Constitución Política y en el Código de Procedimiento Penal “con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del imputado y de las víctimas”. El poder de penar del Estado, condicionado por la exigencia del juicio o proceso previo constitucional y legal, sólo se hace efectivo en el momento en que, luego del juicio de culpabilidad desarrollado en la última etapa del proceso, se dicta la sentencia condenatoria, en la que se impone la pena correspondiente.<sup>131</sup>

Varios son, pues, los presupuestos que el Estado exige para que una persona sea condenada, siendo el primer presupuesto, el establecimiento de los órganos jurisdiccionales que tienen de manera exclusiva y excluyente, el deber de ejercer la función de administrar justicia; como también cuenta el condicionamiento a que el propio Estado sujeta su poder de penar exigiendo el desarrollo del juicio o proceso previo legal, que debe concluir en una perfecta sentencia condenatoria, consecuencia de la práctica de los medios de prueba introducidos conforme a las normas procesales, que llevaron al Juez a la certeza de la existencia jurídica del delito y a la certeza de la culpabilidad del acusado.

---

<sup>130</sup> *Ibidem*, pág. 161.

<sup>131</sup> *Ibidem*, pág. 262

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mencionado anteriormente, en el Art. 14, N° 1, proclama la necesidad del previo juicio legal o debido, al decir, en lo pertinente, lo que sigue:

Todas las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de Justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”. La necesidad de un órgano jurisdiccional penal competente, independiente e imparcial para la substanciación de un juicio previo legal en donde se exhibe una pretensión punitiva en contra de una persona, es un imperativo insoslayable que integra un derecho: el del justiciable, y un deber: el del juez para que cumpla con los mandatos constitucionales y legales para un debido proceso previo.<sup>132</sup>

El Dr. Almeida Villacís señala: *Si bien la institución jurídica del debido proceso está vinculada a varias esferas del derecho, es en el ámbito penal donde adquiere su mayor significancia jurídica en atención al valor de los bienes jurídicos comprometidos, en especial, el de la libertad personal*<sup>133</sup>.

Es indudable que al decir la Constitución Política de la República que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y respetando el trámite previsto para cada procedimiento; y al decir que nadie podrá ser tenido por culpable mientras no haya sido condenado en una sentencia penal que haya pasado en autoridad de cosa juzgada, está reiterando no sólo la necesidad de un juicio previo legal para juzgar a una persona, sino también la necesidad de la previa existencia de las leyes de procedimiento, a base de las cuales debe surgir el debido proceso, esto es, el iniciado, desarrollado y concluido respetando los mandatos constitucionales y legales dictados para la estructuración jurídica del debido proceso.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> Ibidem, pág. 264.

<sup>133</sup> ALMEIDA, John, Proceso Penal y Derechos Humanos, Tomado de la página: [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=555&Itemid=116](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=555&Itemid=116)

<sup>134</sup> ZAVALA, Jorge, Op. cit, pág. 295.

No se puede hablar, pues del debido proceso si antes no se ha dictado la norma constitucional que obliga al Estado a la formación de un proceso para juzgar a un habitante del país. El mandato constitucional que impone la existencia de un proceso penal antes del inicio de un juzgamiento, es independiente de los mandatos constitucionales que imponen el cumplimiento de ciertos principios para el juzgamiento penal. No puede surgir una resolución condenatoria si no es consecuencia de la formación de un proceso penal constitucional y legalmente iniciado, desarrollado y concluido. Antes y para el juzgamiento está el proceso; sin el proceso no existe juzgamiento.

Para juzgar se necesita como indispensable, el proceso y se entiende por juzgamiento la actividad pre judicial y judicial que tiende a aprehender, pre y procesalmente, una conducta relacionada de manera principal o secundaria con la comisión de una infracción a fin de determinar, conforme a un procedimiento legal preestablecido tanto la existencia del hecho como la culpabilidad del hechor y de acuerdo a ello dictar la sentencia definidora y definitiva que corresponda. El juzgamiento comienza con la actividad investigatoria hasta que la sentencia que estima o desestima la pretensión punitiva ha pasado en autoridad de cosa juzgada.<sup>135</sup>

Antes del juzgamiento deben existir leyes de procedimiento, a través de las cuales se desarrollará la actividad cognoscitiva y cautelar del proceso. La existencia previa de las leyes de procedimiento tienen por finalidad el permitir al Estado cumplir con uno de sus fines cual es el de administrar justicia, esto es, juzgar.

La actividad de juzgar sólo se la puede hacer a través de una institución jurídica llamada “proceso penal”, el cual es el único e indispensable medio para que sea legitimo el juzgamiento, cuando en su tramitación se han cumplido los principios y las normas impuestas por el Estado para el surgimiento del debido proceso a través de las leyes de procedimiento, previamente promulgadas. Por lo tanto, exigencia fundamental de carácter constitucional es la necesidad indispensable de que, previo al juzgamiento, se forme un debido proceso legal. De allí se justifica el principio “*nulla poena sine iudicio*” conocido desde tiempos antiguos. Ni la

---

<sup>135</sup> Ibidem, pág. 295, 296.

voluntad de la Fiscalía, ni la de los sujetos procesales pueden enervar la vigencia del mandato constitucional del juicio previo legal.<sup>136</sup>

La exigencia del indispensable juicio previo legal es una manera como se limita el poder de penar que tiene el Estado, el cual necesita de los órganos jurisdiccionales penales para que sean los encargados de formar el proceso a través del cual se va a juzgar a una persona.

El Estado no puede desarrollar un proceso penal a través de otros órganos que no sean los jurisdiccionales establecidos por la Constitución Política de la República. Por tal razón es que ésta dispone en forma terminante que ninguna persona puede ser juzgada por “tribunales de excepción”, ni por “comisiones especiales”, sino por los órganos jurisdiccionales previamente señalados en la Carta Magna y las leyes respectivas.

El “juicio previo” debe ser obra del juez competente, que es el juez natural de la persona a la que se juzga, y de la sujeción a este juez no puede ser arrancado el justiciable, pues de lo contrario, cualquier resolución no sería producto de un debido proceso penal previo, sino consecuencia de una acción arbitraria e inconstitucional.<sup>137</sup>

### **4.3 Fundamentos jurídicos a favor y en contra del juzgamiento en ausencia**

#### **4.3.1 A favor**

Abordar este tema, resulta una tarea harto compleja, pues estamos frente a un caso en donde convergen o podrían llegar a colegir derechos, pero que en última instancia es necesario un análisis de proporcionalidad entre el bien jurídico lesionado y el derecho del sujeto activo de tal acto antijurídico.

Dentro de los argumentos que se esgrimen a favor del juzgamiento en ausencia está básicamente *“evitar que el poder punitivo del Estado quede burlado por la paralización del proceso penal”*<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Ibidem, pág. 296.

<sup>137</sup> Ibidem, pág. 296, 297.

<sup>138</sup> VACA, Ricardo, Op. Cit. Pág. 78

Ha sido notorio en la historia jurídica de nuestro país las múltiples maniobras emprendidas tanto por el sujeto imputado del cometimiento de un delito, o muchas veces de su abogado defensor, tendientes a dilatar el proceso penal. Los casos más repetidos de este tipo de maniobras son las denominadas fugas, quedando el proceso en un estado en el cual nada se puede hacer.

La doctrina en este tema se muestra bastante cauta en lo que concierne a defender a ultranza el juzgamiento en ausencia, sin embargo como bien lo cita el Dr. Ricardo Vaca, existen requisitos a cumplir para poder continuar con el juicio en ausencia del acusado.

Aragonez Martínez plantea los siguientes requisitos:

- “Citación del encausado;
- Ausencia no justificada;
- Solicitud de pena que no exceda de un año de privación de libertad o de seis años si fuera de distinta naturaleza;
- Presencia del abogado defensor;
- Solicitud de enjuiciamiento por el Fiscal u otra acusación;
- Decisión afirmativa del órgano jurisdiccional al entender que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento”.

#### **4.3.2 En contra**

Los argumentos en contra del juzgamiento en ausencia se enmarcan básicamente en criterios de naturaleza constitucional; entre los cuales tenemos: afectación del derecho a la defensa; que se afecte el derecho a la presunción de inocencia de las personas mientras no se haya dictado una sentencia condenatoria ejecutoriada; que las personas encargadas de administrar justicia emitan juicios de valor sin antes haber escuchado al encausado. Si atendemos a la realidad

ecuatoriana muchas de las veces se ha escuchado el riesgo que una medida de tal tipo pueda ocasionar en nuestro país.<sup>139</sup>

Dentro de los aspectos de carácter procesal, el Dr. Ricardo Vaca señala la dificultad de llegar al descubrimiento de la verdad, pues al no estar presente el acusado, éste no podrá emitir su testimonio, derivando la imposibilidad de realizar preguntas y repreguntas tendientes al esclarecimiento del delito que se le imputa. Asimismo no se podrá recibir ni evaluar las pruebas de descargo, que el encausado podría presentar en la respectiva audiencia de juzgamiento.

El Dr. Ricardo Vaca al hablar sobre las posiciones doctrinarias encontradas respecto del juicio en ausencia señala:

- a) Porque si no está presente el encausado, o acusado ya por el Fiscal en su dictamen, no se puede constituir la relación jurídica procesal básica.*
- b) Por razones constitucionales: se priva al acusado de enterarse, personal y directamente, de la acusación que le hace el Ministerio Público, y de los fundamentos de la misma. No puede hacerse escuchar ni argumentar ni rebatir la acusación.*
- c) Porque al no estar presente no puede ejercer su derecho a la defensa ni impugnar las pruebas que se presenten en su contra; por ejemplo, no puede contra interrogar a los testigos de cargo y a los peritos, ni cuestionar los informes periciales que se hubieren presentado.*

Como señalábamos líneas atrás, existen innumerables posiciones contrarias al juicio en ausencia, las mismas que se esgrimen basadas en el respeto a los Derechos Humanos y el debido proceso, en derechos y garantías constitucionales. Pero en el estado actual de las cosas y la crisis de inseguridad e impunidad que campea en nuestra realidad penal, es pertinente abrir el debate hacia la posibilidad de permitir el juzgamiento en ausencia de delitos que lesionan el bien jurídico con mayor valor, como lo es la vida.

---

<sup>139</sup> VACA, Ricardo, Op. Cit. Pág. 76

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### Conclusiones

- ✓ El asesinato como tipo penal, ha tenido importantes variaciones a lo largo de la historia republicana de nuestro país, las mismas que respondían a las necesidades de tipificar el asesinato como un delito, esto con la finalidad de evitar el incremento de este ilícito jurídico.
- ✓ Cronológicamente la tipificación del delito de asesinato comenzó en el año de 1837, con el Código Penal de Flores. Históricamente no representó mayor relevancia, dado que en 1839 se tuvo que dictar la primer Ley de Procedimiento Penal.
- ✓ El establecimiento correcto del tipo penal Asesinato, lo encontramos en el Código de García Moreno y Flores. Se dejó de lado el aspecto personal del delincuente, objetivando su tratamiento penal.
- ✓ Cada una de las circunstancias constitutivas del tipo penal asesinato revierten de cierto grado de complejidad, dado el cometimiento del delito, lo cual muchas veces resulta para el agente investigador una tarea harto difícil, más aún para los administradores de justicia quienes serán ulteriormente los encargados de valorar las pruebas para la aplicación de una circunstancia específica en el cometimiento del ilícito.
- ✓ El artículo 450 del actual Código Penal establece circunstancias que han guardado similitud a lo largo de la historia legislativa de los Códigos Penales ecuatorianos.
- ✓ Una de las instituciones que mayor controversia ha generado a nivel nacional y por qué no decirlo a nivel internacional, ha sido la Prescripción, tanto de la acción como de la pena.
- ✓ Existen discrepancias en lo relacionado con los antecedentes históricos de la prescripción. Hay quienes afirman que el antecedente histórico más próximo se lo encuentra en el Derecho Romano, otros señalan que ya en la Grecia Clásica se conoció

a esta institución, sin embargo lo que se conoce con certeza es que la prescripción de las infracciones penales terminó por considerarse como principio general en el Derecho Romano post clásico.

- ✓ Los griegos, romanos y otras culturas, conocieron la prescripción de la acción, pero desconocieron la prescripción de la pena.
- ✓ Históricamente, en el mundo, han convergido diferentes criterios y teorías respecto de la necesidad o no de contar con esta institución. Por un lado encontramos a quienes defienden a ultranza la prescripción, pues consideran que la aplicación de una sanción o pena, con el transcurso del tiempo pierde su eficacia pues aducen ellos que con el decurrir del tiempo la sociedad olvida el cometimiento de la infracción. La prescripción como institución opera frente a la necesidad de dar una solución final a una situación jurídica que no debe quedar pendiente en forma indefinida, aún sacrificando intereses válidos. Mientras que por otro lado están los que sostienen que la prescripción constituye un premio para el infractor y una injusticia para los familiares de la víctima.
- ✓ Existe una relativa uniformidad de criterios en lo relativo a la definición de la prescripción, la que se traduce en que con el transcurso de cierto tiempo acorde a cada delito y legislación, opera la prescripción. Sin embargo es importante resaltar el criterio del Doctor Ricardo Vaca Andrade, en el sentido de que no es únicamente por el transcurso del tiempo que opera esta institución, sino debido a la renuncia, abandono, desidia, inactividad del órgano jurisdiccional que extingue el derecho que tiene el Estado para identificar a los responsables y sancionarlos de acuerdo a la ley.
- ✓ Hay que distinguir la prescripción de la acción y de la pena del delito de asesinato, pues la primera extingue la potestad represiva del Estado antes que haya llegado a concretarse en una sentencia, ya sea porque el poder penal no ha sido ejecutado, o porque iniciado el proceso ha transcurrido el término legal. Mientras que la segunda extingue la potestad punitiva después de haberse impuesto una pena mediante la sentencia, la misma que no ha llegado a efectivizarse o que una vez empezado a cumplirse por el infractor, se ve interrumpida por la fuga del mismo.

- ✓ En nuestro país lo que con mayor frecuencia se da es la prescripción de la acción, debido a la falta de sentencia durante el tiempo legal para dictarla.
- ✓ Cabe recordar que la prescripción tanto de la acción como de la pena pueden ser declaradas de oficio, es decir transcurrido el tiempo y revisado del proceso por parte de la autoridad pertinente, ésta tendrá la potestad de declararla; o por el contrario podrá la parte interesada solicitar la declaración de esta figura jurídica.
- ✓ Existe diversidad de criterios respecto al comienzo del término para que opere la prescripción de la acción, así por ejemplo si una persona ha sido disparada y entra en estado de coma durante tres meses donde finalmente fallece, para un grupo de tratadistas se debe computar desde el cometimiento de la infracción, otros en cambio señalan que debe computarse desde la consumación del delito, es decir desde la muerte de la persona.
- ✓ La imprescriptibilidad como institución penal cobra vigencia a partir de las violaciones a los derechos humanos perpetradas en la Segunda Guerra Mundial, violaciones que causaron mayor conmoción social.
- ✓ En Latinoamérica en su mayoría, la imprescriptibilidad opera contra los delitos de lesa humanidad y contra los denominados delitos contra la administración pública. En nuestro país los últimos nombrados toman realce a partir de la Constitución de 1998; en la Constitución del 2008 a más de los antes nombrados se incluyen los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado.
- ✓ El principal argumento de quienes defienden la institución de la imprescriptibilidad es que el Estado no puede imponer plazo alguno cuando se deba investigar, procesar o acusar a los infractores que han cometido delitos graves violatorios a los derechos humanos.
- ✓ El juicio en ausencia llega a nuestro país en la Constitución de 1998 para los delitos contra la administración pública, llegando a extenderse en la Constitución de 2008 hacia otro tipo de delitos como por ejemplo los de lesa humanidad.

- ✓ Actualmente se han creado medios de protección altamente garantistas para con el infractor durante toda la etapa procesal, es decir desde la Instrucción Fiscal hasta su juzgamiento, lo que se ve reflejado en los altos índices de impunidad que llegan a alcanzar los infractores, mas sin embargo, no se toma en cuenta los derechos que tienen las víctimas y los familiares de éstas.
- ✓ Las posiciones doctrinarias penales en la actualidad están orientadas hacia una hiper protección a los “derechos del infractor”, llegando incluso a oponerse a penas privativas de libertad. Logrando en muchos casos que las legislaciones internas minimicen las penas. En no muchas ocasiones, se ha visto que las tesis garantistas ponderan la vida del infractor por sobre la vida de su víctima y sus familiares.
- ✓ En el ámbito civil, la no comparecencia del demandado al juicio se considera como rebeldía, mientras que en el campo penal el infractor y sus posibles actuaciones estarán siempre garantizadas en última instancia por un Defensor Público, de modo que no existe rebeldía.
- ✓ En el proceso penal se considera ausente al imputado o acusado que teniendo noticias de que se ha instaurado una Instrucción Fiscal en su contra, no designa defensor ni tampoco acude a diligencia alguna señalada por la Fiscalía.
- ✓ En el tema que nos ocupa, se considera prófugo al encausado en contra de quien se hubieren dictado medidas cautelares personales, que no se han hecho efectivas y con mayor razón en contra de quien se haya dictado Auto de Llamamiento a Juicio y no se hubiere presentado.
- ✓ Uno de los inconvenientes que perturban una sentencia ágil y justa es la sobrecarga de procesos que se tienen en los tribunales penales de nuestro país, sumado a ello tenemos la figura de la caducidad de la prisión preventiva, que acorde a nuestra legislación es de un año en los delitos sancionados con reclusión como es el caso del asesinato. Por estas razones al salir los procesados en libertad jamás retornan a comparecer a la Audiencia de Juzgamiento, y sin su presencia se hace imposible instalar la misma, derivando en una impunidad. Sin embargo frente a esto, el artículo 278 del Código de Procedimiento

Penal manifiesta que cuando el acusado se negare a asistir a la Audiencia de Juzgamiento ésta se llevará a cabo sin su presencia, razón por la cual estaríamos frente a un panorama complejo dado que la Constitución, norma suprema, señala expresamente los casos en los cuales se puede juzgar en ausencia.

## **Recomendaciones**

- ✓ Las circunstancias constitutivas del delito de asesinato no se han modificado, quedando muchas de ellas en desuso, razón por la cual se hace imprescindible una actualización de las mismas, implicando esto una urgente reforma legislativa.
- ✓ Dado el actual índice de delitos de asesinato por precio o remuneración y de las reformas que actualmente se están proponiendo en el seno de la Asamblea Nacional, urge al respecto la implementación de la figura penal “sicariato”.
- ✓ En lo que respecta a la caducidad de la prisión preventiva en los delitos sancionados con reclusión, como lo es el de asesinato, un año resulta muy poco, si tomamos en cuenta que en delitos no flagrantes la Instrucción Fiscal dura hasta noventa días luego de lo cual mientras se remite el proceso al Tribunal de Garantías Penales correspondiente, los mismos que al ser pocos y tener exceso de trabajo acumulado, se demorarán más allá del año en que caduca la prisión preventiva, razón por la cual desde mi punto de vista, la caducidad de la prisión preventiva debería durar no menos de dieciocho meses.
- ✓ En lo relacionado a las denominadas Audiencias Fallidas de juzgamiento, la práctica ha demostrado que en muchos casos no existe responsabilidad ni de los Tribunales ni de los Fiscales, como se ha pretendido hacer creer, sino que éstas se originan por la falta de comparecencia de los acusados o artimañas de parte de los abogados de éstos. En tal sentido como lo señala el artículo 278 del C.P.P debería conminarse al acusado a comparecer a máximo tres señalamientos, en caso de no acudir al tercer llamamiento éste ni su abogado defensor, procedería la audiencia de juzgamiento en ausencia del acusado.

- ✓ La figura jurídica de la prescripción *per se* se ha constituido en una especie de puente que conecta hacia la impunidad. Ni el aumento de penas ni la acumulación de las mismas servirán como medios intimidatorios hacia el asesino, sino más bien sería necesaria la introducción de la figura de la imprescriptibilidad de la acción y de la pena del delito de asesinato.
- ✓ Si la imprescriptibilidad de la acción y de la pena opera para los delitos contra la administración pública en donde el bien jurídico lesionado es el erario nacional afectando a todos los ciudadanos, en los delitos contra la vida, donde el bien jurídico a vulnerar es la vida, debería introducirse la imprescriptibilidad de la acción y de la pena.
- ✓ Se hace necesaria una reforma a la Constitución del Estado, de manera que se permita la imprescriptibilidad del delito de asesinato, así como al C.P.P. a fin de desarrollar el precepto legal que admitiría la imprescriptibilidad de la acción, de la pena y el juzgamiento en ausencia en el delito de asesinato.
- ✓ Es inadmisibles el sobre proteccionismo hacia el delincuente, alegando el respeto por sus derechos humanos, cuando se soslaya los derechos de la víctima y de sus familiares, la imprescriptibilidad de la acción y de la pena así como el juzgamiento en ausencia serían medidas tendientes a equilibrar la actual situación.
- ✓ La falta de confianza por parte de la sociedad y la falta de eficacia de las medidas coercitivas, han generado en los últimos años un incremento de los denominados “ajusticiamientos por mano propia”. Se debería propender hacia el juzgamiento en ausencia, el cual permitiría que se dicten mayor número de sentencias, lo que conllevaría a retomar la credibilidad social al sistema judicial, y que el infractor o asesino cumpla su pena por el mal causado.
- ✓ La imprescriptibilidad de la acción, de la pena y el juzgamiento en ausencia debería comprender tanto al autor material como al autor intelectual de ser el caso. Su tratamiento jurídico debería equilibrarse porque muchas veces los autores intelectuales pretenden deslindar su responsabilidad, pagando cierta cantidad de dinero.

- ✓ Urge un mayor control en cuanto a las denominadas “ofertas de servicios de sicariato” las cuales inundan los medios escritos y digitales.

## Bibliografía

- AGUILAR MALDONADO, Carlos, *El asesinato en la Legislación Penal Ecuatoriana*, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1983.
- ALBÁN Gómez, Ernesto, *Régimen Penal Ecuatoriano*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2003.
- ALMEIDA, John, *La Vigencia de las Garantías Constitucionales del Debido Proceso*, tomado [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=105&Itemid=37](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=105&Itemid=37) de la página
- BANACLOCHE Palao, Julio. *Algunas reflexiones críticas en torno a la prescripción penal*. Madrid, 1997.
- BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2da., Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Jurídico*, Editorial Heliasta, Buenos Aires.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Temis, 1956
- COBO DEL ROSAL, M. VIVES ANTON, T.S. *Derecho Penal*, Parte General, 5ª edición, Valencia, 1999, pág. 955.
- DEL TORO MARZAL, *Comentarios al Código Penal*, T II. Barcelona, 1972.
- DIAZ, Edmundo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Editorial Edino 1992.
- DONOSO CASTELLÓN, Arturo, *Derecho Penal: Parte Especial, delitos contra las Personas*, Quito 2005.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Editora Nacional Gabriela Mistral, Tomo III Parte General 1976.

FALQUÉZ Ramírez, José, *Hacia una Justicia Ideal*, Tomado de la página [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=473&Itemid=34](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=473&Itemid=34)

GARCIA FALCONÍ, José, *Los Juicios por los delitos de homicidio y asesinato*, Segunda Edición 1994.

GARRIDO MONTT, Mario, *El homicidio y sus figuras penales*, Ediciones Encina 1976

GONZALEZ, María Isabel, *La prescripción en el derecho penal*, Tomado de la página <http://vlex.com/vid/prescripcion-penas-190751>.

JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, *La Ley y el delito: principios de Derecho Penal*, Buenos Aires 1980.

LÓPEZ Carribero, *El ensañamiento en el delito de homicidio*, Tomado de la página <http://diarionco.com/a3354/nota2.html>.

MEDINA, Augusto, “*La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y las obligaciones del estado peruano con la comunidad internacional*”, Tomado de la página <http://blog.pucp.edu.pe/item/45308/la-imprescriptibilidad-de-los-delitos-de-lesa-humanidad-y-las-obligaciones-del-estado-peruano-con-la-comunidad-internacional>

MEDINA CEPERO, Juan. *El tratamiento procesal penal de la prescripción del delito*. Madrid, 2001.

MOLARI A., *Prescripción de la pena*, T. XIII, edición, Torino, 1957.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Edit. Temis.

QUINTANO Ripollés, *Comentarios al Código Penal Chileno*, Madrid España, Editorial Revista de Derecho Privado.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1*, Thomson Civitas, Reimpresión, 2003, Madrid-España

VACA ANDRADE, Ricardo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomos I, II, Segunda edición.

VERA BARROS, Oscar, *La prescripción Penal en el Código Penal, Leyes Especiales, Tratados internacionales*, Editorial Bibliográfica, Argentina 1969.

YUSEFF SOTOMAYOR, G. *La prescripción penal*, Santiago de Chile, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000.

ZAVALA, Baquerizo, Jorge, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, EDINO, Guayaquil, Ecuador, 2006.

ZAMBRANO Pasquel, Alfonso “*La Prescripción de la Acción Penal*”, Tomado de la página [www.alfonsozambrano.com/doctrina.../prescripcion\\_accionpenal.doc](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina.../prescripcion_accionpenal.doc)

## **LEGISLACIÓN**

Constitución Política del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2002.

Constitución del Estado Ecuatoriano, 2008.

Código Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2010.

Código de Procedimiento Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2010.

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR**

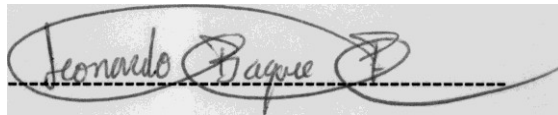
**DECLARACION Y AUTORIZACION**

Yo, Vicente Leonardo Baque Pinargote, con C.I. 1310617814 autor del trabajo de graduación intitulado: "**EL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA Y LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION Y DE LA PENA DEL DELITO DE ASESINATO**", previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS**, en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 17 de marzo del 2011

A handwritten signature in black ink, reading "Leonardo Baque Pinargote", is written over a horizontal dashed line. The signature is enclosed within a light gray rectangular box.

Vicente Baque Pinargote

C.I. 1310617814