

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**Disertación previa a la obtención de la
Licenciatura en Ciencias Jurídicas**

**“Estudio de la desaparición de personas:
medios probatorios del homicidio en ausencia del cadáver”**

DAVID BALLESTEROS ANDRADE

Director: Dr. Jaime Flor Rubianes

Quito, 2010

AGRADECIMIENTOS

Deseo expresar mis sinceros agradecimientos a varias personas que con su valioso aporte contribuyeron a que este trabajo de Licenciatura en Ciencias Jurídicas pudiera realizarse:

En primer lugar, a mis padres, Freddy Ballesteros Vásquez y Gisella Andrade Ledesma, por el apoyo moral y la conducción permanente que han significado para mí desde el hogar, luchando incansablemente porque su hijo se convirtiera en profesional; también al doctor Jaime Flor Rubianes, mi Director de Disertación y profesor de la Facultad, a quien le pareció que el tema a tratar era bueno y valía la pena desarrollarlo, facilitándome para el efecto su criterio académico y la guía necesaria durante la elaboración de este trabajo; al doctor Arturo Donoso Castellón, que aprobó la tabla de contenidos; al doctor John Sigüenza Albuja, por la compleja labor que cumple todo metodólogo; a la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos, por facilitarme documentación relacionada con el caso de los hermanos Restrepo; al ingeniero Pedro Restrepo Bermúdez, que me concedió gentilmente la entrevista que sirvió de inspiración para redactar estas páginas; a mi abuela, Yolanda Ledesma viuda de Andrade, que oró porque llegara este momento y me recordó siempre la importancia de nunca desfallecer en la lucha por alcanzar un noble ideal; a mi tío abuelo, que en vida fue Galo Ledesma Fernández, por haber despertado en mí el gusto por el Derecho; al doctor Diego Proaño Pérez, que me inculcó la pasión por el Derecho Penal en los Consultorios Jurídicos de la Universidad; y a mi hermana Gisella Ballesteros Andrade, que aun optando por una carrera muy diversa, ha sido mi referente y ejemplo diario de vida.

Finalmente, no puedo dejar de agradecer al Ser Supremo, porque fue Su voluntad divina que encontrara a las leyes en mi ruta de vida, regalándome siempre la belleza inconmensurable de un nuevo amanecer. De las múltiples formas que existen de ayudar

al prójimo, Él decidió que yo lo hiciera a través de esta profesión. Él siempre sabe por qué suceden las cosas.

Y si acaso he omitido a alguien que debía ser nombrado, incluyo en este párrafo, aun anónimamente, a todo el que de alguna manera me ayudó a cumplir esta aspiración, por lo que, en respuesta a los generosos y desinteresados aportes recibidos, solo puedo pronunciar aquel viejo y conocido proverbio que reza: “Si algún mérito tiene este trabajo, a ustedes se debe; en cuanto a los errores, yo soy el único responsable”.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN: ¿HAY HOMICIDIO SIN CADÁVER?	1
CAPÍTULO 1: RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AUSENCIA	9
1.1. Noción jurídica de ausencia	9
1.2. Elementos de la figura	11
1.3. Distinción entre ausencia y desaparición	15
1.4. La figura de la ausencia en el Derecho Ecuatoriano: declaratorias de posesión provisional y definitiva de los bienes del desaparecido	16
1.5. La ausencia con presunción de fallecimiento en otras legislaciones	16
IMPORTANCIA DEL CAPÍTULO Y CONCLUSIONES	18
CAPÍTULO 2: LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS	19
2.1. Naturaleza jurídica	19
2.2. Definición de desaparecido	21
2.3. Diferenciación de la desaparición forzada de otras expresiones similares	22
2.4. Clases de desaparición forzada	25
2.5. La desaparición forzada como medio idóneo para ocultar el cadáver: recopilación de casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	27
2.6. La exposición deliberada del cadáver del desaparecido involuntaria o forzosamente	31
2.7. Medios idóneos distintos a la desaparición forzada para la destrucción u ocultación deliberada de prueba material en un homicidio	34
IMPORTANCIA DEL CAPÍTULO Y CONCLUSIONES	42

CAPÍTULO 3: INTRODUCCIÓN AL PROCESO PENAL	43
3.1. Preámbulo	43
3.2. Qué son los procesos y su clasificación	45
3.3. Definición de proceso penal	46
3.4. Objetivo	47
3.5. Algunos principios rectores	49
3.6. La prueba: etimología, definición y clasificación	56
IMPORTANCIA DEL CAPÍTULO Y CONCLUSIONES	66
CAPÍTULO 4: MARCO TEÓRICO DEL HOMICIDIO Y SU DISTINCIÓN DEL ASESINATO .	67
4.1. Noción general de homicidio	67
4.2. El homicidio simple: definición y elementos estructurales del delito	68
4.3. El asesinato: definición y distinción del homicidio simple	74
IMPORTANCIA DEL CAPÍTULO Y CONCLUSIONES	77
CAPÍTULO 5: LA AUSENCIA DE PRUEBA MATERIAL EN EL HOMICIDIO	78
5.1. Definición de prueba material	78
5.2. El objeto material de la infracción: definición y distinción del cuerpo del delito	80
5.3. La ausencia de los vestigios del homicidio: jurisprudencia ecuatoriana	84
IMPORTANCIA DEL CAPÍTULO Y CONCLUSIONES	116
CAPÍTULO 6: ESTUDIO DEL CASO DE LOS HERMANOS RESTREPO	118
6.1. Introducción	118
6.2. Los hechos	122
6.3. Fase judicial	136
6.4. Epílogo	148
IMPORTANCIA DEL CAPÍTULO Y CONCLUSIONES	150

CONCLUSIONES GENERALES	152
BIBLIOGRAFÍA	159
ANEXOS	165

A mis padres

“He preferido, al redactar esta sentencia, abstenerme en lo posible de usar calificativos sobre los hechos y las personas por temor a quedarme corto en las palabras empleadas o excederme en los términos con los que un juez debe actuar, en el lenguaje de compostura y dignidad que la administración de justicia debe expresarse”.

Extracto de la sentencia dictada por el doctor Francisco Acosta Yépez, ex presidente de la Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional), en el juicio penal que se siguió por la desaparición y muerte de los hermanos Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi.

“El primer día de la semana, muy temprano, fueron al sepulcro con los perfumes que habían preparado. Pero se encontraron con que la piedra que cerraba el sepulcro había sido removida y, al entrar, no encontraron el cuerpo del Señor Jesús”.

Lc 24, 1-2

INTRODUCCIÓN: ¿HAY HOMICIDIO SIN CADÁVER?

“Los cuerpos son la manifestación de que hemos vivido. Los cuerpos son el único testimonio de que la muerte existe”, se lee en el prólogo de Javier Ponce al libro *“El amor contra el poder: los Restrepo en el laberinto de la impunidad”*. “Sin la presencia de los cuerpos”, añade, “no hay forma de entender el tránsito hacia la muerte (...) Y así es la desolación ante la ausencia del cuerpo. Es el diálogo con la ausencia. Es intentar retener aire entre las manos”¹.

Que un amigo o familiar desaparezca súbitamente sin dejar huella es, sin duda, una de las experiencias más traumáticas en la vida de quienes lo rodearon. Desesperación, angustia, incertidumbre, son algunos de los sentimientos que surgen en el círculo íntimo de aquel ser querido y conducen a pensar lo peor. Titulares como “SE FUE A LA ESCUELA Y NUNCA REGRESÓ”, “TOMÓ UN AUTOBÚS Y NO VOLVIERON A VERLO”, “SE LO TRAGÓ LA TIERRA”, ensombrecen a menudo los periódicos y más de uno se pregunta: “¿Qué sucedió?”.

“Mi hijo, Jaime Otavalo, desapareció el 15 de agosto de 1985. Hasta ahora ninguna autoridad del Estado aclara las circunstancias en las que se produjo su desaparición (...) Ni siquiera han podido encontrar a los hermanos Restrepo. Los policías dijeron que los arrojaron a las aguas de la laguna de Yambo, pero ya buscaron y dicen que no hay nada. El Gobierno tiene la obligación de aclarar las desapariciones”, es el testimonio de Gloria Inés Infante, madre del referido ciudadano, del que no se tiene noticias desde hace más de veinte años (ver Anexo 4, p. 173).

¹ ROULET, Claude y QUINTERO, Dora, *“El amor contra el poder: Los Restrepo en el laberinto de la impunidad”*, Artes Gráficas “Silva”, Quito, 1996, pp. 1 y 4.

El dolor que sobreviene en la familia de quien desapareció súbitamente se intensifica conforme transcurren los días y no surgen pistas sobre su paradero. “Solo me queda suponer que lo mataron. Era de mal carácter y tenía muchos enemigos”, le escuché decir hace unos días en televisión a la esposa de un taxista que un día salió a trabajar y jamás retornó a su hogar. Con voz trémula, añadió: “Un vecino dice que ha visto su cadáver en el río”.

Tomando el ejemplo anterior, encontrar los restos del victimado e identificarlos a través de pericias como la de su reconocimiento externo, el levantamiento del cuerpo y la práctica de la autopsia, son las formas más certeras y habituales de constatar el fallecimiento de quien no se tenía noticias. Sin duda, perder para siempre a un ser querido en circunstancias así no deja de ser trágico, pero al menos la existencia de restos reduce la angustia que tendría otra persona que no ha vuelto ver *nada* del desaparecido.

Otro ejemplo sería que la desaparición sea consecuencia de un plagio, y por la versión de un testigo u otras fuentes el investigador presume que los captores han dado muerte a la víctima, pero no logra encontrar el cuerpo ante la eventualidad de que haya sido desmembrado, incinerado, enterrado en la clandestinidad o, por citar el caso de los hermanos Restrepo, arrojado a una laguna (ver Anexo 5, p. 177).

No se trata, pues, de situaciones alejadas de la realidad. Según un estudio realizado por Mariana Neira, en nuestro país por esta triste situación, solo entre 1982 y 1993, han pasado no menos de 23 familias que, “impotentes, han visto cómo sus seres queridos se han hecho humo (...) En la mayoría de desapariciones se presumen serias responsabilidades de la Policía, Marina y Ejército. En estos casos casi hay un empate entre los gobiernos de León Febres-Cordero (con 8 desapariciones) y Rodrigo Borja (con 7)”.

La activista añade que durante el último de los referidos Gobiernos, “hay dos desapariciones extrañas en las que también podría tener algo que ver la fuerza pública, pero no existen indicios que lleven a confirmar este hecho, como tampoco la hipótesis de la fuerza pública de que fueron actos delincuenciales, porque los delincuentes no se

llevan cadáveres. El resto (4) se atribuye a civiles que alentados por la impunidad institucional coadyuvan con sus bandas de mercenarios a desaparecer gentes”².

Sobre la desaparición de personas como fenómeno del Derecho Civil y los presupuestos que se deben cumplir para la consiguiente declaratoria de muerte presunta se ha escrito mucho, no así sobre la forma de comprobar el homicidio que no dejó vestigios. Vale decir, el Código de Procedimiento Penal promulgado en el R.O. No. 360 del 13 de enero del 2000³, no prevé que la existencia de prueba material sea requisito indispensable para declarar que se ha cometido un delito contra la vida, como tampoco condiciona un fallo condenatorio a que se haya encontrado el cuerpo.

El *cuerpo del delito*. Como ampliaremos en el capítulo 5, hay quienes sostienen que esta expresión se refiere a la ejecución, la existencia o la realidad del delito mismo; mientras que otros denominan así a la víctima o al instrumento material de la infracción, la cosa en qué o con qué se la cometió o en la cual existen señales del ilícito, p.ej., el cadáver del asesinado, el arma con que se le hirió, etc⁴. En la doctrina moderna, prevalece la acepción de que el cuerpo del delito consiste en la debida comprobación conforme a derecho de la infracción y de la responsabilidad del procesado, distinguiéndolo, de esta forma, del *objeto material del ilícito*, que según esta tesis, correspondería más bien al resultado físico que produce un crimen, excepto aquel que por su naturaleza no deja vestigios. Sobre esta última figura jurídica, también profundizaremos posteriormente.

² NEIRA, Mariana, “¿Dónde están? Los desaparecidos en el Ecuador”, Fondo Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión”, Quito, 1995, pp. 15-16.

³ Inicialmente estuvieron vigentes 47 artículos de este código, cuyo proyecto surgió de la forma constitucional de 1998, sustituyendo a la ley adjetiva penal de 1983. Las disposiciones que entraron en vigor inmediatamente fueron las referidas a las garantías del debido proceso, mientras que para el resto del articulado hubo una *vacatio legis* de 18 meses. Para el Fondo Justicia y Sociedad, dicho lapso “se consideró suficiente para adaptar todas las estructuras a las nuevas necesidades, lo que en la práctica no se dio, ya que no existió ningún proceso coordinado ni un plan de implementación conjunto de las instituciones involucradas en el nuevo sistema procesal penal. Así, el código entró en vigencia el 13 de julio de 2001, sin que se haya dado ningún proceso conjunto de las organizaciones, sino más bien esfuerzos aislados de algunas de ellas”. (Publicación titulada: “*Evaluación de la reforma procesal penal en el Ecuador*”, incluida en la Revista Judicial de *derechoecuador.com*, disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3518&Itemid=130. Acceso: 14/01/2010).

⁴ CABANELLAS DE TORRES, G., “*Diccionario jurídico elemental*”, 16ª ed., Editorial “Heliasta S.R.L.”, Buenos Aires, 2003, pp. 102-103.

“Y SI NO APARECE EL CUERPO, ¿QUÉ PASARÍA?””, lleva por epígrafe una noticia publicada el 18 de marzo del 2009 en la edición digital del diario español “El Mundo”⁵, en relación al presunto homicidio perpetrado por Miguel Carcaño en la persona de su ex novia, Marta del Castillo, el cual habría tenido lugar el 24 de enero del mismo año en la ciudad de Sevilla. Pese a que el inculpado confesó el crimen, existen versiones contradictorias respecto a dónde ocultó el cuerpo. De todas formas, en razón del tiempo transcurrido desde la desaparición, cada vez son menores las posibilidades de poder encontrarlo.

En la noticia, el profesor de Derecho Penal y Magistrado Auxiliar de la Audiencia Provincial de Gerona, Gonzalo Arroyo, afirma que "la condena no está excluida de que aparezca el cadáver, sino de que se comprueben los hechos". Su criterio es que la ausencia del cuerpo de la víctima no supone que no se pueda acusar de homicidio siempre que haya otras pruebas. "Es difícil, pero se puede", asegura, acotando que “no es habitual que los tribunales condenen a alguien por asesinato sin el cuerpo, pues son bastantes cautelosos. Tienen que tener la convicción plena de que está muerta, porque no se quieren arriesgar a condenar a alguien por el asesinato de una persona que puede aparecer viva años después”.

No discrepamos en la extrema cautela con la que los jueces deben actuar en estos casos. La ausencia del cadáver impone al juzgador, en su búsqueda de la verdad, una ardua labor de valoración de otro tipo de evidencia que le haya sido presentada, ya que una precipitada declaración sobre la existencia de la infracción, v. gr., sustentada en meros testimonios, podría acarrear nefastas consecuencias para su carrera, así como la obligación de pagar cuantiosas indemnizaciones, ergo si tiempo más tarde se descubre que el supuesto victimado está vivo. Empero, no es menos cierto lo que solía repetirnos en clase un profesor de Derecho Penal con particular vehemencia: “Todo se puede probar. No hay delito perfecto”. Citemos algunos ejemplos:

En 1961, un tribunal israelí condenó a muerte al ex oficial de las SS alemanas Adolf Eichmann, por su responsabilidad en el genocidio de millones de judíos durante la

⁵ Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/02/17/espana/1234874711.html>. Acceso: 30/03/2009.

Segunda Guerra Mundial, pese a que los nazis se deshicieron de la mayoría de cadáveres, quemándolos o enterrándolos en gigantescas fosas comunes.

En 1994, la justicia ecuatoriana declaró a Víctor Badillo y Guillermo Llerena, ex miembros de la Policía Nacional, autores de los delitos de tortura y asesinato de los menores Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi, aun cuando sus restos, al tiempo de la sentencia, no habían sido localizados. Más de veinte años después del crimen, los referidos vestigios todavía no aparecen, y los intentos por recuperarlos en la laguna donde el ex agente Hugo España, testigo clave del caso, afirma que fueron arrojados, han resultado infructuosos (ver Anexo 2, p. 166).

Posteriormente, en el año 2005, una corte española estableció la participación del capitán de corbeta (r) argentino Adolfo Scilingo en los llamados *vuelos de la muerte*, durante los cuales al menos 4.000 detractores de la dictadura fueron arrojados vivos al mar desde aeronaves militares, con el subsecuente extravío definitivo de la mayoría de cadáveres.

En este punto, cabe citar una frase de Ricardo Vaca Andrade, catedrático de Derecho Procesal Penal: “La finalidad primordial del proceso penal es la de permitir que se practiquen las diligencias necesarias para un cabal descubrimiento de la verdad histórica, en su sentido más amplio, completo y total”⁶; pero la búsqueda de esa verdad implica recorrer un *camino* que lo trazan las partes en litigio, siendo su meta común la resolución del caso que más convenga a sus respectivos propósitos.

Para el juez, sin embargo, existe una meta aun superior, que es la de hacer justicia; pero sin suficiente evidencia, la ruta previa a la consecución de ese ideal luce estrecha e intransitable, en mayor o menor medida. Ahora, es indudable que donde mayor importancia tiene la prueba material a fin de que el *camino* del que hablamos se allane, es en el juzgamiento de los delitos denominados de *facti permanentis*, como el homicidio.

⁶ VACA ANDRADE, Ricardo, “*Manual de Derecho Procesal Penal*”, T. I, 3ª ed., Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001, p. 23.

Advertirá el lector que la serie de conjeturas y datos sueltos que hasta aquí han surgido tienen por objeto que el tema a desarrollar se vaya develando paulatinamente y no restringir, desde un inicio, el pensamiento al título que el protocolo obliga a impregnar en una enmudecida carátula. Entonces, trataremos sobre la desaparición de personas cuando ha devenido en una *muerte violenta*⁷, pero aclarando que alrededor de esto gira un gigantesco drama, protagonizado por quienes han perdido a un ser querido y todavía se preguntan si llegará el día en que puedan darle cristiana sepultura. Tomar en cuenta esa odisea, procurar que quienes no la hemos padecido al menos la comprendamos, es un paso importante para ir más allá de lo que el rótulo de esta disertación podría aportar.

Las primeras páginas abordarán lo señalado en el párrafo anterior, como marco teórico de este trabajo. Luego nos enfocaremos en los aspectos más relevantes del homicidio y su distinción del asesinato, sin dejar de lado un breve recorrido teórico por la prueba material, testimonial y documental en el proceso penal.

De igual forma, desarrollaremos qué es el objeto material de la infracción y cómo difiere del cuerpo del delito. Posteriormente, nos referiremos a los problemas que podrían surgir para identificar el cadáver de quien ha sido víctima de un homicidio, y remitiéndonos a la jurisprudencia, realizaremos un análisis crítico del mérito probatorio que en la práctica se ha dado a medios documentales y al testimonio propio, al del ofendido y del acusado, ante la imposibilidad de recabar prueba material, sin descuidar el estudio de algunos casos foráneos con fines de Derecho Comparado.

Paralelamente, trataremos de dilucidar cuáles son las principales consecuencias que, en el juzgamiento de un homicidio, se desprenden de la ausencia del cuerpo de la víctima u

⁷ Es la que reconoce como causal una violencia, es la muerte homicida, suicida o accidental, si bien *violenta* no significa que deban existir signos de traumatismos, pues basta con una intoxicación por gas o un envenenamiento para que el fallecimiento se ubique en esta categoría. En el léxico médico forense, también se refieren otras clases de muerte, a saber: la *muerte aparente*, que corresponde a un cuadro infrecuente similar al de la muerte, que incluye una variedad de síntomas, entre los que destacan la disminución de la presión arterial y la falta de ostensibles movimientos respiratorios, haciendo necesario el empleo de métodos de diagnóstico como el electrocardiograma, electroencefalograma, arteriografía cerebral, etc.; y la denominada *muerte súbita*, que sobreviene en completo estado de salud del individuo, sin signos que hagan previsible el desenlace, circunstancia común en cardiopatas y lactantes que no reconoce causa aparente, ni aún en la autopsia. (FRARACCIO, José A., “*Medicina legal: conceptos clásicos y modernos*”, Universidad de Buenos Aires, 1997, p. 77).

otros vestigios de la infracción, y cómo ha abordado históricamente la legislación la eventualidad, nunca descartable, de que no haya sido posible practicar las diligencias relacionadas con la obtención de prueba material.

Al término de esta investigación, las preguntas de fondo que habremos procurado responder son: si el homicidio es un delito que por su propia naturaleza produce vestigios, ¿es legal probarlo utilizando medios distintos a los materiales?; en los delitos contra la vida, ¿las pruebas testimoniales e instrumentales son siempre menos efectivas que las materiales?; y, finalmente, ¿garantizan su impunidad los homicidas que logran deshacerse del cadáver?

Lo que vamos a tratar solo es una aproximación a un tema cuyo estudio, por complejo y controvertido, no termina aquí, y estará siempre sujeto a nuevos enfoques y perspectivas, pues como acertadamente consta en el prólogo realizado por Santiago Andrade Ubidia a la obra *“Teoría general de los recursos procesales”* de Jaime Flor Rubianes: “Entre las diversas ramas del saber jurídico, la del Derecho Procesal es posiblemente una de las que mayores cambios está atravesando”⁸.

Por último, es preciso apuntar una justificación de carácter social y otra de tipo académico para la realización del presente estudio:

La justificación social radica en poder determinar qué medios probatorios evitan la impunidad de los homicidios en los que la evidencia material es nula o escasa, y qué planteamientos jurídicos, doctrinales y jurisprudenciales contribuirían a solucionar esta problemática.

La justificación académica, por su parte, consiste en que este trabajo pueda servir de referencia para futuras generaciones de estudiantes de Derecho, en la medida en que consigan formar su propio criterio acerca de los medios probatorios a los cuales recurrir cuando los resultados visibles de un homicidio, en principio necesarios para declarar la

⁸ FLOR RUBIANES, Jaime, *“Teoría general de los recursos procesales”*, 3ª ed., Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008.

existencia del delito, no están presentes, caso que cualquier jurista en formación podría tener que enfrentar en su posterior desempeño profesional.

Quito, julio del 2009

CAPÍTULO 1:

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AUSENCIA

1.1. Noción jurídica de ausencia

En el lenguaje común se entiende que una persona está ausente cuando, simplemente, no se encuentra en un lugar determinado. Así, el comerciante que no está en su establecimiento, el abogado que no comparece a una diligencia o el médico que no acude a dar consulta, son tenidos de ordinario por ausentes, sin que el término, desde esta perspectiva, revista algún tipo de gravedad o genere consecuencias jurídicas de trascendencia.

Sin embargo, como acertadamente señalan María Fernanda Borrero y Ana María de Brigard, “la noción jurídica de ausencia es distinta y más grave, ya que ella supone la ruptura de hecho entre un individuo y el medio social al cual pertenece, ocasionando con ello incertidumbre sobre si continúa vivo o si ha fallecido y generando los consiguientes perjuicios a sus intereses y a los de terceros”. Los hermanos Henri, León y Jean Mazeaud, citados por las autoras, corroboran la mayor gravedad que tiene el término en el léxico jurídico respecto del ordinario, denominando ausente al “individuo del que no se sabe si está vivo o muerto”¹.

Cabanellas de las Cuevas, con similar criterio, sostiene que la ausencia es “la condición legal de la persona cuyo paradero se ignora”, entendiendo, consiguientemente, por ausente, “el estado de la persona cuya desaparición y falta de noticias, durante un

¹ BRIGARD PÉREZ, Ana M., BORRERO VANEGAS María F., “*Declaración de ausencia y de muerte por desaparecimiento*”, trabajo de grado presentado para obtener el título de abogadas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1987, p. 15.

tiempo más o menos largo, tornan su existencia incierta”². De ambos criterios se desprende un factor común: la duda sobre la vida como aspecto sustancial de la ausencia en Derecho.

Corral Talciani cita ejemplos de las dificultades que sobrevienen con una ausencia repentina y prolongada: el cónyuge no sabe cuál es la situación actual de su matrimonio, el abandono de los hijos por parte de quien ejercía su patria potestad, se increpa quién ejerce la titularidad del patrimonio, los deudores no saben a quién dirigirse para pagar, entre otros³. A la lista del autor podemos añadir otros inconvenientes: si el ausente ejercía la representación legal de una persona jurídica podrían generarse dudas sobre quién debe obligar a la institución hasta que vuelva; si firmó una promesa de compra venta quizá no cumplirá su obligación dentro del límite de tiempo estipulado, afectando así los intereses del acreedor; si ejercía un mandato probablemente dejará inconclusos los deberes que adquirió, o si, por el contrario, confirió un poder, no podrá cerciorarse de si el mandatario lo está ejerciendo a cabalidad, sufragando así perjuicios de la más diversa índole.

Abordadas las complicaciones de orden civil más frecuentes generadas por una ausencia prolongada, no podemos apartarnos de otras de carácter penal también relevantes; p. ej., si se sustanciaba una causa en contra del desaparecido, es probable que el *juez de garantías penales*⁴ lo considere prófugo y ordene la suspensión de la causa hasta que el procesado sea aprehendido o se presente voluntariamente; por otro lado, los allegados del desaparecido podrían pensar que ha sido plagiado, que se encuentra detenido, que ha sido asesinado y el pliego de eventuales consecuencias podría extenderse indefinidamente.

² CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, “*Diccionario de Ciencias Jurídicas*”, Editorial “Heliasta S.R.L.”, Buenos Aires, 2006, p. 97.

³ CORRAL TALCIANI, Hernán, “*Desaparición de personas y presunción de muerte en el Derecho Civil Chileno*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 25.

⁴ Denominación actual de un juez penal en el Ecuador, de acuerdo a las modificaciones introducidas mediante la Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, publicada en el S.R.O. No. 555 del 24 de marzo del 2009.

Citando a Calvo Castillo, Corral Talciani indica que ante estas circunstancias, el ordenamiento jurídico no puede permanecer indiferente, pues conforme se prolonga la incertidumbre sobre el estado del ausente surgen serios inconvenientes que se deben subsanar para evitar que la situación incierta genere resultados perniciosos en el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas⁵. Entonces, el Derecho aporta con sus normas para reducir los perjuicios que genera una ausencia prolongada en el medio en que se desenvolvía el desaparecido, y en particular, las disposiciones contenidas en el Código Civil, cuyo espíritu es solucionar los vínculos jurídicos afectados entre los miembros de un grupo social por una súbita desaparición.

La inseguridad sobre el paradero de la persona, como veremos en el subtema siguiente, no engloba por sí misma la noción legal de ausencia, sino que existen también otros elementos que se deben cumplir de forma concurrente para que el referido vocablo se aleje de su contexto ordinario y se enmarque en otro que merezca una declaración judicial. Estimamos justificado que la generalidad de legislaciones exijan el cumplimiento de la totalidad de esos requisitos, pues de lo contrario, la institución en estudio podría ser manipulada al libre antojo de cualquiera; más aún, podría propiciar que gente inescrupulosa pretenda engañar a la administración de justicia haciendo pasar una circunstancia de *simple no presencia* por otra de ausencia prolongada para satisfacer meros intereses personales, como p. ej., hacerse con la titularidad de los bienes del ausente.

1.2. Elementos de la figura

- **La desaparición del lugar del domicilio**

El Art. 45 del Código Civil⁶ define al domicilio como la residencia en un lugar determinado, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Luego, la dimensión legal del término *ausente* requiere el rompimiento del nexo legal

⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán, ob. cit., p. 26.

⁶ Codificación No. 2005-010, publicada en el S.R.O. No. 46 del 24 de junio del 2005.

que existe entre el individuo y su medio habitual, vínculo que precisamente está dado por el domicilio.

Nos referimos al domicilio como una relación de derecho porque constituye la sede de las actividades cotidianas de un individuo en una determinada circunscripción territorial, y si se produce su alejamiento de dicho espacio geográfico sin una razón que lo justifique y sin que dicho sujeto dé los avisos necesarios o deje un representante o apoderado, surge una serie de inconvenientes, al no estar presente para ejercer sus derechos y poder cumplir sus obligaciones.

- **Ausencia de noticias**

El alejamiento de un individuo del lugar de su residencia habitual no es suficiente para que el hecho se ajuste a lo que legalmente se denomina *ausencia*, sino que, además, es necesario que después de hacerlo no se tengan más noticias de él. Esta falta de información sobre el ausente, característica importante del concepto legal de ausencia, produce a su vez dos efectos íntimamente relacionados entre sí: el desconocimiento del paradero de la persona y la incertidumbre sobre su vida o muerte.

- **El desconocimiento del paradero**

Al ser el ánimo real o presuntivo del individuo alejarse del lugar geográfico en donde permanecía habitualmente, las personas interesadas en la preservación de los bienes del ausente solicitarán la constitución de un curador o administrador que vele por el patrimonio que queda abandonado, justificando previamente que se han realizado, sin éxito, todas las diligencias necesarias para tratar de ubicar a la persona.

En el contexto de nuestro estudio, es precisamente el desconocimiento del paradero de un amigo o familiar lo que desata todo el drama, a menudo difundido por los medios de comunicación, y que conduce a pensar lo peor, sobre todo si ha mediado un plagio, una detención arbitraria o cualquier otro delito similar. Asimismo, podría surgir el

presentimiento de que tales actos devinieron en el asesinato de la víctima, sospecha que, p. ej., llegó a generalizarse en los familiares de los desaparecidos durante la última proliferación de regímenes dictatoriales en Latinoamérica.

- **La incertidumbre sobre la vida o muerte**

Este elemento es una consecuencia directa del anterior, pues juristas como Corral Talciani indican: “Cuando una persona desaparece, esto es, deja de estar presente en la esfera social donde habitualmente desenvuelve sus actividades: familia, lugar de trabajo, círculo de amistades, etc., sin que se tengan noticias sobre su nuevo paradero, se origina evidentemente una situación de incertidumbre”⁷.

Esta inseguridad, conforme el tiempo transcurre sin que se produzcan noticias del ausente, indefectiblemente afecta la esperanza de que el mismo se encuentre con vida, razón por la que el jurista Francisco Bonet apunta que, de forma paralela con la disminución de tales oportunidades de que la persona sobreviva, se consolida la sospecha de su muerte⁸.

En conclusión, la declaración judicial de ausencia, no solo exige que haya una mera separación entre la persona y su entorno social, sino que el alejamiento se extienda de tal forma en el tiempo que la duda sobre si la persona continúa viva pueda ser calificada por el juez como razonable.

- **Daño real o la inminencia de un perjuicio a los intereses del ausente o de terceros**

Este daño, como elemento constitutivo de la noción legal de ausencia, ocurre porque los bienes materiales del ausente no podrán ser administrados por quien ejerce su

⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, ob. cit., íd. 5.

⁸ BONET RAMÓN, Francisco, “*Compendio de Derecho Civil*”, Revista de Derecho Privado, T. I, Madrid, 1959, p. 381.

titularidad, motivando que sus parientes más próximos pretendan evitar pérdidas u otros efectos nocivos en el patrimonio que ha sido abandonado y en el que inevitablemente tienen algún interés. Para la realización de tales gestiones tendientes al cuidado de los bienes del ausente, se deberá dirigir una solicitud de declaración de ausencia del titular ante un juez competente.

Por otra parte, podrían haber terceros interesados en la preservación del patrimonio que ha quedado abandonado, p. ej., para poder cobrar sus acreencias sobre valores que por la ausencia quedaron impagos. Para este fin, requerirán a un juez de lo civil que disponga la constitución de un curador o administrador de los bienes, siempre que el ausente no hubiere dejado un representante de sus intereses pecuniarios, e incluso podrán solicitar medidas precautelatorias de carácter real.

- **La falta de un representante o apoderado que administre los bienes del ausente**

El Art. 494 del Código Civil prevé las condiciones para que proceda el nombramiento de un curador de bienes del ausente:

a) Que no se sepa su paradero, o que a lo menos haya dejado de estar en comunicación con los suyos, y de la falta de comunicación se originen perjuicios graves al mismo ausente o a terceros; y,

b) Que no haya constituido procurador, o únicamente lo haya constituido para cosas o negocios especiales.

Resulta lógico que si la declaración judicial de ausencia busca proteger los intereses pecuniarios del propio ausente, de sus parientes más próximos o de terceros, dicho propósito no se puede cumplir sin el nombramiento de un curador que administre los bienes del individuo de quien no se tiene noticias; pero si el ausente cuenta con un representante para que administre sus bienes, el nombramiento de otro se torna, consecuentemente, innecesario. Luego, los autores coinciden en que si bien este

requisito no es consustancial a la declaración judicial de ausencia, sí lo es para que la misma cumpla su objetivo intrínseco.

1.3. Distinción entre ausencia y desaparición

Ana María Brigard y María Fernanda Borrero señalan que mientras la figura de la ausencia pretende evitar, mediante el nombramiento de un curador de bienes, los perjuicios patrimoniales que se derivan de la ausencia del titular del patrimonio abandonado, la presunción de muerte por desaparecimiento busca solventar la situación originada en la incertidumbre sobre la existencia de una persona que se ha ausentado de su domicilio durante un tiempo tal que su muerte parezca casi segura⁹.

En definitiva, si la institución de la ausencia pretende solucionar el problema de las relaciones jurídicas súbitamente rotas entre el individuo y el entorno al que pertenecía, la del desaparecimiento se orienta a que judicialmente se lo declare muerto presunto al no existir posibilidades ciertas de que sobreviva. Así, la diferencia entre uno y otro concepto radica en el grado de certeza que, producto del transcurso del tiempo o del evento que se produjo (desastre natural, accidente, etc.), se tenga sobre la vida del individuo.

No es materia de esta disertación ahondar en las diferentes formas de representación del ausente, los eventos que producen la terminación de la curaduría que sobre sus bienes se constituya ni el estudio minucioso del proceso civil de declaración de ausencia. Simplemente, haremos una referencia de las normas jurídicas que regulan las instituciones de la ausencia y de la presunción de muerte por desaparecimiento en el Ecuador y otros países de la región.

⁹ BRIGARD PÉREZ, Ana M., y BORRERO VANEGAS María F., ob. cit., pp. 16-17.

1.4. La figura de la ausencia en el Derecho Ecuatoriano: declaratorias de posesión provisional y definitiva de los bienes del desaparecido

En el Ecuador, como en otros países, las instituciones de la ausencia y de la presunción de muerte por desaparecimiento están debidamente reguladas, con indicación de plazos y otros detalles. Así, el num. 5° del Art. 67 del Código Civil prevé que “el juez fijará como día presuntivo de la muerte, el último del primer año, contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos tres años desde el día presuntivo de la muerte, concederá la posesión provisional de los bienes del desaparecido”.

El num. 6° del mismo artículo, por su parte, señala que si la desaparición es resultado de una guerra, naufragio u otro peligro semejante, el tiempo para la declaratoria de la posesión de bienes se reduce a seis meses, pero esta vez con carácter definitivo. En este caso, el propósito del legislador ha sido disminuir razonablemente un plazo de dos años que, de suscitarse graves calamidades como las referidas, resulta innecesario para resolver judicialmente la titularidad del patrimonio del ausente. Entonces, procede priorizar de esta forma las necesidades de acreedores y legitimarios.

El Art. 70 del mismo cuerpo normativo establece los alcances de la declaratoria de posesión provisional de los bienes del desaparecido: la disolución de la sociedad conyugal, la apertura y publicación del testamento y el traspaso del dominio de los bienes a los herederos presuntivos con carácter transitorio. El Art. 76 *ibídem* dispone, además, que la titularidad sobre los bienes del desaparecido pasará a ser definitiva si durante la posesión provisional la persona no vuelve, con lo cual cesan las restricciones del Art. 74.

1.5. La ausencia con presunción de fallecimiento en otras legislaciones

Con fines de derecho comparado, podemos citar la legislación argentina, donde se dice que una persona ha fallecido cuando está ausente del lugar de su domicilio y no se tiene noticias de ella durante al menos tres años, presunción que se mantiene haya o no

dejado apoderado el ausente¹⁰. Además, para que una persona distinta al legítimo titular pueda administrar el patrimonio abandonado, la presunción de fallecimiento por desaparición debe ser declarada judicialmente (regla que también se cumple en el Ecuador), y una vez formulada por sentencia firme, sus consecuencias son similares a las de un fallecimiento no presunto, sino cierto.

La precitada declaración judicial tiene por efecto la apertura de la sucesión y permite al cónyuge del ausente contraer nuevo matrimonio, que en la Argentina, es válido aun cuando luego aparezca el presunto fallecido, el cual podrá reclamar sus bienes en el estado en que se encuentren.

También cabe citar el Código Civil chileno, que en opinión de Corral Talciani, “se inserta en todos los sistemas jurídicos que regulan la ausencia como una administración de bienes ajenos mediante un representante o curador, y no como una declaración de un estado que, de algún modo, prepara la apertura de la sucesión que vendrá con la declaración de muerte”. El autor cita el Art. 473 del mismo cuerpo normativo, que al enlistar los requisitos generales para que proceda el nombramiento de curador de bienes del ausente, “exige solamente que no se sepa de su paradero, o que a lo menos haya dejado de estar en comunicación con los suyos”¹¹.

Algo similar ocurre en nuestro país, donde para que proceda el nombramiento de un curador o administrador de los bienes del ausente también se requiere, en suma, la ruptura de las comunicaciones por un determinado período y que se haya realizado, infructuosamente, todo esfuerzo dirigido a la localización del desaparecido; sin embargo, el marco jurídico chileno contempla figuras adicionales, incluyendo, p. ej., en la institución de la ausencia, al deudor que se oculta.

¹⁰ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, ob. cit., p. 97.

¹¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, ob. cit., pp. 37-38.

IMPORTANCIA DEL CAPÍTULO Y CONCLUSIONES

- Este capítulo ha tenido por objeto introducirnos en el complejo escenario de la desaparición de personas como marco teórico de nuestro estudio, fenómeno que trae consigo consecuencias perniciosas de índole económico, social, cultural y político.
- La ausencia, en su acepción jurídica, reviste mayor gravedad que en su acepción corriente, ya que la primera presume el no tener noticias de alguien durante un tiempo prolongado, de forma que exista mérito suficiente para dudar sobre su vida misma; mientras que la segunda guarda relación con una situación meramente accidental y que no produce mayor alarma en el grupo social.
- Es necesario tener un concepto claro de la ausencia en términos legales para poder diferenciarlo de la desaparición forzada de personas, figuras que, si bien se asemejan por la no presencia física del individuo, son de características completamente distintas e incumben a diferentes áreas del Derecho.
- A partir de la ausencia súbita y prolongada de una persona, sobreviene un sinnúmero de sospechas sobre qué pudo sucederle, siendo el presentimiento de que la misma haya sido asesinada lo que nos sitúa estrictamente en el objeto de nuestro estudio, cuando existan, además, pruebas o elementos de convicción suficientes para poder iniciar un proceso penal.

CAPÍTULO 2: LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS

2.1. Naturaleza jurídica

Para Freddy Carrión Intriago, el término *desaparecido* antiguamente “no tenía una definición precisa. Se lo empleaba para designar indistintamente a personas no habidas, a las víctimas de secuestros, a los presos incomunicados o a las víctimas de ejecuciones extrajudiciales”¹. El tratadista considera que el vocablo atrajo la atención mundial de países y organismos internacionales de derechos humanos a raíz del golpe militar en Chile, y que desde ese momento empezó a utilizarse para expresar la incertidumbre de las familias de quienes habían sido detenidos por el Gobierno sin que se conociera el sitio de su cautiverio².

A fines de los años setenta, en que proliferaron las últimas dictaduras en Latinoamérica, surge la usanza de relacionar la expresión *desaparición de personas* con la detención arbitraria de individuos, seguida de la negativa de los órganos competentes del Estado de aceptar o informar acerca de dicha privación de libertad. Se trata de un delito complejo, atentatorio contra múltiples derechos humanos y al que por su relación con el objeto de la disertación dedicaremos íntegramente el presente capítulo.

¹ CARRIÓN INTRIAGO, Freddy V., “*Principios fundamentales para la regulación penal de la desaparición forzada dentro de la legislación ecuatoriana*”, tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2000, p. 1.

² A este período de la historia de Chile, comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, partidarios y detractores también se refieren con otros nombres: *Gobierno Militar* y *Dictadura Militar*, respectivamente. Empezó con el golpe de estado que derrocó al presidente Salvador Allende Gossens, protagonizado por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director de Carabineros, y culminó con la entrega de poder efectuada por Augusto Pinochet Ugarte a Patricio Aylwin Azócar, mandatario elegido en las elecciones efectuadas el 14 de diciembre de 1989, como resultado del plebiscito del 5 de octubre de 1988.

Varios autores, convencidos, sostienen que en las últimas décadas han continuado las mismas prácticas de dominación, disciplinamiento y control social sobre los pueblos latinoamericanos, todo lo cual, más que un rezago de aquel sangriento período de regímenes totalitarios que sobrevino iniciado el último cuarto del Siglo XX, refleja que todavía vivimos en esa época, pero dentro de un nuevo marco aparentemente democrático. Por ello, es probable que la tendencia a asociar el término *desaparición* con el delito de *desaparición forzada de personas* continúe durante muchos años más.

Débora Munczek, psicóloga clínica, célebre por sus peritajes realizados para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera, en el marco del *Plan Cóndor*, que las detenciones acompañadas de cautiverios forzosos a los que se sometía a disidentes políticos no constituían crímenes aislados en los Estados donde se perpetraban, sino que respondían claramente a una suerte de *estrategia* o *plan coordinado* a nivel internacional entre los Gobiernos totalitarios de aquella oscura etapa política que atravesaron los países del Tercer Mundo³.

Antes de profundizar en el tema, nos corresponde citar algunas acepciones genéricas de *desaparición*, que son las que usualmente encabezan los diccionarios jurídicos modernos. Un ejemplo es la 16ª edición del “*Diccionario jurídico elemental*” de Cabanellas de Torres, que en lo pertinente, aporta con los siguientes significados del término: “Ausencia sin dejar noticia o sin conocerse las causas; ocultación voluntaria; secuestro o raptó con ignorancia de paradero; fuga”⁴.

³ El criterio pormenorizado de la experta en relación a lo que ésta denomina un “sistema planificado” de aquellos regímenes totalitarios consta en el artículo titulado: “*La desaparición forzada de personas como estrategia política del terror*”, escrito en colaboración con otros autores, contenido en la obra: “*Atención integral a las víctimas de tortura en procesos de litigio.- Aportes psicosociales del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*”, Mundo Gráfico de San José, S.A., San José de Costa Rica, 2007, pp. 139-140.

⁴ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “*Diccionario jurídico elemental*”, 16a ed., Editorial “Heliasta S.R.L.”, Buenos Aires, 2003, p. 125.

Por su parte, el “*Diccionario hispanoamericano de Derecho*” indica que por desaparición se entiende la “ausencia de un individuo, por voluntad propia o en contra de ella, en la que se desconoce en qué lugar y condiciones está”⁵.

Similar definición contiene el “*Diccionario jurídico Anbar con legislación ecuatoriana*”, que se refiere al vocablo como “la ausencia sin dejar noticia o sin conocerse las causas”, precisando que “la ausencia puede darse en forma voluntaria, o forzosa como en el caso del secuestro o rapto”⁶.

2.2. Definición de desaparecido

Para diferenciar la desaparición que deviene de una detención ilegal de aquella que ha sido resultado de un accidente, catástrofe, la ocultación voluntaria del individuo o conflagraciones bélicas, a raíz del golpe militar chileno se acuñó la frase *desaparición forzada o involuntaria de personas*.

El Art. 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, celebrada por los países miembros de la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994 en la ciudad brasileña de Belem du Pará, establece:

“Para los efectos de la presente convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

⁵ AMAYA LEÓN, Wilman, y otros, “*Diccionario hispanoamericano de Derecho*”, T. I, “Grupo Latino” Editores, Bogotá, 2008, p. 605.

⁶ ANDRADE BARRERA, Fernando y otros, “*Diccionario jurídico Anbar con legislación ecuatoriana*”, Fondo de Cultura Ecuatoriana, Vol. III, Cuenca, 1998, p. 164.

Algo similar contempla el Art. 2 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, celebrada en París el 6 de febrero del 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas:

“A los efectos de la presente convención, se entenderá por desaparición forzada el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.

De lo anterior se desprende que el crimen de desaparición forzada, también conocido como de desaparición involuntaria de personas, está caracterizado, concretamente, por la privación de la libertad de una persona por parte de agentes del Estado o individuos que actúan con su apoyo o consentimiento, acompañada de la negativa de reconocer la detención ilegal con el fin de sustraer al individuo de la protección de la ley y ocultar todo vestigio del delito.

2.3. Diferenciación de la desaparición forzada de otras expresiones similares

Basados en el estudio de Freddy Carrión Intriago⁷, delimitaremos a continuación el significado de la desaparición forzada de personas de otros que no deben confundirse.

- **Persona no habida**

Es la persona cuyo paradero se desconoce, ya sea porque ha decidido partir indefinidamente de su domicilio, ha optado por escapar de su entorno habitual⁸,

⁷ CARRIÓN INTRIAGO, Freddy, ob. cit., pp. 2-7.

⁸ Tal podría ser el caso de quien decide recluirse perpetuamente en un monasterio sin dar cuenta de ello a nadie, o de la mujer que voluntariamente se confina en un claustro hasta su muerte, o de quien por rencillas personales, políticas, religiosas, etc., o en su afán de escapar de la justicia, opta por esconderse de por vida.

cambiar de identidad⁹ o porque ha sufrido una calamidad que produjo su muerte y es imposible identificarla por falta de documentación personal, testigos que la conozcan o por la lejanía del sitio en que ocurrió el hecho¹⁰.

Esta expresión se diferencia de la desaparición forzada en cuanto la última tiene motivos políticos, es ejecutada contra la voluntad del individuo y tiene por sujeto activo a agentes gubernamentales o que actúan con autorización del régimen.

- **Secuestro**

El secuestro es un delito que persigue un fin económico, una venganza privada o reclamos dirigidos al Gobierno por parte de determinados grupos sociales (p. ej., el secuestro de civiles efectuado por guerrilleros para que se atiendan sus exigencias políticas).

⁹ Consideremos el caso de muchos criminales de guerra nazis que, al término de la Segunda Guerra Mundial, escaparon de tierras alemanas con rumbo desconocido, optando algunos por cambiar incluso de apariencia ante la dificultad de poder superar los controles fronterizos. P. ej., durante largo tiempo se tuvo por desaparecido a Martin Bormann (1900-1945), hasta que pruebas forenses practicadas sobre unos restos óseos hallados en 1972 confirmaron su defunción durante los últimos días del asedio aliado a Berlín (como referencia, consultar el artículo del diario argentino “El Clarín” del 5 de mayo de 1998, titulado: “**Punto final para la historia del nazi Bormann**”, disponible en: <http://www.clarin.com/diario/1998/05/05/i-03201d.htm>. Acceso: 22/09/2009). Otro caso fue el de Adolf Eichmann (1906-1962), que escapó a Argentina, donde vivió bajo un nombre falso, hasta que agentes secretos israelíes lo identificaron y llevaron secuestrado a Jerusalén, para juzgarlo por crímenes cometidos contra el pueblo judío (recomiendo el artículo del diario español “La Vanguardia”: “**Eichmann, el administrador del exterminio**” del 25 de mayo del 2009, disponible en: http://www.lavanguardia.es/lv2_h/20090525/imp_53709644507.html. Acceso: 22/09/2009). Historia aparte ha sido la de Aribert Heim (n. 1914), apodado “Doctor Muerte”, sobre cuyo paradero, tras su fuga de Alemania, mucho se especula todavía (leer, p. ej., el artículo: “**El criminal nazi más buscado, el doctor Aribert Heim, podría estar viviendo en la Patagonia chilena**” del 22 de mayo del 2008, disponible en: <http://www.rtve.es/noticias/20080522/criminal-nazi-mas-buscado-doctor-aribert-heim-podria-estar-viviendo-patagoniachilena/60730.shtml>. Acceso: 23/09/2009).

¹⁰ Cabe citar la circunstancia, no prevista en la obra de Carrión Intriago, del cadáver que aun hallado, producto de una catástrofe natural (como una erupción volcánica que al arrasarse una vivienda, deja a sus habitantes carbonizados) o un siniestro ocasionado por el hombre (como el choque de dos vehículos que iban a exceso de velocidad, que por la explosión subsecuente, ocasiona la destrucción de todo lo que se encontraba en su interior) se torna irreconocible. Sobre éste y otros factores que dificultan la identificación del cuerpo de la víctima, profundizaremos en el capítulo 5.

Arturo Donoso, por su parte, considera que un secuestro conceptualmente puede tener cualquiera de las finalidades descritas, a las que incluso cabría añadir otras: el deseo de vender a la víctima o ponerla al servicio de otra, obtener de ella o de terceros una firma o documentos que puedan tener efectos jurídicos, obligarla a que haga o deje de hacer algo o conseguir que otro ejecute una acción no querida, etc.; pero aclara que adjunto también debe encontrarse un objetivo político¹¹, de lo contrario, dependiendo el caso, se trataría de un plagio u otro delito similar, distinto a lo que en estricto sentido corresponde al secuestro¹².

La similitud entre el secuestro y la desaparición forzada radica en la aprehensión ilegal que sufre el sujeto pasivo, con la diferencia de que la última debe ser llevada a cabo por agentes gubernamentales o por particulares que actúan con la aquiescencia del régimen, y su móvil es político, mientras que en el secuestro, como apunta Carrión Intriago, el móvil es de naturaleza meramente criminal (se advierte su discordancia con el jurista Donoso).

- **Presos incomunicados**

Los presos incomunicados y las víctimas de desaparición forzada tienen en común la circunstancia de que han sido funcionarios estatales los responsables de su detención; pero en el primer caso, el Estado reconoce la situación del recluso, pese a que lo priva de todo contacto con el mundo exterior, mientras que en el segundo, la ubicación del

¹¹ DONOSO CASTELLÓN, Arturo, *“Derecho penal parte especial.- Delitos contra las personas”*, Librería Jurídica “Cevallos”, Quito, 2005, p. 93.

¹² A diferencia del secuestro, menos discrepan los autores al definir otras infracciones relacionadas como el rapto, el plagio y la privación ilegal de libertad. Así, universalmente se reconoce al rapto como la sustracción con miras deshonestas de una mujer o un menor de edad; al plagio, como el ilícito de retener a un individuo para exigir un rescate a cambio de su libertad, o en un sentido figurado y de uso más frecuente, la copia de obras ajenas para hacerlas pasar como propias; y a la privación arbitraria o ilegal de la libertad, como el abuso de funciones por parte de un funcionario público que prolonga indebidamente la detención de una persona, la aprehende sin las formalidades exigidas por la ley, la coloca en sitios no señalados para el efecto o comete otros atropellos análogos en contra de la libertad personal. Se puede corroborar esta uniformidad de criterios comparando entre sí las definiciones que sobre los referidos ilícitos constan, p. ej., en las últimas ediciones de los diccionarios jurídicos de Cabanellas de las Cuevas, el *“Diccionario jurídico Espasa”* y el *“Diccionario jurídico Anbar con legislación ecuatoriana”*.

sujeto pasivo de la infracción, por la naturaleza misma de este crimen, es siempre incierta.

- **Ejecución extrajudicial**

Se refiere a la conducta de ejecutar sumariamente y sin fórmula de juicio a quien ha sido privado de su libertad, aun cuando se hayan observado los preceptos legales para llevar a cabo la detención. La denominada *ley de fuga* corresponde al tipo más común de ejecución extrajudicial, aunque solo se convierte en desaparición forzada cuando las autoridades gubernamentales niegan su responsabilidad en el hecho.

Por lo tanto, incluso cuando se presume la muerte del individuo, mientras no se pueda dar fe de su paradero, es un desaparecido.

2.4. Clases de desaparición forzada

Tan importante como diferenciar la desaparición forzada de personas de otras expresiones similares, es distinguir las diversas modalidades de este crimen.

En base al modus operandi del sujeto activo y la suerte final corrida por la víctima, citaremos a continuación algunas variantes o modalidades que puede tener una desaparición¹³.

- **El desaparecido definitivamente**

Es aquel sobre cuyo paradero, luego de efectuada la detención, no se vuelve a tener noticias. Dentro de esta clasificación, podemos incluir a los hermanos Restrepo

¹³ Para esta clasificación se ha tomado como referencia el artículo de Débora Munczek y otros autores, previamente citado, pp. 145-146.

Arismendi, así como a otras miles de víctimas políticas de las últimas dictaduras en el Cono Sur y Centroamérica.

- **El desaparecido temporalmente**

Es el caso del individuo que, luego de haber sido ingresado a un centro de detención, no fue debidamente registrado, o aun si se dejó alguna constancia documental sobre su arresto y encarcelamiento, ésta se destruyó o eliminó intencionalmente; pero producto de la búsqueda de amigos, familiares e investigadores, finalmente pudo ser localizado y liberado.

- **El desaparecido asesinado e identificado**

Es a quien los captores dieron muerte, luego de mantenerlo durante largo tiempo en la clandestinidad, pero su cadáver resultó finalmente reconocido mediante una inspección ocular o aplicando las técnicas de la Antropología Forense.

Los procedimientos científicos sofisticados son usualmente necesarios cuando el cuerpo es localizado tras varios días de descomposición, enterrado en un cementerio clandestino, incinerado o descuartizado.

- **El desaparecido asesinado sin identificar**

Es el caso del individuo que, luego de secuestrado, fue asesinado, disponiéndose de varios indicios sobre cuál es su cuerpo y la localización del mismo, pero las técnicas científicas disponibles no son suficientes para corroborar que, efectivamente, se trata del desaparecido, o no permiten acceder al sitio donde se encuentra el cadáver. Tal sería la circunstancia del desaparecido que ha sido enterrado en un lugar recóndito o cuyo cuerpo inerte es malogrado de forma que se torna irreconocible.

Esta modalidad de desaparición forzada es de gran relevancia para nuestro objeto de estudio, ya que a partir de ella surge el mérito probatorio que el juez puede dar a las pruebas testimoniales y documentales para adquirir certeza sobre el homicidio, a falta del producto físico de la infracción. El caso de los hermanos Restrepo es también emblemático en este sentido.

- **El desaparecido superviviente sin identificar**

Es el niño que nace durante el cautiverio de sus progenitores o que es capturado junto a ellos. Este menor comparte la condición de desaparecidos de sus padres, quienes usualmente pretenden librarlo de su mismo trágico destino, que casi siempre es la muerte, y reinsertarlo a la sociedad por medio de adopciones, muchas veces fraguadas, a fin de cambiar su identidad y evitar que sea posteriormente perseguido por el régimen.

Son, entonces, múltiples las clases de desaparición forzada e incluso habrá quien piense en añadir otras modalidades, p. ej., imaginemos el caso extremo del cadáver que, una vez localizado, es sometido a diversas pericias forenses que corroboran que pertenece a un determinado individuo al que agentes estatales desaparecieron, pero sus familiares se resisten a aceptar que se trata de su ser querido, basándose en un rasgo específico que los mismos aseguran conocer. ¿Se mantiene, en dicha situación, la figura del desaparecido asesinado e identificado?

2.5. La desaparición forzada como medio idóneo para ocultar el cadáver: recopilación de casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Arribamos a uno de los puntos centrales de este estudio. Ya lo sentenció la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el marco de la crisis que durante los años ochenta desataron en Centroamérica las detenciones arbitrarias, seguidas de tortura y ocultación de la víctima, y que solo en Honduras, según reportes de prensa, llegaron a no menos de 64 hasta 1981: “La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del

ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el Art. 4 de la Convención (Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José)”¹⁴.

El asesinato del desaparecido forzosamente, perpetrado durante el cautiverio del sujeto pasivo en un paradero incierto y que con frecuencia está precedido de vejaciones y torturas, pretende favorecer deliberadamente la impunidad de los responsables, que actúan con el fin de intimidar o aterrorizar al colectivo social al que pertenece el individuo, ocultando o destruyendo su cadáver.

Con algunos casos sustanciados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, demostraremos que la desaparición involuntaria muy comúnmente tiene como desenlace la muerte violenta del secuestrado. Dos de dichos casos, muy célebres, son el de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* y el de *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, caracterizados porque el paradero de las víctimas hasta la actualidad es incierto. En ambos existen, sin embargo, múltiples indicios de que las mismas fueron asesinadas con posterioridad a su secuestro y sus cadáveres hábilmente disimulados.

Las hermanas Serrano Cruz fueron víctimas de un operativo del Ejército salvadoreño denominado *Operación Limpieza* o *La Guinda de Mayo*, realizado entre el 27 de ese mes y el 9 de junio de 1982 en el municipio de San Antonio de la Cruz, Departamento de Chalatenango, el cual devino en la desaparición forzada de las dos menores de 7 y 3 años de edad. La forma brutal y sistemática en que intervinieron las fuerzas armadas en esa localidad no podía tener otro objeto que la búsqueda y destrucción de todo tipo de disidencia al Gobierno dictatorial de la Tercera Junta Revolucionaria¹⁵.

En el infructuoso intento de esconderse en las montañas junto con su familia, las hermanas fueron descubiertas por miembros del Batallón Atlacátl del Ejército y llevadas en helicóptero a *algún lugar*, hecho atestiguado por sus padres, quienes estuvieron con

¹⁴ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de la CIDH sobre el Fondo, Reparaciones y Costas del 29 de julio de 1998, Ser. C, No. 4, 1998, acáp. 157.

¹⁵ Sentencia de la CIDH sobre Excepciones Preliminares, dictada el 23 de noviembre del 2004.

las niñas hasta antes de su ilegal detención. Sus progenitores vieron cómo la nave despegaba llevándose a las inocentes criaturas, sin que ninguno de los captores diera explicaciones. Desde entonces, no se las ha vuelto a ver.

Con estos antecedentes, ¿qué argumento en defensa de los involucrados en la desaparición podría desvirtuar la hipótesis, sólida y veraz, de que las hermanas corrieron la misma suerte (la muerte y el entierro clandestino) de otros tantos miles de desaparecidos por la fuerza pública en Centroamérica?

Consecuencias similares se desprenden del caso *Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, caracterizado porque el marco de los hechos no fue un régimen dictatorial, sino más bien presidencialista y democrático¹⁶.

En su demanda, la Comisión Interamericana alegó que el 21 de diciembre de 1999, miembros del Ejército entraron violentamente a la casa de Óscar José Blanco Romero, donde lo golpearon y aprehendieron sin exhibir orden judicial alguna, para luego llevárselo con rumbo desconocido. El mismo día, el ciudadano José Francisco Rivas Fernández era agredido y, de igual forma, detenido por efectivos militares mientras se refugiaba en un albergue para las familias damnificadas por las inundaciones en el Estado Vargas. Desde entonces tampoco se ha tenido noticias de él.

Dos días después, Roberto Javier Hernández Paz también era aprehendido cuando se encontraba en casa de un familiar, siendo los artífices identificados del secuestro miembros de la Dirección General Sectorial de los Servicios de Inteligencia y Prevención de Venezuela (DISIP). La última imagen que se tiene de él corresponde al momento en que los gendarmes lo introducían en un vehículo y arrancaban a gran velocidad con rumbo desconocido¹⁷.

Por su parte, los hechos del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* se remontan al 12 de septiembre de 1981 y tuvieron lugar en Tegucigalpa. La víctima fue un estudiante de

¹⁶ En efecto, la desaparición de Óscar Blanco R. y las otras víctimas del presente caso tuvo lugar durante la presidencia del coronel Hugo Chávez Frías, primer mandatario venezolano desde febrero de 1999.

¹⁷ Sentencia de la CIDH sobre el Fondo, Reparaciones y Costas del 28 de noviembre del 2005, Ser. C, No. 138.

la Universidad Nacional Autónoma de ese país, que en horas de la tarde fue arrestado sin que se exhibiera orden judicial alguna por miembros de las Fuerzas Armadas y de la Dirección Nacional de Investigación. Sus siete captores, vestidos de civil y fuertemente armados, lo sometieron en un estacionamiento y se lo llevaron en un vehículo Ford blanco sin placas. Durante los días siguientes, el secuestrado fue visto en diferentes centros de detención, hasta que finalmente se perdió toda noticia de él. Los cuerpos policiales y de seguridad siempre negaron que se haya llevado a cabo la captura.

Cabe indicar que en estos procesos sustanciados ante organismos internacionales de justicia, no solo debe considerarse víctimas u ofendidos a los desaparecidos, sino también a sus familiares y allegados, que generalmente han sido testigos de lo acontecido con sus seres queridos y han colaborado significativamente en la investigación, cumpliendo el papel de veedores del desarrollo de las diferentes causas en las que el Estado ha tenido el dudoso honor de estar en el banquillo de acusados.

Se evidencia, de igual forma, en los casos referidos, el aislamiento e incomunicación que padecieron los secuestrados, además de las diversas formas de tortura que menoscabaron su dignidad humana a la más mínima expresión. De igual forma, la ineffectividad evidenciada en las autoridades públicas competentes para la tramitación de recursos legales como el hábeas corpus y el amparo de libertad, orientados a la localización de los *detenidos desaparecidos*, no permite a un régimen deslindar su participación en tales hechos.

Recordemos también la obligación que tienen los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos de no solo garantizar las prerrogativas consagradas en la misma, sino de tomar, además, las medidas necesarias para su pleno ejercicio.

Por otra parte, y según constataremos en el siguiente subtema, no faltan casos en los que el propósito de los regímenes autores de las desapariciones forzadas ha sido, por el contrario, exponer *deliberadamente* los cadáveres de las víctimas, a fin de incrementar la alarma social o engañar a la población.

2.6. La exposición deliberada del cadáver del desaparecido involuntaria o forzosamente

En Guatemala, es emblemático el caso conocido como *el de la Panel Blanca*¹⁸, cuyos hechos se remontan a junio de 1987, cuando miembros de la Guardia de Hacienda de ese país, fuertemente armados, detuvieron arbitrariamente a personas que posteriormente eran obligadas a subir a una camioneta blanca. Los secuestrados fueron torturados en las instalaciones de dicho regimiento y algunos de los cuerpos terminaron abandonados, días después de su detención, en las calles de la capital y sus alrededores¹⁹.

Consideramos que esta forma por demás inhumana en que los gendarmes se deshicieron de los cadáveres en el mentado caso sustanciado ante la CIDH, esparciéndolos en la vía pública como si de cualquier despojo se tratara, es evidencia palpable del resultado buscado por los genocidas, que en el contexto socio-político imperante en Centroamérica en la época en que se dieron los hechos, no podía ser otro que infundir temor en la población por medio de la divulgación de los restos de grupos potencialmente subversivos y disuadir posibles intentos de golpes de Estado o de desestabilizar al Gobierno. Cuán vano, por lo tanto, resultaría creer que los victimarios no encontraron otro mecanismo para ocultar el producto del ilícito.

Por otro lado, cabe siempre la posibilidad de que el efecto buscado por quienes intencional y premeditadamente exponen al público los cadáveres de quienes fueron detenidos, torturados y desaparecidos sea exactamente el contrario: *concienciar a la población* sobre los crímenes perpetrados por facciones armadas o determinados regímenes. El marco histórico de estos hechos, por quiméricos que parezcan, ha sido con frecuencia un conflicto armado y, muy particularmente, la Segunda Guerra Mundial.

¹⁸ Apelativo que recibió debido al uso de un vehículo de este tipo como parte del modus operandi. En este caso, también conocido como *Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, la CIDH dictó sentencia el 25 de enero de 1996, Ser. C, No. 37.

¹⁹ Sentencia de la CIDH sobre el Fondo, Reparaciones y Costas del 28 de noviembre del 2005, Ser. C, No. 138.

El historiador Antony Beevor, en su obra sobre las últimas incursiones de los ejércitos aliados en Europa y la subsecuente capitulación del *Tercer Reich*, refiriéndose al programa de odio al enemigo nazi ideado por Stalin para fortalecer la moral de sus tropas y, simultáneamente, ganar adhesión entre los mismos pueblos sitiados, señala sin tapujos que la extinta Unión Soviética utilizó todos los recursos necesarios para poner en relieve la magnitud de las atrocidades perpetradas por los alemanes.

Beevor, que fue oficial regular del Ejército británico, añade: “Según cierto informador francés, las autoridades del Ejército Rojo exhumaron los cadáveres de unos sesenta y cinco mil judíos masacrados cerca de Nikolayev y Odessa, para después ordenar que se dispusieran a lo largo de la carretera más transitada para las tropas. Cada doscientos metros se erigió un cartel que rezaba: *Mirad cómo tratan los alemanes a los ciudadanos soviéticos*”. Indica, además, que “con frecuencia los soldados rusos obligaban a las mujeres, procedentes sobre todo de Ucrania y Bielorrusia, a confesar hasta qué punto se habían visto maltratadas”, estrategia por la cual se imbuía de sentimientos de cólera y venganza a los combatientes²⁰.

Este caso de exhibición pública de miles de cuerpos torturados de prisioneros de campos de concentración y víctimas de la represión nazi, demuestra la utilidad estratégica que en ciertos contextos ha representado algo que, a menudo, se considera profano como la exhumación de cadáveres realizada al margen la ley. Muchos, sin embargo, lejos de soslayar esta conducta, encontrarán en ella la única forma de descubrir la verdad sobre la perpetración de crímenes contra la humanidad, ante la eventualidad de que sus artífices pretendan negarlos o atenuarlos.

Entre las finalidades que en la exhibición de un cadáver pueden buscar los propios autores de la muerte, cabe añadir el deseo de la reivindicación social, v. gr., las vejaciones que sufrieron los cuerpos del ex dictador italiano Benito Mussolini y su amante Clara Petacci. Tras ser fusilados por partisanos de la Brigada Garibaldi el 28 de abril de 1945, fueron llevados a Milán y colgados en una estación de servicio, donde los enardecidos espectadores que tiempo atrás ovacionaban al régimen fascista, los

²⁰ BEEVOR, Antony, “*Berlín. La caída: 1945*”, Litografía “Rosés S.A.”, traducción castellana para España y América de “Crítica S.L.”, Barcelona, 2002, p. 277.

sometieron a todo tipo de ultrajes y burlas, inmisericordes ante la responsabilidad del *Duce* en la desastrosa intervención de Italia en la Segunda Guerra Mundial²¹.

Más recientemente, en el marco de la dictadura militar argentina autodenominada *Proceso de Reorganización Nacional* (1976-1983)²², por medio de la exhibición de los cadáveres de las víctimas de la represión, a criterio de Darío Olmo, se pretendía confundir a los habitantes. En su artículo “*Reconstruir desde restos y fragmentos*”²³, el autor afirma: “Parece claro que la actuación de los medios represivos concluía generalmente de una de dos maneras alternativas. O bien, contando con los recursos que incluían el medio aéreo, los cuerpos eran arrojados al río o al mar, o, sin contar con este medio, los cuerpos eran abandonados en la vía pública, simulando un enfrentamiento”.

Con relación a la referida simulación de un combate, Olmo añade que a través de ella “la actuación del circuito represivo clandestino terminaba con el abandono de los cuerpos”, y que en el caso de los que salían despedidos desde naves aéreas, “la posibilidad de recuperación de restos era nula”. Para el cumplimiento de estas *misiones*, el Gobierno dictatorial utilizó un criterio espacial, dividiendo el territorio argentino en zonas y subzonas operacionales, asignadas a distintos cuerpos de ejército conformados, a su vez, por grupos de tareas adecuadamente adiestrados. Según lo estableció un tribunal español en la condena impuesta al ex capitán de corbeta Adolfo Scilingo, en esos vuelos militares incluso se arrojaba a personas vivas al mar, entre las cuales había ciudadanos ibéricos²⁴.

²¹ Como referencia, sugerimos consultar la obra de Raymond Carter titulada: “*La Segunda Guerra Mundial*”, T. 2, 4ª ed., Editorial “Planeta S.A.”, Barcelona, 1971, pp. 335-336.

²² A ese régimen, caracterizado por la violencia indiscriminada, persecuciones, represión ilegal, tortura sistematizada, desaparición forzada de personas, manipulación de la información y terrorismo de Estado, también se lo conoce como *Guerra Sucia en la Argentina*. La denominación alude al carácter informal y arbitrario del enfrentamiento del poder militar contra la misma población civil y las organizaciones guerrilleras, que no obtuvo en ningún momento la consideración explícita de guerra civil. El uso sistemático de la violencia y su extensión contra objetivos civiles en el marco de la toma del poder político y burocrático por las fuerzas armadas, determinó la inmediata suspensión de los derechos y garantías constitucionales y propició la aplicación de tácticas y procedimientos bélicos irregulares a la población.

²³ Publicado en el libro “*Los archivos de la represión. Documentos, memoria y verdad*”, compilación de Silvia Catelo y Elizabeth Jelin, Colección “Memorias de la represión”, “Siglo Veintiuno de España” Editores, Madrid, 2002, pp. 183-185.

²⁴ Ver “*Introducción: ¿Hay homicidio sin cadáver?*”, p. 5.

Por último, Olmo indica que a partir del abandono de cadáveres “entraba en funcionamiento la fase burocrática del Estado, que procedía, con escaso celo, a seguir los rituales que los códigos indican para el hallazgo de cadáveres de identidad desconocida en la vía pública: intervención de una dependencia policial (comisaría o subcomisaría), elevación de antecedentes para iniciar una causa judicial (en un juzgado penal ordinario o federal), revisión de fichas dactilares a organismos de consulta y registro, expedición de partidas de defunción en el Registro Civil más cercano, etc”. De esta forma, se utilizaba las mismas instituciones públicas para favorecer la impunidad de los crímenes perpetrados.

2.7. Medios idóneos distintos a la desaparición forzada para la destrucción u ocultación deliberada de prueba material en un homicidio

Sería inexacto calificar a la desaparición forzada de personas como el *único* medio idóneo para la ocultación o destrucción deliberada de los vestigios del homicidio, cuando en realidad es el medio *más* idóneo para que el sujeto activo del delito se deshaga de la evidencia material en procura de su impunidad.

Abundan, pues, en los medios de prensa tanto locales como extranjeros casos de homicidio en los que ha existido pérdida dolosa de prueba material, pero que no reúnen los elementos constitutivos de una desaparición forzada. A continuación, referiremos algunos de dichos casos foráneos que consideramos más relevantes en el marco de nuestro estudio.

- **El caso de Michael Lord y la *dominatrix***²⁵

Los hechos se remontan a julio del 2000, cuando ocurrió la extraña muerte de Michael Lord, trabajador de una compañía de teléfonos, natural de North Hampton, Estado de Nueva Hampshire. Su deceso conmocionó a la opinión pública y tuvo como principal sospechosa a Barbara Asher, prostituta especializada en sexo sadomasoquista, originaria de Boston, Massachusetts.

Según las notas de prensa, la mujer prestó en su propio condominio servicios sexuales a Lord, montando para el efecto la réplica de un potro medieval y utilizando otros artefactos propios de su trabajo.

En esa ocasión, Asher interpretó el papel de una mujer dominadora o *dominatrix*, que consiste en provocar placer sexual a través de actos de sometimiento (flagelación, bofetadas, vituperios, etc.); sin embargo, la *sesión* se extendió al punto en que Lord, carente de buena salud, sufrió un ataque cardíaco que pudo extenderse hasta por cinco minutos, sin que la inculpada hiciera algo para ayudarlo, al parecer, por temor a que las autoridades descubrieran su negocio.

La vinculación de esta mujer con el homicidio involuntario de Lord nace, precisamente, de la combinación de dos hechos: el haber sido ella la última persona que tuvo contacto con la víctima y la naturaleza los servicios que prestaba Asher.

Lógicamente, surgen interrogantes como la de si Asher llevó a cabo la actividad erótica a sabiendas de eventuales complicaciones cardiovasculares que podría generar en Lord, y la de si pudo hacer algo para evitar o remediar el desenlace trágico. Desafortunadamente para la administración de justicia, el cadáver de Lord nunca apareció, y con la ausencia del cuerpo se perdió también la mejor posibilidad de adquirir certeza sobre los hechos y la responsabilidad que en éstos pudo tener Asher.

²⁵ Existe información adicional en el artículo: "*Dominatrix acquitted in death of NH man*" ("*Dominatrix absuelta en la muerte de un hombre de Nueva Hampshire*"), de la versión digital del diario norteamericano "New Hampshire Union Leader" (en inglés) del lunes 30 de junio del 2006, sección: "Crime", disponible en: <http://www.unionleader.com/article.aspx?headline=dominatrix+acquitted+in+death+of+nh+man&articleId=35fcdcf8-37ae-45-ac08-3f627ef85dae>. Acceso: 03/10/2009.

Tras la denuncia de la desaparición de Lord, el caso se llevó ante una corte estatal, donde la fiscalía planteó una serie de argumentos, a saber: que Asher, a fin de asegurar su impunidad, solo pudo deshacerse del cadáver de su cliente, de un peso estimado de 124 kilos, desmembrándolo en tantas partes como pudo, para después arrojar los restos en los basureros traseros de un restaurante de Maine, y que eso lo habría logrado con la ayuda de otra persona (presumiblemente de su compañero sentimental).

A falta de los vestigios del delito, la tarea para la abogada de la defensa, Stephanie Page, se hizo relativamente sencilla. No tuvo que perderse en una larga réplica ni esforzarse demasiado en procura de evidencias de descargo, sino que le bastó insistir en la ausencia del cuerpo como medio absolutorio, cosa que finalmente consiguió. De esta forma, la jurista no solo desvirtuó cualquier responsabilidad de Asher en el supuesto infarto de Lord, sino que incluso sembró dudas razonables sobre su muerte misma, alegando la ausencia de manchas de sangre y de muestras de ADN en el departamento de la inculpada.

Como detalle jocoso, consta en el proceso que durante su alegato final, el fiscal Robert Nelson, desesperado por la ausencia de elementos de cargo y en un último esfuerzo porque el jurado condenara a Asher, se colocó una máscara de cuero negra con una abertura en la boca y escenificó la supuesta sesión de sadomasoquismo. La defensa criticó esta informal demostración.

"Es suficiente, señor Nelson", dijo el juez Charles Grabau, acogiendo la objeción planteada. "Gracias por su demostración".

- **El caso de los tres bebés en el frigorífico**²⁶

El 6 de mayo del 2008, los periódicos de Alemania informaban en sus titulares que una mujer escondió los cuerpos de tres bebés en el congelador de su casa durante veinte

²⁶ Sugerimos consultar el artículo: "*Una mujer escondió a tres bebés en el congelador durante 20 años*", de la versión digital del diario español "El Periódico de Aragón" del 6 de mayo del 2008, sección: "Sociedad", disponible en: <http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/noti-asp?pkid=407349>. Acceso: 08/10/2009.

años. La responsable, vecina de la población de Wenden-Möllmike, confesó el día anterior a las autoridades locales que los críos nacieron a finales de los ochenta y que durante más de dos décadas ocultó los embarazos a su esposo y a sus tres hijos, uno de los cuales descubrió los cadáveres en el frigorífico del sótano cuando bajaba por una pizza.

Es evidente que en el asesinato de estos infantes por parte de su progenitora no existe un móvil político, ni se trata de un delito perpetrado por agentes gubernamentales o personas que actúan bajo la dirección o consentimiento del régimen, como tampoco ha mediado una detención o privación ilegal de libertad que haga presumir la existencia de una desaparición forzada.

- **El caso del acosador de TITSA**²⁷

Este caso es más reciente y también recibió una amplia cobertura de la prensa. Tuvo lugar en la Comunidad Autónoma de Canarias, Provincia de Las Palmas, España, y se caracteriza por la trágica desaparición de Isabel Canino, que se desempeñaba como conductora de Transportes Interinsulares de Tenerife (TITSA).

El hecho, denunciado el 20 de marzo del 2009, fue el saldo fatal de una relación sentimental de 16 años que tuvo la víctima con Salvador Alberto Morales, trabajador de la misma empresa, casado con otra mujer, quien continuamente ofrecía a Canino que pronto se divorciaría, promesa que, sin embargo, nunca cumplió.

Al parecer, presa de la impaciencia, la empleada de TITSA decidió en un momento determinado separarse del chofer e iniciar una nueva relación con otro compañero de la empresa, desencadenando los celos enfermizos de su ex pareja, que comenzó a acosarla y perseguirla hasta finalmente terminar con su vida; pero el cadáver resultó hábilmente

²⁷ El artículo titulado: “*Salvador Morales imputado por el asesinato de Isabel Canino*” de la versión digital del diario español “La Provincia” del 31 de mayo del 2009, sección: “Sucesos”, incluye más información, disponible en: http://www.laprovincia.es/secciones/noticia.jsp?pref=2009053100_9_234470_sucesos-presunto-asesino-isabel-cani-pasa-disposicion-judicial. Acceso: 13/10/2009.

parapetado por el asesino en una fosa séptica de su vivienda, construida premeditadamente junto al pozo negro principal y cubierto con baldosas para no levantar sospechas.

Fue la propia confesión de Morales a las autoridades, motivada quizá por el remordimiento y la angustia que le ocasionó el crimen, lo que permitió, el 28 de mayo del mismo año, encontrar el cuerpo de la conductora, tras casi 70 días de desaparición.

Algunos testigos afirman haber visto a Canino con vida hasta el 21 de marzo del 2009, día en que el inculpado fue a verla por la mañana en su casa de la localidad de El Sobradillo, para posteriormente conducirla en un vehículo todoterreno hasta una casa situada en la vía que conduce al pueblo de La Hornera. Las indagaciones sugieren que el chofer pudo incluso haber cavado la fosa con anterioridad a la perpetración del crimen. El estrangulamiento, la asfixia con una bolsa de plástico y una sucesión de golpes son las tres hipótesis que se barajan como las posibles causas de la muerte de Canino.

Los medios locales trazaron un perfil de la personalidad de Morales, en el que sobresale una multiplicidad de rasgos psicópatas, reflejados en su predisposición a engañar, manipular y dominar; pero lo fundamental en el marco de nuestro estudio es que el sujeto activo del delito utilizó medios idóneos distintos a la desaparición forzada para perpetrar esta muerte violenta y que tomó las precauciones necesarias para desaparecer todo vestigio, bien convenciendo a Canino, a través de seducción o engaño, para que lo acompañara a su vivienda de La Hornera, o bien plagiándola.

Finalmente, podemos observar que no existen en este caso las motivaciones de orden político propias de una desaparición involuntaria, pues el crimen ha sido eminentemente pasional.

- **El caso de Glendalis Pagán**²⁸

La desaparecida aquí fue Glendalis Pagán, joven dominicana residente en el barrio del Alto Manhattan, Nueva York, y el imputado Andrés Vélez, ex novio de la migrante, de 23 años de edad a la fecha de los hechos, con un largo historial de agresiones físicas y psicológicas infligidas a su pareja.

La migrante de 19 años, que dejó en la orfandad a un recién nacido, fue vista por última vez el 3 de junio del 2009, saliendo de su apartamento en la calle Dickman acompañada por su madre y su hijo Andy. Al parecer, Pagán se dirigía al salón de belleza donde acostumbraba a arreglarse las uñas; sin embargo, no existen datos precisos respecto a cuándo Vélez la condujo a un departamento del mismo sector neoyorquino en el que habría tenido lugar esta muerte violenta.

La principal versión en este caso proviene de Helen Pagán Ruiz, tía de la víctima, que refiere que el reo visitaba con frecuencia a la hoy occisa en su departamento, en cuyas escaleras de acceso un día incluso la golpeó con un martillo, a pesar de que ella se encontraba en gestación. Por el hecho, Vélez cumplió un año y tres meses de prisión, pero este solo fue uno de tantos episodios de violencia, que siempre tuvieron a los celos como factor desencadenante.

Es probable que las desavenencias se hayan extendido al punto en que la dominicana decidió terminar todo contacto con su acosador, y fue entonces cuando empezó la etapa más crítica de la persecución de Vélez por acaparar todos los aspectos de su vida. Entre la multiplicidad de amenazas que el sujeto infería en su contra, destaca la de que “un día, aunque sea arrastrándola, la llevaría a un departamento solitario donde la mataría”, lo que finalmente ocurrió.

²⁸ Contiene más información el artículo titulado: “*Novio descuartiza dominicana y esconde pedazos de cadáver en el closet*” de la versión digital del periódico dominicano “Diario Libre” del viernes 12 de junio del 2009, sección: “Noticias”, disponible en: http://www.diariolibre.com/noticias_det.php?id=203317. Acceso: 15/10/2009.

La noticia del asesinato se difundió a partir del 12 de junio del mismo año, con la denuncia de los vecinos de la pequeña suite utilizada por Vélez para su cometido, advirtiendo a las autoridades sobre un olor nauseabundo que emanaba de la misma.

La Policía acudió al lugar, encontrando los restos de Pagán en el fondo de un armario oscuro. El cadáver estaba descuartizado y cada parte envuelta en una funda de basura para disimular su contenido.

Este caso no se adecua a la figura de la desaparición forzada, precisamente porque la motivación del crimen también ha sido sentimental y no política; por otro lado, aunque es probable que el sujeto activo haya utilizado la coerción o el engaño para conducir a Pagán al lugar del deceso, éste no corresponde a un centro de detención donde se confina a las víctimas de una desaparición involuntaria.

- **El caso del bebé en el armario**²⁹

La sospechosa es una migrante ecuatoriana de 30 años de edad, únicamente identificada por la prensa como Marianela G. M.

El hecho tuvo lugar el 18 de marzo del 2009. Según un portavoz de la Jefatura Superior de Policía de Madrid, esa fecha, por la noche, la ciudadana acudió al centro hospitalario *La Paz* de la capital española para hacerse atender de un cuadro bastante crítico, lo cual motivó su ingreso de emergencia.

Después de varios exámenes, los galenos se percataron de que la paciente sufría de un desgarró vaginal con hinchazón en el útero, generando inmediatamente sospechas sobre un reciente embarazo. Cuando se le preguntó si había dado a luz, ella lo negó rotundamente. Ante la serie de contradicciones en las que continuamente incurría la

²⁹ La fuente para esta síntesis ha sido el artículo titulado: *“Ecuatoriana mató a su bebé y lo ocultó en el closet”*, de la versión digital del diario guayaquileño “El Universo” del miércoles 25 de marzo del 2009, sección: “Noticias-Migración”, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2009/03/25/1/1360/911181549CE84A339A4B9F8D1CCB54D6.html>. Acceso: 19/10/2009.

paciente y al no encontrarse en compañía de su hijo recién nacido, la casa de salud llamó a la Policía.

Acorralada por su sentimiento de culpa y al enterarse de que los agentes del orden ya habían sido alertados de un posible infanticidio o aborto punible, Marianela confesó al día siguiente que, en efecto, había dado a luz y arrojado a la criatura a un contenedor de basura, envuelta en una bolsa negra.

El Grupo X de Homicidios de la Brigada Provincial de la Policía Judicial, asumió la investigación y empezó la búsqueda en todos los depósitos que procesan los desperdicios de Madrid, sin poder dar con el cuerpo.

El afán indagador del grupo policial lo condujo al departamento de la sospechosa, ubicado en el distrito madrileño de San Blas, al este de la ciudad, donde interrogaron a su compañera de piso, de la misma nacionalidad. La versión de ella fue que la noche del 18 de marzo intentó auxiliar a Marianela porque “sangraba mucho y le dolía el estómago”, por lo cual la llevó al centro de salud más cercano, donde la atendieron sin mayores complicaciones.

Finalmente, una llamada telefónica del 21 de marzo, realizada por alguien que se identificaba como familiar de la presunta homicida, despejó las principales incógnitas del caso. La testigo afirmaba haber encontrado “un feto envuelto en ropa en el fondo de un armario en la vivienda de la mujer”. Un equipo conformado por un juez de guardia, un forense y otro personal calificado, se trasladó al citado domicilio, donde tuvo lugar la diligencia del levantamiento del cadáver y su traslado al Centro Anatómico Forense. La autopsia practicada al infante determinó que había nacido vivo. Consiguientemente, la presunta homicida fue puesta a órdenes de las autoridades competentes.

En este caso, pueden haber sido muy diversos los móviles del sujeto activo de la infracción (ocultar su vergüenza, vengarse del progenitor, etc.), pero lo medular es que ninguno de estos corresponde al crimen de la desaparición involuntaria. Asimismo, queda claro que la perpetradora no actuó bajo la dirección o el consentimiento del régimen, como tampoco podría decirse que privó de su libertad a la víctima.

IMPORTANCIA DEL CAPÍTULO Y CONCLUSIONES

- La condición de desaparecido que mantiene en el medio social la víctima de un presunto homicidio mientras no se encuentre o identifique su cuerpo, justifica este estudio introductorio de la desaparición de personas y su relevancia en el ámbito penal.
- Siendo la evidencia material de singular importancia en el juzgamiento de un delito contra la vida, en su ausencia se complica la determinación de la existencia de la infracción y la responsabilidad de sus perpetradores. Caso modelo es el homicidio, más aún si no está presente el cuerpo de la víctima.
- La desaparición forzada de personas constituye el medio más idóneo para la ocultación o destrucción deliberada del cadáver, cuando va acompañada del asesinato del detenido. Otros mecanismos propicios para lograr el mismo propósito fueron ejemplificados con los casos del subtema 2.7.
- La ocultación o destrucción dolosa de prueba material es común en un delito contra la vida, pues los perpetradores siempre buscarán su impunidad, sin perjuicio de que en otros contextos, como las dictaduras y regímenes absolutistas, la intención pueda ser exponer deliberadamente los cadáveres, a fin de incrementar la alarma social o engañar a los pobladores.

CAPÍTULO 3: INTRODUCCIÓN AL PROCESO PENAL

3.1. Preámbulo

“Pocas situaciones en la vida son tan dramáticas como un proceso penal”, reza uno de los párrafos de la obra de Ricardo Vaca Andrade¹ dedicada al estudio de este complejo tema que involucra, casi siempre con diferentes intereses, a fiscales, abogados en libre ejercicio, acusadores particulares, peritos, reos y testigos, cuya intervención está supeditada al poder decisorio de un juez o tribunal.

El proceso penal es, en sí mismo, una confrontación, una verdadera batalla legal en la que intervienen distintos personajes cumpliendo una función específica y otra mancomunada: la primera, conferida por la ley, los sitúa en el lado de la acusación, la defensa o el de la investigación; mientras que la segunda consiste en la búsqueda de la verdad histórica, que de ser hallada conduce a la efectiva realización de la justicia. En términos procesales, este trabajo se traduce en dos resultados: establecer si hubo una infracción y el grado de responsabilidad de un individuo en su comisión.

Denuncia, versión de los hechos, reconocimiento del lugar, actas de audiencia, autos de llamamiento a juicio, sobreseimientos, sentencias, recursos de apelación, casación y revisión, son piezas y actos procesales con los que el común de los abogados está familiarizado. Asimismo, la mayoría de la población conoce o ha sido testigo de un proceso penal. Otro grupo ha sufragado el peso que representa intervenir en calidad de acusado o de víctima. Los medios de prensa, por su parte, y cumpliendo el rol de mantener informada a la población, a diario contribuyen a que el drama de un proceso

¹ VACA ANDRADE, Ricardo, ob. cit., T. I, p. 2.

penal, a través de sus distintas etapas e incidencias, se divulgue entre la ciudadanía, despertando su innato interés y curiosidad.

Como fundamento del proceso penal está la conducta humana, cuyo estudio motivó que hace miles de años surgieran los primeros catálogos de delitos y penas aplicables, en el comprensible intento de regular o imponer límites razonables al accionar individual.

Sin un marco jurídico para el desenvolvimiento de las personas en sus diferentes actividades, la supervivencia misma de la especie se torna incierta. En los países de tradición jurídica románica-napoleónica, la ausencia de normas que establezcan lo que les está prohibido hacer a los ciudadanos y las consecuencias que tendrá su violación, es simplemente inconcebible. La acción penal fue diseñada para perseguir y sancionar a los responsables del quebrantamiento del orden social constituido.

A las leyes procesales, por el contrario, les atañe establecer la forma de ejercer esa acción pública, las solemnidades que se deben seguir para comparecer a juicio, los deberes y atribuciones que recaen sobre los sujetos que en él intervienen, entre otros aspectos fundamentales.

Siendo, en definitiva, el proceso penal así de conmovedor, el único de entre todas las ramas que conforman la ciencia del Derecho que protege y, al mismo tiempo, puede poner en peligro bienes fundamentales de las personas (la honra, la libertad personal, la propiedad, etc.), estudiarlo pormenorizadamente requeriría varios tomos o volúmenes copados de abundante teoría, definiciones, principios y citas legales. Atentos al objeto de nuestro estudio, no haremos sino enunciar brevemente sus principales características, empezando por algunas definiciones básicas, arribando luego hacia el tema de la prueba y culminando con los problemas que surgen al momento de ubicar e identificar el objeto material de la infracción, situándonos siempre en el contexto del homicidio.

La necesidad de referirnos sucintamente al proceso penal radica, adicionalmente, en que el tema de la disertación versa sobre la pérdida o destrucción (ya sea deliberada o negligente) de prueba material en el juzgamiento de una muerte violenta, lo cual, sin

duda, nos impone el deber de contar con una noción previa de las diferentes etapas en que se puede presentar dicho inconveniente para una efectiva administración de justicia.

Según veremos, las referidas dificultades generadas por la ausencia de evidencia material en una acción pública promovida por el delito de homicidio pueden no solo suspender, sino incluso devenir en el archivo definitivo de una causa penal, desde la recepción de la denuncia hasta el momento de dictar sentencia.

3.2. Qué son los procesos y su clasificación

En el mundo se suscitan a diario diversas clases de procesos². Un proceso es el “conjunto de fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial”³. Algunos, como la fotosíntesis, son *naturales*, resultado de diversas reacciones físicas y químicas que se rigen por las leyes del propio medio ambiente; mientras que otros, como la serie de pasos que se siguen para ensamblar un automóvil o reparar un electrodoméstico, son *artificiales*, ya que en éstos, por el contrario, intervienen la voluntad y el ingenio del hombre.

Los procesos artificiales suelen estar descritos en manuales o guías. Es el caso de los procesos legales, debidamente explicitados en códigos de procedimiento, pues los individuos deben disponer de seguridad jurídica para su normal desenvolvimiento y la resolución sus controversias. Estos procesos legales serán o no *judiciales*, dependiendo de si sustancian ante los jueces y tribunales ordinarios o ante organismos especiales encargados de dirimir controversias; y los procesos judiciales podrán ser o no *contenciosos*, dependiendo de si existe un derecho controvertido entre las partes o si solo se pretende una mera declaración de voluntad que produzca efectos jurídicos⁴.

² La clasificación de los procesos que consta en este subtema es meramente referencial y solo pretende aportar con un criterio para la ubicación de las causas penales en el vasto campo de la ciencia procesal.

³ MICROSOFT CORPORATION, “*Diccionario de la Real Academia Española*” en CD-ROM, *Microsoft Encarta and Student Program Manager*, Redmond, WA, EE.UU., 2008.

⁴ Algunos autores también se refieren a estos procesos como de *jurisdicción contenciosa* y *jurisdicción voluntaria*, respectivamente.

Las causas penales son por naturaleza contenciosas, pues por un lado, comparece la sociedad, representada por un funcionario público denominado fiscal, que investiga hechos presuntamente constitutivos de infracción penal y, de hallar fundamento, acusa ante los órganos competentes; y por otro, interviene el procesado, procurando, casi siempre, desvirtuar los argumentos que hayan motivado su presencia en el juicio. El juez o tribunal, como autoridad decisoria, asiste principalmente para velar que se cumplan las garantías previstas en la Constitución y la ley.

3.3. Definición de proceso penal

“Con cierta amplitud”, señala Couture (citado por Cabanellas de Torres), “podría decirse del proceso que se trata de una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión”⁵. Desde este abarcador enfoque, la noción jurídica de proceso corresponde a un conjunto de actos originados a partir del surgimiento de una controversia de carácter civil, penal, administrativo o de cualquier otra índole, que siguen un hilo conductor o secuencia preestablecida por la ley para la consecución de un fin. Esa meta que persigue el proceso no es otra que la declaración de voluntad de un funcionario público competente que ponga fin a la disputa que mantienen las partes.

Con esa base, podemos arribar hacia la definición de Derecho Procesal Penal de Claria Olmedo: “Es la disciplina jurídica reguladora de la efectiva realización del Derecho Penal, la cual establece los principios que gobiernan esa realización y determina los órganos, la actividad y el procedimiento para actuar la ley sustantiva”, y también a la de Manzini, “es aquel conjunto de normas, directa o indirectamente sancionadas, que se funda en la institución del órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicable en concreto el Derecho Penal Sustantivo”.

⁵ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “*Diccionario jurídico universitario*”, T. II, Editorial “Heliasta S.R.L.”, Buenos Aires, 2000, p. 328.

Entonces, si el Derecho Procesal Penal es la rama de las ciencias jurídicas encargada del estudio de las normas que guían el proceso en materia criminal, se infiere que el proceso penal consiste en el conjunto de actividades y solemnidades por las cuales los órganos públicos competentes investigan, acusan o juzgan un hecho que pueda ser constitutivo de una infracción tipificada en la ley sustantiva, para luego establecer el correspondiente grado de responsabilidad.

3.4. Objetivo

Andrés F. Córdova sostiene que “el Derecho Procesal Penal, como principio o como norma legal, significa, hace efectivo el derecho de defensa, y solo ejercitando este derecho, a base de su realización, se puede garantizar, dar efectividad al derecho a la vida, a la libertad y a la honra, que no existirían de no existir o de no poder ejercitar el derecho de defensa”⁶.

El criterio del referido jurista nos lleva a la siguiente interrogante: ¿de qué serviría que la doctrina, la ciencia, los principios y la ley sustantiva garanticen estos derechos esenciales si les falta la acción correspondiente? La respuesta es fácil de colegir: de nada, absolutamente. Luego, el derecho consagrado en una norma se hace ineficaz sin un mecanismo que permita su efectivo ejercicio.

Benigno Cabrera Acosta subraya la importancia del proceso penal al determinar que “es un factor indispensable para asegurar el orden social, pues no basta con ser titular de un derecho si no se puede lograr la efectividad de él, ya que equivaldría a no tenerlo”⁷.

Walter Guerrero Vivanco distingue las finalidades que persigue la ley sustantiva de otras propias de la adjetiva penal de la siguiente forma: “El Derecho Penal describe y sanciona el acto punible. Por su parte, el Derecho Procesal Penal nos enseña el camino

⁶ CÓRDOVA, Andrés F., “*Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*”, T. I, Talleres Gráficos “Minerva”, Quito, 1953, p. 13.

⁷ CABRERA ACOSTA, Benigno, “*Teoría general del proceso y de la prueba*”, 5ª ed., Ediciones Jurídicas “Gustavo Ibáñez C. Ltda.”, Bogotá, 1994, p. 41.

que debemos seguir para determinar la existencia del delito y la responsabilidad del acusado (...) Es decir, esta última es una ciencia ecléctica: represiva, como instrumento operacional de la finalidad punitiva del Estado; pero también prolonga el Derecho Constitucional dando vida y haciendo efectivo sus preceptos en cuanto representan una garantía de la libertad y afirman la personalidad humana”⁸.

Entonces, el objetivo del proceso penal puede resumirse en la posibilidad real que ofrece para que se puedan aplicar los principios y disposiciones de la ley penal sustantiva, pues consiste en la vía de ejecución de los derechos consagrados en la Constitución y la ley. En una frase, el proceso penal pone en vigencia la norma sustantiva, permitiendo su aplicación a un caso concreto.

Ahora, si el proceso judicial se inicia como resultado de la perpetración de un homicidio en el que es escasa o nula la prueba material, el conjunto de fases o etapas desarrolladas en la teoría para la efectiva realización de la justicia, pueden fácilmente transformarse en algo tan fútil o vano, como sería el deseo de hacer efectivo un crédito sin portar el título valor que lo consagre.

Surge, entonces, la inquietud de cómo podría prosperar la acción penal pública que se inicia en base a la supuesta comisión de un homicidio cuando no está presente el cuerpo de la víctima. Incluso, antes del planteamiento de si una causa penal por homicidio rodeada de estas circunstancias podría llegar a su desenlace ideal previsto en la ley adjetiva (la comprobación conforme a derecho de la existencia del ilícito y de la responsabilidad penal), surge otro más polémico: si justifica, si quiera, iniciar un proceso penal cuando el cadáver de la víctima no aparece.

Si optáramos por una posición abiertamente pesimista, podríamos preguntarnos si hechos presuntamente constitutivos del delito de homicidio en ausencia del cadáver lograrían, siquiera, superar la fase indagatoria o pre-procesal.

⁸ GUERRERO VIVANCO, Walter, “*Derecho Procesal Penal*”, Vol. I: “La jurisdicción y la competencia”, 3ª ed., “Pudeleco” Editores S.A., Quito, 1996, pp. 71-72.

3.5. Algunos principios rectores

Tan importante como enunciar una definición del proceso penal y algunos de sus objetivos fundamentales, es referirnos a ciertos principios elementales en los que debe basarse tanto la potestad punitiva del Estado como el proceso previo a dictaminar la condena o absolución.

El doctor Ricardo Vaca Andrade, en su obra citada⁹, encuentra no menos de treinta principios en los que se sustenta la normativa adjetiva y sustantiva penal. Estas máximas no deben confundirse con los *presupuestos procesales* indispensables para la configuración de la relación jurídica penal. Al respecto, es útil la distinción que realiza Lloré Mosquera, que especifica que los presupuestos procesales en esta materia son: primero, un acto humano que por tener el carácter de contrario al Derecho se lo considera como delictuoso; luego, un órgano jurisdiccional capaz de realizar el juzgamiento correspondiente; y, finalmente, un órgano de acusación y otro de defensa.

El tratadista añade que “eliminado cualquiera de los presupuestos antes referidos, la relación jurídica entre el Estado y el súbdito que desobedeció sus mandatos legislativos se hace imposible; relación jurídica que, desde luego, es tan diferente, bajo todo aspecto, de la que surge en el proceso civil en virtud del clásico cuasi contrato de la *litis contestatio*, superado ya en la actualidad para dar paso a una concepción más amplia y a la vez más concreta de los derechos y obligaciones mutuas que nacen en virtud de la demanda y la contestación respectiva”¹⁰.

Por lo tanto, unos son los principios o máximas fundamentales que rigen tanto el *ius puniendi* o derecho de sancionar del Estado como el conjunto de fases y diligencias que se deben cumplir para hacerlo efectivo, y otros son los presupuestos necesarios para que se establezca la relación jurídica penal, sin los cuales ésta simplemente se desnaturaliza.

⁹ VACA ANDRADE, Ricardo, ob. cit., T. I, pp. 27 - 74.

¹⁰ LLORÉ MOSQUERA, Víctor, “*Compendio de Derecho Procesal Penal*”, 2ª ed., Talleres Gráficos de la Universidad de Cuenca, 1964, p. 26.

Pasemos, entonces, a analizar brevemente los principios rectores del proceso penal que consideramos más relacionados con nuestro objeto de estudio.

- **Principio de legalidad**

Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), criminólogo y filósofo alemán, es tenido por autor de esta máxima, que constituye la base y andamiaje para la aplicación del Derecho Penal en toda nación civilizada.

Von Feuerbach fue el primero en consagrar en un cuerpo normativo (el Código de Baviera de 1813) los principios de *nullum crimen, nullum poena sine lege* (“no hay crimen ni castigo sin ley previa”) y *nulla poena sine iudicio* (“no hay pena sin que preceda un juicio”).

La noción de la legalidad de los delitos y de las penas, también conocida como el principio general de reserva, está incorporada en el Art. 76 num. 3º de la Constitución del Estado, que establece: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

De igual forma, el Art. 2 del Código Penal (ibídem en la ley adjetiva de la materia) establece en lo pertinente: “Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto”.

El espíritu de ambas normas no es únicamente garantizar la seguridad jurídica a través de un catálogo de delitos y penas, sino también evitar los abusos que sobrevendrían dejando al arbitrio de las partes procesales la forma en que debe desarrollarse el proceso.

Este principio consiste, en definitiva, en el deber de absoluta sujeción a las disposiciones previstas en la ley tanto en el ámbito procesal penal como en el sustantivo, y de igual forma, implica que a un funcionario público, en el ejercicio de su cargo, solo le está permitido hacer aquello que el ordenamiento jurídico expresamente le faculta, de conformidad con el Art. 226 de la Constitución del Estado.

Sobre este tema, Charles-Louis de Montesquieu (1689–1755), en su *Tesis de la función declarativa del Derecho*, incluida en la obra: “*El Espíritu de las Leyes*”, siempre severo con los excesos de la autoridad monárquica y propugnando la necesaria separación que debe existir entre los poderes públicos, señaló que “los jueces de la nación no son... sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor (de la ley)...”¹¹.

- **Principio del debido proceso**

Si existe un derecho fundamental que abarque las demás prerrogativas básicas del ser humano con relación al proceso penal, o resuma la multiplicidad de máximas indispensables para la efectiva realización de la justicia, ese es, precisamente, el correspondiente al debido proceso.

Este principio ha sido consagrado en diferentes proclamas sobre derechos humanos. Ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789, en su Art. 7º se estableció que “ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados, pero todo ciudadano llamado o preso en virtud de la ley debe obedecer al instante y si se resiste se hace culpable”.

¹¹ MONTESQUIEU, “*L'Esprit des lois, in Oeuvres complètes*”, Collection l'Intégrale, Éditions “du Seuil”, traducción de Hernán Salgado Pesantes, 1970, París, p. 589.

La referida norma, redactada hace más de dos siglos por los representantes del pueblo francés, buscaba dejar atrás el período caracterizado por los excesos de poder y desmedidos privilegios de la nobleza, en el que cualquiera podía ser arrestado y ejecutado al arbitrio del monarca, sobre el que no pesaban más restricciones que las de su propia conciencia. Asimismo, aportó con elementos indispensables para la ulterior difusión de este principio a nivel mundial.

El Art. 16 del mismo instrumento reconoce que “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece totalmente de Constitución”. Esta declaración es célebre, sobre todo, por ser la primera que condicionó la noción misma de un Estado democrático a la existencia de un régimen de garantías civiles frente a posibles excesos de la autoridad, y también por obligar a los funcionarios públicos a no solo a respetar tales prerrogativas, sino también a repararlas en caso de ser conculcadas.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 18 de diciembre de 1948, emite la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en Latinoamérica se complementa con el Pacto de San José de Costa Rica, suscrito el 22 de noviembre de 1979. El primer instrumento consagra el debido proceso en su Art. 9 al disponer que “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”; y el segundo, en su Art. 7 num. 2º, al indicar: “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamientos arbitrarios”.

En suma, el debido proceso implica que la imposición de una pena requiere la observancia de las formalidades prescritas en la ley en cuanto a tiempo, etapas, autoridad competente y otros aspectos esenciales, que comprenden la presunción de inocencia¹², el deber de sometimiento al juez natural¹³ y la incoercibilidad del imputado¹⁴.

¹² El Art. 76 num. 2º de la Constitución del Estado establece que “se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.

¹³ El Art. 3 del Código de Procedimiento Penal señala: “Nadie puede ser juzgado sino por los jueces competentes determinados por la ley”.

¹⁴ Ricardo Vaca Andrade, en su ob. cit., T. I, pp. 37-52, considera que este subprincipio del debido proceso implica al menos seis aspectos: la inviolabilidad de domicilio, la inviolabilidad y secreto de la correspondencia, la inviolabilidad

- **Principio de inmediación**

Si en un proceso penal el juzgador no tiene un contacto directo con los sujetos intervinientes, o si no valora personalmente los elementos de prueba que servirán de base para su decisión, es grave el riesgo de que adquiera una percepción distorsionada o falsa de los hechos.

Este principio, por lo tanto, establece que el funcionario público competente debe recibir personalmente los testimonios, realizar las inspecciones y reconocimientos necesarios de los lugares y objetos materia del proceso, así como cumplir con cualquier otro acto previsto en la ley de forma previa a la emisión del fallo.

En nuestro país, durante la vigencia de la ley adjetiva penal de 1983, de naturaleza inquisitiva, esta máxima procesal era de las más vulneradas, pues con frecuencia sucedía que las autoridades judiciales no asistían a la evacuación de la prueba material, no receptaban el testimonio ni valoraban por sí mismos la prueba, situaciones que mejoraron sustancialmente con la instauración del nuevo proceso penal del año 2000, de tendencia acusatoria.

La clave de la cuestión que tratamos radica en que el actual articulado distingue entre las atribuciones del juez y las del fiscal, dándole mayor imparcialidad al primero, pues al estarle vedada la posibilidad de intervenir en la investigación, valorará con objetividad la prueba que el segundo ha incorporado al proceso, y únicamente iniciará el enjuiciamiento sobre la base de un dictamen acusatorio, cuando antes la misma autoridad que dictaba sentencia debía dirigir las indagaciones preliminares y decidir en base a las pruebas que recolectó.

Jorge Zabala Baquerizo añade que la inmediación puede ser objetiva o subjetiva. La objetiva tiene que ver con la relación directa que toma el juez con el objeto del proceso

de la vida y de la integridad personal, la prohibición de la detención ilegal y de la imputación forzada, así como la inviolabilidad de la defensa. A lo anterior podemos añadir que solo en caso de declaración del estado de excepción, de conformidad con el Art. 165 de la Constitución de la República, los dos primeros derechos en mención podrán ser limitados o suspendidos.

y con los hechos que precedieron, ocurrieron de forma simultánea o sucedieron a la comisión del delito (p. ej., existe intermediación directa cuando el juez preside la práctica del reconocimiento pericial del instrumento con el que se perpetró la infracción), mientras que la subjetiva se alcanza cuando el juez adquiere contacto directo con las partes del proceso o con terceros que en él intervengan, ya sea en calidad de intérpretes, traductores, peritos, etc¹⁵.

- **Principio de comprobación**

Marco Díaz de León entiende por comprobación una “verificación, confirmación o aseguramiento”. Indica que, procesalmente, el término “equivale a la prueba; acto o actos por los cuales el juez constata las aseveraciones de las partes, o bien llega al conocimiento cierto de los hechos”¹⁶.

Contar con el necesario grado de certeza, producto de la valoración de los elementos de cargo y descargo aportados por las partes en el proceso penal, constituye un requisito indispensable para la validez del fallo, pues no cabe dejar al capricho de la autoridad la afectación de bienes jurídicos como la libertad personal, la honra y la propiedad que trae consigo la pena.

Las estadísticas muestran que al denunciar, pocas personas aportan con elementos suficientes para promover un enjuiciamiento, y menos aún para que se dicte una sentencia declaratoria de responsabilidad penal. Información tomada de la Fiscalía General del Estado¹⁷, refleja que apenas el 1% de las 240.000 denuncias receptadas por el organismo durante el año 2008 llegaron a una sentencia condenatoria. Al 21 de abril

¹⁵ ZABALA BAQUERIZO, Jorge, “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, T. I, Editorial “Edino”, Guayaquil, 2004, pp. 145-146.

¹⁶ DÍAZ DE LEÓN, Marco A., “*Diccionario de Derecho Procesal Penal*”, T. I, 5ª ed., Editorial “Porrúa”, México D.F., 2004, p. 432.

¹⁷ Contenida en el artículo: “*Estadísticas Judiciales (21-IV-2009)*”, publicado en la página web de la Fiscalía General del Estado, sección: “La fiscalía en los medios”, disponible en: <http://www.fiscalia.gov.ec/la-fiscalia-en-los-medios/493-estadisticas-judiciales.html>. La autoría del reportaje corresponde al canal de televisión Ecuavisa. Acceso: 25/11/2009.

del 2009, fecha de divulgación de los datos, el 50% del total registrado de causas penales todavía no había sido resuelto por factores tales como la falta de recursos físicos y humanos de la Función Judicial, la sobrecarga de procesos y el vertiginoso crecimiento demográfico.

En el mismo período, otro 44% correspondió a denuncias desestimadas, principalmente porque los hechos versaban sobre materias ajenas a la justicia penal (inquilinato, mercantil, societario, etc.), que habitualmente son puestos en conocimiento de la fiscalía, no solo por desconocimiento, sino también por el deseo de convertir a dicha entidad en una medida de presión para el cumplimiento de obligaciones meramente contractuales.

De todo lo expuesto, se tiene que por el principio de comprobación el juez adquiere seguridad sobre un hecho o un derecho para, según corresponda, condenar, absolver, desestimar, etc.

- **Principio de gratuidad y economía**

Por gratuidad en el proceso penal, se entiende que la administración de justicia no requiere de la sociedad a la que sirve una contraprestación económica; mientras que en virtud del principio de economía procesal, según Díaz de León, el proceso debe realizarse “con el menor dispendio de tiempo, dinero y energías. La instancia procesal, que es un medio, no debe representar un costo superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Además, tiende a que se establezcan trámites más razonables, con ahorro de actos procesales superfluos o de procedimientos engorrosos o innecesarios”¹⁸.

En consecuencia, el conjunto de etapas necesarias para la resolución de una causa deben transcurrir con la premura y agilidad necesaria, al igual que las diligencias propias de cada una, a fin de que la justicia penal no signifique un gasto excesivo de tiempo ni dinero.

¹⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco A., ob. cit., T. II, p. 1.760.

Esta noble aspiración, que en la práctica no pasa de ser un fantástico ideal, se orienta, al menos en teoría, a la consecución del personal judicial más probo y calificado, así como de medios de prueba cada vez más eficientes que coadyuven a que la administración de justicia constituya una verdadera garantía para los ciudadanos.

El principio de economía en materia penal no deja de ser una ensoñación por cuanto todos conocemos los ingentes costos que demanda un proceso judicial. Aun cuando el Art. 75 de la Constitución del Estado disponga que “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia”, es perfectamente conocido que las víctimas de robos, asesinatos, defraudaciones, etc., muchas veces se desvinculan del proceso penal por no poder sortear los ingentes costos de peritajes, movilización, estadía, entre otros.

3.6. La prueba: etimología, definición y clasificación

- **Etimología**

Haciendo un estudio histórico, Cabanellas de Torres explica que la palabra ‘prueba’ procede del adverbio latino *probe*, que significa ‘honradamente’, por considerarse que obra con honradez quien prueba lo que pretende; y según otros, al amparo de varias leyes del Derecho romano, de *probandum*, de los verbos recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe¹⁹.

- **Definición**

Probatio est demonstrationis veritas (prueba es la demostración de la verdad), reza un adagio latino; “pero lo arduo”, según el citado “*Diccionario enciclopédico de Derecho usual*” (p. 563), “dada la infinidad de las convicciones humanas, consiste en establecer

¹⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “*Diccionario enciclopédico de Derecho usual*”, T. VI, 30ª ed., Editorial “Heliasta S.R.L.”, Buenos Aires, 1994 - 2008, pp. 563.

cuándo algo está demostrado”. La obra añade que Las Partidas²⁰ calificaban de *prueba* tanto la averiguación que se hace en juicio de alguna cosa dudosa, como la producción de los actos o elementos de convicción que somete al conocimiento del juez el litigante, en la forma que la ley previene, según derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito. También puede entenderse como prueba el medio con que se demuestra y hace patente la verdad o falsedad de alguna cosa.

Guerrero Vivanco, en su citado “*Derecho Procesal Penal*”, T. III, p. 17, considera que “prueba, en general, es la averiguación de una cosa dudosa, o bien el hecho de hacer patente la verdad o falsedad de alguna cosa. En Derecho Civil se llama prueba al medio que se emplea para convencer de la verdad de un hecho o la existencia de un derecho”.

Por consiguiente, la prueba permite al juez adquirir certeza sobre la verdad o falsedad de algo. Su análisis y valoración constituye el fundamento que debe tener todo auto o sentencia, en cumplimiento de lo previsto en el Art. 76, num. 7º de la Constitución del Estado, que como parte del derecho de defensa de todo ciudadano, reconoce la garantía básica de que “las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”. De la forma como el juez valore la prueba dependerá la determinación de la existencia de un delito, la absolución o condena del procesado y el pago de indemnizaciones.

En el juzgamiento de un homicidio, el principio de que *la prueba es el nudo del proceso* adquiere especial relevancia, tanto por ser el atentado contra la vida de un ser humano lo que se pretende castigar, como por la garantía con la que cuenta el procesado de que

²⁰ Las Siete Partidas (o simplemente Partidas) conforman un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objeto de conseguir la uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era *El Libro de las Leyes*, y hacia el s. XIII recibió su actual denominación por las secciones en que se encuentra dividida. Esta obra es considerada el legado más importante de España a la historia del Derecho, al ser el cuerpo jurídico de más amplia y larga vigencia en Iberoamérica (hasta el s. XIX). Incluso se la ha calificado de *enciclopedia humanista*, pues trata también temas filosóficos, morales y teológicos (de vertiente grecolatina); aunque el propio texto confirma el carácter predominantemente legislativo de la obra, al señalar, en el prólogo, que se dictó en vista de la confusión y abundancia normativa de la época.

solo será condenado si el tribunal tiene certeza absoluta sobre su participación en el delito. Para decirlo en palabras de dos probos facultativos: “Si hablamos de ausencia de prueba, por lo general, el reclamo judicial se verá abortado antes de ingresar a los tribunales, postergándose indefinidamente la solución de los conflictos, con toda la carga de insatisfacción individual y colectiva que ello apareja, por lo que afirmamos que generalmente, los juicios se ganan o se pierden por causa de la prueba”²¹.

- **Clasificación**

La prueba puede ser clasificada de acuerdo a tres criterios básicos: su objeto o contenido, el sujeto del que emana y la forma en que se presenta.

A continuación, desarrollaremos cada uno de estos criterios de clasificación, citando, en lo posible, ejemplos acordes con nuestro objeto de estudio.

- a) Por su objeto o contenido**

Según este criterio, las pruebas pueden ser: directas, indirectas, principales y supletorias.

- **Prueba directa**

Para Devis Echandía, la prueba directa es aquella en la que el hecho objeto de la prueba coincide con el tema de la prueba, es decir, el hecho que se prueba coincide con lo que se quiere probar para conseguir el convencimiento del juez sobre la existencia o la

²¹ FLOR RUBIANES, Jaime y CAMACHO HEROLD, Daniella, “*Las presunciones como fundamento para dictar una sentencia de condena*”, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), Quito, 2009, p. 4.

inexistencia del delito y la responsabilidad o inocencia del acusado²². Esta prueba el juez la puede palpar, observar y valorar de acuerdo a las reglas de la *sana crítica*²³.

En el caso de un homicidio, es una prueba directa el reconocimiento del lugar de los hechos que lleva a cabo el fiscal para determinar la imposibilidad de recabar prueba material, por razones naturales o artificiales.

- **Prueba indirecta**

También se la denomina *prueba indiciaria* o *de segunda mano*, porque según el criterio de Cabanellas de Torres, incluido en su “*Diccionario jurídico universitario*”, T. II, p. 343, “se funda en circunstancias provenientes de un hecho conocido que conduce a conclusiones inductivas”.

En este caso, el juez adquiere un determinado grado de certeza de los hechos por un intermediario, una persona o una cosa, y no como resultado de una percepción sensorial directa. P. ej., sería un medio no directo para demostrar el homicidio un testimonio, ya que el juez, al valorarlo, únicamente tiene intermediación con el testigo, pero no en sí con el asunto sobre el que versa la declaración.

²² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “*Compendio de Derecho Procesal*”, Editorial “ABC”, T. II, Bogotá, 1982, p. 178.

²³ La sana crítica es la operación intelectual realizada por el juez que está destinada a la correcta apreciación del resultado de las pruebas judiciales, realizada con sinceridad y buena fe. Ha sido definida como “la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes” (MONTERO AROCA, Juan, “*La prueba en el proceso civil*”, Editorial “Civitas”, 2002, pp. 278-279) y como la combinación de criterios lógicos y de experiencia que debe aplicar el juzgador (FONT SERRA, Eduardo, “*El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*”, La Ley-Actualidad, 2000, pp. 183 y ss.). Las reglas de la sana crítica no constituyen un sistema probatorio distinto de los que tradicionalmente se han venido reconociendo, se trata más bien de un instrumento que el juez está obligado a utilizar lógicamente para la valoración de las pruebas en las únicas circunstancias en que se encuentra en condiciones de hacerlo, esto es, cuando la legislación no lo sujeta a un criterio predeterminado. El principio exige que el juez motive y argumente sus decisiones. Dado que se aplica exclusivamente en aquellos casos en los que el legislador ha entregado al juez el poder de valorizar libremente dicho resultado, se opone, en este sentido, al concepto de prueba legal o tasada, donde es la ley la que fija el valor de la prueba (PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, “*Los medios de prueba en materia penal*”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, Nueva Serie Año XXVIII, 1995, p. 83).

- **Prueba principal**

Una prueba es principal, bien porque tiene que reunir determinadas solemnidades para ser válida, o bien porque la ley no admite un medio distinto para demostrar algo. P. ej., la escritura pública de compraventa de un bien inmueble es prueba principal de la titularidad sobre el mismo, ya que la ley no permite que dicha calidad se demuestre de otra manera. Asimismo, la condición de Gerente de una compañía únicamente se puede demostrar con el nombramiento debidamente inscrito en el Registro Mercantil.

- **Prueba supletoria**

Como el nombre lo indica, es aquella que sustituye a la prueba principal en su ausencia. Se dice que la prueba principal tiene mayor relación con aquello que se pretende demostrar, mientras que en la supletoria el vínculo es algo distante. P. ej., en un proceso penal por homicidio, al no haberse practicado la necropsia de ley ni el reconocimiento externo e identificación del cadáver, podrían actuar como pruebas supletorias los testimonios, documentos u otros instrumentos que se incorporen al proceso, siempre que fueran inequívocos para este fin.

b) Por el sujeto

De acuerdo con este criterio, la prueba se clasifica en personal o testimonio de persona y real o testimonio de cosa.

- **Prueba personal o testimonio de persona**

Por este medio, el juez representa el desarrollo del suceso con posterioridad al hecho, ya que su ideación del proceso delictivo es producto de un testimonio, una grabación u otro instrumento análogo que ha sido recabado, pero siempre sobre la base de acontecimientos que se dieron previamente.

En el caso de un homicidio que se juzga en ausencia del cadáver u otros vestigios de la infracción, actuará como prueba personal o testimonio de persona, p.ej., la narración del perito, que de forma minuciosa, ratificándose en el contenido de su informe, describe al tribunal penal los motivos por los que no se pudo recuperar el cadáver, o si este fue hallado, la imposibilidad de identificarlo por su avanzado de descomposición, la desarticulación de sus miembros, etc.

- **Prueba real**

En el sistema inquisitivo, al juez penal le correspondía acudir al lugar de los hechos y analizar los vestigios, huellas u otros resultados visibles del delito, sin representar en ese momento el suceso, sino que posteriormente, cotejándolos con otros elementos de cargo y descargo, ideaba la verdad histórica de lo que fue sometido a su decisión.

Con las innovaciones del sistema acusatorio, la atribución de investigar del delito se transfiere de forma privativa al fiscal, que tratándose de un homicidio, realiza la inspección física del sitio en que ocurrió y, de considerarlo necesario, una reconstrucción de los posibles acontecimientos. Entonces, a partir del *testimonio* aportado por la cosa examinada (como la habitación en la que una mancha oscura denota que los vestigios de la infracción fueron incinerados), posteriormente confrontado con otros elementos de juicio, se podrá arribar a un determinado grado de certeza para, según corresponda, emitir un dictamen acusatorio o absolutorio del procesado.

c) Por la forma en que se presenta

Siguiendo este criterio, la prueba se divide en tres clases: documental, testimonial y material.

- **Prueba testimonial**

Rafael Martínez Morales distingue tres elementos en la prueba testimonial, a saber: su origen radica en la declaración de testigos, debe practicarse en el juicio y, finalmente, versar sobre hechos relacionados con la controversia. Según el tratadista, testigo “es la persona ajena a las partes que declara en juicio sobre hechos relacionados con la controversia, conocidos por ella directamente, a través de sus sentidos”²⁴.

Por su parte, Cabanellas de Torres, en el citado “*Diccionario jurídico universitario*”, T. II, p. 488, denomina testigo al que “con su presencia, sus dichos o su firma asevera la realidad de un hecho o acto”. La legislación de cada país suele dar su propia clasificación tanto de los testimonios como de los testigos.

El Código de Procedimiento Penal clasifica al testimonio en testimonio propio (que rinde un tercero que no es parte en el proceso ni ofendido por la infracción, incluyendo el perito), testimonio del ofendido (a cargo del sujeto pasivo de la infracción²⁵) y testimonio del procesado (que incumbe al reo o sujeto activo del delito).

Cabe referir que si bien la palabra *declaración* suele ser empleada como sinónimo de *testimonio*, la primera es jurídicamente más amplia, pues engloba tanto a la decisión adoptada por un juez, por lo general, mediante sentencia, proclamando determinadas circunstancias de hecho o de derecho, como a la manifestación que en un procedimiento judicial realizan las partes respecto a lo que saben o conocen.

En lo atinente al testigo, la doctrina lo clasifica atendiendo a una multiplicidad de criterios, entre los cuales cabe destacar: la prueba a favor o en contra que represente

²⁴ MARTÍNEZ MORALES, Rafael, “*Diccionario jurídico moderno*”, T. II, “IURE” Editores S.A. de C.V., México D.F., 2007, p. 852.

²⁵ El Art. 68 del mismo cuerpo normativo extiende la calidad de ofendido a los siguientes sujetos: a los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la administren o controlen; a cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos; a las personas jurídicas, en aquellos delitos que afecten a sus intereses; y, a falta del directamente afectado por la infracción, a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

para el procesado, el sentido por el que ha percibido los hechos, su idoneidad para intervenir en el juicio y el objeto o materia sobre la que recae su declaración. Habrá, por lo tanto, testigos de cargo, de descargo, de oídas o auriculares, de vista u oculares, hábiles, inhábiles, de conocimiento, de actuación, entre otros.

Esta categorización hecha por los tratadistas nos es útil en cuanto en la generalidad de los casos que analizaremos, la condena recayó sobre la base de declaraciones rendidas por testigos de cargo y de vista, debidamente corroboradas con otros elementos de prueba agregados al proceso, ante la escasa o nula prueba material que se aportó.

- **Prueba documental**

También llamada instrumental, es la que está constituida por documentos públicos y privados.

Nicola Framarino señala que los escritos o impresos hacen prueba documental en la medida en que recogen el testimonio de una persona que no puede ser reproducido de modo oral. Existe la tendencia a incluir en esta categoría a las grabaciones y fotografías, tanto en soporte material como electrónico²⁶.

Esta clase de prueba es relevante en el marco de nuestro estudio, en cuanto la ausencia de las constancias documentales de la autopsia, el reconocimiento externo e identificación del cadáver, o de otras pericias que acreditan la existencia de prueba material en el proceso, nos induce a preguntarnos si son admisibles pruebas supletorias en orden a establecer la existencia del delito y la responsabilidad penal.

²⁶ FRAMARINO, Nicola, *“Lógica de las pruebas en materia criminal”*, T. I, Editorial “Temis”, Bogotá, 1997, p. 140.

- **Prueba material**

Sobre este punto, sumamente importante en nuestro tema de estudio, profundizaremos en el capítulo 5. Nada más como introducción, podemos señalar que la mayoría de legislaciones concuerdan en relacionar la prueba material con los resultados de la infracción, sus vestigios o los instrumentos con los que se la cometió, todo lo cual, de conformidad con el Art. 91 del Código de Procedimiento Penal, debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa de juicio y valorado por los tribunales de garantías penales.

Los denominados delitos de *facti permanentis* o materiales, a diferencia de los de *facti transeuntis* o inmateriales, dejan vestigios que deben ser valorados por el juez o el fiscal y que se incorporan al proceso mediante el reconocimiento pericial, practicado por expertos que con su conocimiento y la técnica necesaria, pueden aportar datos de particular relevancia para una mejor comprensión de los resultados del hecho delictuoso.

La necesidad de la pericia radica principalmente en dos aspectos: por una parte, el juez no siempre dispone de la especialización científica ni del instrumental suficiente para analizar los vestigios del delito de la misma forma en que un facultativo, con las herramientas, la objetividad e imparcialidad propias de su profesión, podría hacerlo; y por otra, sobreviene la imposibilidad práctica de que en todos los casos, el objeto material de la infracción (el cadáver, la cosa sustraída, el bien destruido, etc.) o los medios empleados para perpetrarla, puedan ser físicamente incorporados al expediente procesal o presentados en audiencia.

Las razones expuestas son más que lógicas para que en un acta o informe pericial, cuyas partes constitutivas están descritas en la legislación y los manuales de la materia, se deje constancia de los resultados visibles del delito y de que los mismos fueron examinados en el momento oportuno, quedando siempre a salvo la facultad del juez, como autoridad, para ejercer su poder decisorio y acoger o desvirtuar las conclusiones a las que arribó el perito.

Sin embargo, según se desprende de la jurisprudencia que citaremos en el subtema 5.3, por dolo o falta del debido cuidado, cabe siempre la posibilidad de que tales reconocimientos periciales no se hayan practicado o que por circunstancias medioambientales o relacionadas con la forma misma en que se perpetró el hecho, no se tenga, al menos inicialmente, constancia de los vestigios del crimen, lo cual obstaculiza o dificulta enormemente la función de administrar justicia en los casos de homicidio.

IMPORTANCIA DEL CAPÍTULO Y CONCLUSIONES

- Un estudio procesal del homicidio, enfocado en la ausencia de los resultados visibles que esta infracción por su propia naturaleza produce, requiere contar con una base sólida del proceso penal, ya que existen principios jurídicos como el de legalidad, el debido proceso, la inmediación, entre otros, que se extienden a la prueba y condicionan su validez, de forma que su inobservancia afectaría el fin principal que nos proponemos con esta investigación: evitar la impunidad de un delito contra la vida rodeado de este revés probatorio.
- En materia penal, por expresa disposición legal, interactúan tres clases de prueba: la material, la testimonial y la documental o instrumental, sin perjuicio de otras clasificaciones que desarrolle la doctrina que, para efectos prácticos, son eminentemente auxiliares. Producto de esta categorización normativa, buscaremos fundamento para la admisibilidad de medios distintos a los materiales aun en aquellos delitos que por su propia naturaleza dejan restos físicos, sin perjuicio de que se agoten todos los recursos técnicos y científicos para el hallazgo e identificación de los mismos, y en especial, del cadáver de la víctima.
- Atendiendo al importante papel que puede cumplir un testigo en nuestro tema de estudio, referimos los diversos criterios que utilizan los tratadistas para clasificarlo; pero no debe entenderse a esta parte procesal como algo extraño a otras fuentes comunes en materia penal para la comprobación del delito, cuando, en realidad, interactúa con los restantes elementos de prueba, pudiendo incluso desvirtuar hechos que se daban por ciertos.

CAPÍTULO 4:

MARCO TEÓRICO DEL HOMICIDIO Y SU DISTINCIÓN DEL ASESINATO

4.1. Noción general de homicidio

La noción más común de homicidio pertenece a Cuello Calón, para quien es la muerte de un hombre atribuible a otro hombre. Por supuesto, una definición de esta naturaleza no permite distinguir este tipo penal de otros como el parricidio, infanticidio y fratricidio, y parecería incluir casos como el de la legítima defensa, impidiendo establecer si se trata de una conducta que viola el ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista de la especificidad, también se citan con frecuencia otras definiciones que incorporan nuevos elementos, a fin de proporcionar nociones más completas.

Superando visiones algo simplistas del homicidio como la de Labatut (“dar muerte voluntariamente a otro”), o la de las Siete Partidas (“matamiento de home”); podemos arribar hacia una perspectiva más elaborada, como la de Carmigniani, para quien es “la muerte de un hombre ocasionada por el ilícito comportamiento de otro hombre”, o la de Carrara: “Es la destrucción de un hombre injustamente cometida por otro”.

Ojeda Hidalgo atribuye a Puglia la conveniencia de agregar la palabra *injusto* a la definición, para que no comprenda la muerte producida en guerra o bajo el amparo de una causa de justificación (obediencia debida, legítima defensa, mandato de la ley, caso

fortuito, fuerza mayor, estado de necesidad), señalando que “el homicidio doloso es la muerte voluntaria e injusta de un ser humano”¹.

La fórmula *matar voluntaria e injustamente a otro* tampoco ha estado exenta de críticas. Levene incluso la califica de innecesaria, basado en que los caracteres de *intencionalidad y falta de una causa que justifique el arrebatarse la vida a otro*, se sobreentienden perfectamente, pues todo delito previsto en la ley penal implica por sí mismo una ilicitud (sería como definir el robo diciendo que es “la sustracción *dolosa e ilegal* de un bien ajeno”).

Con esas precisiones, podemos colegir que el homicidio es el acto de privar de la existencia a una persona, sin que medie una causa prevista en la ley que exima de responsabilidad penal, acompañado de la voluntad de producir ese resultado, con la subsecuente lesión del bien jurídico protegido denominado *vida*.

En todas las legislaciones este delito es de los más severamente reprimidos, precisamente porque a partir del derecho fundamental a la vida nacen las demás prerrogativas necesarias para el pleno desarrollo de la personalidad.

4.2. El homicidio simple: definición y elementos estructurales del delito

- **Definición**

En párrafos anteriores apuntamos que en torno al homicidio giran un sinnúmero de tipos penales, que se distinguen entre sí en función de quién sea el sujeto pasivo y el método que utilice el autor para perpetrar la infracción. Una de estas figuras es el homicidio simple, también denominado por Cuello Calón *homicidio común*².

¹ OJEDA HIDALGO, Álvaro, “*El homicidio*”, tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 1990, p. 26.

² CUELLO CALÓN, Eugenio, “*Derecho penal, conforme al Código Penal, texto refundido de 1944*”, T. II: “Parte Especial”, Editorial “Bosch”, Barcelona, 1949, p. 432.

Sebastián Soler entiende por homicidio simple “la muerte de una persona sin que medie ninguna causa de calificación o privilegio”³, mientras que para Etcheberry, “es el acto de matar a otro, sin que concurren las circunstancias constitutivas de parricidio, homicidio calificado e infanticidio”⁴.

Mario Garrido Montt explica que el homicidio simple presenta una doble fase: una positiva, que es la de matar a otro; y una negativa, que es la inexistencia de *circunstancias calificantes*⁵ o de lo que nuestra legislación denomina *circunstancias constitutivas del tipo penal de asesinato*.

También podemos describir el tipo penal de homicidio simple en los siguientes términos: “El sujeto activo del delito es la persona que atenta contra la vida de otro ser humano, con la intención de cesar la vida; si no llega a consumarse la infracción, el sujeto responderá por tentativa; el sujeto pasivo es la persona que ha sufrido el atentado contra su vida, que pudo haberle causado la muerte, en este caso la persona siendo víctima, no puede ser ofendido a fin de ejercitar su derecho a perseguir la sanción del autor, pero el Código de Procedimiento Penal frente a estas circunstancias establece quiénes asumen esta calidad, que son el cónyuge, el conviviente en unión libre o los parientes de acuerdo al grado establecido en el artículo 68 del mismo cuerpo legal”⁶.

- **Elementos estructurales del delito**

Son básicamente tres los elementos estructurales del homicidio simple: un comportamiento o conducta, que puede consistir en una acción o una omisión; un

³ SOLER, Sebastián, “*Derecho penal argentino*”, T. II, Tipográfica Editora “Argentina”, Buenos Aires, 1951, p. 22.

⁴ ETCHEBERRY, Alfredo, “*Derecho penal*”, T. III: “Parte especial”, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 24.

⁵ GARRIDO MONTT, Mario, “*El homicidio y sus figuras penales*”, Ediciones “Encina Ltda.”, Santiago de Chile, 1976, p. 18.

⁶ PÉREZ BORJA, Francisco, “*Apuntes para el estudio del Código Penal*”, comentados y actualizados por Jaime Flor Rubianes y Daniella Camacho Herold, 3ª Parte, T. I, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), Quito, 2009, p. 89.

resultado material, que es el producto físico del delito; y un nexo causal entre el comportamiento y el resultado, es decir, el vínculo que relaciona ambos extremos.

A falta de cualesquiera de los citados componentes, no existe el delito, porque si la muerte no es consecuencia de la conducta del sujeto activo, no hay elemento material, y por lo tanto, tampoco existe la posibilidad de perpetrar la infracción, tornándose en ese caso innecesario un análisis que tenga por objeto establecer si la conducta se adecua a la descripción legal.

A continuación, analizaremos los citados elementos estructurales del homicidio simple en el orden propuesto.

a) La conducta: medios materiales y morales, directos e indirectos

La clasificación de la conducta en medios materiales y morales, directos e indirectos, no tiene un afán restrictivo de la amplitud de medios o mecanismos idóneos para perpetrar el delito en estudio, cuyo límite únicamente está dado por la imaginación, sino más bien clasificarlos referencialmente en algunas de las categorías más utilizadas por los autores para distinguir el homicidio efectuado por alguna de las siguientes vías: un acto que implique contacto físico entre el causante y la víctima, resultado de una manifestación meramente emocional; uno que implique la confrontación directa entre el sujeto activo y pasivo; y otro en el que el actuar esté alejado de todo contacto inmediato entre hechor y sujeto pasivo de la infracción.

La base o fundamento del Derecho Penal es el acto humano, entendido como aquel que está guiado por la voluntad. Los objetos materiales e ideales, al ser inanimados, no pueden tener responsabilidad penal por los fenómenos que produzcan, como tampoco los animales irracionales, carentes del desarrollo psíquico necesario para que se les pueda hacer responsables ante la sociedad a través de un proceso judicial.

El acto de un ser racional consiste en un hecho material (porque se exterioriza o manifiesta en el mundo físico), que puede tener dos modalidades: una positiva y otra

negativa. La primera corresponde a lo que en *estricto sensu* se denomina *acto* (del latín *actus*: hecho ejecutado u obrado), y la segunda se traduce en una omisión. Luego, el acto puede definirse como una conducta humana productora de un determinado resultado y que reviste la forma de una acción propiamente dicha o de una omisión⁷.

La omisión en nuestra materia puede ser *simple* o *propia*, que da lugar a los verdaderos delitos de omisión, fáciles de identificar en la ley sustantiva penal (p. ej., en el Art. 235: rehusarse a prestar un servicio legalmente exigido; en el Art. 277 num. 4º: denegar la administración de justicia; y en los Arts. 308 y 309: no impedir la evasión de un detenido), o puede consistir en una *comisión por omisión* u *omisión impropia*, que comprende los ilícitos cuya misma tipicidad permite que sean cometidos indistintamente por acción u omisión.

En materia penal, los casos de comisión por omisión son muy especiales, pues en éstos la ley contiene una prohibición implícita, y aunque hay delitos como el homicidio, que se adecuan a la figura (porque se lo puede cometer mediante una acción, como la de matar mediante una puñalada a alguien, o una omisión, como dejar de alimentar o socorrer a quien se tiene la obligación de hacerlo), existen otros casos dudosos, como la estafa y otras defraudaciones, en los que incumbe a la jurisprudencia ir precisando su posibilidad práctica. Tampoco hay que perder de vista la posibilidad de participar omisivamente en un delito de acción (como el guardia que participa de forma pasiva en la ejecución de un robo, complotándose con los delincuentes y permitiendo que ocurra).

La conducta en el homicidio, ya sea que corresponda a una omisión o a un acto como tal, debe adecuarse a los términos del Art. 449 del Código Penal, específicamente a la frase que dice: “El homicidio cometido con intención de dar la muerte (...)”. La norma no incorpora textualmente la fórmula *matar a otro*, ni tampoco define con claridad el delito, aunque delimita la noción del tipo penal en estudio con la frase: “Pero sin ninguna de las circunstancias previstas en el Art. 450, es homicidio simple y será reprimido con (...)”, distinguiéndolo de esta forma del asesinato, delito más severamente reprimido al que nos referiremos en un subtema posterior.

⁷ OJEDA HIDALGO, Álvaro, ob. cit., pp. 30-31.

El homicidio consiste en la acción de matar, es decir, en el conjunto de actos interrelacionados por un elemento común que es el deseo de causar la muerte, mas no debe entenderse como los actos en sí, pues sin el factor cohesionador de la voluntad o el propósito inequívoco de ocasionar el deceso, dichos actos se convierten en elementos extraños los unos respecto de los otros.

Entonces, es indispensable que el vínculo de la *intención homicida* sea el que una esa sucesión de eventos; caso contrario, estaríamos interpretando que la conducta en este delito corresponde a manifestaciones aisladas (producto de fenómenos físicos individualmente observados, como p. ej., extraer el arma de un cajón, afilarla, blandirla de forma segura, desplazarse con ella hacia un lugar determinado, etc.), y así considerada, se situaría en un concepto exageradamente naturalista, ajeno al tema que tratamos.

Si la ecuación reza: *homicidio es igual a matar*, todo comportamiento dirigido a ese fin se ciñe al texto del Art. 449 del Código Penal, y si el evento de provocar la muerte se puede dar a través de un acto propiamente dicho (acción en sentido positivo) o por medio de una omisión (acción en sentido negativo), nos encontramos ante dos medios generales de comisión de un delito, que siendo ambos de distinta naturaleza, es conveniente estudiarlos de forma separada.

Coincidimos con Mario Garrido Montt en que el homicidio es un delito de resultado, pues requiere de un evento en que la acción se materialice y que no puede ser otro que la muerte de un ser humano⁸. Esta conducta usualmente se perfecciona a través de un movimiento corporal, y más a menudo, de las extremidades, aunque para algunos autores, la acción también puede producirse mediante palabras y gestos.

Sobre los medios para perpetrar la muerte, el legislador tampoco ha hecho una lista taxativa que limite el alcance del tipo penal, por lo cual cabe que el homicida emplee tanto medios físicos como mecánicos y biológicos.

⁸ GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 23.

El profesor Sebastián Soler, citado por Enrique Echeverría en su “*Derecho Penal Ecuatoriano*”⁹, afirma que “siempre que puede afirmarse que se ha causado la muerte, es indiferente el medio del cual el sujeto se haya servido, salvo, claro está, los casos en los cuales el medio empleado determina una calificación especial, como en el envenenamiento”. Luego, no se puede, en principio, descartar que por medios morales se provoque un homicidio, caso en el que el sujeto activo logra una determinada coacción psíquica, p. ej., cuando conociendo las complicaciones cardíacas de que adolece alguien, un individuo le cuenta malintencionadamente sobre el fallecimiento de un ser querido; sin embargo, autores como Alimena, Pessina e Impallomeni no reconocen la idoneidad jurídica de un medio moral para una muerte violenta.

El profesor Maggiore refiere que los medios pueden ser cualesquiera, con tal de que sean idóneos (no importa que uno dé muerte o que suministre la causa de la muerte), pues el propósito criminoso es inagotable en escogitar los medios homicidas. Éstos, por lo tanto, pueden ser directos o indirectos, físicos o morales, solo su idoneidad importa.

b) El resultado material

Si el homicidio requiere de un evento en que la acción se materialice (la desaparición de los signos vitales), difiere sustancialmente de los llamados *delitos formales* o *de conducta*, en los que para su configuración no es necesario que se produzca ninguna alteración del objeto material (p. ej., el perjurio y la injuria, cuya afectación es siempre moral).

Por lo tanto, el homicidio pertenece al grupo de delitos cuyo perfeccionamiento exige la destrucción o transformación de la estructura funcional del objeto material, junto con los daños a la propiedad, el hurto y el robo, la violación, el rapto y otras infracciones.

El elemento *resultado material* es, consecuentemente, de gran importancia en el tema de nuestro estudio, pues comprueba lo que procesalmente se denomina *la existencia*

⁹ ECHEVERRÍA G., Enrique, “*Derecho penal ecuatoriano*”, Vol. IV: “El delito de asesinato”, Fondo Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión”, Quito, 1971, pp. 33-34.

material de la infracción, que la declara el juez a través de la valoración de documentos que acreditan la presencia del *corpus criminis* (protocolo de autopsia, acta de levantamiento del cadáver, informe de la inspección ocular técnica, etc.).

c) El nexo causal

Para Mario Garrido Montt, el nexo causal “consiste en la relación que debe existir entre el comportamiento humano y el resultado injusto acaecido, o sea en el vínculo de unión que hace depender la muerte del hacer del agente”¹⁰, es decir, a través del nexo causal la acción delictiva produce el resultado lesionador de un bien jurídicamente protegido.

El Art. 11 del Código Penal consagra la necesidad del nexo causal al indicar que “nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión”. De ahí que algunos autores también se refieran a este elemento constitutivo del homicidio como *la relación de causalidad*.

4.3. El asesinato: definición y distinción del homicidio simple

• Definición

Según el “*Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*” de Francesco Carrara, “la palabra asesinato ha sido utilizada por el Código Francés (Art. 296), y por el Código Sardo (Art. 526), que imita el lenguaje inexacto de aquél para indicar todo homicidio premeditado; pero en el lenguaje clásico de la doctrina, la palabra *asesinato* indica el homicidio cometido por orden y cuenta de otro, es decir, el que ha sido querido por una

¹⁰ GARRIDO MONTT, Mario, ob. cit., p. 43.

persona y ejecutado por otra; es lo que la antigua práctica alemana llama homicidio mediato, respecto al que lo ordena, e inmediato, respecto al asesino”¹¹.

Ángel Núñez Martínez, en su “*Nuevo diccionario de Derecho Penal*”, señala que el asesinato consiste en “el delito que comete aquel que matare a una persona concurriendo algunas de las circunstancias siguientes: con alevosía; por precio, recompensa o promesa; por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo; con premeditación conocida; o con ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor del ofendido”¹².

Este delito no está tipificado en todos los países de manera autónoma, pues algunas legislaciones, como la mexicana, la española y la argentina, lo consideran simplemente un tipo agravado o calificado de homicidio. En tal virtud, algunos textos refieren que el homicidio calificado es “la privación de la vida a otra persona, cuando se utilizan las calificativas de premeditación, alevosía, ventaja y traición”, distinguiéndolo así del homicidio simple, que sería “la muerte injusta de un individuo por otro, sin que medie ninguna causa de calificación o privilegio”¹³.

Nuestro criterio es que la figura del asesinato estaría tácitamente comprendida en la del homicidio si coligiéramos, como muchos tratadistas, que esta última es “el acto injusto que produce la muerte violenta de una persona”; ahora, el punto es que al órgano legislativo de cada Estado le corresponde hacer o no una distinción de carácter tipológico penal entre las dos nociones en estudio, bien categorizando al asesinato como un subtipo de homicidio o bien como un tipo penal independiente (caso ecuatoriano).

¹¹ CARRARA, Francesco, “*Programa de Derecho criminal. Parte especial*”, T. III, Vol. I, 3ª ed., Editorial “Temis S.A.”, Bogotá, 2005, p. 238.

¹² NÚÑEZ MARTÍNEZ, Ángel, “*Nuevo diccionario de Derecho penal*”, 2ª ed., México D.F., 2004, p. 123.

¹³ NÚÑEZ MARTÍNEZ, Ángel, ob. cit., pp. 502-503.

- **Distinción del homicidio simple**

De todo lo anterior, podemos inferir que la diferencia tipológica penal entre el homicidio simple y el asesinato radica en la existencia de circunstancias agravantes que le son específicas a la segunda figura y que se encuentran taxativamente previstas en el Art. 450 del Código de Procedimiento Penal, a saber: haber actuado con alevosía; por precio o promesa remuneratoria; por medio de inundación, veneno, incendio, o descarrilamiento; con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse; por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos; buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio; 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, como medio de preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible.

IMPORTANCIA DEL CAPÍTULO Y CONCLUSIONES

- Este análisis introductorio del homicidio se justifica en cuanto el tema de la disertación trata, precisamente, de este delito cuando por razones naturales o artificiales no ha dejado resultados visibles.
- Es necesario diferenciar entre la acepción genérica del homicidio, que corresponde a la muerte de un ser humano atribuible a otro ser humano, y su significado estrictamente legal, del cual se infiere que es el acto cometido con la intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias agravantes constitutivas del asesinato.
- De los tres elementos estructurales del homicidio: la conducta, el nexo causal y el resultado material, es el último el que más concierne al objeto de la disertación, pues si la acepción científica de la muerte es la desaparición de los signos vitales, esto únicamente puede ser resultado de una alteración física de aquello sobre lo que recae el acto delictivo: la persona natural.
- El homicidio, como delito de *facti permanentis* o material, por su naturaleza produce huellas, marcas, señales o restos en general, elementos que deben ser valorados por el juez previo el análisis técnico y científico que realicen peritos debidamente acreditados.

CAPÍTULO 5:

LA AUSENCIA DE PRUEBA MATERIAL EN EL HOMICIDIO

5.1. Definición de prueba material

Llerena Cadena apunta que “todo delito de *facti permanentis* o material, deja siempre alguna señal que se puede encontrar, usando técnicas especiales para descifrar la identidad de las huellas, sean éstas digitales, de sangre, porciones de pelo, muestras de piel, identificación de armas o documentos, o de cualquier otro vestigio que se desee investigar, para no solamente identificar al culpable del delito y determinar la existencia y circunstancias de éste, sino para el fin superior, que es la recta administración de justicia”. Añade que la prueba material “tiene estricta relación con el objeto, los documentos, los vestigios, el lugar y el tiempo de la infracción, puesto que estos constituyen la mencionada prueba material”¹.

Al cometer un delito, su autor puede dejar huellas, rastros y señales, cuyo análisis, normalmente, permite identificar al sujeto activo de la infracción, el instrumento que se usó para perpetrarla, el lugar donde ocurrió, el tiempo transcurrido desde el hecho, etc.

La definición de prueba material la encontramos en el Art. 91 del Código de Procedimiento Penal, que indica: “Consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios o en los instrumentos con los que se la cometió, todo lo cual debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa del juicio y valorado por los tribunales de garantías penales”.

¹ LLERENA CADENA, Galo, “*Aplicación de la prueba material en los procesos penales*”, tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2000, pp. 82-83.

La prueba material tiene una amplia ventaja sobre otra clase de evidencias, dada su naturaleza objetiva e imparcial. P. ej., Jaime Durán Arias refiere que la prueba material no puede perjurar per se y solo espera ser interpretada correctamente para poderse aprovechar en todo su valor, a diferencia de la prueba testimonial, que es de carácter subjetivo, esencialmente sujeta a errores de percepción y de memoria, manipulaciones, coerción u otros influjos².

El principio general es que todo delito deja restos. El adagio popular de que “no existe delito perfecto”, precisamente se refiere a que ninguna infracción escapa a la producción de alguna mínima huella que con las técnicas necesarias pueda ser analizada y correlacionada con nuevos indicios, a fin de llegar a una presunción.

Paradójicamente, ante un ilícito perpetrado de forma sutil y astuta, en el vulgo brota la falacia de que “el criminal no dejó evidencias”, o que “el delito no dejó pistas”, cuando la verdad indica que el investigador no ha sido lo suficientemente perseverante o carece de las herramientas necesarias para identificar y recopilar los elementos probatorios que, vale insistir, siempre existen.

El *principio de transferencia* de Edmond Locard, célebre en Criminología, señala que “cuando dos cuerpos chocan o se unen, se produce transferencia de elementos de un cuerpo a otro”. La máxima es aplicable al homicidio en cuanto el acto de provocar la muerte implica con frecuencia algún tipo de intercambio material, expresado en las partículas que deja el cuerpo o sustancia que al contacto con la víctima ocasiona su deceso, a menos que la muerte sea consecuencia de una conducta de mera omisión u ocasionada por actos morales como los descritos en un subtema anterior.

² DURÁN ARIAS, Jaime, “*Criminalística*”, T. I: Utilización científica de la prueba material en la práctica forense, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Centro de Publicaciones, Quito, 1977, p. 79.

5.2. El objeto material de la infracción: definición y distinción del cuerpo del delito

- **Definición**

En materia penal, un delito, a más de sus cuatro elementos estructurales: *un acto* (la conducta humana es el sustento material de toda infracción), que debe ser *típico* (estar previa y expresamente descrito en la ley penal), *antijurídico* (contrario a derecho, que lesiona un bien jurídico penalmente protegido) y *culpable* (porque subjetivamente ese acto le puede ser imputado al autor), tiene siempre un *sujeto activo* (el agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia, sufrir la pena correspondiente), un *sujeto pasivo* (el titular del bien jurídico lesionado), un *objeto jurídico* y un *objeto material*.

En este estudio es preciso contar con una definición clara del objeto material de la infracción, que en palabras de Ernesto Albán Gómez, “consiste en la persona o cosa sobre la cual se ejecuta o recae la acción material del delito”. En los delitos contra las personas, el objeto material se confunde con el sujeto pasivo (como en los delitos de lesiones, la violación y el homicidio); pero hay otras circunstancias en las que el objeto material es una cosa (p. ej., los bienes sustraídos, en el robo y en el hurto; el objeto destruido, en los delitos de daños contra la propiedad; y los documentos alterados, en la falsificación de títulos valores). Finalmente, hay delitos como las injurias, el perjurio y la intimidación, en los que simplemente no existe objeto material, pues aquí la acción delictiva puede ser puramente verbal³.

En el análisis que realiza Albán Gómez sobre este tema, sobresale su afirmación de que el objeto material tiene gran importancia en el ámbito procesal, “por cuanto a través de él se establece la prueba material de un delito”, de lo cual podría deducirse erróneamente que si los autores de un homicidio desaparecen el cadáver, han eliminado la prueba material, asegurando consiguientemente su impunidad. Esta conjetura se desvanecerá con el estudio de los casos recopilados más adelante, en algunos de los

³ ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, “*Manual de Derecho penal ecuatoriano*”, 6ª ed., Colección Profesional Ecuatoriana, Ediciones Legales, Quito, 2008, p. 122.

cuales, incluso en ausencia de los documentos que acreditan formalmente el hallazgo y reconocimiento del cuerpo de la víctima, se estableció la existencia de la infracción y se impuso la pena correspondiente.

Por lo tanto, el objeto material del homicidio es la persona a quien se arrebató la vida, que a la vez corresponde al sujeto pasivo de la infracción y es parte integrante de la prueba material, junto con otros resultados visibles del delito (huellas, marcas, restos orgánicos, etc.), razón por la que hemos incluido su análisis dentro de este subtema.

- **Distinción del cuerpo del delito**

En el marco de nuestro estudio, también es importante diferenciar el *objeto material de la infracción* del *cuerpo del delito*, sin perjuicio de que luego de este análisis, e incluso con fundamento, muchos sigan haciendo el símil entre lo uno y lo otro.

Ciertamente, no existe consenso entre los tratadistas al definir el cuerpo del delito. Unos lo consideran el mismo *resultado material de la infracción* (p. ej., el cadáver, en el homicidio, y la lesión producida, en los atentados contra la integridad física); otros, dicen que es la *cosa u objeto físico utilizado para perpetrarla* (la bala, el cuchillo, la piedra, etc., confundiendo, de esta forma, el cuerpo del delito con la prueba material); e incluso hay quienes lo identifican con la *ejecución del crimen* (como el acto de disparar a la persona o de asestar la puñalada), con el *elemento subjetivo* (corriente que tampoco escapa a las críticas, pues, para muchos, no cabe en la figura en estudio incluir elementos que no sean objetivos, y la culpabilidad tiene que ver más con un juicio de atribución del acto al sujeto) o, en general, con los *elementos jurídicos* que forman parte de la infracción (sin explicar en qué consisten éstos); mientras que para otro grupo, el cuerpo del delito se aplica tanto a los delitos materiales (de *facti permanentis*) como a los formales (de *facti transeuntis*).

Henry Bernis Álvarez aborda el tema de la siguiente forma: “La comprobación evidente e irrefutable de la existencia por acción u omisión de un hecho punible, es uno de los

objetivos del sumario⁴ que figuran en primer plano. En concordancia con este principio, la existencia natural y legal del delito es aquella que se conoce como cuerpo del delito, cuya existencia es la base y fundamento en que descansa todo juicio penal”. Esta concepción, a nuestro juicio, más que corregir, unifica o integra los diversos criterios que se han vertido sobre el tema, tomando en cuenta lo que el tratadista añade: “El cuerpo del delito es el ente material más o menos perdurable y que por lo mismo es lo externo, lo apreciable por los sentidos y no el delito mismo, sin que se pueda confundir con éste, (...) constituyendo el cuerpo del delito la comprobación en base a derecho de esa acción u omisión delictiva”⁵.

Recabando algunos elementos de la ampliamente aceptada definición de Henry Bernis Álvarez, que a su vez tiene como base la noción del cuerpo del delito de *conjunto de elementos materiales* sustentada por Víctor Peñaherrera, Mario Oderigo, Ortolán, entre otros; se tiene que la mejor forma de comprender la expresión en estudio, es enfocarse en la figura metafórica que emplea la misma. Entonces, si la palabra *cuerpo* alude a la suma de partes físicas conectadas entre sí, formando un todo más o menos sistematizado, de la misma forma en que el conjunto de órganos componen un sistema en los seres vivos, y el conjunto de dichos sistemas un organismo, el cuerpo del delito sería un conjunto de elementos objetivos que en su interrelación conforman el hecho punible, pero que no llegan a confundirse con él.

No podemos obviar criterios como el del argentino Ricardo Núñez, quien incluye en el cuerpo del delito la *fase subjetiva* (la intencionalidad y culpabilidad) a más de la *objetiva* (el acto típico y antijurídico), forzando así el sentido lógico y evidente de la palabra *cuerpo* (que alude a aspectos específicamente materiales), lo cual no compartimos. Además, de esta forma se estaría identificando el cuerpo del delito con el

⁴ La etapa del sumario desapareció con la ley adjetiva penal del año 2000, que, en su lugar, estableció dos momentos dentro de la investigación inicial que realiza el Fiscal de los hechos presuntamente constitutivos de un delito de acción pública: una fase preprocesal de *indagación previa*, en la que se averigua los hechos, y una etapa procesal penal de *instrucción fiscal*, que puede iniciarse incluso sin necesidad de la fase anterior, siempre y cuando exista fundamento suficiente para imputar a alguien la participación en una infracción.

⁵ BERNIS ÁLVAREZ, Henry, “*El cuerpo del delito en el procedimiento penal ecuatoriano*”, tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 1990, pp. 72 y 74.

delito mismo, lo que sería como considerar, erróneamente, que el cuerpo del hombre es el hombre mismo.

En todo caso, la doctrina es minuciosa y distingue entre el *corpus criminis*, que es la cosa o persona destinataria de la acción delictiva; el *corpus instrumentorum*, que consiste en los medios o instrumentos que utilizó el sujeto activo para cometer un hecho delictuoso; y el *corpus probatorium*, conformado por los indicios materiales que dejó el hechor en el sitio del suceso.

Con estas consideraciones, el cuerpo del delito debe ser comprobado procesalmente por cualquier medio válido (la inspección judicial, el reconocimiento externo del cadáver, su identificación y autopsia, la declaración testimonial, etc.), sin perjuicio de las tres hipótesis que plantea Carlos Burgos en relación a dicha comprobación⁶:

- a) Hay delitos que ordinaria y naturalmente dejan señales o huellas visibles de su perpetración;
- b) Cabe que las señales o huellas que al principio existieron, desaparezcan después, por acción del tiempo o de la naturaleza física, o por obra del mismo autor del ilícito o de terceras personas; y,
- c) Cabe, por último, que el delito que debía dejar señales exista realmente, pero puede haber sido perpetrado de modo que las mismas no queden o desaparezcan.

Coincidimos con lo que autor señala en el literal a), pues todo delito material o de *facti permanentis* (homicidio, robo, violación, etc.) por su naturaleza produce resultados visibles, mismos que deben ser analizados, recogidos y agregados al proceso penal mediante el correspondiente peritaje; y con lo planteado en los literales b) y c), en el sentido de que el transcurso del tiempo y factores atribuibles a la naturaleza (humedad, erupciones, terremotos, entre otros) o al propio sujeto activo del delito (como cuando éste utiliza guantes especiales para no dejar huellas u oculta el cadáver en un sitio

⁶ BURGOS N., Carlos, “*El cuerpo del delito y su comprobación en nuestro Código de Procedimiento Penal*”, tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 1978, pp. 72-73.

prácticamente inaccesible) pueden dar la impresión de que la prueba material se ha echado a perder, pero estimamos necesario aclarar que con las técnicas adecuadas y el suficiente desarrollo científico, tales vestigios, incluso en la circunstancia más desfavorable, podrían ser recuperados para la plena realización de la justicia.

Por lo tanto, adoptando la corriente moderna, que es la más acorde con el contexto de esta disertación, podemos decir que la diferencia entre el objeto material de la infracción y el cuerpo del delito radica en que mientras la primera figura corresponde al objeto o cosa sobre la cual recae la acción delictiva, la segunda obedece a la comprobación conforme a derecho de la existencia de la infracción, a través de la valoración de sus elementos objetivos. En el caso concreto del homicidio, el objeto material, como se explicó, consiste en la persona víctima del hecho, y el cuerpo del delito sería la forma en que se demuestra la muerte violenta sobre la base de los elementos jurídicos materiales de la infracción.

5.3. La ausencia de los vestigios del homicidio: jurisprudencia ecuatoriana

Arribamos a un tema fundamental, pues en la aparente ausencia de los vestigios de un delito contra la vida radica el problema sobre el que trata esta disertación. Decimos que esta ausencia es *aparente* porque el principio general es que toda infracción deja rastros. Un caso típico es el homicidio, que para su configuración jurídica requiere de la alteración del objeto físico (el cuerpo de la víctima), es decir, generar un resultado material, que es el proceso químico, fisiológico y biológico del paso de la vida a la muerte, convirtiéndose dicho resultado en un elemento constitutivo de la infracción, junto con el acto y el nexo causal, según explicamos anteriormente.

En orden a establecer la existencia corpórea del homicidio, los Arts. 98 y siguientes del Código de Procedimiento Penal disponen la práctica del reconocimiento externo del cadáver, su identificación y autopsia, así como la forma de llevar a cabo estas pericias, quiénes deben realizarlas y qué debe contener el informe que respecto a ellas se realice. En los delitos contra la vida, la búsqueda de prueba material es de singular importancia. Así lo consagra el Art. 92 del mismo cuerpo normativo, al disponer que si la infracción

es de aquellas que, por su naturaleza, produce resultados visibles o deja vestigios, el Fiscal o la Policía Judicial deben ir al lugar en que se la cometió para practicar el reconocimiento. También indica que el resultado, los vestigios, los objetos o los instrumentos de la infracción deben ser descritos prolijamente en el acta de reconocimiento y custodiados, y que si hay necesidad de pericia, se observarán además las reglas pertinentes.

Siendo, entonces, tan relevante la prueba material en nuestro campo de estudio, ésta debe ser revisada, analizada y valorada por el juez competente, para que en el momento procesal correspondiente y luego de cotejada con la evidencia testimonial y documental, sea la base del fallo que en derecho se emita.

En el proceso de recolección y preservación de la prueba material, es imprescindible la actuación conjunta de jueces, fiscales y de la Policía Judicial. Las fases que se deben cumplir para la conservación íntegra de la referida clase de evidencia usualmente se interrumpen por la falta de interés, ética y, sobre todo, de la tecnología necesaria, la cual, en el caso de los países en vías de desarrollo, no suele estar a la altura de lo que demandan las cada vez más complejas y novedosas formas de perpetrar los delitos.

El problema se agrava cuando, en ocasiones, son nombrados peritos que no poseen las destrezas o el instrumental necesario para una prolija y óptima valoración de los medios probatorios que les son confiados. De igual manera, cabe increpar a algunos usuarios del sistema judicial, que por despreocupación, desconfianza o ignorancia, muchas veces no actúan con la debida celeridad y permiten que la prueba material de la que puedan disponer se malogre o destruya.

En definitiva, para la integridad de la prueba material, es necesario que se cumpla estrictamente la cadena de custodia, que María Luisa Alvear entiende como “aquel sistema implantado por la autoridad competente que asegura el manejo de la prueba, desde el inicio de la averiguación previa hasta la terminación del proceso penal, a través de una serie de procedimientos técnicos que permiten eliminar toda posibilidad de pérdida, contaminación, alteración o desvanecimiento, extravío o retiro de la prueba, durante las diversas etapas del proceso en las cuales se estudia la misma. Así, la cadena

de custodia puede ser definida como el procedimiento por medio del cual se establece una relación directa de la prueba con la escena del crimen o con el momento en que esta es aprehendida”.

La jurista añade que “la cadena de custodia permite conocer, en cualquier estado del proceso, dónde se encuentra el elemento de prueba, quién lo tiene en su poder, nombre del perito, análisis a los que está sujeta la prueba, entre otros. Todo esto garantiza la seriedad y transparencia del dictamen efectuado por los peritos en los diferentes laboratorios criminalísticos”⁷.

Para no descuidar la relevancia práctica de este tema en el Ecuador, citaremos a continuación jurisprudencia nacional ejemplificativa sobre la ausencia de prueba material en el homicidio. Se ha seleccionado casos que tienen en común la circunstancia de que el tribunal estableció la existencia de la infracción y de la responsabilidad penal a través de medios supletorios de la falta del elemento probatorio tantas veces referido, aunque cada uno incorpora algún aspecto en particular de los que se ha venido tratando.

Los factores específicos que, a nuestro juicio, distinguen a cada uno de los casos a analizar y sobre los que hicimos alguna referencia en capítulos anteriores son, en su orden: la pérdida negligente o dolosa de medios probatorios de la materialidad del homicidio, la imposibilidad de determinar la causa de la muerte por el avanzado estado de descomposición del cadáver, la dificultad de identificar el cuerpo por la desarticulación de sus miembros, la omisión de la práctica de la necropsia médico-legal y la privación ilegal de libertad acompañada de homicidio y desaparición del cadáver.

⁷ ALVEAR TAPIA, María L., “*Cadena de custodia de pruebas materiales en la legislación procesal penal ecuatoriana*”, disertación previa a la obtención de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2004, pp. 43-44.

- **Juicio que por muerte de Julio Torres Bayona, se siguió contra Enrique López Dáger y otros⁸**

Los informes del reconocimiento externo del cadáver, su identificación y autopsia son fuentes probatorias de la materialidad del homicidio⁹; pero puede ocurrir que por factores medioambientales o relacionados con la forma en que se cometió el delito, no sea posible la realización de estas tareas periciales. La legislación procesal vigente, según explicamos, prevé este caso y cómo proceder en él; mas no contempla expresamente, como lo hacían los Códigos de Procedimiento Penal expedidos con anterioridad al año 2000, la posibilidad de acudir a otros medios válidos que suplan actuaciones que en la generalidad de casos se pueden cumplir con normalidad.

Limitaciones de diversa índole, pero relacionadas sobre todo con el desarrollo tecnológico que se disponga en materia forense al tiempo de la pericia, influyen en que no se puedan llevar a cabo las referidas diligencias. Lo inaceptable es que la ausencia de las constancias documentales del reconocimiento externo, identificación y autopsia se deba a que sus originales se hayan traspapelado o desaparecido en manos de los funcionarios públicos obligados por ley a conservarlas prolijamente en el expediente, hecho que genera responsabilidades de carácter civil, penal y administrativo.

Más allá de que el Art. 114 de la ley adjetiva penal expedida en el año 2000 indique que en estos casos, harán fe de los peritajes realizados las copias fotostáticas que de ellos se conserven o, en su defecto, la declaración jurada que rindan los facultativos respecto a lo que fue materia de su reconocimiento e informes, esto de ninguna manera corrige la

⁸ Gaceta Judicial No. 15, Serie 13, sep. – dic. 1977, pp. 3.294–3.328. Este proceso penal fue sustanciado de conformidad con la Codificación del Código de Procedimiento Penal promulgada en el S.R.O. No. 200 del 12 de abril de 1971.

⁹ En la necropsia médico-legal, el perito autorizado establece las causas de la muerte, el mecanismo lesional, la magnitud y el número de las lesiones, su variedad, datación y demás circunstancias inherentes al esclarecimiento del hecho judicial en estudio. Esta pericia tiene por finalidad establecer y documentar los modos de producción y demás circunstancias que rodean al acto delictivo, lo cual es de vital importancia en el proceso penal. Sin embargo, factores como la variedad de peritos intervinientes, la escasez de recursos, la falta de técnicos, instrumental y espacios conspiran contra el óptimo resultado de la experticia. Muchos de estos inconvenientes son fácil y económicamente solucionables, únicamente requieren especial atención y conocimientos de parte de los investigadores. (FRARACCIO, José A, ob. cit., pp. 89-90).

irresponsabilidad de que los mismos servidores o funcionarios judiciales extravíen documentación pública.

Por inconcebible que parezca, en la causa que penal que por muerte de J. Torres se siguió contra E. López y otros, en extrañas circunstancias, tuvo lugar la pérdida de documentación probatoria de la existencia material del homicidio, como son el protocolo de autopsia y los informes de identificación y reconocimiento externo del cadáver, quedándonos, por supuesto, la sospecha de un eventual dolo de las autoridades encargadas de la custodia de dichas piezas procesales para favorecer la impunidad del delito.

El Juzgado Primero de lo Penal del Guayas inicia el sumario del presente caso en base al oficio remitido por el Comandante de la Primera Zona Naval, que en síntesis expresa que el 20 de octubre de 1969 tuvo lugar el deceso violento de J. Torres, quien se desempeñaba como Patrón Costanero. El hecho ocurrió en el departamento del occiso, ubicado en la ciudad de Guayaquil, en presencia de su cónyuge D. Luque de Torres, con la intervención de E. López, J. Aizprúa, C. Alvarado, C. Villegas, C. Flores, J. Grijalva y B. Sánchez. Para la ejecución del delito, uno de los complotados introdujo el brazo por entre las rejas de la ventana e hizo algunos disparos que impactaron en el cuerpo del hoy difunto, ocasionándole la muerte.

Según consta en el considerando tercero del fallo de primera instancia, J. Torres había tenido relaciones comerciales con los encausados, principalmente con E. López; sin embargo, sus nexos se deterioraron a raíz de que este último recibió por parte de J. Torres una camioneta que adquirió para el transporte de toda clase de artículos, la cual resultó posteriormente requisada por miembros de la Policía Aduanera, por sospechas de haber servido para la introducción de contrabando. En esa oportunidad, también se apresó un automóvil y un camión cargados de mercadería, cuya restitución gestionó E. López, mas no la del vehículo de J. Torres, lo cual motivó el inicio de rencillas personales entre ellos.

En el mismo considerando, se establece que ante los reclamos de J. Torres, éste llegó a un acuerdo con E. López para recuperar el vehículo que le fue retenido, por el cual el

procesado le entregó una orden para que pueda retirar del yate “Patricia” (que estaba por arribar desde Panamá) unas cajas de whisky, venderlas y con el producto del negocio pagar los servicios de un abogado que le asistiera en el proceso.

Con el referido propósito, J. Torres se trasladó el 8 de octubre de 1969 a Puerto Bolívar, pero al llegar, conforme se desprende del Acta de Aprehensión de fs. 291, se percató de que el yate había sido capturado por efectivos de la Policía Aduanera que iban a bordo del pesquero “Aries”, quienes detectaron la embarcación en la zona del Canal de Jambelí en el momento en que pretendía descargar mercadería de contrabando. El personal aduanero inmediatamente le exigió al Patrón Costanero que entregara su contingente para la entrega del barco, pues el que venía al mando se había dado a la fuga, a lo cual J. Torres en un inicio se negó, pero compelido por la presión de los gendarmes, terminó accediendo.

Cuando el Patrón Costanero arribó con la embarcación al puerto, lo sorprendió la presencia de E. López, con quien entabló una fuerte discusión, reprochándole el último por lo que había hecho, además de acusarlo de haber sido el delator de la introducción del contrabando que venía desde Panamá. Posteriormente, según la información sumaria agregada en xerocopias al proceso (fs. 294 a 300), E. López, que tenía participación en las actividades ilícitas que desarrollaba la embarcación interceptada, se ocultó en los manglares, no sin antes advertirle al occiso que “alguien tendría que pagar”.

A raíz de este incidente, y remitiéndose a los informes emitidos por el Servicio de Investigación Criminal (SIC) (fs. 114 a 135), concordantes con las declaraciones indagatorias de los procesados, el juzgado infirió que hubo una confabulación entre ellos para, según sus propias expresiones, *castigar* a J. Torres. Con dicho propósito, los implicados se reunieron en varias ocasiones en un almacén de propiedad de E. López para recibir instrucciones e idear el plan para ejecutar a la víctima.

El referido día 20 de octubre de 1969, los procesados se trasladaron al domicilio de J. Torres en un vehículo conducido por A. Cabrera, del cual descendieron E. López, J. Aizprúa y J. Grijalva, quien hizo de *campanero*, mientras que los otros dos se dirigieron hacia el departamento de la planta baja donde habitaba la víctima. Por su parte, C.

Alvarado, C. Flores y B. Sánchez esperaban el desenlace en las proximidades, siendo en esta circunstancia que E. López disparó contra *el objetivo*, para luego regresar rápidamente al lugar donde estaban los otros encausados y escapar con ellos en el automóvil que manejaba A. Cabrera.

En el tema que nos ocupa, el juzgado deja constancia de una serie de irregularidades cometidas en las dependencias que previnieron en el conocimiento de la causa. Cita, p. ej., que “el ex Comisario Primero de Policía en su declaración de fs. 30 dice que no se instauró el enjuiciamiento penal porque la denuncia (presentada por la viuda de la víctima, D. Luque de Torres) se traspapeló en los archivos de la Secretaría”; pero lo medular se encuentra en el segundo considerando del fallo, que indica: “El cuerpo del delito de la infracción se lo considera debidamente comprobado, no obstante que en forma realmente misteriosa y hasta cierto punto sospechosa desaparecieron las diligencias de identificación, reconocimiento y autopsia de la víctima, entre las Comisarías Primera y Segunda”.

Analizada la prueba de cargo y descargo incorporada al proceso, considerando lo previsto en los Arts. 17, 42 y 450 num. 1º y 7º del Código Penal, además de las atenuantes de carácter trascendental que obraron a favor de algunos de los procesados, en primera instancia se condena a E. López a la pena de catorce años de reclusión mayor extraordinaria; mientras que a J. Aizprúa, P. Alvarado, C. Villegas, J. Grijalva y C. Flores a diez años de reclusión mayor ordinaria, todos como autores de asesinato en la persona de J. Torres.

De la sentencia dictada por el Juzgado Primero de lo Penal del Guayas, alegando ausencia de prueba material por el extravío de los citados peritajes médicos en el proceso, E. López, J. Aizprúa y J. Grijalva interpusieron recursos de nulidad y apelación; mientras que P. Alvarado, C. Villegas y C. Flores solo de apelación. Al resolver, el tribunal ad quem, en su considerando tercero, advierte que hubo un retardo de casi tres años en la iniciación del proceso, ya que el primer enjuiciamiento, que debió iniciarse en una de las comisarías de Policía, “quedó trunco por causas que no han sido explicadas satisfactoriamente, dando lugar esta anomalía a que las diligencias sumariales de identificación, reconocimiento exterior y autopsia del occiso Julio César

Torres Bayona tengan que rehacerse, sobre la base las copias que ha podido obtener el juez instructor”.

El tribunal de apelación indica, seguidamente, que la referida contingencia “está prevista en el Art. 169¹⁰, inc. 2º del Código de Procedimiento Penal, al tratarse de la pérdida de un proceso penal, en cuyo evento, la reposición de las diligencias sumariales referentes al reconocimiento pericial e informes periciales se hace a base de las respectivas copias”. A fs. 14, 33 y 34 se agregaron las copias de los informes médicos periciales del reconocimiento legal del cadáver, estableciéndose que la causa del fallecimiento fue una “anemia aguda por hemorragia interna, por proyectiles de arma de fuego”. A fs. 324 y vta., los médicos legistas A. García y A. Adum, se ratificaron en el contenido de sus informes.

En su fallo, el cuerpo colegiado cita también el Art. 173 del Código de Procedimiento Penal de esa época, en relación a la forma de comprobar la identidad del cadáver de una persona fallecida de forma violenta, que exigía practicar la diligencia por medio de dos testigos que hayan conocido en vida al interfecto, aclarando el juzgador que no por falta de tales personas, “la diligencia pericial va a carecer de valor legal, pues para el caso basta que la identificación se verifique por otros medios supletorios, tales como la cédula de identidad, pasaporte u otros documentos análogos”.

El Art. 99 de la ley adjetiva penal promulgada en el año 2000, que recibió sucesivas reformas, la última mediante ley publicada en el S.R.O. No. 160 del 29 de marzo del 2010, no especifica que deban ser *dos* testigos los que identifiquen el cuerpo en un homicidio, sino que dispone que el fiscal o la Policía Judicial podrán cumplir esa diligencia “con las declaraciones de *personas*” (la cursiva es nuestra, para resaltar que ahora la disposición es más general) que hayan conocido en vida al individuo de cuya muerte se trate, o que también se la podrá realizar por cualquier clase de medios

¹⁰ Art. 114 del Código de Procedimiento Penal del año 2000, que indica: “Si siendo en sí válidos los actos de reconocimiento previstos en este capítulo, se declarare nulo el proceso, no habrá necesidad de que se proceda a un nuevo reconocimiento, pues dichos actos conservarán toda su eficacia jurídica. Tampoco se necesitará nuevo reconocimiento o pericia cuando el proceso se hubiese perdido o destruido. En estos casos bastarán las copias indicadas en el artículo anterior y, a falta de ellas, será suficiente que los peritos presten declaración jurada respecto de lo que fue materia del reconocimiento y de los informes”.

científicos o técnicos. En definitiva, vale destacar que la norma actualmente permita utilizar cualquier mecanismo con el que aporten la Antropología, Deontología, Entomología y demás ramas forenses para cumplir este propósito.

Entre los documentos que corroboran la identidad del occiso, a falta de personas que lo hayan conocido en vida, en el caso que analizamos la sala refiere que “ninguno más idóneo que la propia partida de defunción, al que la ley confiere el valor probatorio de instrumento público que hace fe en juicio, y más si a éste se agrega el testimonio de familiares del difunto, de los médicos que practicaron el reconocimiento exterior y autopsia, certificando en el mismo acto la identidad del reconocido y autopsiado, y finalmente el conjunto de pruebas circunstanciales que no dejan duda de que el fallecido fue ciertamente la persona de cuya identidad se trata”. Culmina desechando el argumento de nulidad que por este concepto planteó la defensa.

Abordando el recurso de apelación interpuesto, la sala realiza una nueva valoración de las declaraciones rendidas por los procesados, así como de las pruebas periciales agregadas sobre la existencia corpórea del delito, concluyendo que en virtud de lo dispuesto en los Art. 17, 42 y la circunstancia 1ª del Art. 450 del Código Penal, en concordancia con los Arts. 29, ord. 6º, 7º y 10º, 72 inc. 2º y 74 del mismo cuerpo normativo, cabe reformar la pena impuesta por el juez a quo en contra de E. López y J. Aizprúa a ocho años de reclusión mayor ordinaria a cada uno de ellos, como autores de asesinato; mientras que a J. Grijalva, C. Flores, P. Alvarado y C. Villegas, les reduce la sanción a cuatro años de reclusión como cómplices del mismo delito.

Del fallo del tribunal de apelación, E. López interpuso recurso de tercera instancia¹¹ y nulidad, mientras que C. Villegas y M. Bayona viuda de Torres, solo de tercera instancia. Los dos primeros fundamentaron esta nueva impugnación en asuntos de competencia, solemnidades de la citación y la notificación, alegaciones que, sin embargo, fueron rechazadas al constatar el juzgador que sí se cumplieron las

¹¹ El recurso de tercera instancia fue expresamente derogado por el Art. 21 de la Ley No. 27, publicada en el R.O. No. 192 del 18 de mayo de 1993. Previamente, la reforma introducida el 23 de diciembre de 1992 a la Constitución Política promulgada en 1978, había convertido a la entonces Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional, en un tribunal de casación con potestad para actuar en todas las materias, a través de sus salas especializadas.

prescripciones legales relacionadas. La ofendida, por su parte, recurrió con el objeto de que se incrementara la pena impuesta a los procesados.

En lo medular, el fallo de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia refiere que en esta causa el juez “no practicó el reconocimiento y autopsia del cadáver de Torres Bayona y se procedió para la justificación del cuerpo del delito, a base de los informes periciales ordenados por la Comisaría Primera y Segunda Nacionales (...) cuyos informes como periciales, están destituidos de tal carácter por haber sido practicados por el juez instructor que no tuvo competencia para ordenar y efectuar los reconocimientos y autopsia, (...) careciendo además de las copias que se debían dejar en los libros correspondientes de las mencionadas diligencias, ya que hasta los libros en los que debían constar desaparecieron”.

Resaltando el valor supletorio de la ausencia de las diligencias de identificación, reconocimiento externo y autopsia del cadáver que la sala de apelación le dio a la partida de defunción y otros medios equivalentes, en el fallo definitivo se indica que “es necesario tomar en cuenta la partida de defunción del agredido, su inhumación y el tiempo transcurrido, para aceptar otras pruebas que el reconocimiento del juez para la justificación del cuerpo del delito, pues a los siete años las heridas abdominales no podían ser demostradas con las huellas que la infracción hubiese dejado (...)”.

Adicionalmente, la sala resalta: “Existirá el esqueleto, pero las huellas de la parte abdominal, a juicio de la sana razón, conducen a que son inalcanzables e innecesarias, lo cual lleva a establecer la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 311¹², y más si se considera el cúmulo de otras pruebas y hechos que constan en el voluminoso juicio, que demuestran tanto el hecho como la culpabilidad, de manera incontrovertible”.

Las premisas de no sacrificar la justicia por ausencia de las constancias peritales originales de las diligencias de identificación, reconocimiento y externo y autopsia del

¹² Inc. 3º del Art. 331 del Código de Procedimiento Penal vigente, que señala: “Si se hubiere omitido algún acto procesal necesario para la comprobación de la existencia de la infracción, en cualquier etapa del proceso, se mandará a que se lo practique, sin anularlo”.

cadáver y de recurrir, en esa circunstancia, a medios probatorios subsidiarios para la determinación de la materialidad del homicidio, se desprenden de la misma resolución expedida por la sala:

“Las actuales disposiciones para la comprobación del cuerpo del delito están ahora mejor reglamentadas de lo que fueron en anterior época, en la cual si no existían las huellas dejadas por la infracción, no se aceptaba prueba alguna para justificar el hecho delictual. En cambio ahora el artículo 166 (de la Codificación del Código de Procedimiento Penal promulgada en el S.R.O. No. 200 del 12 de abril de 1971) dispone que si las huellas o señales que debió dejar la infracción hubiesen desaparecido o se hubiese perpetrado de modo que no deje señales, se investigará y se harán constar los datos que la demuestren y entonces se admitirán para la comprobación de la existencia de la infracción otras pruebas que, en su conjunto, la establezcan de modo concluyente, irrefragable y circunstancial. Esta facultad legal es la que hace uso la sala para que no queden sacrificados los principios de justicia a que se refiere el Artículo 93 de la Constitución Política del Estado¹³”.

El Código de Procedimiento Penal del año 2000 no prevé de forma clara y precisa, como sí lo hacía la disposición citada en el párrafo precedente, la admisibilidad de pruebas supletorias para la determinación de la existencia de la infracción en caso de ausencia de los resultados visibles que por su naturaleza deja un delito de *facti permanentis*, o de los instrumentos u objetos con los que se lo perpetró, sino que en su lugar contiene preceptos dispersos, como los contenidos en los Arts. 92, 95 y 98¹⁴,

¹³ Estos principios los consagra el Art. 169 de la actual Constitución de la República, que establece: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

¹⁴ En lo pertinente, estas normas señalan:

Art. 92.- “Si han desaparecido los vestigios que debió dejar la infracción, o ésta se hubiese cometido de tal modo que no los dejare, el Fiscal concurrirá al lugar de la infracción en unión de los peritos de la Policía Judicial y se dejará constancia en el acta de tal hecho”.

Art. 95.- “Durante la indagación previa, o en la etapa de instrucción, los peritos realizarán informes sobre la experticia realizada. Este documento lo incorporará el fiscal en el expediente y el defensor lo exhibirá durante la etapa intermedia. Si hubiere peligro de destrucción de huellas o vestigios de cualquier naturaleza en las personas o en las cosas, los profesionales en medicina, enfermeros o dependientes del establecimiento de salud a donde hubiere

relacionados con la eventualidad de la desaparición de la prueba material o el peligro de que la misma se pierda o destruya. Esta omisión del citado cuerpo normativo podríamos calificarla como involuntaria, resultante de las sucesivas reformas normativas que ha recibido el proceso penal ecuatoriano en los benignos propósitos de que responda a la realidad delictual presente en una época determinada.

En la causa penal en estudio, tras un prolijo análisis y cotejo de las declaraciones rendidas a lo largo del proceso por los encausados, sin descuidar la enunciación de las pruebas sobre la existencia corpórea del delito y aplicando el Art. 450 num. 1º del Código Penal, el fallo de tercera instancia reformó la sentencia subida en grado e impuso a E. López y J. Aizprúa la pena de doce años de reclusión mayor extraordinaria, como autores del asesinato en perjuicio de J. Torres; y a J. Grijalva, C. Flores, P. Alvarado y C. Villegas, la pena de seis años, como cómplices del mismo delito.

En síntesis, los medios de prueba supletorios de la falta de los documentos originales de las pericias de reconocimiento externo, identificación y autopsia del cuerpo de J. Torres que determinaron la existencia material de la infracción y de la responsabilidad penal, en esta causa fueron:

- La partida de defunción de J. Torres, a la que la ley confiere el valor probatorio de instrumento público que hace fe en juicio;
- La declaración del sargento primero de Policía J. Sánchez, asegurando haber visto herido en la Clínica San Gabriel a J. Torres, quien le aseguró encontrarse en esa situación por los disparos efectuados por E. López, testimonio corroborado con las declaraciones de las enfermeras M. Rivas, J. Pacheco y R. Salazar (fs. 802 a 805);

concurrido la persona agraviada, tomarán las evidencias inmediatamente y las guardarán hasta que el fiscal o la Policía Judicial dispongan que pasen al cuidado de peritos para su examen”.

Art. 98.- “En el caso de que hubiesen desaparecido los vestigios de la infracción, los peritos opinarán, en forma debidamente motivada sobre si tal desaparición ha ocurrido por causas naturales o artificiales. Esta opinión deberá sujetarse a los principios del debido proceso y la presunción de inocencia”.

- Las copias fotostáticas que pudo obtener el juez instructor de los informes médicos periciales del reconocimiento legal practicado a J. Torres y de la autopsia (fs. 14, 33 y 34), encontrando heridas sufridas por disparos de arma de fuego;
- Las declaraciones de A. Adum y A. García (fs. 324 y siguientes), peritos médicos que practicaron los procedimientos descritos en el ítem anterior, ratificándose en los detalles de sus informes;
- La certificación de la Cruz Roja de que el Banco de Sangre entregó el 20 de octubre de 1969 (día de la muerte violenta de J. Torres) dos pintas de sangre para el occiso;
- Las declaraciones de los procesados J. Aizprúa, P. Alvarado, C. Flores, J. Grijalva y C. Villegas (fs. 7, 9, 31, 41), reconociendo su participación en la muerte violenta de J. Torres y que fue E. López quien hizo los disparos, desvirtuando de esta manera la versión de supuesta inocencia de este último rendida en la indagatoria (fs. 112); pero conforme se estableció en tercera instancia, la autoría del mismo en el delito ha sido probada por otros medios de forma indiscutible; y,
- La declaración de la menor Jenny Torres, hija de la víctima (fs. 59), quien estuvo en el inmueble en que se produjo el hecho delictivo, expresando que “alcanzó a ver la mano de una persona que se introdujo por las rejas de la ventana del departamento donde se encontraba, la cual disparó cuatro veces e hirió a su padre”.
- **Juicio que por muerte del menor Javier Calderón Muso, se siguió contra Edison Proaño Ramón¹⁵**

A diferencia del proceso penal seguido contra E. López y otros por la muerte de J. Torres, caracterizado por el ‘extravío’ de los peritajes originales de la identificación, reconocimiento y autopsia de la víctima (procedimientos que, según referimos, son habitualmente probatorios de la materialidad del homicidio), en el caso sobre el que

¹⁵ Gaceta judicial No. 14, Serie 13, may. – ago. 1982, pp. 3.454 – 3.467. Este proceso penal fue sustanciado de conformidad con la Codificación del Código de Procedimiento Penal promulgada en el S.R.O. No. 200 del 12 de abril de 1971.

trata este punto el cadáver fue hallado en tal estado de putrefacción que había desaparecido la totalidad de sus *partes blandas*¹⁶, circunstancia que a criterio de los peritos médicos impidió llevar a cabo la necropsia de ley para determinar la causa de la muerte; sin embargo, en tercera instancia, la Quinta Sala Penal estableció que esta circunstancia no impide acudir a otros medios para establecer la existencia corpórea del delito y la consiguiente responsabilidad penal.

El hecho que originó este proceso penal fue la desaparición de J. Calderón, de doce años de edad, ocurrida en la ciudad de Ambato el 20 de mayo de 1980. Ese día, el menor fue visto con vida por última vez cuando salía del instituto en el que estudiaba, al concluir su jornada diaria de clases. Según lo reconoció E. Proaño en el interrogatorio que se le hizo en las dependencias del Servicio de Investigación Criminal de Tungurahua (SIC-T) y en su *declaración indagatoria*¹⁷ ante el juez de instrucción, luego de encontrarse con J. Calderón en las proximidades del centro educativo, condujo a este último a la vivienda de sus padres, dándole muerte en una de las habitaciones.

El perpetrador, que al tiempo de la infracción adolecía de la sexopatía consistente en frecuentar menores de edad, hacerse de su amistad y confianza y, en su momento, abusarlos sexualmente, quiso hacer lo mismo con J. Calderón. En aquella ocasión, aprovechando la ausencia de personas mayores en el edificio, buscando satisfacer sus desviaciones sexuales e intimidar al niño, optó por abrazarlo y acariciarlo, actos a los que la víctima se rehusó, generando que el agresor le propinara dos golpes de puño, el uno en la boca del estómago y el otro a la altura de la sien derecha, dejándolo inconsciente en posición ventral encima de la cama y asfixiándolo luego contra las cobijas.

Según E. Proaño, “al cabo de unos diez minutos aproximadamente le dio vuelta al cuerpo de J. Calderón y como no sintió latidos en su corazón se dio cuenta y pensó que posiblemente estaba muerto, procediendo a desvestirlo, y acto seguido, se masturbó,

¹⁶ Se entiende por partes blandas aquellas estructuras superficiales del cuerpo humano que incluyen la dermis, el tejido subcutáneo, el tejido graso y el tejido muscular.

¹⁷ Acto equivalente a la versión libre y sin juramento que rinde actualmente un procesado durante la etapa de instrucción fiscal, de conformidad con el Art. 218 del Código de Procedimiento Penal.

eyaculando en las piernas del menor” (fs. 43 vta.). Información dada por el propio victimario permitió hallar el cuerpo, semanas más tarde, en una fosa que el hechor cavó en el patio de su casa, y aunque los restos del menor fueron identificados por dos familiares (M. Canulata y R. Barklay), los peritos H. Molina y J. Albuja dejaron constancia de lo que a continuación transcribimos:

“Certificamos haber practicado el reconocimiento médico legal de un cadáver en completo estado de descomposición, perteneciente al sexo masculino de más o menos doce años de edad (...) Debido al avanzado estado de descomposición biológica, pues han desaparecido todas las partes blandas, evidenciándose solamente el esqueleto, es imposible practicar autopsia y menos aún encontrar causa de muerte. La muerte debió haberse producido hace más o menos unos veinte días”.

Condenado en primera y segunda instancia a doce años de reclusión mayor como autor del delito previsto en el Art. 449 del Código Penal, E. Proaño interpuso recurso de tercera instancia, el cual recayó, por sorteo de ley, en la Quinta Sala de la Corte Suprema de Justicia. El órgano colegiado confirmó la sentencia subida en grado, estableciendo que la conducta delictiva imputable al procesado era la de asesinato, de conformidad con el Art. 450 num. 9º del mismo cuerpo normativo, pero sin aumentar la pena del recurrente en virtud del principio *reformatio in peius*; y en cuanto al tema que nos ocupa, refiere que “de ninguna manera la falta de autopsia, que fue imposible practicar, por ausencia de partes blandas, según opinión de los peritos médicos, puede significar ausencia de corpus delicti”.

Citando a Víctor Lloré Mosquera, la sala añade que “mas como no siempre el evento puede ofrecerse a la directa observación de los jueces, ya en razón de haber desaparecido por acto intencional o de falsificación, ya de manera natural por el transcurso del tiempo u otras causas semejantes, y el delito por solo esta razón no puede quedar sin la debida justificación, la doctrina acepta que siendo constante o probada la desaparición, se pueda recurrir a otros medios para establecer la existencia corpórea del delito”.

En síntesis, los medios de prueba supletorios de la necropsia de ley que determinaron la existencia de la infracción y la responsabilidad penal, en esta causa fueron:

- Las tres ocasiones en que E. Proaño confesó ser autor de la muerte violenta de J. Calderón, según se puede constatar en los recaudos procesales de fs. 16-19, 42 vta., 45 y 104-105 (declaración ante el SICT, declaración indagatoria y testimonio en la audiencia pública de juzgamiento), y si bien la Quinta Sala Penal, al resolver el recurso de tercera instancia, advierte que dichas declaraciones difieren entre sí en cuanto a la relación de ciertos hechos, también establece que en todas el ofensor “reconoce paladinamente” su responsabilidad;
- La diligencia de inspección del lugar de los hechos efectuada el 10 de junio de 1980 por el juez de instrucción, en compañía de los peritos S. Tigsilema y B. Coka, transcrita en el acta a fs. 45 y 46, la cual describe, con sus características y medidas, el patio donde se encontró el cadáver, la fosa de la que fue extraído, la habitación donde se cometió el delito y los lugares por donde debió haber pasado el victimario transportando el cuerpo;
- La diligencia de identificación del cuerpo del occiso (fs. 31 y vta.), practicada por el juzgado de instrucción en la misma fecha referida en el párrafo anterior, en presencia de los testigos M. Cunalata y R. Barklay, familiares del menor, quienes corroboraron que el cuerpo pertenecía a J. Calderón;
- El reconocimiento médico legal del cadáver, de igual fecha, llevado a cabo por los facultativos H. Molina y J. Albuja, pormenorizado en el informe y el acta correspondientes (fs. 31 y vta.), documentos en los que se expresa que el cuerpo fue encontrado “en completo estado descomposición”, citándose, empero, algunas características que coincidían con el aspecto externo que tuvo en vida el menor; y,
- El testimonio informativo del menor T. Mesías (fs. 24 y vta.), rendido ante el SIC-T el 10 de junio de 1980, persona que tenía amistad con el occiso. En su declaración, afirmó haber sido obligado en numerosas ocasiones por E. Proaño a realizar en beneficio de este último “actos reñidos con la moral (...) siempre en el mismo lugar y,

consiguientemente, a la misma hora (...) aprovechando la circunstancia de que no había personas mayores en la casa”, y que “en muchas ocasiones, al negarse a complacerlo en sus deseos fue víctima de ataques y agresiones mediante golpes de puños, así como con un alambre de luz”. Por lo tanto, existían antecedentes de hechos similares llevados a cabo por el ofensor en perjuicio de otros menores.

- **Juicio que por muerte de Silverio Loor Alfaro, se siguió contra Juan Cedeño Muñoz¹⁸**

Es indiscutible la importancia que tuvo la prueba testimonial en los procesos penales estudiados anteriormente, dada la ausencia del informe de la necropsia de ley (porque desapareció del expediente en la causa seguida contra E. López y otros, y por la imposibilidad de practicar cabalmente dicha diligencia en la seguida contra E. Proaño, según alegaron los peritos médicos) para determinar la existencia material del homicidio. Asimismo, a partir del cotejo de las declaraciones rendidas por los encausados y otros testigos del delito, y del análisis de la documentación agregada al proceso (como la partida de defunción, el acta de inspección del lugar y algunas certificaciones), el juez pudo establecer los grados individuales de participación en el hecho e imponer las penas correspondientes.

No obstante, en el caso que sigue existen notorias particularidades a tomar en cuenta, entre las cuales podemos destacar el mínimo crédito dado por el juzgador al testimonio del procesado y otras personas que, aparentemente, presenciaron el delito, así como la circunstancia de que, en orden a establecer la materialidad del mismo, existió una dificultad adicional al avanzado estado de descomposición del cadáver, pues los restos mortales fueron, además, desmembrados de forma intencional.

Los hechos se remontan al 26 de diciembre de 1975, fecha en la que F. Alarcón presenta una denuncia (fs. 11) ante el Teniente Político de la Parroquia Guayas, cantón El Empalme, haciéndole conocer la desaparición de S. Loor, a quien el primero de los

¹⁸ Gaceta judicial No. 2, Serie 13, may.-ago. 1978, pp. 369-376. Este proceso penal se sustanció de conformidad con la Codificación del Código de Procedimiento Penal promulgada en el S.R.O. No. 200 del 12 de abril de 1971.

citados daba posada en su vivienda desde hace mes y medio hasta que terminara el trabajo de reparación de una casa ubicada en la finca de M. Zambrano.

Posteriormente, la misma autoridad avoca conocimiento de otra denuncia, sustentada por M. Carrera, en relación al hallazgo efectuado por éste el 29 de diciembre de ese año, en horas de la mañana, de un cadáver putrefacto en un pequeño estero de la referida finca, y que identificó como perteneciente a S. Loor.

En su declaración indagatoria (fs. 3 vta., 4 y vta. y 5) el procesado afirma, en lo medular, que el 17 de diciembre de 1975, aproximadamente a las 18h00, se encontraba persiguiendo en compañía de su hijo, el menor R. Cedeño, a unos cerdos que se habían escapado del chiquero y que no regresaban, extendiéndose en la búsqueda hasta la finca de M. Carrera. Refiere también que en el lugar observó a S. Loor golpeando a R. Cedeño con la parte plana de un machete, ante lo cual, como padre de este último, reaccionó disparando en dirección al agresor con una escopeta de chimenea, sin darse cuenta de si lo había o no herido. Indica que, acto seguido, salió a veloz carrera del sitio y se internó en unas bananeras, dedicándose luego a recoger a su hijo herido y a conducirlo para que lo curaran, despreocupándose del hecho.

Con estos antecedentes, el Juzgado Octavo de lo Penal del Guayas, que en su fallo cita la práctica de las diligencias de identificación, reconocimiento externo y autopsia del cadáver (fs. 5 vta., 6 y vta. y 8), reconocimiento del lugar donde se halló el mismo (fs. 15 y vta.) y del arma homicida (fs. 16 y vta.), aunque sin entrar a un análisis prolijo de ninguna de ellas, valiéndose también de los datos aportados por tres testigos presenciales que corroboraron lo manifestado en la indagatoria por J. Cedeño, impuso al mismo la pena de un año cuatro meses de prisión correccional, como autor del delito de homicidio excusable tipificado y sancionado por el Art. 449 del Código Penal. La autoridad judicial refirió como argumento para la atenuación de la pena la buena fama y no peligrosidad del sindicado, en base a declaraciones de honorabilidad a su favor incorporadas al proceso (fs. 54 y 55).

Elevada en consulta la citada sentencia, correspondió a la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil revisarla en segunda instancia, la cual determinó que

las diligencias de identificación, reconocimiento y necropsia de la víctima comprobaron la materialidad de la infracción, aunque según esas pericias, “el cadáver presentaba una casi total desarticulación, con la cabeza separada del resto del cuerpo, lo que hace presumir (...) que esas desarticulaciones y el cercenamiento de la cabeza no fueron motivados por la descomposición misma, sino por golpes inferidos a la víctima y por decapitación realizada por el autor del hecho”.

En el considerando quinto de su fallo, los magistrados de la sala expresan su sorpresa de que en el reconocimiento médico efectuado al menor R. Cedeño, no se haya encontrado huella alguna de maltratos, como son los planazos a que hizo mención su padre en la indagatoria, marcas que, según añade, debieron ser comprobadas en orden a dar crédito a la denuncia presentada por el procesado (fs. 30) en relación a los supuestos ataques que, según aseveró, le fueron inferidos el 18 de diciembre de 1975 (al día siguiente del suceso principal). Por esta circunstancia, el tribunal ad quem llegó a la presunción de que J. Cedeño hizo esa denuncia “para inducir a engaño a los juzgadores y para que se considere como homicidio excusable el hecho”.

Adicionalmente, la sala consideró que el estado del cadáver evidenciaba un asesinato, desvirtuando, por la lejanía de sus domicilios con respecto al lugar en que ocurrió el crimen, lo declarado por L. Mendoza, C. Arreaga y R. Moreira (los dos primeros residían en Quevedo y el último en Portoviejo), quienes se atribuyeron la calidad de testigos presenciales y cuyas aseveraciones, en la primera instancia, recibieron toda credibilidad como medios de sustento de lo dicho por J. Cedeño en su propio descargo.

El tribunal de apelación culmina la parte resolutive de su fallo modificando a asesinato el delito de homicidio excusable por el que fue originalmente condenado J. Cedeño e imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria, de conformidad con el Art. 450 num. 1º, 4º y 7º del Código Penal, es decir, por considerar probadas las circunstancias agravantes de alevosía, traición, ensañamiento, aumentando el dolor del ofendido, así como la de haber actuado en despoblado. También multa al juez inferior por atenerse solo a las dudosas declaraciones de tres supuestos testigos presenciales y no haber realizado un adecuado análisis de la prueba material.

El encausado recurrió a tercera instancia, radicándose la competencia en la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia, la cual desacreditó nuevamente las afirmaciones de los referidos testigos, señalando que “todos ellos estaban domiciliados lejos del lugar de los hechos (...) y resulta muy coincidencial su presencia en un lugar tan retirado; por otra parte, hacer el papel de simples espectadores mientras se estaba golpeando brutalmente a un menor los compromería en el hecho mismo, y una vez que interviene el padre haciendo un disparo y luego recogiendo a su hijo golpeado y sangrando, los testigos continuaron su camino sin intervenir tampoco en este momento”, y calificó de “censurable e inaceptable” tal comportamiento¹⁹.

El máximo órgano de justicia también dejó constancia de que el motivo del disgusto que tuvo el menor R. Cedeño con S. Loor fue, en realidad, la acusación que le hizo este último de habersele sustraído unas vadeas, por lo cual “el encausado pudo encontrar a Loor el día 18 de diciembre de ese año en su lugar de trabajo, el barranco del río donde estaba armando un horno para quemar carbón, reclamarle por lo ocurrido a su hijo menor el día anterior o liquidarle con el disparo de escopeta que afirma haberle hecho”.

Remitiéndose a los resultados de la necropsia, el citado cuerpo colegiado concluyó que el disparo que recibió S. Loor provino del frente, ocasionándole la muerte, y no comparte la conclusión de los peritos médicos de que la completa desarticulación del cadáver “no fue motivada por la descomposición misma, sino por golpes inferidos a la víctima y por decapitación realizada por el autor del hecho”, ya que por el estado en que se encontraba el occiso, y al no haber otra prueba en autos, el referido desmembramiento debía ser “producto de la forma como se recogieron y trasladaron los restos mortales desde el lugar en que se encontraron hasta el cementerio de la Parroquia Guayas, sitio donde se realizó el reconocimiento y autopsia”. Consecuentemente, no aceptó la posibilidad de que la víctima haya sido decapitada.

¹⁹ Nótese la diferencia con respecto al proceso penal que por muerte de J. Torres se siguió contra E. López y otros, donde la declaración de una menor de edad, como testigo presencial de los disparos que terminaron con la vida de su padre, recibió todo el mérito para la condena de los responsables. Por otro lado, en la causa penal que por el mismo delito se siguió contra J. Calderón, recordemos que ni siquiera hubo personas distintas al procesado y la víctima que pudieran testificar cómo ocurrió el hecho, por lo cual el juez valoró otros medios probatorios, como las diligencias de la inspección del lugar, el reconocimiento externo e identificación del cuerpo y el testimonio informativo del menor T. Mesías, que adujo haber sido objeto de la misma sexopatía del agresor.

Realizado este examen de autos y considerando algunas circunstancias atenuantes a favor del reo (haber precedido provocaciones de S. Loor por la agresión realizada a su hijo²⁰ y el no ser un individuo peligroso, conforme lo declararon testigos a su favor), así como la no existencia de agravantes no constitutivas o modificatorias del delito, el tribunal supremo modificó la sentencia subida en grado solo en cuanto a la gradación de la pena, condenando al procesado a doce años de reclusión mayor ordinaria.

En síntesis, podemos referir que en el presente caso la total desarticulación del cuerpo del occiso, sumada al avanzado estado de descomposición en el que fue encontrado, dificultó determinar materialidad del homicidio. Ante esos inconvenientes, los medios probatorios que establecieron la existencia de la infracción y la responsabilidad penal fueron:

- Las diligencias de identificación del cuerpo del occiso, reconocimiento exterior y autopsia e informes de los peritos (fs. 6, 6 vta. y 8), que en lo medular establecen la completa fragmentación del cadáver, incluyendo el cercenamiento de la cabeza, sugiriendo además que tal hecho no estaba relacionado estrictamente con la descomposición misma, sino con golpes proporcionados a S. Loor;
- La diligencia del reconocimiento del lugar de los hechos (fs. 15 y vta.), producto de la cual se determinó que el cadáver fue encontrado en unos rastrojales, ubicados en un pequeño estero dentro de la finca de M. Carrera, corroborándose así lo aseverado por éste en su denuncia; y,
- La diligencia del reconocimiento del arma con la que se perpetró el delito (fs. 11), consistente en una escopeta de chimenea, según consta en el considerando tercero del fallo de tercera instancia.

²⁰ Textualmente, la sala indica que “existen también hechos que prueban que precedieron provocaciones de S. Loor, con la agresión al hijo menor del encausado”, sin reparar en que la diligencia del reconocimiento médico legal del menor no determinó la existencia de huellas ni marcas de maltratos, excepto por una cicatriz de catorce milímetros de longitud en el pabellón de una oreja que los peritos no pudieron determinar cuánto tiempo atrás se produjo. Sobre este particular, que desvirtúa la denuncia hecha por J. Cedeño ante el Teniente Político de la Parroquia Guayas, cantón El Empalme, en cambio sí dejó constancia la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil en el considerando quinto de su fallo.

- **Juicio que por muerte de Mario Valdivieso, se siguió contra Washington Ponce Villafuerte²¹**

En este caso nuevamente el juez analiza si la ausencia en autos del protocolo de autopsia significa la imposibilidad de determinar la materialidad de la infracción, circunstancia alegada por el procesado en la fundamentación de su recurso de casación.

Resulta importante para nuestro estudio citar la acertada interpretación que realiza el máximo tribunal de justicia de las disposiciones sustantivas y adjetivas penales aplicables al caso concreto, así como su relación con las circunstancias fácticas que, aparentemente, producirían un serio inconveniente para el establecimiento de la existencia misma del ilícito y de la responsabilidad penal del procesado.

El hecho tuvo lugar el 2 de enero de 1998 en el interior de la cárcel de Machala, cuando se suscitó una gresca entre los internos W. Ponce y M. Valdivieso, armados cada uno con cuchillos. El guía carcelario E. de la Cruz intervino y desarmó a M. Valdivieso, mientras W. Ponce se negó a entregar el cuchillo, tomando cada uno diferentes rumbos, momento que aprovechó R. Micolta, conviviente de W. Ponce, para arrojar piedras e insultar a M. Valdivieso, sumándose a la agresión W. Ponce, que infirió una cuchillada a su contrincante a la altura del tórax, misma que posteriormente le ocasionó la muerte.

Condenado por el Primer Tribunal Penal de El Oro a doce años de reclusión mayor como autor del delito de homicidio simple previsto en el Art. 449 del Código Penal, W. Ponce interpuso recurso de casación de la sentencia, recayendo su sustanciación en la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, y alegando el reo, en lo medular, que “la manera de redactar el fallo buscó deliberadamente ocultar la verdad procesal que fue expuesta por su defensor en la audiencia de juzgamiento, esto es, que por no existir en autos el protocolo de autopsia no existe materialidad del delito”. Consecuentemente, el recurrente pidió que se le absuelva de los cargos.

²¹ En este proceso penal, sustanciado de conformidad con el Código de Procedimiento Penal de 1983, nuestro objeto de estudio ha sido su expediente de casación, signado con el No. 2 y publicado en el R.O. No. 340 del 5 de junio del 2001.

Contestando la fundamentación del procesado, la señora Ministra Fiscal General manifestó que “de ninguna manera la falta de autopsia del cadáver puede significar ausencia de *corpus delicti*”, criterio que lo apoya con la cita pertinente de la apreciación que sobre este punto hace el tratadista Víctor Lloré Mosquera en su “*Compendio de Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*”, T. 1, p. 19²². De igual forma, la funcionaria indicó que los testimonios de los guías penitenciarios E. Cruz y F. Chaleco, concordantes entre sí, recogidos en el considerando cuarto de la sentencia del tribunal penal de El Oro, son elementos probatorios de la responsabilidad del reo.

En sus declaraciones, los citados guías penitenciarios afirmaron que luego de que R. Micolta arrojara piedras al interno M. Valdivieso, este último “salió corriendo y se resbaló en una alcantarilla. Valiéndose de eso, el interno W. Ponce le clavó una puñalada en el abdomen, produciéndole una grave herida que al poco tiempo lo llevó a la muerte”.

Con estos antecedentes, la representante de la fiscalía solicitó que se desestime la argumentación que hizo el procesado en su recurso, por considerar que no tenía asidero legal y que obedecía al claro propósito de que una conducta homicida no sea castigada a pretexto de la ausencia de importantes piezas procesales.

En el considerando cuarto de la resolución del máximo órgano de justicia, se indica que, en efecto, “la autopsia no es el único medio de prueba del cometimiento de un delito contra la vida. Si este acto procesal no ha sido posible o no aparece incorporado a los autos, la comprobación de la identidad del cadáver y su reconocimiento exterior, efectuados por el juez en atención a lo que dispone el Art. 81 del Código de Procedimiento Penal²³, son actos revestidos de idoneidad al propósito de la comprobación de la existencia de la infracción y de sus resultados”.

²² El punto de vista de este jurista sobre el tema también fue citado en el fallo de tercera instancia de la Quinta Sala de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio penal que por muerte del menor Javier Calderón Muso, se siguió contra Edison Proaño Ramón.

²³ Art. 99 del Código de Procedimiento Penal vigente, que establece: “Si se tratare de delitos que consistan en la muerte de un ser humano, el Fiscal o la Policía Judicial procurarán comprobar la identidad del cadáver, con las declaraciones de personas que hubiesen conocido en vida al individuo de cuya muerte se trata o por cualquier clase de medios científicos o técnicos”, en concordancia con el Art. 100 del mismo cuerpo normativo, que indica en su inc. 1º:

Estimamos que con lo expuesto en el párrafo anterior, los magistrados no han querido decir que la ley adjetiva penal promulgada en 1983, en ausencia de la constancia documental de la necropsia, únicamente facultaba a demostrar la existencia material del delito mediante las diligencias de identificación del cuerpo de la víctima y de su reconocimiento externo. Interpretar lo opuesto, sería aseverar que la ley dejaba en la impunidad los casos en que, a más de la autopsia, no hubiese sido posible practicar las otras diligencias procesales referidas, ya sea por razones naturales o provocadas por los mismos autores del ilícito²⁴.

Por lo tanto, la deducción más lógica de lo manifestado por la sala sería que si por cualquier razón no se pudo practicar la autopsia, para el Código Procesal Penal de 1983 los actos de identificación y reconocimiento externo del cuerpo suplían esa diligencia en la medida en que fueran concluyentes e inequívocos para establecer que se trató de una muerte violenta; pero si dichas pericias tampoco se habían realizado, era permisible demostrar el hecho con otros medios probatorios (documentos, testimonios, grabaciones, etc.), siempre que fueran, asimismo, determinantes para arribar al necesario grado de certeza sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad penal.

Cabe referir nuevamente que ley adjetiva penal promulgada en el año 2000, al contrario de la expedida en 1983 y otras anteriores, no contiene una disposición expresa respecto a que si por cualquier razón no ha sido posible hallar los vestigios de un delito que por su propia naturaleza los produce, se pueden valorar otros medios probatorios; sin embargo, abundan criterios doctrinarios (como el de Lloré Mosquera) y jurisprudenciales relacionados con que ante esa circunstancia, nada impide al juez remitirse a fuentes distintas a la prueba material en el propósito de evitar que el crimen quede en la impunidad.

“Practicada la identificación a la que se refiere el artículo anterior, el Fiscal ordenará que los peritos médicos de la Policía Judicial, procedan al reconocimiento exterior del cadáver y a su autopsia”. Del texto reproducido se desprende que a partir del año 2000, la atribución para llevar a cabo las referidas actividades investigativas fue transferida de forma privativa a la fiscalía, en cumplimiento del nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria.

²⁴ Lo cual ocurrió, p. ej., en el caso de los hermanos Restrepo, debido a la forma misma en que se perpetró el hecho, y aun en esa circunstancia, según citamos en los párrafos introductorios de este trabajo, se emitió una sentencia condenatoria.

En el caso que analizamos, la sala culmina su fallo manifestando: “La circunstancia anómala de que por el juzgado no se hayan cumplido las actuaciones fijadas en los Arts. 82 y 83²⁵ del mismo código (de procedimiento penal), no puede invocarse como fundamento para pedir que no se imponga sanción, pues en estos casos el reconocimiento y la identificación del extinto establecen de manera irrefragable y concluyente la materialidad del hecho antijurídico objeto de enjuiciamiento.- Por lo tanto, no apareciendo como verdadera la violación de la ley que acusa al reo Washington Antonio Ponce Villafuerte, deviene improcedente el recurso de casación por él interpuesto”.

Es así que, en este caso, la materialidad del homicidio ha sido demostrada a través de medios probatorios supletorios de la necropsia de ley (las diligencias de reconocimiento externo e identificación del cadáver), que devinieron en la correspondiente sentencia condenatoria dictada por el Primer Tribunal Penal de El Oro, y en que se haya rechazado el recurso de casación interpuesto por el reo.

- **Juicio que por privación ilegal y arbitraria de libertad, torturas y asesinato de Elías López Pita, se siguió contra Juan Aníbal Ávila Hidalgo y otros²⁶**

Nuestro punto de partida para el análisis jurisprudencial precedente fue que un delito contra la vida por su propia naturaleza produce huellas, marcas, señales o resultados visibles en general; pero, según explicamos, siempre existe el riesgo de que por causas naturales o artificiales no sea posible incorporar al proceso estas evidencias. Entre las causas naturales, citamos el avanzado estado de descomposición del cadáver, refiriendo como ejemplo el juicio penal que por muerte del menor J. Calderón se siguió contra E.

²⁵ Esta fundamentación de la sala es imprecisa, pero asumimos que se refiere a la omisión de la práctica de la autopsia, de conformidad con el inc. 2º del Art. 82 del Código de Procedimiento Penal de 1983 (inc. 2º del Art. 100 de la ley adjetiva penal vigente, que establece: “La autopsia será practicada por dichos peritos de manera prolija y abriendo las tres cavidades del cadáver. En su informe los peritos deberán expresar el estado de cada una de ellas y las causas evidentes o probables de la muerte, el día y la hora presumibles en que ocurrió la muerte, así como el instrumento que pudo haber sido utilizado”).

²⁶ En este proceso penal, sustanciado de conformidad con el Código de Procedimiento Penal de 1983, ha sido objeto de nuestro estudio su expediente de casación, signado con el No. 792 y publicado en el R.O. No. 145 del 9 de agosto del 2007.

Proaño. Entre las causas artificiales, señalamos la completa desarticulación del cuerpo del occiso inferida intencionalmente, la pérdida negligente o deliberada de piezas procesales que hagan fe de la existencia de prueba material, e incluso la omisión (ya sea culposa o dolosa) de la práctica de actos fundamentales en un delito contra la vida como la necropsia de ley.

Por otra parte, los casos previamente analizados han tenido como rasgo común el que se haya valorado pruebas subsidiarias en orden a establecer la existencia misma del homicidio y la responsabilidad de sus perpetradores, ante la ausencia de evidencia material o dificultades que se presentaron para su valoración. El debate planteado ha sido la licitud de que en base a dichos elementos supletorios se haya emitido una sentencia condenatoria.

Pero este análisis de tipo práctico no estaría completo sin remitirnos a un caso sustanciado ante los tribunales de nuestro país que se haya caracterizado por la desaparición intencional y premeditada del cadáver mismo de la víctima, a fin de favorecer la impunidad del delito y que no se descubra a sus perpetradores, debiendo precisar que hechos de esta naturaleza involucran a menudo a miembros de la fuerza pública y no solo están relegados a regímenes dictatoriales, sino que también ocurren en contextos eminentemente democráticos. También debemos subrayar la similitud del proceso penal que sigue con algunos de los anteriores, en el sentido de la abundancia de medios testimoniales que han acreditado la existencia de la infracción y de la responsabilidad penal, incluso por sobre evidencias instrumentales.

T. López, hermana del occiso, en su recurso de casación interpuesto de la sentencia condenatoria dictada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Tungurahua, reformando el fallo también condenatorio emitido por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Tungurahua, alega, en lo principal, que “a pesar de haberse probado la concurrencia de los delitos concurrentes conexos de privación ilegal y arbitraria de libertad, torturas, asesinato; en la sentencia violando la ley solamente se sanciona el delito menor de detención arbitraria e ilegal (...), sin considerar que en el presente caso (...) a la víctima (también) se la asesinó y se hizo desaparecer el cadáver sin dejar huellas (...)”.

T. López añade que la ausencia de prueba material en un delito que por su propia naturaleza la produce, “se ha previsto en el Código de Procedimiento Penal de 1983, para los efectos de admitir la prueba testimonial y supletoria en el Art. 72 de este mismo código, que se la vulnera en la sentencia porque no se admite la abundantísima prueba testimonial y supletoria que existe sobre el asesinato de la víctima, así como también sobre la desaparición del cadáver para no dejar vestigios del delito”. La recurrente realiza una exposición cronológica de los hechos del proceso delictivo, y concluye solicitando que se case la sentencia emitida por el tribunal de segundo nivel, a fin de que se incremente la pena impuesta al reo en las instancias previas.

La fiscalía contestó el traslado con la fundamentación del recurso, manifestando que T. López “omite citar las disposiciones legales que se han violado en la sentencia, infiriéndose del texto de la fundamentación del recurso la pretensión de que se examine nuevamente la prueba, lo cual no es propio del recurso de casación, por lo cual la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia debe rechazar por improcedente el recurso de casación”.

Sin embargo, nuestra apreciación es que la recurrente cita con exactitud las disposiciones legales en las que se ampara su impugnación y, contrario a lo que argumenta la fiscalía, no pide un nuevo estudio de la prueba, sino que alega una errónea interpretación de la ley al valorarla²⁷, pues se faltó al deber impuesto por el Art. 72 del Código Adjetivo Penal vigente a esa época, en el sentido de acudir a medios de prueba subsidiarios a falta del cuerpo del occiso. Adicionalmente, con su inexacta apreciación de los elementos de cargo aportados, el tribunal de segunda instancia aplicó erróneamente una norma sustantiva, ya que debió condenar a varios de los procesados por el delito mayor de asesinato y no por un delito menor como el de privación ilegal y arbitraria de libertad, de conformidad con la regla prevista en el num. 3º del Art. 81 del Código Penal para el caso de concurrencia de infracciones reprimidas con pena de reclusión.

²⁷ El num. 2º del Art. 3 de la Ley de Casación indica que dicho recurso puede fundarse en la “aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto”.

J. Ávila, uno de los reos, contestó el traslado con la fundamentación del recurso de casación, indicando, en síntesis, que “lo que se pretende es una nueva valoración de la prueba en contra de expresas disposiciones legales, porque el recurso de casación solamente se concreta a las violaciones de la ley en la sentencia, si las hubiere, pero en ningún caso a la revisión del proceso y a la nueva valoración de las pruebas (...) porque tales revisión y valoración de la prueba escapan a la materia de casación”. Cabe refutar esta argumentación por las mismas razones que expusimos para desvirtuar lo que, en el mismo sentido, alegó la fiscalía, a lo que podemos añadir el afán hábilmente disimulado del procesado de que el crimen mayor no se castigue.

Al resolver, el máximo órgano de justicia deja constancia de que, en efecto, “se omitió prueba testimonial y supletoria de la muerte violenta provocada a la víctima”, y que “se hizo desaparecer su cadáver con el propósito de ocultar el delito, impidiendo que se lo descubra para asegurar su impunidad; pruebas que se señalan, describen, explican y valoran en el considerando tercero de la sentencia dictada por el tribunal juzgador, vulnerando el Art. 72 del Código de Procedimiento Penal de 1983”.

El Art. 72 del referido cuerpo normativo disponía: "Si han desaparecido los vestigios que debió dejar la infracción, o ésta se hubiere cometido de tal modo que no los dejare, el Juez concurrirá al lugar de la infracción en unión de los peritos y del Secretario y se dejará constancia en el acta de tal hecho. Con la constancia antes indicada, el Juez podrá admitir, para la comprobación de los vestigios de la infracción, otras pruebas que, en su conjunto, los establezcan de manera irrefragable y concluyente"²⁸.

Por otra parte, la sala especializada de casación penal indica que en el fallo recurrido se vulnera el Art. 337²⁹ de la ley adjetiva penal de 1983, puesto que “los encausados

²⁸ Precisemos nuevamente que el Código de Procedimiento Penal promulgado en el año 2000, al contrario del expedido en 1983, no señala de forma expresa la admisibilidad de medios instrumentales y testimoniales en caso de ausencia de los vestigios de una infracción que por su propia naturaleza los produce, sino que existen disposiciones dispersas, como las contenidas en los Arts. 92, 95 y 98, relacionadas con la desaparición de prueba material o el peligro de que la misma se pierda o destruya.

²⁹ Este artículo disponía: “El Tribunal no podrá pronunciar sentencia sobre delitos que no tengan relación o conexión con los determinados en el auto de apertura del plenario; ni dejar de pronunciarse sobre todos y cada uno de estos delitos”. El Código de Procedimiento Penal del año 2000 contiene una disposición análoga en su Art. 337.

fueron llamados a juicio por el delito tipificado en los Arts. 183 y 187 inc. tercero³⁰, así como por el delito de asesinato tipificado y sancionado en el Art. 450 num. 1º, 7º y 9º del Código Penal, y, por lo tanto, sobre el concurso real de estos delitos debía pronunciarse en la sentencia el Tribunal de apelación; pero no lo hace así, al omitir la prueba testimonial supletoria sobre la existencia de la muerte violenta provocada a la víctima que en vida se llamó Elías López Pita”.

Seguidamente, el cuerpo colegiado determina: “La prueba omitida por el Tribunal de apelación consta en el considerando tercero de la sentencia impugnada”. Dicho considerando indica que “la existencia material de la infracción de muerte violenta de Elías Elint López Pita se ha justificado legalmente con la prueba practicada en el sumario, en el que, si bien no se ha logrado recuperar el cadáver del occiso, dicha omisión se la ha sustituido con los testimonios rendidos por personas imparciales respecto a su extraña desaparición en las circunstancias minuciosamente determinadas en la etapa sumarial, además que se ha insertado la copia de la partida de nacimiento³¹ de Elías Elint López Pita, fojas 72”.

Además, en orden a la determinación de la existencia material del homicidio, se agregaron al proceso los informes No. 2001-001-IGPN-DAL y No. 2001-001 DNP-JET, del Departamento de Asuntos Internos de la Inspectoría General de la Policía Nacional (fs. 127 y 142) y de la Comisión Investigadora de la Dirección Nacional de la Policía Judicial (fs. 863 a 894), respectivamente. Para el mismo efecto, también constan en el cuaderno procesal los testimonios de J. Pérez (fs. 45 a 46 y vta.), J. Sánchez (fs. 47 a 48), A. Pilacúan (fs. 44 a 45), S. Núñez (fs. 48 a 49 vta.) y C. Velasteguí (fs. 62 a 64).

³⁰ Disposiciones que textualmente señalan:

Art. 183.- “Serán reprimidos con prisión de dos meses a dos años y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica los que, sin orden de las autoridades constituidas y fuera de los casos en que la ley y los reglamentos permitieren u ordenaren el arresto o detención de los particulares, hubieren arrestado o hecho arrestar, detenido o hecho detener a cualquiera persona, siempre que este arresto o detención no constituya un delito más severamente reprimido”.

Art. 187.- “Si los tormentos (infligidos a una persona arrestada o detenida) hubieren causado la muerte, el culpado será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años”. (Disposición reformada mediante Ley No. 2001-47, publicada en el R.O. No. 422 del 28 de septiembre del 2001. Con anterioridad a dicha reforma, este delito se castigaba con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años).

³¹ Documento que, de conformidad con la ley, tiene valor probatorio de instrumento público.

De los referidos informes y declaraciones, se desprende, en síntesis, que el día de los hechos, E. López arribó a la Terminal Terrestre de Ambato en compañía de su cónyuge, C. Velasteguí, donde la víctima tomó un autobús rumbo a Esmeraldas, ciudad en la que lo esperaba su hermano. Al día siguiente, este último realizó una llamada telefónica a la esposa del occiso para comunicarle que E. López no había llegado a su destino. A través sus indagaciones, C. Velasteguí conoció que a la altura del Control de Tránsito Norte de Ambato, un policía vestido con chaleco fosforescente ordenó a la unidad de transporte en la que viajaba el occiso que se detuviera, lo cual fue aprovechado por dos personas vestidas de civil para obligar a E. López a descender del vehículo y conducirlo a un retén policial ubicado en las proximidades.

Con estos antecedentes, los magistrados advierten que no les corresponde realizar una nueva valoración de la prueba sino únicamente corregir los errores de derecho cometidos por el tribunal de apelación, puesto que los medios demostrativos de la muerte violenta ya habían sido valorados en la judicatura de primer nivel, desprendiéndose de los mismos la intención inequívoca de asesinar, aunque el tribunal de primera instancia haya calificado el hecho como un homicidio preterintencional. Consecuentemente, señalan que el juzgador de segundo nivel tenía el deber de corregir el citado error, faltando, sin embargo, a dicha obligación al no considerar la prueba testimonial que relacionaba directamente a L. Criollo y otros procesados con el fallecimiento de E. López. De esta manera, se encontraba dentro del ámbito de la casación penal la atribución de suplir la referida omisión.

Por todo lo expuesto, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, corrigiendo los errores de derecho cometidos por el tribunal de apelación, dictó sentencia condenatoria por los delitos concurrentes y conexos de detención ilegal y arbitraria, tormentos corporales y asesinato, tipificados y sancionados por los Arts. 183, 187 y 450 (con las circunstancias agravantes constitutivas de la infracción previstas en los num. 1º, 7º y 9º de este último artículo), respectivamente, del Código Penal.

Las penas impuestas por el referido cuerpo colegiado, en base a la regla 3ª del Art. 81 de la ley sustantiva penal, que regula el presente caso de concurrencia de infracciones, fueron las siguientes: dieciséis años de reclusión mayor

extraordinaria a los procesados A. Sánchez, L. Criollo, T. Freire, Y. Ortega y W. Chango, como autores de las referidas infracciones; a E. Quinga y L. López, ocho años de reclusión mayor ordinaria, en calidad de cómplices; y a los oficiales de policía H. Salazar y J. Ávila, dos años de prisión correccional, en calidad de encubridores. Además, se aceptó la acusación particular presentada por C. Velasteguí y T. López, condenándose a los reos al pago de daños y perjuicios.

Por lo tanto, dado que en este proceso penal los perpetradores *desaparecieron* el cadáver de la víctima, los medios de prueba sustitutivos de las diligencias de reconocimiento externo, identificación y autopsia que se valoraron en orden a establecer la existencia material de la infracción y la responsabilidad penal, en síntesis fueron:

- El testimonio de C. Velasteguí (fs. 62 a 64), cónyuge del occiso, refiriendo haber acompañado a la víctima al Terminal Terrestre de Ambato, donde esta última tomó un bus con destino a Esmeraldas, y haber regresado posteriormente a su casa. La declarante también corroboró la llamada que le hizo su cuñado L. López al día siguiente, en la que le informó que su esposo no había llegado a su destino y que, según conocía, lo bajaron del vehículo en que viajaba a la altura del Control de Tránsito Norte “tapándole la cara”;
- El testimonio de J. Pérez (fs. 45), manifestando ser propietario del vehículo en el que se movilizaba E. López, así como haber observado que al llegar al Control de Tránsito Norte de Ambato dos personas vestidas de civil hicieron bajar a un individuo que ocupaba el asiento No. 28, luego de que un policía diera la orden al conductor de que detuviera el autobús con el objeto de averiguar si los pasajeros portaban armas de fuego;
- El testimonio de J. Sánchez (fs. 47 a 48), indicando haber conducido el vehículo referido en el día y hora en que se suscitaron los hechos, y constatando también que un policía con chaleco fosforescente le ordenó detener las marchas, luego de lo cual dos personas subieron al automotor y detuvieron a un hombre, al que sacaron con el rostro cubierto con su propia camiseta;
- El testimonio de S. Núñez (fs. 48 a 49 vta.), ayudante del conductor del vehículo que iba a Esmeraldas, expresando que, al llegar al Control de Tránsito Norte, "fue parado el

bus al que subieron dos ciudadanos vestidos de civil, indicando que iban a hacer una revisión y solicitaron sus cédulas para luego bajar a una persona y le taparon la cabeza llevándolo a la caseta policial que existe ahí”;

- El testimonio de A. Pilacuán (fs. 44 a 45), que manifestó haber visto a E. López en una bodega de la Policía con la cara golpeada; y,

- La diligencia de inspección judicial realizada al mencionado cuartel de Policía de Ambato, en la que se descubrió un cuarto denominado *el aula*, construido con cemento armado, tumbado de loza y piso de cemento, provisto de una puerta grande con seguridades, cuatro ventanas que dan al patio donde se estacionan las motocicletas de los efectivos policiales, así como de lámparas fluorescentes, presumiblemente usadas durante los interrogatorios. Se sabe que antes de su muerte, en dicho lugar fue recluido y torturado E. López.

IMPORTANCIA DEL CAPÍTULO Y CONCLUSIONES

- El homicidio, como delito de *facti permanentis* o material, por su naturaleza produce resultados visibles (huellas, marcas, restos orgánicos) que, en cumplimiento de la cadena de custodia, deben ser adecuadamente recolectados y preservados, pues constituyen la columna vertebral de esta clase de infracciones.
- Mientras el objeto material de la infracción consiste en la persona o cosa sobre la que recae la acción delictiva, el cuerpo del delito es la comprobación conforme a derecho de un delito mediante la valoración de sus elementos objetivos, sin perjuicio de que una corriente jurídica minoritaria continúe asimilando la última figura con el resultado físico de la infracción, con alguno de sus elementos objetivos en particular o con el delito mismo.
- La ausencia de los resultados visibles del homicidio o de los instrumentos con los que se cometió, puede deberse a factores naturales o artificiales; pero utilizando las técnicas adecuadas, dichos elementos de prueba pueden ser recuperados aun en las circunstancias más adversas, en orden a establecer la existencia del delito y la responsabilidad penal.
- Aunque el Código de Procedimiento Penal del año 2000 no establezca de forma expresa que a falta de los vestigios del delito o, específicamente, del cadáver de la víctima, puedan ser elementos supletorios de esa ausencia otras pruebas que, en su conjunto, demuestren la infracción y la responsabilidad del reo, es inadmisibles que por un motivo así se sacrifique la justicia declarando de ipso facto la inexistencia del delito o la inocencia del presunto infractor, cuando abundan fuentes doctrinarias y jurisprudenciales que, en el caso que tratamos, refieren la perfecta admisibilidad de pruebas testimoniales e instrumentales.

- De los casos estudiados en este capítulo, se desprende que la pérdida o destrucción de prueba material en el homicidio es muy frecuente, ya que el perpetrador, por lo común, buscará desaparecer todo aquello que lo incrimine.

CAPÍTULO 6:

ESTUDIO DEL CASO DE LOS HERMANOS RESTREPO

6.1. Introducción

Al descender del vehículo, me sentí atraído por la pintoresca fachada de la vivienda y la tranquilidad que poblaba esa calle del sector de Miravalle, ubicado a cinco minutos al oriente de Quito. Era una mañana soleada de jueves, para muchos quizá un día más del año, pero para mí, una fecha imprescindible en el proceso de realización de este trabajo de licenciatura. Alguien, haciendo una pausa en sus ocupaciones, la había reservado para contarme su historia, la que yo deseaba escuchar de boca de quien la padeció en carne propia, pues tuvo por víctimas a sus hijos. Yo llevaba una libreta bajo el brazo, repleta de preguntas especialmente preparadas para la ocasión, algunas de las cuales talvez tardarán muchos años más en resolverse.

Mi padre me acompañaba, como un ciudadano más preocupado del acontecer nacional, y en especial, de los excesos de poder que entrado el Siglo XXI aún no desaparecen. Él también quería escuchar el testimonio de Pedro Restrepo Bermúdez, y aunque no lo notó, previo a que la esposa del ingeniero mecánico nos recibiera, me detuve unos segundos en la acera tratando de imaginar a dos menores de edad, sanos y alegres, caminando hacia su casa en ese mismo cálido mes de julio. En mi mente, ambos lucían sencillos, como cualquier adolescente, ignorantes de los peligros del mundo terrenal, muy entusiastas y, sobre todo, buenas personas. La escena que me figuré concluía súbitamente cuando uno de ellos golpeaba la puerta de calle, la misma a la que nosotros estábamos llamando, pues entonces asomaba la cruel realidad: jamás volvieron.

“Sigan, por favor”, dijo Martha Cecilia Arismendi cuando apareció en el umbral. Un cálido apretón de manos nos hizo sentir entre amigos. “Pedro los atenderá en seguida”, añadió.

Cruzamos el jardín y subimos la pequeña escalinata que conducía a la sala. Dentro, el ambiente era muy acogedor, justo el necesario para entablar una larga conversación. Se distinguía el buen gusto en la decoración, así como el toque hogareño que proporcionaban algunas fotografías dispuestas en paredes y mesas. Una instantánea recogía un momento en familia en el que aparecían los hermanos materia del presente caso.

Me sentía algo intranquilo, pues el objeto de nuestra visita a los Restrepo era tratar un tema profundamente sensible y controvertido, cuya discusión requería de la mayor prudencia, profesionalismo y objetividad. No deseaba echar a perder, por una inquietud indebidamente formulada o un planteamiento erróneo o tergiversado, el diálogo que significaría el fundamento mismo de la presente disertación, a más de aportar importantes elementos de juicio para comprender de mejor forma este gigantesco drama. A mi padre, en cambio, lo noté más resuelto. Cuando se habla con alguien sobre hechos realmente conmovedores, los años y la experiencia también cuentan.

Nuestro interlocutor arribó en seguida y nos acomodamos en el sillón, ése en el que durante tantos años se habían sentado un sinnúmero de periodistas e investigadores deseosos, como nosotros, de escuchar la versión enérgica, sincera e incansable de Pedro Restrepo sobre la pérdida de sus hijos. Un nudo me apretó la garganta cuando ideé nuevamente a los menores Santiago y Andrés reclinándose en aquel sitio para descansar, conversar con sus amigos, sus padres o, simplemente, para pasar el rato. A veces, incluso, daba la impresión de que ellos hablaban a través de su progenitor, quizá porque, como toda familia de robustos valores, los unía con él y Luz Helena un vínculo indisoluble de cariño y confianza.

Antes de iniciar, traté de ordenar el cúmulo de ideas que me rondaban la cabeza, muchas de las cuales provenían, entre otras fuentes, de textos que había consultado para la cita, reportajes ampliamente difundidos sobre el tema, las contradictorias

declaraciones de los mismos procesados y uno que otro artículo o noticia que cada cierto tiempo publican los periódicos en torno al caso. Abrí mi libreta de apuntes y a manera de encabezamiento, anoté: “Jueves 23 de julio del 2009, las 10h00”. Luego, con el consentimiento del ingeniero Restrepo, encendí la grabadora portátil que llevé para que no se me escapara ningún dato relevante al momento de organizar la información. Como preámbulo, le agradecí por concedernos la entrevista.

“¿Empezamos con sus inquietudes o desea que primero le cuente la historia?”, me preguntó nuestro anfitrión, reparando en el pliego de cuestiones que yo tenía en la mano.

Esa misma pregunta, como parte del protocolo, seguramente la había tenido que hacer cientos de veces a todas las personas que con el mismo propósito lo visitaban en su domicilio; pero no la formuló con desdén ni compromiso, sino con el interés característico de quien desea aportar al conocimiento de un futuro profesional.

“Quisiera escuchar primero la historia e ir formulando mis preguntas a medida que ésta avance”, le pedí. Y así fue.

Sereno, minucioso, convincente, el padre de quienes en vida fueron Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi inició su testimonio narrando sucesos concretos que posteriormente iba relacionando entre sí, como piezas de un gigantesco rompecabezas. Hablaba pausado, de forma que se comprendiera el alcance de cada frase, con la destreza propia de quien domina el hilo de la argumentación. Todo lo que decía tenía lógica, parecía veraz, transparente. Solo una vez se quebró su voz y tuvo que contener una lágrima, y fue cuando le pregunté cómo eran sus hijos.

“El mayor era muy pacífico, hábil para el laboratorio, amante de la naturaleza y de los animales, exitoso estudiante, siempre puntual en sus actividades, muy serio y formal”, me explicó, como quien describe un lugar en el que ha estado numerosas veces y al que añora poder regresar. Sobre Andrés, refirió que “era más intrépido y lisonjero, le encantaba el deporte, la aventura y la música. Eran de personalidades muy distintas”.

El tiempo que duró la entrevista no es tan importante como aquello sobre lo que trató: cómo arrancó la odisea, las múltiples gestiones realizadas para localizar a “los niños” (como siempre los llamaban con afecto), los obstáculos que se tuvo que enfrentar durante el proceso, el interés de la Policía y otras altas autoridades por ocultar los hechos, las diversas teorías del caso formuladas por los abogados que fueron consultados, el papel que desempeñaron los testigos, etc. El ingeniero Restrepo, pese a los años transcurridos desde la desaparición de sus hijos, conservaba el recuerdo intacto de cada una de las fases en que se desarrolló la tragedia, precisando, durante su intervención, qué elementos de la misma podían representar un aporte concreto para el objeto de esta disertación.

Mientras escribo estas líneas, ha transcurrido algún tiempo desde aquella entrevista, pero puedo aseverar que la síntesis que pongo a disposición es la fiel recopilación de cuanto se dijo ese día, complementada con datos de dos enriquecedoras obras dedicadas al estudio de este caso: el citado texto de *“El amor contra el poder”*, de Claude Roulet y Dora Quintero, y la cronología *“Caso Restrepo: crimen de Estado”*, de la periodista Mariana Neira, Editorial “Eskeletra”, Quito, 1998, así como de un análisis de las sentencias emitidas por los tribunales donde se sustanció.

Las siguientes páginas, de igual forma, obedecen a una promesa, pues ofrecí al ingeniero Restrepo que una parte de esta disertación trataría exclusivamente sobre lo acontecido con sus hijos.

A la memoria de los dos jóvenes, que siguen sumidos en el cruel y misterioso fenómeno de la desaparición, dedico el presente capítulo.

6.2. Los hechos

- **Contexto socio-político**

El 28 de diciembre de 1987, Jorge Luis Ochoa Vásquez, narcotraficante colombiano, fue liberado en su país por un recurso de hábeas corpus. La noticia se difundió rápidamente, pues se trataba de uno de los fundadores del Cartel de Medellín, junto con sus hermanos Fabio y Juan David, los temidos Pablo Escobar Gaviria, Gonzalo Rodríguez Gacha y Carlos Lehder Rivas. Días después, se emitió una nueva orden de captura en su contra con fines de extradición hacia los Estados Unidos, ofreciendo el Gobierno colombiano una recompensa de 500 mil dólares por información sobre su paradero. No se sabe si por la tentadora recompensa o en un afán de cooperación interinstitucional, la Policía ecuatoriana se puso inmediatamente en alerta, ante la posibilidad de que Ochoa pudiera haber huido a nuestro territorio.

Mientras, León Febres-Cordero se encontraba en su último año de gobierno. Su mayor consigna seguía siendo la feroz lucha contra la subversión y el terrorismo. Gran parte de la gestión presidencial se centró en acabar con los grupos irregulares más conocidos de la época: *Alfaro Vive ¡Carajo!* y *Monteras Patrias Libres*, impartiendo las órdenes pertinentes para el continuo montaje de operativos en búsqueda de insurgentes. Tampoco era infrecuente la fuga de guerrilleros colombianos del *Movimiento Revolucionario 19 de Abril (M-19)* hacia el Ecuador, por lo cual, la Dirección Nacional de Investigaciones e Interpol se encontraba en estado de permanente sigilo, rastreando cualquier desplazamiento sospechoso a lo largo o dentro de las fronteras.

En esa época, las tareas de interrogatorio preliminar y detención de todo presunto delincuente estaban a cargo del tristemente célebre Servicio de Investigación Criminal (SIC), también conocido como Unidad de Investigaciones Especiales (UIES), que para estos fines estaba dividido en las brigadas de homicidios, automotores, propiedad, menores, misceláneos y el SIC-10. El organismo contaba con dependencias en las distintas provincias. La de Pichincha estaba localizada en el sector de Pusuquí, al norte

de la capital, y tenía unos pocos calabozos destinados a la detención provisional de todo presunto infractor.

El SIC-10, por su parte, se dedicaba específicamente a labores de inteligencia. En esos años tenía como cabeza a Gustavo Lemus Larrea, conocido como *El Mariscal*, asesor de seguridad del ministro de Gobierno, Luis Robles Plaza (que resultó censurado por el Congreso Nacional en 1987, imputado por violaciones a derechos humanos, pero fue ratificado en el cargo por el Primer Mandatario). Tanto Lemus Larrea como Robles Plaza fueron acusados en 1992 por el entonces ministro fiscal general (e), Alfredo Alvear, de autorizar a sus subordinados el empleo de tortura como método de indagación.

Por otra parte, entre 1986 y 1988, prestó sus servicios como asesor de seguridad de la Presidencia de la República el israelí Ran Gazit, impartiendo al personal del SIC minuciosas técnicas en la aplicación de *la funda, el potro, el garrote*, el ahogamiento, el desprendimiento de uñas, las descargas de electricidad en los genitales, entre otros métodos que permitían *arrancar confesiones*. Este hecho motivó, incluso, que el 18 de enero de 1990, el ex presidente de la Corte Suprema de Justicia, Ramiro Larrea Santos, dictara orden de prisión preventiva en contra de León Febres-Cordero, por los 150 mil dólares que se destinaron al *experto* para el entrenamiento de la Policía en esos actos inhumanos.

En resumen, podríamos decir que el contexto socio-político de la desaparición de los hermanos Restrepo fue el siguiente: un Gobierno empeinado en perseguir y exterminar todo tipo de oposición armada; una policía sádicamente adiestrada para combatir la disidencia, forzar confesiones en quien por su acento, apariencia o comportamiento, pudiera ser confundido con narcotraficante o guerrillero; un país vecino demandando cooperación en la búsqueda de prófugos que, según se rumoreaba, encontraban en el Ecuador su escondite habitual; la proximidad de unas elecciones presidenciales; inseguridad y temor generalizados; múltiples arrestos arbitrarios y denuncias de abusos de poder.

También hay quienes sitúan la desaparición de los dos menores en un contexto en el que la Policía deseaba justificar a la ciudadanía su *gestión*, ante un generalizado criterio de falta de resultados, o incluso para recibir alguna clase de reconocimiento de mayor nivel. No es coincidencia que los coroneles Gilberto Molina, director nacional de Investigaciones e Interpol (DINIEI), y Gustavo Gallegos, jefe la Interpol de Pichincha, hayan dirigido la campaña de mejoramiento de la imagen policial que inició el 1° de enero de 1988, cuando el Congreso Nacional debatía a la par una ley para su beneficio. En esas circunstancias, llega desde Colombia el pedido de localización de Juan Carlos Ochoa, y de esta forma, la oportunidad que muchos altos mandos esperaban para reivindicar a toda su generación o ser personalmente promovidos. “El fin justifica los medios”, dirán a manera de conclusión algunas mentes perversas.

Para Pedro Restrepo, todos los argumentos referidos pueden ser relacionados con la muerte de sus hijos, siempre que no se dirijan a disfrazar u ocultar la idea del terrorismo de Estado, entendido en su forma de expresión más pura, es decir, como el conjunto de métodos ilegítimos orientados a inducir el miedo dentro de la población civil para alcanzar ciertos objetivos sociales, políticos o militares, o fomentar comportamientos como el odio y el rechazo hacia un grupo preestablecido.

En definitiva, el conocido caso de los jóvenes colomboecuatorianos, tuvo su génesis en un clima de grave agitación de los más diversos órdenes, aunque como todo suceso que conmueve incluso el alma más endurecida, también dejó valiosas enseñanzas.

- **La rutina de la familia**

Pedro Restrepo Bermúdez y Luz Helena Arismendi contrajeron matrimonio el 27 de septiembre de 1969. Provenían de familias antioqueñas de corte tradicional, pero de diferentes características. Tiempo después, él recibió una oferta de su hermano Rodolfo para el cargo de Jefe de Servicios Industriales de la fábrica textil “La Internacional”, en Quito, al que este último no accedió por la negativa de su esposa a vivir en la capital ecuatoriana.

Viendo que el panorama profesional era bueno, Pedro y Luz Helena se radicaron en Ecuador a comienzos de 1970. Su primer hijo, Santiago, nació el 27 de octubre del mismo año. Andrés llegó al mundo el 19 de noviembre de 1973. María Fernanda lo hizo el 1º de diciembre de 1977. Durante los últimos años, la rutina de Pedro fue levantarlos a las 06h00, desayunar con ellos algo ligero, llevarlos a clases (estudiaban en el colegio Ecuatoriano Suizo) e ir al trabajo. Después de las 13h00, los recogía de la escuela, almorzaban juntos y los ayudaba en sus tareas.

En sus momentos libres, los niños salían a divertirse con amigos o jugaban en la piscina. A las 18h00, Pedro dictaba sus conferencias sobre administración, mantenimiento y control de calidad en *Planificación Económica y Empresarial*, una organización que capacitaba a gerentes y supervisores. Regresaba a las 21h00. Luz Helena, madre abnegada, lo ayudaba en todo lo que podía.

- **El viaje**

Y llegó el viernes 8 de enero de 1988. Para entonces, Santiago, el hijo mayor, se había graduado de bachiller y cursaba el primer año de Medicina en la Universidad Central, donde tenía clases a partir de las 11h00. Él y Andrés tenían previsto ir esa mañana a despedir a su amigo Francisco Pazmiño, que viajaba a los Estados Unidos. El hermano menor no tuvo clases por una reunión académica de profesores. Sus padres, en cambio, se preparaban para salir a la playa, donde se encontrarían con unos familiares que habían llegado de Cali. A las 05h00 se despidieron de los pequeños con un beso y entregaron al mayor las llaves y la matrícula del Trooper (Santiago manejaba muy bien).

Horas después, los dos varones fueron a dejar a su hermana María Fernanda a la escuela y regresaron a casa. Aproximadamente a las 09h30, salieron nuevamente en el vehículo para atender su compromiso. La empleada Edorita Lara (a quien llamaban *Dora*), les recordó que no olvidaran recoger a la una de la tarde a su hermana.

Ese día, Santiago, de 17 años, vestía un pantalón jean azul (con el equivalente a 14 dólares en el bolsillo, para gasolina u otras contingencias), camisa color crema y zapatos de cuero color café. También portaba su mochila impermeable color azul, que contenía sus libros y cuadernos y su mandil blanco. Andrés, de 14 años, se puso un saco cerrado con rayas rojas y grises, pantalón con cuadros negros y blancos, zapatos tenis azules y en su bolsillo guardó una billetera negra con el equivalente a 40 dólares, obsequiados por su padre para que se comprara un reloj Swatch, igual al de su hermano.

La intención de los menores era ir primero a la casa de Francisco, ubicada en el barrio Batán Bajo, para luego acompañar a su amigo al aeropuerto. Santiago, que iba al volante, salió con su hermano del sector de Miravalle, tomando la vía que baja a Cumbayá. Minutos después, al llegar al punto que se conocía como Partidero a Tumbaco (actual Túnel Guayasamín), se alarmaron por la presencia de un patrullero y un grupo de policías (Santiago no tenía licencia). En posteriores declaraciones, Mary Schwaire, vecina de los Restrepo, que a esa hora regresaba de Quito de dejar a su hija en el colegio, confirmó que en el lugar había entre 8 a 10 agentes uniformados revisando documentación a los conductores. Este aparente chequeo de rutina podía ser parte del operativo de búsqueda de Jorge Luis Ochoa.

Preocupada porque Andrés y Santiago no fueron a retirar por la tarde a su hermana del colegio y porque tampoco llegaron a dormir, la empleada Dora Lara llamó al día siguiente a los amigos de los chicos y a las amigas más cercanas de Luz Helena, tratando localizar a los niños, pero a pesar de sus esfuerzos (llamadas a cuarteles policiales, hospitales, morgue, etc.) no logró dar con su paradero.

La pareja de esposos llegó a casa el domingo 10 de enero, en horas de la tarde. En el sitio encontraron una multitud de amigos de la familia, quienes por separado les contaron que los jóvenes no aparecían. Pedro, según una frase que emplea con frecuencia para referirse al momento, “sintió que el mundo se le vino encima”. Luz Helena, aterrada, estalló en lamentos. Anímicamente, fue como si ella hubiera *muerto* ese instante. A partir de entonces, empezó el drama de ambos y la larga e infatigable peregrinación por diversas entidades públicas, noches enteras sin dormir y un estado de incertidumbre que con el transcurso de los días se convertiría en un verdadero martirio.

- **Empieza la búsqueda**

Al día siguiente, llamaron a Martha Ramos, amiga de la familia que tomó las últimas fotos que se tiene de los niños y que son las más difundidas, pero no sabía nada de ellos. También contactaron al agregado policial de la Embajada colombiana, Roso José Serrano, que realizó, infructuosamente, las primeras investigaciones para determinar si los jóvenes habían sido detenidos, si se encontraban en las dependencias de la Interpol, los calabozos del SIC, la Policía de Tránsito, el patio de carros chocados, etc., pero no pudo obtener ninguna pista. Hasta aproximadamente las 17h00, amigos de la familia, acompañados por algunos voluntarios, buscaron en los alrededores a Santiago y Andrés, incluyendo la Quebrada Paccha, ubicada cerca de su domicilio, sin resultados.

Minutos después, Mariana Moncayo, madre de un grupo de scouts amigos de los niños, llamó para comentar a sus padres que tenía una información según la cual Santiago y Andrés se encontraban desde el viernes anterior en el Centro de Detención Provisional (CDP). La familia inmediatamente se trasladó al lugar, ubicado junto al ex Penal García Moreno de Quito, donde extrañamente se les informó que no había nadie con los nombres de los menores. Profundamente desilusionados, Pedro Restrepo y su esposa regresaron a casa. Su único consuelo seguía siendo la solidaridad de sus allegados.

La primera información contundente llegó el 12 de enero, cuando un radioaficionado amigo de la familia que envió al aire el suceso de la desaparición de los hermanos, acudió para indicarles que una oyente, María Alicia Yépez de Jervis, había visto el sábado, en un lugar despoblado de San Antonio de Pichincha, un Trooper de placas PHD-335 (las mismas que tenía el vehículo en el que viajaron Santiago y Andrés). Este dato estaba corroborado por el testimonio de algunos campesinos, que aseguraron que el automóvil permaneció allí hasta por lo menos las 07h00 del domingo 10 de enero. La informante indicó que ese sábado, aproximadamente a las 17h30, una camioneta arribó al lugar con cuatro personas: dos jóvenes y dos adultos, que al descender empujaron a los chicos en dirección al Trooper. Cuando le mostraron las fotografías de los menores, la señora Yépez reconoció al mayor.

El sitio donde se produjeron estos incidentes está ubicado a dos kilómetros de la Escuela Superior de Policía “General Alberto Enríquez Gallo”, en el sector de Pusuquí, donde operaba el SIC-10, organización que, según explicamos, estaba destinada al combate de la insurgencia y que en esa época dirigía el mayor Edgar Vaca Vinuesa. Entonces, empezó a configurarse la sospecha de que los menores podían encontrarse detenidos en dicha unidad antiguerrillera, presunción que se hizo más fuerte cuando el jueves 14 de enero, Miguel Arellano Rodríguez, general del Ejército y jefe de Inteligencia Militar, comunicó a Pedro que estaba totalmente seguro de ello. Añadió que la razón de la detención radicaba en que los menores estaban siendo investigados “por algún delito menor”.

El general Arellano le propuso a Pedro que acudiera al también general Milton Andrade, comandante general de la Policía Nacional, quien luego de ser consultado sobre la información disponible, negó tener conocimiento de que los niños estuvieran detenidos. Paralelamente, Pacífico de los Reyes, un investigador privado que acababa de contratar la familia, aseveró que según los datos que había conseguido recopilar, los menores iban a ser devueltos entre las 24h00 y las 06h00 del viernes 15 de enero. Pese a que sus padres prepararon toda una bienvenida, el ansiado regreso de los muchachos no ocurrió.

Previo a abordar la infiltración de la Policía en la familia Restrepo a través de Doris Morán Rivadeneira, cabe indicar que durante la primera semana de la desaparición de Santiago y Andrés, Pedro y Luz Helena proporcionaron unas fotografías de los menores al diario “El Comercio”, que se convirtió en el primer medio impreso en difundir una noticia relacionada con este caso (ver Anexo 3, p. 170).

- **El papel de la ‘investigadora’ Doris Morán**

Cuatro días después del *viaje sin retorno* emprendido por Santiago y Andrés, la subteniente de Policía Doris Morán se presentó en la casa de la familia Restrepo como la encargada de la investigación del caso. Con apenas 22 años de edad, el 8 enero de 1988 ella era Jefa de la Brigada de Menores del SIC, y, como posteriormente se

determinó su verdadero interés siempre fue informarse de cuanto sospechaban Pedro y Luz Helena de lo sucedido con sus hijos, pues para entonces la oficial conocía del asesinato del menor de ellos. Rápidamente se ganó la confianza de los padres para así desviar el curso de los acontecimientos y favorecer la impunidad de los autores del crimen.

A través de una frase que se hizo muy común en ella: “El silencio protege la vida de los niños, el silencio les salva”, Doris Morán se preocupó desde el principio de que la familia de los menores desaparecidos evitara todo contacto con los medios de comunicación y no denunciara el hecho ante organismos internacionales. Hábilmente, distrajo la atención de Pedro y Luz Helena hacia el norte del país, luego hacia Santo Domingo de los Colorados (actual provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas), e incluso hacia la costa ecuatoriana, como posibles lugares en los que se podrían encontrar los jóvenes. A fin de dotar a sus supuestas pistas de credibilidad, se fraguó un *informante anónimo* que, según afirmaba, le daba instrucciones cada cierto tiempo.

A la investigación también se unieron el agente Víctor Badillo Alvear y el sargento de Policía Guillermo Llerena Herrera (ambos resultaron después condenados por el asesinato de los menores). Junto a Doris Morán, partieron el jueves 4 de febrero rumbo a Santo Domingo, donde el referido *informante* aseguraba haber localizado a los menores. Esa tarde, Aída Rivadeneira, madre de la subteniente, que mediante astutas maniobras también logró hacerse de la confianza de la familia Restrepo, llamó por teléfono indicando que su hija “en ese momento estaba persiguiendo a dos carros, uno blanco y otro de color abano, conducido por narcotraficantes y guerrilleros que llevaban a los niños”.

Doris Morán regresó el 8 de febrero de su supuesta misión en Santo Domingo, a bordo del vehículo que Pedro le había facilitado por la gentileza de un amigo. Amarga fue la sorpresa de la familia cuando advirtieron que el automóvil sólo había recorrido unos pocos kilómetros y que, por lo tanto, ni siquiera había salido de Quito. La oficial aseguró que durante la persecución, por un “pequeño detalle” perdió las pistas, pero que cada vez encontraba algún dato nuevo o indicio relacionado con los niños. Entre

sollozos, reiteraba que merecía una nueva oportunidad y prometía que traería de regreso a Santiago y Andrés.

Al día siguiente, la subteniente llegó con una nueva noticia del *informante*, según la cual el vehículo en el que desaparecieron los menores había sido localizado en el Comité del Pueblo (barrio del norte de Quito) por unos moradores. Pidió una copia de la llave del carro y partió con ella para recogerlo. A partir de entonces, se perdió por un tiempo y nunca pudo justificar la realización del viaje. Continuó engañando a Pedro y Luz Helena respecto al paradero de los jóvenes e incluso relacionaba su desaparición con eventuales nexos entre la familia Restrepo y el tráfico ilícito de estupefacientes. Pasó el tiempo y Aída Rivadeneira ofreció el regreso de los muchachos para Semana Santa, cosa que tampoco ocurrió. Cuando se le increpaba, aducía que “había surgido algún problema que impidió la llegada de los guaguas”.

- **El ‘hallazgo’ del zapato**

El 20 de julio, el mayor de Policía Gabriel del Pozo constituyó un nuevo grupo especial de trabajo para la investigación del caso, conformado por efectivos del Grupo de Intervención y Rescate (GIR), la Unidad de Investigaciones Especiales (UIES) y el Servicio de Investigación Criminal de Pichincha (SIC-P). Este último grupo seguía representado por Doris Morán, y luego de lo que calificó como “minuciosas operaciones de búsqueda en la Quebrada Paccha”, sus miembros afirmaron haber encontrado un zapato perteneciente a Santiago; pero este objeto, conforme Pedro deduciría después, resultó colocado por la misma Policía en ese lugar, a fin de que ésta pudiera sustentar la tristemente célebre tesis del accidente de tránsito, sobre la que profundizaremos en seguida.

Con ese antecedente, ocho días después llegaron a la casa de la familia Restrepo los tenientes de Policía Edmundo Mera Hernández y Miguel Ángel Chiriboga, portando un maletín que lo abrieron en presencia de Dora Lara. En su interior, estaba el zapato, que la empleada reconoció rápidamente como perteneciente al hijo mayor. Los oficiales aseguraron haberlo encontrado encima de unas hierbas en la quebrada inspeccionada;

sin embargo, y según lo corroboró después Luz Helena, la suela estaba desgastada, pese a que el día del viaje Santiago estrenó el calzado, y no tenía señales de haber permanecido a la intemperie durante seis meses, hechos que la Policía no pudo explicar.

- **Simulacro de un accidente de tránsito**

El miércoles 17 de febrero de 1988, a eso de las 18h30, Pedro Restrepo conoció, a través de sus vecinos, que obreros de la Empresa Municipal de Agua Potable habían encontrado en las laderas de la Quebrada Paccha las placas de un carro, unas moquetas, un pedazo de tela y otras evidencias.

Valiéndose de una grúa, Pedro y unos amigos lograron sacar los restos del vehículo en el sitio indicado, pero no hallaron sangre ni vestigios humanos. Habían sido sustraídas las partes más valiosas, incluyendo el motor y la caja de cambios. También encontraron un volante, pero que no pertenecía al Trooper. Las latas parecían haber sido prensadas por un rodillo, lo cual alteró su color original.

Todo lo anterior apuntaba a la simulación de un accidente de tránsito. En efecto, muchas evidencias ponían en tela de duda la eventualidad de que Santiago y Andrés se hubieran precipitado por la quebrada durante el viaje, p. ej., el switch del vehículo estaba en *off* y le faltaba la llave, por lo tanto, el Trooper no había caído encendido; en el sector nadie vio, escuchó ni sintió el supuesto accidente; los días 10, 11 y 12 de enero del referido año, grupos de scouts, voluntarios de la Cruz Roja y de la Defensa Civil rastrearon esas laderas sin haber visto nada; adicionalmente, no había fragmentos de vidrio en la zona.

- **La labor del Departamento Administrativo de Seguridad de Colombia (DAS)**

En abril de 1990, el Gobierno ecuatoriano, a pedido de la familia Restrepo, autorizó que dos representantes del DAS colombiano elaboraran un informe sobre este polémico caso. Algunas de sus conclusiones, publicadas el 27 de junio de ese año

en la revista colombiana “Cromos” bajo el título: “Inteligencia ecuatoriana desapareció a los Restrepo”, fueron:

1. El viernes 8 de enero de 1988 hubo un operativo policial en el lugar conocido como Partidero a Tumbaco;
2. Los menores Pedro Andrés y Carlos Santiago Restrepo Arismendi sí estuvieron detenidos en el Centro de Detención Provisional (CDP), presuntamente imputados por robo de automotores, y fueron posteriormente sacados de allí con rumbo desconocido;
3. La posibilidad de que haya ocurrido un accidente de tránsito queda totalmente descartada;
4. Se considera que el móvil principal de la detención de los hermanos Restrepo fue la necesidad que tenían ciertos miembros de la Policía de apropiarse de un vehículo de las mismas características del que conducían los menores, para lo cual aprovecharon que éstos no tenían licencia; y,
5. Tomando en cuenta que la familia Restrepo no registra antecedentes delictivos y que es digna de toda respetabilidad, la versión policial que relaciona la desaparición de los dos menores de edad con el narcotráfico, la subversión o eventuales motivos personales que habrían tenido para abandonar el hogar, resulta totalmente infundada.

- **El ‘contrainforme’ de la Policía**

Desvirtuando las afirmaciones del DAS, el *Equipo de Defensa Institucional de la Policía* que conformó el coronel Gustavo Gallegos, director nacional de Investigaciones e Interpol, por orden del general Gilberto Molina, nombrado el 14 de agosto de 1989 Comandante General de la institución, elaboró su propio informe del caso, conocido como el *Informe Gallegos*, fechado 28 de junio de 1990. Algunas de sus conclusiones, no transcritas literalmente, fueron:

1. Del cuadro de pluviosidad proporcionado por el Instituto Nacional de Meteorología y Recursos Hidráulicos (INAMHI), se desprende que las velocidades hidrográficas durante el invierno son altas y tienen, por lo tanto, capacidad para producir arrastre de cuerpos pesados, incluyendo los correspondientes a personas, animales y aun algún tipo de maderas;

2. Los cuerpos de densidades altas como las correspondientes a motores, pueden anclarse fácilmente a lo largo del siguiente trayecto: Quebrada El Batán, Río Machángara, Río San Pedro (afluente del Río Guayllabamba) y el Río Esmeraldas, tanto más que, siendo lechos altamente pedregosos, facilitan su retención;

3. Existe la posibilidad de que algunos cuerpos orgánicos desaparezcan por la ingestión y digestión de la fauna acuática de la fase fluvio-marina, lo que determina la probable depositación de esqueletos íntegros o fraccionados, que también pueden ser arrastrados, aunque lentamente, en el último tramo del Río Esmeraldas; y,

4. Hubo desprendimiento del motor, la caja de cambios de su base de sujeción y la carrocería a consecuencia de la altura de la que cayó el vehículo y los impactos contra las rocas.

El informe, con una extensión de 400 páginas pobladas de argumentos fútiles y superficiales, únicamente se dedicaba a replicar caprichosamente a quienes negaban la tesis del accidente de tránsito. No aclaraba circunstancias como la de que el zapato, supuestamente hallado por la Policía en la quebrada donde se habría producido el accidente, carecía de rastros de haber permanecido a la intemperie; que no se haya encontrado fragmentos de vidrio; que el bordillo de la acera aladaña a la quebrada haya estado intacto y que en el sector nadie haya escuchado o sentido el supuesto accidente.

- **Las revelaciones de Hugo España**

En mayo de 1991, el doctor Mentor Poveda, ex vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales, se puso en contacto con Pedro y Luz Helena como abogado en libre

ejercicio dispuesto a ayudarles. Afirmó conocer a un ex agente que tenía información sobre lo sucedido con los niños. Tras varias entrevistas previas, les presentó a Hugo España Torres, un antiguo miembro de la Unidad de Investigaciones Especiales (UIES), que a la fecha de la desaparición de Santiago y Andrés era clase de llaves (custodio de celdas) en los calabozos del SIC-P. Este ex agente aseguró haber recibido a los menores el 8 de enero de 1988.

En el segundo encuentro, España les narró que alrededor de las 20h30 de aquel día, llegó el sargento Guillermo Llerena y le entregó, en calidad de detenidos, a ambos chicos, disponiéndole que fueran inmediatamente colocados en sitios separados e incomunicados dentro de las celdas. Él hizo lo ordenado, anotando el ingreso de los muchachos en el Libro de Calabozos.

España añadió que aproximadamente veinte minutos después, reapareció Llerena y se llevó al mayor de los hermanos a otra sección de los calabozos, presumiblemente para torturarlo. Al cabo de una hora, lo regresó a su celda con ayuda de un agente apodado *El Chocolate* (hasta el día de hoy no se ha podido identificarlo). Los policías arrastraban el cuerpo del muchacho inconsciente y con claras señales de haber recibido agresiones físicas. Pretendieron introducirlo nuevamente en su celda, pero al verlo en ese estado, España se negó a recibirlo, por temor a que muriera y él apareciera como responsable. Entonces, Llerena se lo llevó junto con su hermano menor aduciendo que iba a hacer una llamada telefónica, pero no volvió más.

También indicó que el 11 de enero se llevó a cabo una reunión en la oficina del jefe del SIC-P, coronel Trajano Barrionuevo, el cual ordenó a España alistarse para una *misión nocturna* que tendría lugar esa noche, al mando de Llerena. En el sitio se encontraban los dos policías que tres días antes arrastraron el cuerpo inerte de Santiago de regreso a su celda, el agente Víctor Badillo, el mismo clase de llaves, entre otros. La disposición final de Barrionuevo fue que nadie hablara de aquel encuentro.

Además, España refirió que en horas de la noche, los confabulados se dirigieron a las cuevas de Guápulo para recoger unas bolsas de plástico de color negro, en cuyo interior España observó cadáveres humanos descuartizados. Las bolsas fueron luego

introducidas en la parte trasera de un Trooper color rojo. En dicho vehículo, el grupo partió rumbo a la Laguna de Yambo, ubicada en la provincia de Cotopaxi, a donde arribaron la madrugada del 12 de enero. Una vez allí, Llerena ordenó meter piedras y arena en las fundas, para que pesaran más. Hecho esto, el agente Badillo y el no identificado *Chocolate*, navegaron en un bote inflable hasta la mitad de la laguna, donde arrojaron las fundas al agua, para luego regresar a Quito.

Había aparecido la *prueba estrella* de este complejo caso.

- **La Comisión Especial Investigadora**

El 13 de julio de 1990, el entonces presidente de la República, Rodrigo Borja Cevallos, emitió el Decreto Ejecutivo No. 1662 de Creación de la Comisión Especial Investigadora para que realizara “toda clase indagaciones y análisis en torno a la desaparición de los hermanos Restrepo Arismendi”. Mediante oficio dirigido a la familia Restrepo, el Primer Mandatario señaló que la referida comisión “estaba provista de las más amplias facultades para indagar, analizar y evaluar las investigaciones hechas y otras que pudieran hacerse en torno al penoso desaparecimiento de Carlos Santiago y Pedro Andrés”.

La comisión estuvo integrada por las siguientes personalidades: Toine van Dongen, del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones; el doctor Apolinar Díaz Callejas, fundador del Comité Colombiano de Defensa de los Derechos Humanos; el doctor Juan de Dios Parra, secretario general de la Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos; el doctor Guillermo Arismendi Díaz, tío de los menores desaparecidos, en representación de la familia Restrepo; el doctor Gustavo Medina López, a la época procurador general del Estado; y, finalmente, la doctora Isabel Robalino, representante de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana.

Para el cumplimiento de su labor, el grupo partió de tres hipótesis en orden ascendente de prioridades: 1) Abandono voluntario del hogar; 2) Accidente de tránsito; y, 3) Hecho

delictivo de la Policía. Luego de catorce meses de investigación, emitió su informe denominado *Arrancados del Hogar*. Las conclusiones a las que llegó fueron:

1. No hubo abandono voluntario del hogar;
2. Los hermanos Restrepo desaparecieron en manos de miembros de la Policía Nacional;
3. Hubo negligencia en las indagaciones de la Policía y también esfuerzos explícitos de miembros de la misma por encubrir los hechos ilícitos de este caso; y,
4. Aunque los menores no han sido encontrados todavía, se sabe que están sin vida.

El documento fue entregado de forma oficial el 2 de septiembre de 1991 al Gobierno Nacional, en una ceremonia especial. En el acto, se anunció que la comisión continuaría su trabajo para aclarar otros casos de violaciones a los derechos humanos, promesa que, sin embargo, fue diluyéndose en el tiempo.

Antes de la realización de dicha entrega oficial, el 12 de agosto de 1991, dos representantes de la comisión presentaron ante la Comisaría Nacional Segunda de Policía la denuncia sobre la responsabilidad de la Policía en la desaparición de Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi, adjuntando el informe correspondiente.

Había empezado la *fase judicial* de este caso.

6.3. Fase judicial

El estudio de esta fase, sustanciada de conformidad con el Código de Procedimiento Penal de 1983, lo dividiremos en dos partes: una corresponderá a la síntesis de los fallos de primer y segundo nivel, mientras que en la otra haremos un análisis crítico de la resolución del proceso.

- **Síntesis de los fallos de primera y segunda instancia**

Con el antecedente de la denuncia presentada ante el Comisario Nacional Segundo de Policía del Cantón Quito por los doctores Juan de Dios Parra y Guillermo Arismendi Díaz, miembros de la Comisión Especial Investigadora de la Desaparición de los Hermanos Restrepo, el mencionado juez instructor dictó auto cabeza de proceso el 15 de agosto de 1991, sindicando con orden de prisión preventiva a G. Llerena, y en días subsiguientes, con la misma medida de apremio personal a H. España, V. Badillo y D. Morán.

Concluida la fase de instrucción a cargo del citado comisario, el sumario, previo sorteo legal, continuó su trámite ante el Juez Quinto de lo Penal de Pichincha, que en mérito de las constancias de autos, y en especial, de la copia certificada del Informe de la Comisión Especial Investigadora, confirmó, mediante providencia del 6 de septiembre de 1991, la orden de prisión preventiva en contra de los referidos procesados, haciendo también extensivo el sumario con igual orden de prisión preventiva en contra de G. Molina, T. Barrionuevo, C. Gallegos, J. M. Sosa, entre otros.

Debido al fuero especial del ex comandante general de la Policía Nacional, general (r) Gilberto Molina, el citado Juez Quinto de lo Penal de Pichincha remitió el cuaderno procesal al entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Walter Carrera Vivanco, competente para continuar la sustanciación de la causa. Dicho funcionario declaró concluida la fase sumarial o de investigación el 27 de abril de 1992, dictando auto resolutivo de apertura al plenario (actual auto de llamamiento a juicio, en el cual el juez declara que existe mérito para que se realice una audiencia de juzgamiento ante un tribunal penal en contra de los procesados, indicando el grado de participación en el que se los acusa), por existir graves presunciones de participación en los delitos concurrentes y conexos de privación ilegal y arbitraria de libertad, torturas y asesinato de los menores Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi, así como de destrucción de bienes, es decir, del vehículo Trooper placas PHD-355, en contra de los nombrados G. Llerena y V. Badillo (en calidad de autores), J. Sosa, C. Barrionuevo y D. Morán (en calidad de cómplices), así como de G. Molina y H. España (en calidad de encubridores).

Por otra parte, el presidente del máximo órgano de justicia dictó sobreseimiento provisional a favor de C. Gallegos y sobreseimiento definitivo a favor de los ex ministros de Gobierno Robles Plaza, Moeller Freire y los restantes procesados. El citado auto fue confirmado en todas sus partes por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Suprema el 31 de mayo de 1994.

Ejecutoriado el auto de apertura al plenario, luego de la evacuación de pruebas de cargo y descargo, el nuevo presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Francisco Acosta Yépez, dictó sentencia con fecha 15 de noviembre de 1994, para lo cual realizó las consideraciones que a continuación exponemos en su parte medular:

1. Al término de la etapa sumarial, el informe de la Comisión Especial Investigadora, incorporado al expediente a través de copias certificadas (fs. 119 a 155), arrojó presunciones graves y fundadas de que los hermanos Restrepo fueron víctimas de los delitos concurrentes y conexos de privación ilegal y arbitraria de libertad, torturas y asesinato, por lo cual se emitió auto de llamamiento a plenario en contra de los procesados en los referidos grados de participación;

2. A lo largo del proceso judicial, se debatieron dos versiones concretas sobre la desaparición de los dos menores de edad, sustancialmente diversas y excluyentes entre sí: la una, férreamente sostenida por la defensa institucional de la Policía, tenía relación con un supuesto accidente de tránsito; la otra, materia del enjuiciamiento como tal, afirmaba que determinados efectivos de la fuerza pública perpetraron, en perjuicio de los menores, los crímenes señalados en el numeral precedente;

3. La prueba más concluyente para desvanecer la hipótesis del accidente de tránsito es el Informe de Investigación No. 899-SICP, elaborado por el jefe de la Brigada de Homicidios del SIC-P, capitán Marcelo Valenzuela, fechado 1º de marzo de 1988, cuyas principales conclusiones son las siguientes: ninguno de los objetos encontrados en la Quebrada Paccha (pedazos de tela, un zapato, una media, partes de la carrocería del Trooper en el que desaparecieron los hermanos Restrepo, entre otros), contenía restos orgánicos humanos ni marcas de sangre; en las laderas de la referida quebrada no existían rastros del descenso del vehículo, tampoco en los espaldones de protección de

la vía; por último, al ser revisado el tablero de instrumentos, no se encontró ninguna llave incrustada en el switch. Por todo esto, queda claro que el vehículo, al ser depositado en esa zona, no estaba en funcionamiento;

4. El informe pericial practicado sobre los fragmentos del vehículo Trooper en los laboratorios de Ingeniería Mecánica de la Politécnica Nacional, fechado 9 de enero de 1989, establecía claramente que “las superficies de fractura no presentan huellas de haber fallado por fatiga ni impacto, sino más bien por sobrecarga”, lo que significa que el motor y la caja de cambios fueron separados de sus bases por medios mecánicos, de forma previa a la precipitación de la carrocería y el chasis en la quebrada;

5. Los citados informes eran plenamente coincidentes con los datos aportados por la Comisión Especial Investigadora y demostraban de forma técnica y fidedigna que el supuesto accidente de tránsito fue montado artificialmente a través del Informe No. 002-DINIEI-90, suscrito por el coronel Gallegos, en asocio con el Jefe del SIC-P y un delegado de la fiscalía;

6. Los peritajes realizados también permitían deducir con claridad que quienes mantuvieron en su poder el Trooper de placas PHD-335, fueron los mismos sujetos activos de los delitos acusados;

7. Las declaraciones rendidas por el ex agente del SIC-P, H. España, primero ante la Comisión Especial Investigadora y luego ante las autoridades judiciales en la etapa del sumario, eran altamente reveladoras a efectos de establecer que el viernes 8 de enero de 1988, los dos menores de edad fueron ingresados en la unidad policial a la que dicho ex agente pertenecía, donde se los torturó y posteriormente asesinó. De su testimonio, además, se podía arribar a la certeza de que los cadáveres fueron descuartizados, envueltos en fundas plásticas y luego arrojados a la Laguna de Yambo; y,

8. El entorno en el que se cometieron estos delitos conexos dentro de las dependencias del SIC-P, teniendo como sujetos activos a miembros de la Policía Nacional pertenecientes a la referida unidad de investigación, iba a dejar en la impunidad la

cadena de crímenes perpetrados, puesto que la investigación extrasumarial estuvo confiada a los mismos elementos policiales involucrados.

Por lo tanto, estimando probada la existencia de los delitos concurrentes y conexos tipificados en los Arts. 180, 187, 205, 403, 404 y 450 num. 1º, 5º y 9º del Código Penal, así como la responsabilidad de los sindicados en los términos del auto de apertura al plenario, la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia estableció los siguientes grados de participación: G. Llerena en calidad de autor, por haber sido quien ingresó a los menores al SIC-P la noche del 8 de enero de 1988, los torturó y luego los llevó con rumbo desconocido, asesinandolos, además de haber destruido el vehículo Trooper en el que viajaban; V. Badillo en calidad de coautor, porque intervino en asocio con el anterior en todos los actos cometidos; C. Barrionuevo, J. Sosa y D. Morán en calidad de cómplices, por haber cooperado secundariamente mediante actos simultáneos para la ejecución de los delitos acusados; H. España y G. Molina en calidad de encubridores, pues el primero, conociendo la conducta delictuosa de los autores y cómplices de los crímenes perpetrados, guardó silencio por casi cuatro años para favorecerlos con la impunidad, y el segundo, por haber dado las órdenes pertinentes para que la investigación de estos sucesos, antes que establecer la verdad, fraguara muy hábilmente un accidente de tránsito.

Los autores de estos delitos fueron condenados a dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria, los cómplices a ocho años de reclusión y los encubridores a dos años de prisión correccional. Asimismo, en la sentencia se dispuso el enjuiciamiento penal de los coroneles César Gallegos Balarezo y Gustavo Zapata Moya, así como del licenciado Fabián Falconí Arias, ya que al emitir su informe No. 002-DINEI-90 del 28 de junio de 1990, cometieron el delito de inducción a engaño al juez, tipificado en el Art. 296 del Código Penal, cambiando artificialmente el estado de las cosas antes del proceso penal de forma que el fallo les pudiera resultar favorable.

Todos los procesados apelaron del fallo de primera instancia ante la Sala Especializada de lo Penal del máximo órgano de justicia, la cual, al resolver el recurso, confirmó en los términos indicados en la sentencia subida en grado las condenas impuestas. Además, estableció que la apelación del coronel Zapata y el licenciado Falconí ni siquiera debió

ser aceptada a trámite, ya que estas personas no eran parte en el juicio, y con relación al coronel G. Gallegos, constaba de autos que su situación fue considerada y resuelta mediante sobreseimiento provisional dictado a su favor.

En términos generales, el fallo de segunda instancia refleja el mismo análisis constante en la sentencia de primer nivel, aunque es más prolijo tanto en lo fáctico como en lo jurídico.

De lo establecido por el tribunal ad quem en su parte considerativa, cabe extraer lo siguiente:

1. En este proceso no se ha juzgado como institución a la Policía Nacional, sino a varias personas que pertenecen o pertenecieron a la misma;

2. Se recalca la importancia del informe emitido con fecha 1° de marzo de 1988 por el capitán de Policía Marcelo Valenzuela, jefe de la Brigada de Homicidios del SIC-P, a efectos de descartar la hipótesis del accidente de tránsito, así como la eventualidad de que los cuerpos de los hermanos Restrepo hayan sido arrastrados por el río que atraviesa la Quebrada Paccha y, posteriormente, devorados por la fauna fluviomarina. Las conclusiones constantes en dicho documento, que referían la ausencia de sangre y otros vestigios humanos en la zona del supuesto percance, la circunstancia de que el vehículo no se precipitó encendido al abismo, así como la ausencia de testimonios en la zona poblada aledaña que pudan dar fe sobre un accidente de esa naturaleza, eran determinantes;

3. La sala refiere que el Código Adjetivo Penal exige la comprobación conforme a derecho de la existencia de una acción u omisión punibles. Según indica, antiguamente la legislación solo comprendía dentro del cuerpo del delito a los elementos materiales del ilícito, excluyendo así a los inmateriales, pues la suma de ambos constituía el delito mismo y no su cuerpo en estricto sentido. Luego, si el homicidio, por su naturaleza, deja como elemento material el cuerpo de la víctima y otros vestigios que llevan al juzgador a establecer la comisión de la infracción, el juez, de conformidad con el Art. 70 (actual Art. 92) del Código de Procedimiento Penal, debe concurrir al lugar en que se

llevó a cabo el hecho punible y dejar constancia en acta de la existencia o inexistencia de los vestigios del ilícito; y,

4. En el expediente consta la realización de las diligencias de reconocimiento indicadas en el numeral precedente, de las que se desprende la ausencia de los cuerpos de las víctimas por la forma misma en que se cometieron los hechos, imposibilitando la práctica de las pericias de autopsia e identificación de los cadáveres; sin embargo, la presencia de otras pruebas (como los informes y testimonios incorporados al proceso, en especial el de H. España, que implicaba a miembros policiales de diversos rangos en la muerte de los hermanos Restrepo) determinaba el homicidio y la responsabilidad penal de manera irrefragable y concluyente, en los términos del Art. 72 del Código de Procedimiento Penal de 1983.

Las consideraciones precedentes indujeron a la sala de apelación a estimar probados, conforme a derecho, los ilícitos de privación arbitraria de libertad, tortura y asesinato de los dos menores de edad, y a ratificar las penas impuestas a los reos, fallo que por una serie de elementos que en seguida explicaremos, carece de precedentes en la jurisprudencia ecuatoriana, de lo cual deviene su indiscutible valor.

- **Análisis personal de la resolución del caso**

El 15 de noviembre de 1994 es una fecha histórica, porque por primera vez en el Ecuador se dictó una sentencia condenatoria por muerte violenta sin que se tenga constancia en el cuaderno procesal de la existencia misma del cadáver.

Antes del citado año, según ejemplificamos con los casos del subtema 5.3., se había comprobado jurídicamente el homicidio y la responsabilidad penal en ausencia del protocolo de autopsia, de los informes relativos al reconocimiento externo e identificación del cuerpo, hallándose los miembros del occiso desarticulados o en avanzado estado de descomposición, mas nunca sin que se haya encontrado el cuerpo de la víctima. De ahí que el ingeniero Restrepo insista en que el caso de sus hijos creó

jurisprudencia, y le damos la razón: marcó un hito, un verdadero punto de partida en el Derecho Penal Ecuatoriano.

Con ese preámbulo, debemos proseguir abordando el criterio que con frecuencia emana de muchos juristas, así como de distintos medios de comunicación, en relación a que los hermanos Restrepo “habrían sido víctimas de una desaparición forzada de personas”. En esta línea de pensamiento, el padre de quienes en vida fueron Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi, insiste en que el hecho constituyó un crimen de Estado, cometido por agentes del Estado, en recintos del Estado y con armas pertenecientes al mismo. Asevera, también, que el acto tuvo como origen un aparato represivo institucional erigido en el gobierno de León Febres-Cordero, personaje que, a pretexto de combatir la subversión y el terrorismo, menoscabó sin contemplaciones garantías fundamentales de los ciudadanos.

Lo anterior podría conducirnos a un debate de fuerte contenido político, en el que profundizar ciegamente restaría objetividad y valor jurídico a nuestro estudio. Mejor sería, por lo tanto, extraer los elementos constitutivos del crimen de la desaparición forzada, a fin de poder elaborar un criterio que sin apartarse completamente del campo de la juridicidad, incorpore determinados aspectos sociales e históricos que imperiosamente deben acompañar a todo análisis académico.

Según explicamos, la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, establece que el crimen sobre el que trata ese instrumento consiste en la detención arbitraria realizada por agentes del Estado en contra de una persona, seguida de la negativa de sus órganos de reconocer el hecho y de informar sobre el paradero de la víctima. Impone también la obligación a los países signatarios de no practicar, permitir ni tolerar la desaparición forzada de personas bajo ninguna circunstancia, además de adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar esta conducta como infracción. Este convenio fue ratificado por el Ecuador el 7 de julio del 2006, por lo cual aún no regía para nuestro país a la fecha de la desaparición de los hermanos Restrepo. Pese al tiempo transcurrido desde su entrada en vigencia, tampoco se ha cumplido el deber de incorporar como delito la citada conducta en nuestro Código Penal tal cual la concibe el Art. 2 del acuerdo.

En definitiva, no existía una norma internacional que obligue al Estado ecuatoriano a condenar por el delito de desaparición forzada de personas a los autores de estos hechos, acaecidos entre el 8 y el 11 de enero de 1988, ni estaba tipificado en nuestra legislación en aquella época, como tampoco lo está hoy en día. Recordemos, no obstante, que a fines de los años ochenta todavía circulaban con frecuencia noticias de las desapariciones perpetradas por miembros de la fuerza pública durante la dictadura militar Chilena (1973-1990), al igual que las cometidas durante el denominado *Proceso de Reorganización Nacional* en la Argentina (1976-1983), lo cual pudo contribuir a que numerosas personalidades sigan haciendo el símil jurídico entre dichas desapariciones y la de los hermanos Restrepo.

De lo anterior, se colige que la detención, tortura y asesinato de los hermanos Restrepo, por ausencia de tipificación y de la vigencia de un instrumento internacional aplicable, no constituyó, en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano, un caso de desaparición forzada.

Resta, entonces, preguntarnos si en el marco de la doctrina, este emblemático caso configuró el referido ilícito de lesa humanidad. Para estos efectos, sería de utilidad extraer cada uno de los componentes del delito: en primer término, no cabe duda de que fue una detención ilegal o arbitraria, llevada a cabo sin una orden de detención emitida por juez competente; luego, fue practicada por agentes del Estado, en este caso, por policías pertenecientes al SIC, que actuaron presumiblemente durante un operativo de búsqueda de Juan Carlos Ochoa; por otra parte, los autores de la aprehensión, tortura y asesinato, incomunicaron completamente a los menores, nunca informaron sobre su paradero (excepto en el caso del ex agente H. España, que casi cuatro años después hizo sus polémicas revelaciones) y siempre negaron su responsabilidad en los hechos.

De acuerdo con los referidos presupuestos, la serie de actos arbitrarios perpetrados en el presente caso parecerían configurar, al menos conceptualmente, un caso de desaparición forzada; sin embargo, cabe considerar un elemento adicional y que no es mencionado por todos los autores como requisito indispensable de la figura: que se haya perseguido fines políticos. El jurista Carrión Intriago, según indicamos en un subtema anterior, partía de dicha exigencia para diferenciar la expresión en estudio de otras similares

(persona no habida, ejecución extrajudicial, presos incomunicados y secuestro), y es precisamente en este punto donde debemos remitirnos al contexto histórico y social en el que ocurrió el crimen, a fin de poder emitir un criterio debidamente fundamentado.

Recordemos que nuestro recorrido por el presente caso empezó con un breve detalle de la situación política del Ecuador a la fecha de la desaparición los dos jóvenes. Las citadas obras de Mariana Neira, Claude Roulet y Dora Quintero, entre muchas otras que narran esta historia, son explícitas al referir que durante el gobierno de León Febres-Cordero, se combatió con especial dureza la subversión, el terrorismo y todo acto tendiente a desestabilizar el orden constituido. Son pruebas irrefutables de esto la conformación del SIC, el feroz adiestramiento que recibió la organización por parte de personal internacional, la preocupante cantidad de desapariciones que se dieron durante aquel régimen y la circunstancia de que grupos irregulares como *Alfaro Vive ¡Carajo!* y *Montoneras Patria Libre* aún se encontraban en operatividad; por otra parte, el Gobierno colombiano, en permanente guerra civil, había solicitado colaboración de su par ecuatoriano en la localización de un conocido narcotraficante prófugo de la justicia, encontrándola en la Policía de nuestro país, pues esta última quería pulir una imagen institucional algo deteriorada, precisamente en momentos en que se discutía en el Congreso Nacional una ley para su beneficio.

Por lo tanto, es indudable que existían propósitos de naturaleza política como trasfondo del caso que analizamos. Muchos sostendrán, en desmedro de la conclusión a la que pretendemos llegar, que la expresión *fines políticos*, como parte constitutiva de la desaparición forzada, pasa por una gran indefinición; pero para nosotros el tema es bastante claro: consiste en perpetrar el hecho para que el Gobierno atienda determinadas exigencias o demandas (institucionales, en el caso tratado), y señalamos que todos los indicios nos permiten deducir que la Policía buscaba reivindicación o el reconocimiento de su gestión.

Entonces, atendiendo a los elementos constitutivos de la desaparición forzada, consideramos que el caso de los hermanos Restrepo se enmarca plenamente en dicha figura, sin perjuicio de que algunos textos no tomen en cuenta el perseguir fines

políticos como requisito esencial de la misma (p. ej., el instrumento interamericano que regula el tema no lo incluye en la definición incorporada en su Art. 2).

Justificado, entonces, que no se haya condenado a los responsables de estos hechos por desaparición forzada, la justicia ecuatoriana, en estricta sujeción al ordenamiento jurídico interno vigente, condena a G. Llerena, V. Badillo y otros “por su responsabilidad en los delitos concurrentes y conexos de detención arbitraria e ilegal, torturas y asesinato de los menores Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi”. En el presente caso, estas infracciones son concurrentes porque se perpetraron en un mismo espacio de tiempo (se sabe que estos hechos tuvieron lugar entre el 8 y el 11 de enero de 1988), y conexas porque se encuentran tan íntimamente vinculadas que unas han sido consecuencia de otras, pero la ley sanciona cada uno de dichos actos conexos por separado.

La conexidad que referimos puede entenderse mejor de la siguiente manera: los hermanos Restrepo fueron inicialmente víctimas de una detención ilegal (Art. 180 del Código Penal); como consecuencia de dicho ilícito, se los incomunicó (Art. 205), se les aplicó tormentos corporales (Art. 187) y luego fueron asesinados (Art. 450). Esta cadena de infracciones se completa con la destrucción de un bien privado ejecutada en pandilla (Arts. 403 y 404 del mismo cuerpo normativo). Se trata, entonces, de tipos penales distintos, sancionados cada uno de forma independiente, al contrario de lo que sucede en los delitos complejos, en los que también hay actos simultáneos o sucesivos que lesionan múltiples bienes jurídicamente protegidos, pero que la ley unifica como un solo delito (como el robo con muerte y la violación con muerte).

Se advierte así una omisión menor en los fallos de primera y segunda instancia, en cuanto no invocaron como fundamento de las condenas impuestas la regla prevista en el num. 3º del Art. 81 del Código Penal, que indica que cuando concurren varios delitos reprimidos con reclusión, se impondrá la pena mayor. Cabe indicar que al presente caso, la justicia ecuatoriana lo ha membretado como *el de la detención arbitraria e ilegal, torturas y asesinato de los menores Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi*, únicamente con fines prácticos o de simplificación, ya que en realidad, como vimos, se cometieron más infracciones concatenadas.

También podemos referir la reiteración innecesaria en la que incurren tanto el Art. 180 del Código Penal como los fallos de primera y segunda instancia al hablar de una detención *arbitraria e ilegal*, pues el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua entiende por arbitrariedad aquello que es “contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”, de lo cual se desprende que todo acto arbitrario es, de por sí, ilegal. Luego, bien podría usarse solo uno de los dos apelativos en mención para referirse a una privación de libertad practicada al margen del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia indica que “no se pueden considerar circunstancias atenuatorias de antecedentes de conducta y personalidad distinguida (de los reos) en el servicio público de su carrera profesional, por tratarse de un conjunto de delitos concurrentes y en razón de la gravedad del delito principal de asesinato que son objeto de la acción penal”, aplicándoles el máximo de la pena en sus respectivos grados de participación. No desarrolla en qué consistió la gravedad del referido delito principal, pero a falta de mayores detalles, podemos colegir que se refiere a la gran alarma social que ocasionó, para cuyos efectos el órgano de justicia debió puntualizar cuál de las circunstancias agravantes no constitutivas ni modificatorias de la infracción, previstas en el Art. 30 del Código Penal, sirvió de fundamento para rechazar las citadas atenuantes alegadas por la defensa. En la misma omisión incurre el fallo de segunda instancia que confirma el subido en grado.

Pero nuestro análisis no puede finalizar sin abordar lo establecido en el fallo de segundo nivel a fs. 18, donde se indica que mediante el correspondiente oficio cursado a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia por el señor Ministro de Defensa Nacional el 18 de septiembre de 1991, luego del rastreo y búsqueda en las aguas de la Laguna de Yambo con la intervención de personal especializado del Ejército ecuatoriano y la Armada Nacional, no se encontró la evidencia de la perpetración del delito, lo cual, al final, “ha imposibilitado la práctica de las diligencias de identificación y autopsia conforme a los Arts. 81 y 82 del Código de Procedimiento Penal (de 1983), pero no han podido hacerse desaparecer otros elementos que debió dejar el cometimiento de la infracción en los que necesariamente se fundamenta la comprobación del ilícito conforme al inc. 20 del Art. 72 del Código de Procedimiento Penal, que admite para la

comprobación de los vestigios de la infracción otras pruebas que establezcan su existencia de manera irrefragable y concluyente. Es importante referirse en este análisis al testimonio propio rendido por Hugo España Torres, sindicado, antes de que sea (detenido), en el que narra los hechos que se produjeron a partir del 8 de enero de 1988 (...).”.

Según apuntamos en páginas anteriores, el Art. 72 de la ley adjetiva penal vigente a esa época preveía de forma expresa la admisibilidad de elementos de prueba supletorios de la ausencia de los vestigios de un delito por su propia naturaleza los produce, evidencias que en el caso que tratamos principalmente fueron: el citado testimonio de H. España, custodio de los calabozos del SIC-P el día en que fueron ingresados al mismo los hermanos Restrepo, en el que incrimina a G. Llerena y V. Badillo como responsables de su tortura y asesinato; así como el informe de la Comisión Especial Investigadora, conformada mediante Decreto Ejecutivo No. 1662 del 13 de julio de 1990, estableciendo que si bien los menores aún no han sido encontrados, se sabe que están sin vida.

En conclusión, estimamos que los fallos de primera y segunda instancia se encuentran, en términos generales, debidamente fundamentados, y que pese a la ausencia del objeto material del asesinato perpetrado, establecen con claridad, dentro de los límites trazados por las evidencias que fueron puestas en conocimiento de los jueces, tanto la existencia del ilícito como la responsabilidad penal.

6.4. Epílogo

Casi sin percatarnos, la entrevista con el ingeniero Restrepo había llegado a su fin. Una fotografía recogió el momento (ver Anexo 1, p. 165), imperecedero en nuestra memoria por la gravedad de los hechos narrados y las lecciones que dejaron. Otro cálido apretón de manos cerró amistosamente el encuentro.

La puerta se abrió y salimos nuevamente a ese mundo poblado de peligros en el que vivieron los recordados Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi, cuyos

padres, familiares y amigos nunca dejaron de clamar justicia en su nombre. Pese a tan triste sensación, el sol que todavía brillaba en lo alto de aquel cielo veraniego de alguna manera me recordó que aún existe gente buena, amable, dispuesta a ayudar, y sobre todo, a narrar desinteresadamente una historia tormentosa de la que se puedan extraer perlas de conocimiento.

Durante el largo camino de regreso, fue inevitable centrar la conversación en los fructíferos resultados de la cita desarrollada, complacidos por la cordial atención que recibimos. Para cuando bordeamos la Quebrada Paccha y entramos nuevamente al Túnel Guayasamín, el tema de esta disertación estaba completamente definido.

IMPORTANCIA DEL CAPÍTULO Y CONCLUSIONES

- El caso de los hermanos Restrepo es emblemático por haber sido el primero en la historia procesal ecuatoriana en que se determinó la existencia del homicidio y de la responsabilidad penal de sus perpetradores aun sin el hallazgo de los cuerpos de las víctimas.
- De los informes emitidos por el Departamento Administrativo de Seguridad colombiano (DAS) y la Comisión Especial Investigadora de la Desaparición de los Hermanos Restrepo, con fechas 27 de junio de 1990 y 13 de julio del mismo año, respectivamente, se desprende que la tesis del accidente de tránsito, sustentada por la defensa institucional de la Policía Nacional para explicar la muerte de los menores y remitida mediante Informe No. 002-DINIEI-90 del 28 de junio de 1990, fue un hábil montaje que pretendía favorecer la impunidad de los autores del delito, lo cual motivó que la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del 15 noviembre de 1994, dispusiera el enjuiciamiento penal del ex comandante general de la Policía Nacional, general (r) Gilberto Molina Espinosa, y de otros implicados en la elaboración de dicho informe.
- Los responsables de la desaparición de los hermanos Restrepo fueron condenados por los delitos de detención ilegal, torturas y asesinato y no por desaparición forzada de personas, dado que a la fecha en que se dieron los hechos, este último crimen no estaba tipificado en el Código Penal ecuatoriano y nuestro país aún no había ratificado un instrumento internacional aplicable a la materia.
- Entre los medios de prueba que fueron valorados en el presente caso, supletorios de la ausencia de los cadáveres de las víctimas, cabe destacar el testimonio del ex agente Hugo España Torres, que responsabilizó, entre otros, a Guillermo Llerena Herrera y

Víctor Badillo Alvear, ex miembros del SIC-P, por la detención, tortura y muerte de Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi.

- Pese a los esfuerzos del personal científico nacional e internacional, hasta la presente fecha no se ha podido encontrar los restos de los menores (ver Anexo 2, p. 166).

CONCLUSIONES GENERALES

La vida es el mayor de todos los bienes jurídicos protegidos, porque solo con la existencia humana nacen los derechos a la libertad, a la honra, a la propiedad y a cuanta prerrogativa reconoce la ley a favor de sus ciudadanos. “Vivir es luchar”, decía Seneca, en una frase tan corta como de gran significado, pues para ser tal, la vida debe representar un constante desafío, ser una motivación, permitir la completa realización personal y espiritual; de lo contrario, las normas estarían salvaguardando una tragedia, prologando inútilmente la ruina y la desdicha.

No cabe duda, entonces, que los delitos contra la vida, como el homicidio, al lesionar ese *bien de bienes* que es la existencia humana, deban ser los más severamente reprimidos por la legislación, a lo que podemos añadir como factores determinantes para que competa al Estado perseguirlos y sancionarlos, la grave alarma social que producen y la necesidad de restaurar la paz colectiva tan íntimamente ligada a un normal desenvolvimiento humano.

Si nos pidieran representar la escena de un homicidio, con seguridad concebiríamos un cuadro dantesco, en el que figuren todos los vestigios clásicos que dejan esta clase de delitos: un cadáver teñido de sangre, un arma, varias huellas, marcas u otros elementos similares, dispuestos de tal forma que el investigador pueda recolectarlos, analizarlos y evaluarlos. La generalidad de personas idearía, precisamente, una especie de *fotografía perfecta*, donde la prueba abunda y es posible colegir qué sucedió y cómo sucedió.

Ese ejercicio mental, cotejado con los casos que citamos en páginas anteriores, sirve también para comprobar que en la práctica suele darse exactamente lo contrario: el sujeto activo del delito escapa del lugar de los hechos, esconde el arma homicida, elimina cualquier marca, huella o señal que lo puedan delatar y, en casos menos

frecuentes, se deshace del cadáver a través de su desmembramiento, incineración, ocultación o por cualquier otro medio análogo que evite el largo padecimiento de un juicio y la eventual sanción.

Al revisar las disposiciones pertinentes de las leyes adjetivas penales que precedieron a la expedida en el año 2000, destacamos que en ausencia de los resultados visibles de una infracción que por su naturaleza deba dejarlos, estaba claramente preceptuada la admisibilidad de medios de prueba supletorios en orden a la declaración de existencia de la infracción, siempre que fueran concluyentes e inequívocos, lo que durante mucho tiempo sirvió de base para que a través de testimonios, grabaciones o documentos, se emitieran condenas de hasta dieciséis años de reclusión mayor extraordinaria. En estos casos, entraban en disputa la defensa de los reos, que invocaba la inexistencia del cadáver u otros vestigios como la mayor garantía de su inocencia, y el deber del Estado de administrar justicia para así reivindicar a la sociedad gravemente perturbada, aun a falta del producto físico de una muerte violenta.

Posteriormente, entra en vigencia un sistema procesal penal de tendencia acusatoria en el Ecuador, y como rezago de las reformas que sobrevinieron, no existe una disposición categórica que establezca la admisibilidad de medios probatorios instrumentales y testimoniales en orden a la determinación de la existencia de un delito de *facti permanentis*, en ausencia de prueba material. Esto plantea un problema en un país cuya tradición jurídica, románica-napoleónica, sitúa a la ley en un lugar prominente, sobre todo en materia penal, donde el juez debe aplicarla literalmente, tanto en el ámbito adjetivo como sustantivo.

El presente estudio ha abordado la cuestión planteada desde los ámbitos doctrinario, normativo y jurisprudencial, y hemos propuesto argumentos favorables para que los casos rodeados de estas circunstancias, de existir elementos concluyentes e inequívocos, supletorios de la ausencia de prueba material, puedan ser resueltos y los responsables del delito castigados.

A continuación, hacemos una síntesis de las motivaciones para que el *homicidio sin cadáver* no represente un obstáculo procesal infranqueable:

- El Art. 169 de la Constitución de la República señala que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y que no se sacrificará la misma por la sola omisión de formalidades. De esta norma podemos extraer dos grandes conclusiones: por una parte, no porque el cuerpo de la víctima haya desaparecido el Estado pierde su *ius puniendi*, como tampoco la ley adjetiva penal, en este caso, bajo pretexto alguno, puede ser aplicada de forma que deje de restaurar el orden social afectado; y por otra, la falta de los informes de la necropsia y del reconocimiento externo e identificación del cadáver, que formalmente acreditan la existencia de los vestigios del homicidio, no debe ser un impedimento para la condena, siempre que existan otras pruebas que arrojen certeza sobre el delito cometido.
- El fundamento para que el Art. 92 del Código de Procedimiento Penal vigente haya previsto el caso de la desaparición de los vestigios que debió dejar la infracción (el homicidio, en nuestro contexto), indicando que se debe dejar constancia en acta de esta circunstancia, es claro: la posibilidad de que, oportunamente, se pueda demostrar el homicidio a través de otras pruebas. Luego, sería inconcebible que el legislador haya expedido esa norma para garantizar la impunidad del delito.
- De conformidad con el Art. 86 del mismo cuerpo normativo, toda prueba debe ser estudiada por el juez en base a las reglas de la sana crítica (*principio de la apreciación de la prueba*), y ninguna norma se puede entender en contra de esa libertad de criterio. Según vimos, la sana crítica se funda en la recta razón y la experiencia para la valoración de los elementos de cargo y descargo, sin más límites que los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por lo tanto, mal se podría alegar que solo a través de los informes de la necropsia y del reconocimiento externo e identificación del cadáver se demuestra la existencia del homicidio, cuando es perfectamente lícito que el juez, a falta de la realización de dichas tareas periciales, en uso de la referida discrecionalidad, se remita a fuentes subsidiarias.
- Consecuencia de lo anterior es que en lo penal el juez puede valorar la prueba instrumental con relativa libertad, mientras que en lo civil solo puede valorarla en la forma prevista en los Arts. 165, 166 y 194 de la ley adjetiva de la materia. En tal virtud, cualquier documento (incluso distinto a los informes referidos en el párrafo precedente),

grabación, fotografía, etc., que llegue a poder del juez, puede servir para la comprobación del homicidio y de la responsabilidad penal.

- El denominado *principio de libertad de la prueba* también se extiende a las partes procesales, por el cual éstas gozan de las más amplias facultades para obtener y practicar todas las evidencias que estimen pertinentes, siempre que sean lícitas. Así, cabe que a través de testimonios, documentos u otros medios, se demuestre la culpabilidad del sujeto activo del ilícito, incluso cuando éste haya destruido o desaparecido su objeto material, siempre que dichas fuentes sean fidedignas e incontrovertibles.
- Las pruebas aportadas deben ser valoradas como un conjunto, de forma que se pueda confrontarlas entre sí, señalando su concordancia y discordancia, y concluir sobre el convencimiento que de ellas se forme. Este principio, conocido como el de la *unidad de la prueba*, también es aplicable al caso del homicidio en el que ha desaparecido el objeto material, donde dicha circunstancia solo debe interpretarse como la falta de un componente en el *universo probatorio*, mas no como la ausencia de ese universo o conjunto mismo, también conformado por pruebas instrumentales y testimoniales que bien pueden demostrar la infracción y el grado de participación del sujeto activo.
- El *principio de lealtad o veracidad de la prueba* exige que la misma no sea utilizada para engañar o confundir a la administración de justicia. Así, un informe pericial o acta que refiera la pérdida de los resultados visibles del homicidio, en lugar de orientarse a que la autoridad decaiga en su esfuerzo por buscar la verdad histórica y en una actitud facilista establezca que no hay delito, debe más bien ser garantía suficiente de que se agotarán otros recursos disponibles en procura de la efectiva realización de la justicia.
- Existen registros en el Ecuador y otros países de casos en los que se comprobó el homicidio y la responsabilidad penal aun sin el hallazgo del cadáver. Hay, por lo tanto, suficientes precedentes de que la ausencia de restos físicos en delitos que por su propia naturaleza los producen, no ha sido históricamente un impedimento para que el Derecho cumpla sus fines.

- Finalmente, y por sobre todas estas consideraciones, existe una razón de orden ético: la necesidad de que el crimen no quede sin sanción. Este motivo no lo incluye la ley penal, pero sí lo dictan la conciencia, la moral y la naturaleza misma de la noble profesión de ser abogado.

Por otra parte, algunos argumentos que se oponen a nuestra tesis son:

- El Art. 4 del Código Penal prohíbe la interpretación extensiva en materia penal, por lo cual el juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley, y en caso de duda interpretarla en el sentido más favorable al reo. Esta disposición podría ser invocada por nuestros detractores en el sentido de que al no existir un precepto que prevea expresamente la validez de medios de prueba supletorios de la ausencia del cadáver para la comprobación del homicidio, como sí lo había en códigos procesales anteriores al promulgado en el año 2000, al admitirlos se estaría aplicando la ley a más casos de los que ella expresamente contempla, y por consiguiente, violándola.

Comentario: Al declarar la admisibilidad de pruebas distintas a las materiales para establecer la existencia del delito, a falta de estas últimas, la autoridad no se está extralimitando, sino haciendo uso de la discrecionalidad que le confiere el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal para considerar que se ha demostrado la infracción con medios instrumentales y testimoniales concluyentes e irrefragables, que en este caso actúan como prueba supletoria; y en lo que respecta al *in dubio pro reo* consagrado en el referido Art. 4, al resolver de esta forma, el juez no está interpretando la norma en un sentido desfavorable al reo a sabiendas de que tiene duda sobre su alcance o contenido. Por el contrario, convencido de que no existe la disposición categórica que emanaba de la ley adjetiva penal de 1983 y otras anteriores, dicta sentencia condenatoria en base a la discrecionalidad con la que le faculta a actuar el sistema procesal para la valoración de la prueba, según explicamos.

- Consecuencia del punto anterior es que en un caso de presunta muerte violenta caracterizado por la desaparición de los resultados visibles del crimen, no le está permitido a un tribunal penal dictar sentencia basado en lo que otros cuerpos colegiados

de justicia resolvieron enfrentados a circunstancias similares, es decir, hacer analogía con procesos parecidos.

Comentario: Sobre este aspecto poco podríamos disentir. Cada caso penal es único por sus hechos, motivaciones y demás singularidades que lo distinguen de otros. Solo cabría hacer una precisión: nuestra tesis no se fundamenta en que el juez, a falta de prueba material, deba sentenciar invocando un criterio que se utilizó en otro caso, sino en la relativa libertad con que puede apreciar la prueba, y en tal virtud, adquirir certeza sobre los hechos.

- Mientras no se encuentre el cadáver, tratándose de un delito que por su misma naturaleza deja vestigios, la presunción de inocencia del procesado se mantiene intacta.

Comentario: En ausencia del objeto material del homicidio, la presunción de inocencia puede ser desvirtuada con otras pruebas que acrediten de forma inequívoca la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del procesado.

- Aunque el juez estime probado el delito y la participación del reo por medios supletorios de la ausencia del cadáver, siempre habrá el riesgo de que el presunto victimado aparezca con vida.

Comentario: Este argumento quizá sea el único irrefutable.

No podemos culminar este listado de puntos a favor y en contra sin mencionar que, para muchos, la cuestión que tratamos se podría solucionar con una reforma legal que retome lo que establecían la ley adjetiva penal de 1983 y otras anteriores, en relación a que en ausencia de los vestigios del homicidio, sea posible demostrar el delito con otras pruebas; no obstante, hasta que se introduzca esa modificación normativa, el estudio que ponemos a disposición podría ser de utilidad para quienes intervengan en un proceso penal, de forma que no se manipule la ley, tal cual se encuentra redactada hoy en día, con la intención de favorecer la impunidad de los infractores.

Nuestra propuesta, adicionalmente, está orientada a que paulatinamente desaparezca la creencia de que *todo* debe estar contenido en la norma, cuando el Derecho, como sabemos, es más que positivización, pues también implica raciocinio, sentido común, lógica, y seguir concibiendo que cuanto fenómeno social se conoce debe estar contemplado en un precepto, tiene como consecuencia una limitación en el jurisconsulto para interpretar, con la suficiente libertad, ciertos aspectos complejos como los abordados por esta disertación.

Como conclusión general, podemos indicar que la posibilidad de que desaparezcan los resultados visibles de una infracción que por su propia naturaleza los deja, como es el caso del homicidio, está prevista en nuestra legislación, y en tal circunstancia, el juez puede remitirse a medios testimoniales e instrumentales para determinar la existencia del delito y la responsabilidad penal, aunque así no lo disponga expresamente la ley vigente; sin embargo, de aparecer con vida la persona que se creía muerta, el reo puede hacer uso del recurso extraordinario de revisión, consagrado en el Art. 359 del Código de Procedimiento Penal, para que la Corte Nacional de Justicia corrija el fallo condenatorio erróneamente emitido y ordene la debida indemnización.

Hace poco, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos presentó el Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, redactado por un equipo nacional de juristas deseosos de consolidar un verdadero proceso acusatorio, sin trabas que limiten su eficiencia, garantista los derechos de las víctimas y de los procesados. De ser aprobado, sería la primera vez que se tipifica en nuestro país la desaparición forzada de personas y que se integran en un solo cuerpo normativo los preceptos del Derecho Penal Sustantivo, Adjetivo y Ejecutivo. Estaremos pendientes.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, *“Manual de Derecho Penal Ecuatoriano”*, 6ª ed., Colección Profesional Ecuatoriana, Ediciones Legales, Quito, 2008.

ALVEAR TAPIA, María L., *“Cadena de custodia de pruebas materiales en la legislación procesal penal ecuatoriana”*, disertación previa a la obtención de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2004.

AMAYA LEÓN, Wilman, y otros, *“Diccionario hispanoamericano de Derecho”*, T. I, “Grupo Latino” Editores, Colombia.

ANDRADE BARRERA, Fernando y otros, *“Diccionario jurídico Anbar con legislación ecuatoriana”*, Fondo de Cultura Ecuatoriana, Vol. III, Cuenca, 1998.

BEEVOR, Antony, *“Berlín. La caída: 1945”*, Litografía “Rosés S.A.”, traducción castellana para España y América de “Crítica, S.L.”, Barcelona, 2002.

BERNIS ÁLVAREZ, Henry, *“El cuerpo del delito en el procedimiento penal ecuatoriano”*, tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 1990.

BONET RAMÓN, Francisco, *“Compendio de Derecho Civil”*, Revista de Derecho privado, T. I, Madrid, 1959.

BRIGARD PÉREZ, Ana M., y BORRERO VANEGAS, María F., *“Declaración de ausencia y de muerte por desaparecimiento”*, trabajo de grado presentado para obtener

el título de Abogadas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1987.

BURGOS N., Carlos, *“El cuerpo del delito y su comprobación en nuestro Código de Procedimiento Penal”*, tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1978.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *“Diccionario de Ciencias Jurídicas”*, Editorial “Heliasta S.R.L.”, Buenos Aires, 2006.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *“Diccionario enciclopédico de Derecho usual”*, T. IV, 30ª ed., Editorial “Heliasta S.R.L.”, Buenos Aires, 1994-2008.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *“Diccionario jurídico elemental”*, 16ª ed., Editorial “Heliasta S.R.L.”, Buenos Aires, 2003.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Ana M., *“Diccionario jurídico universitario”*, Editorial “Heliasta S.R.L.”, Buenos Aires, 2003.

CABRERA ACOSTA, Benigno H., *“Teoría general del proceso y de la prueba”*, 5ª ed., Ediciones Jurídicas “Gustavo Ibáñez C. Ltda.”, Bogotá, 1994.

CARRARA, Francesco, *“Programa de Derecho Criminal. Parte Especial”*, T. III, Vol. I, 3ª ed., Editorial “Temis S.A.”, Bogotá, 2005.

CARRIÓN INTRIAGO, Freddy, *“Principios fundamentales para la regulación penal de la desaparición forzada dentro de la legislación ecuatoriana”*, tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2000.

CARTER, Raymond, *“La Segunda Guerra Mundial”*, T. II, Editorial “Planeta, S.A.”, 4ª ed., Barcelona, 1971.

CÓRDOVA, Andrés F., *“Derecho Procesal Penal Ecuatoriano”*, T. I, Talleres Gráficos “Minerva”, Quito, 1953.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *“Derecho Penal, conforme al Código Penal, texto refundido de 1944”*, T. II: “Parte Especial”, Editorial “Bosch”, Barcelona, 1949.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *“Compendio de Derecho Procesal”*, Editorial “ABC”, T. II, Bogotá, 1982.

DÍAZ DE LEÓN, Marco A., *“Diccionario de Derecho Procesal Penal”*, T. I, 5ª ed., Editorial “Porruá”, México D.F., 2004.

DONOSO CASTELLÓN, Arturo, *“Derecho Penal Parte Especial.- Delitos contra las personas”*, Librería Jurídica “Cevallos”, Quito, 2005.

DURÁN ARIAS, Jaime, *“Criminalística”*, T. I: *Utilización científica de la prueba material en la práctica forense*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Centro de Publicaciones, Quito, 1977.

ECHEVERRÍA G., Enrique, *“Derecho Penal Ecuatoriano”*, Vol. IV: “El delito de asesinato”, Fondo Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión”, Quito, 1971.

ETCHEBERRY, Alfredo, *“Derecho Penal”*, T. III: “Parte especial”, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

FLOR RUBIANES, Jaime, *“Teoría general de los recursos procesales”*, 3ª ed., Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008.

FLOR RUBIANES, Jaime y CAMACHO HEROLD, Daniella, *“Las presunciones como fundamento para dictar una sentencia de condena”*, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), Quito, 2009.

FRAMARINO, Nicola, *“Lógica de las pruebas en materia criminal”*, T. I, Editorial “Temis”, Bogotá, 1997.

FRARACCIO, José A., *“Medicina legal: conceptos clásicos y modernos”*, Universidad de Buenos Aires, 1997.

GARRIDO MONTT, Mario, *“El homicidio y sus figuras penales”*, Ediciones “Encina Ltda.”, Santiago de Chile, 1976.

GUERRERO VIVANCO, Walter, *“Derecho Procesal Penal”*, Vol. I: “La jurisdicción y la competencia”, 3ª ed., “Pudeleco” Editores S.A., Quito, 1996.

LLERENA CADENA, Galo, *“Aplicación de la prueba material en los procesos penales”*, tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2000.

LLORE MOSQUERA, Víctor, *“Compendio de Derecho Procesal Penal”*, 2ª ed., Talleres Gráficos de la Universidad de Cuenca, 1964.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael, *“Diccionario jurídico moderno”*, T. 2, “IURE” Editores, S.A. de C.V., México D.F., 2007.

MICROSOFT CORPORATION, *“Diccionario de la Real Academia Española”* en CD-ROM, *Microsoft Encarta y Student Program Manager*, Redmond, WA, EE.UU., 2008.

MONTESQUIEU, *“L'Esprit des lois, in Oeuvres complètes”*, Collection l'Intégrale, Éditions “du Seuil”, traducción de Hernán Salgado Pesantes, 1970, París.

MUNCZEK, Débora y otros, *“La desaparición forzada de personas como estrategia política del terror”*, artículo de la compilación titulada: “Atención integral a las víctimas de tortura en procesos de litigio.- Aportes psicosociales del Instituto

Interamericano de Derechos Humanos”, Mundo Gráfico de San José S.A., San José de Costa Rica, 2007.

NEIRA, Mariana, “*Caso Restrepo: crimen de Estado*”, “Eskeletra” Editorial, Quito, 1998.

NEIRA, Mariana, “*¿Dónde están? Los desaparecidos en el Ecuador*”, Fondo Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión”, Quito, 1995.

NÚÑEZ M., Ángel, “*Nuevo diccionario de Derecho Penal*”, 2ª ed., México D.F., 2004.

OJEDA HIDALGO, Álvaro, “*El homicidio*”, tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 1990.

OLMO, Darío, “*Reconstruir desde restos y fragmentos*”, artículo de la compilación titulada: “Los archivos de la represión. Documentos, memoria y verdad”, de Silvia Catelo y Elizabeth Jelin, Colección “Memorias de la represión”, “Siglo Veintiuno de España” Editores, Madrid, 2002.

PÉREZ BORJA, Francisco, “*Apuntes para el estudio del Código Penal*”, comentados y actualizados por Jaime Flor Rubianes y Daniella Camacho Herold, 3ª Parte, T. I, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), Quito, 2009.

ROULET, Claude, y QUINTERO, Dora, “*El amor contra el poder.- Los Restrepo en el laberinto de la impunidad*”, Artes Gráficas “Silva”, Quito, 1996.

SOLER, Sebastián, “*Derecho Penal Argentino*”, T. II, Tipográfica Editora “Argentina”, Buenos Aires, 1951.

VACA ANDRADE, Ricardo, “*Manual de Derecho Procesal Penal*”, T. I, 3ª ed., Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001.

ZABALA BAQUERIZO, Jorge, *“Tratado de Derecho Procesal Penal”*, T. I, Editorial “Edino”, Guayaquil, 2004.

SECCIÓN DE ANEXOS

ANEXO 1:



El autor con el ingeniero Pedro Restrepo Bermúdez, padre de los menores desaparecidos Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendi, al término de la entrevista que nos concedió en su domicilio (23 de julio del 2009).

ANEXO 2:

El caso Restrepo se queda en el misterio¹

“Creí que luego de 21 años iba a enterrar a esos dos bellos niños junto a su madre, pero Dios no lo quiso otra vez”, dijo con dolor Pedro Restrepo, padre de (sic) Carlos Andrés y Santiago, quienes desaparecieron en 1988.

“En la laguna hay condiciones para la preservación de los cuerpos”.

Thomas Bujard,
de la compañía
Darwininvest.

El hombre sentía frustración y nostalgia. Su cuerpo lo delataba. Cada ocasión que escuchaba que la búsqueda en la laguna de Yambo, en Cotopaxi, no dio resultados, agachaba su cabeza, encogía los hombros y cerraba los ojos.

Esta fue la última búsqueda que realizó el Estado ecuatoriano, como parte del convenio amistoso de reparación que firmó con Pedro Restrepo en 1991. Este acuerdo tuvo el aval de la Comisión Interamericana de DD.HH.

En enero de 1988, Carlos Andrés, de 17 años, y Santiago, de 14, fueron interceptados en un operativo policial. Supuestamente fueron llevados hasta la sede del Servicio de Inteligencia Criminal (SIC), en el centro² de Quito. Luego nunca más se supo de ellos.

¹ Artículo de la edición digital del diario “El Comercio” del 27 de agosto del 2009, disponible en: <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=174713>. Acceso: 06/05/2010.

² En realidad, según datos aportados por las diversas comisiones investigadoras, se sabe que los menores, tras su aprehensión, fueron conducidos inicialmente al Centro de Detención Provisional (CDP) y por la noche ingresados a los calabozos del SIC-P, ubicados, más exactamente de lo que señala este artículo de prensa, en el sector de Pusuquí, al norte de Quito.

Luego del hecho su padre, Pedro, y su madre, Luz Elena (+), protestaron en la Plaza Grande para pedir justicia. En 1991 se consiguió que se inicie una búsqueda en Yambo, pero no hallaron nada. No obstante, siempre quedó la duda de que en esa laguna se encontraban los cuerpos de los jóvenes.

Al cumplirse los 20 años de su desaparición, el presidente Rafael Correa se comprometió a impulsar otro rastreo en Yambo. Esta labor se inició en febrero pasado.

El procurador, Diego García, aseguró que la segunda búsqueda fue para cumplir el acuerdo amistoso con Restrepo y la obligación del país de encontrar los cuerpos de los chicos.

Para el trabajo se contrató a la empresa Darwinvest, que había tenido éxito en un rastreo en la laguna de Yahuarcocha de restos arqueológicos. La empresa trabajó dos meses en Yambo y luego se inició un proceso de análisis de los vestigios encontrados que terminó en agosto y ayer se conocieron todos sus resultados.

En Yambo, los buzos de Darwinvest encontraron un cementerio de armas que datan del siglo pasado, según estudios de la Escuela Politécnica del Litoral.

También hallaron chompas, sacos, pantalones, botones, que no coincidieron con los años en los cuales los hermanos Restrepo fueron arrojados a la laguna, según la versión del ex policía Hugo España, quien dijo ser un testigo del asesinato de los hermanos.

En las operaciones de rastreo en la laguna participaron 20 buzos y se empleó un robot submarino y tecnología GPS. Thomas Bujard, representante de Darwinvest, afirmó que la búsqueda fue complicada por las condiciones climáticas y geográficas de la zona. Bujard dijo que la profundidad máxima de la laguna es de 27 metros y que se trabajó en un área de 150.000 metros cuadrados, que equivale a 21 canchas de fútbol. En los dos meses de rastreo se encontraron 319 objetos, incluidas 290 armas de fuego. Según Jerry Landívar, decano de la Facultad de Ciencias Marinas de la Espol, “en el agua las armas estaban intactas, pero al sacarlas a la superficie se corroyeron”.

Bujard lamentó que no se hayan hallado los cuerpos de los Restrepo. “Lo lamentamos por la familia que estuvo con nosotros desde que se inició la búsqueda”.

Por su parte, Landívar dijo que si los cuerpos de los jóvenes estaban en Yambo no se hubieran descompuesto totalmente, lo que hubiese permitido su ubicación. “La calidad de agua y la baja temperatura ayuda a la conservación de los restos”, explicó.

Luego de oír la explicación, el Procurador recalcó que el Estado cumplió. Sin embargo, el ministro de Gobierno, Gustavo Jalkh, sostuvo que la búsqueda de los hermanos Restrepo no terminará y que apoyará a Pedro Restrepo en las acciones que emprenda para conocer en verdad qué sucedió con sus hijos. El padre agradeció al régimen, pero agregó que el crimen no debe quedar impune.

Punto de vista

Elsie Monge, de la CEDHU: “La búsqueda debe continuar”

“Todo indica que los cuerpos de los hermanos Restrepo no están en Yambo. El Estado debe seguir con la búsqueda de los chicos y así cumplir con el acuerdo amistoso internacional. Uno de los puntos es que se debe entregar los restos de los hijos a Pedro Restrepo.

A él lo admiro porque nunca se rindió y esta es la muestra de su lucha. En el informe que daremos en la Comisión de la Verdad, que también la integra Pedro, pediremos que se cree una unidad de seguimiento para esclarecer los casos de tortura que investigamos.

A diferencia de las 31 comisiones que hay en otros países, se consiguió la desclasificación de información reservada, en la que se sustenta nuestro trabajo”.

Víctor Badillo, ex policía: “España, la pieza clave del caso”

“Yo fui imputado en este caso como autor material del asesinato de los hermanos Santiago y Carlos Andrés Restrepo. Pasé ocho años preso desde 1991 por un crimen que no cometí. El policía Hugo España me acusó falsamente y ahora debe decir la verdad. La Policía rehúye a hablar del tema. Deben exigirle al señor España que dé la cara, que diga quiénes están detrás del asesinato y no estar protegido por la fiscalía.

Él debe saber dónde están realmente los cuerpos de los dos jóvenes Restrepo. Yo le he pedido audiencia al ministro de Gobierno, Gustavo Jalkh, y al presidente, Rafael Correa, para que me escuchen, que sepan mi versión. Ya es hora de que el país tenga un baño de verdad”.

ANEXO 3:

Los Restrepo, 21 años en la memoria del país*

Testimonio: “Gracias a la prensa el caso no se ocultó”

¿Por qué está aquí?

Su historia. Desde la desaparición de sus hijos Andrés y Santiago el 8 de enero de 1988, su familia ha luchado por esclarecer lo que ocurrió y sus responsables.

Su punto de vista. El papel de los medios de comunicación en el caso Restrepo despertó una red de solidaridad y apoyo de la comunidad frente al dolor de su familia.

Pedro Restrepo, padre de los hermanos desaparecidos

“Durante la primera semana de la desaparición de mis hijos nosotros le proporcionamos sus fotos de Santiago y Andrés a *El Comercio*, y el periódico sacó la imagen indicando que estaban desaparecidos. Fue el primer registro (denuncia) que hubo en un medio.

El caso, en ese primer momento, únicamente registró esa información, porque después, como es de conocimiento público, hubo una infiltración de la Policía a través de la subteniente Doris Morán. Y una de las cosas que advirtió primero era que no fuera informada la prensa, que eso podría interferir en la supuesta entrega de los niños, que

* Artículo de la edición digital del diario “El Comercio” del 28 de septiembre del 2009. Disponible en: <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=172287>. Acceso: 06/05/2010.

ella decía que era una cosa real y segura. Fue una especie de amordazamiento de parte nuestra.

Cuando hubo ese primer intento de la Policía de simular un accidente de tránsito, el 13 de febrero de 1988, en que aparecieron las latas del carro en el que supuestamente iban los niños, era una noticia para difundirse, pero volvió inmediatamente otro requerimiento de la Policía de que la prensa no debía ser informada.

Hubo un acercamiento por parte de la prensa, pero nosotros no suministrábamos datos, aunque teníamos ya muchas evidencias, sospechas e información de la responsabilidad de la Policía, pero siempre nos manteníamos con esa esperanza de que los tenían y los iban a devolver.

A finales de noviembre de 1988 vimos que era todo una burla, un montaje, una farsa de la Policía, y hubo una entrevista de mi esposa con el periodista Diego Oquendo en Radio Visión. Ahí fue donde, con nombres y apellidos, se dijo a toda la gente que nosotros sospechábamos de este crimen, de toda la patraña que había existido, toda la mentira y todo lo que pasaba.

Eso puso la noticia en primera página, hubo una gran repercusión de prensa, radio, televisión, revistas, muchas entrevistas durante una o dos semanas. Inmediatamente la Policía volvió a atacar y envió otra persona, diciendo también que nos calláramos, que los niños iban a aparecer.

En 1990 el gobierno de (Rodrigo) Borja formó una comisión nacional que tenía por objeto investigar las violaciones a los DD.HH. del gobierno de Febres-Cordero y entre ellos el caso Restrepo, y a partir de ahí la prensa vio que era un caso interesante. Unas veces con mayor información y otras con menos, ya son más de 20 años pero siempre se ha mantenido vigente.

¿Cuál es nuestro concepto como familia? Lo hemos dicho y lo repito: el papel de la prensa escrita, radial y televisiva, de todo tipo, ha sido fundamental y definitiva para este caso. Si se cogen todos los archivos de agosto del año 1990, luego de conocerse el

testimonio del ex agente Hugo España, se puede ver que toda la prensa, noticieros y radio abrían su información con el caso Restrepo y todo lo que sucedía alrededor.

Eso creó una atmósfera de solidaridad y apoyo que iba creciendo, luego de que cuando empezamos a salir a la Plaza Grande a protestar, la gente pasaba insultándonos. Es que la Policía, además del crimen que había cometido, inició una campaña de desprestigio: que son colombianos, que son narcotraficantes o que los niños se dedicaban a beber alcohol.

Si esto no hubiese salido en los medios, hubiera quedado en lo que la Policía dijo en un principio: un accidente o simplemente una familia mafiosa a quien le mataron los hijos por venganza.

En el año 1990 ó 1992, un político de este país me comentó que lo de mis hijos era algo muy duro e impactante, pero si podía tener alguna especie de consuelo es que mis hijos ya están inmortalizados. Me dijo *ya no son sus hijos, sino de un país*, y eso se debe a que el caso no se escondió. Eso es gracias a la prensa...”.

El caso Restrepo hubiera quedado en el olvido si esta ley estuviera vigente:

Artículo 6.- Obligaciones del afectado y los medios antes de emitirse una resolución.- “Cuando el afectado por una información u opinión de los medios ejerciere una acción administrativa o judicial para la reparación de sus derechos afectados o para el cumplimiento de la rectificación o réplica, ni el medio ni el afectado podrán referirse a la materia de la controversia mientras ésta no se resuelva”. (Proyecto de Ley de Comunicación del asambleísta Rolando Panchana).

Si uno de los policías denunciados por la familia Restrepo al inicio de la investigación interponía este recurso, habría impedido toda la divulgación posterior del caso.

ANEXO 4:

“La prensa publicó las historias que las autoridades ocultaron”*

Testimonio de Gloria Inés Infante

“Mi hijo, Jaime Otavalo, desapareció el 15 de agosto de 1985. Hasta ahora ninguna autoridad del Estado aclara las circunstancias en las que se produjo su desaparición. Creemos que la Policía que se creó en el gobierno de León Febres-Cordero fue la responsable.

Nos enteramos de que Jaime estaba con dos amigos en una camioneta paseando por el norte de Quito. Él trabajaba en un taller de carrocería de vehículos, en la Ferroviaria. Solían ir a probar los carros luego de repararlos”.

Gloria Inés Infante

¿Por qué está aquí?

Su experiencia.- Es la madre de Jaime Otavalo, quien desapareció en 1985. Se presume que fue en manos de agentes vestidos de civil del Servicio de Investigación Criminal (SIC) de la Policía.

* Artículo de la edición digital del diario “El Comercio” del 17 de octubre del 2009. Disponible en: <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=165820>. Acceso: 06/05/2010.

Su punto de vista.- “Las publicaciones de la prensa sacaron a la luz los casos que las autoridades trataron de ocultar. Se tienen que aclarar todas las desapariciones de esa época.

La Policía los siguió porque supuestamente la camioneta era robada. Pero eso nunca se comprobó y tampoco se presentaron denuncias particulares.

El caso es que un grupo de agentes del Servicio de Investigación Criminal (SIC) los detuvo en el sector del Quito Tennis. Uno de los jóvenes, que estaba en la parte de atrás de la camioneta, se asustó al ver que no tenían uniformes de la Policía y estaban armados. Logró escapar por unos matorrales cercanos y se ocultó. Desde ahí vio lo que pasó.

Nos llamó al teléfono de la casa pocas horas más tarde y contó que los policías mataron al conductor sin motivo. Solo lo hicieron salir de la camioneta, lo insultaron por robarse la camioneta y luego le dispararon a quemarropa.

Jaime observó cómo asesinaron a su amigo y trató de defenderlo, pero los agentes también le dispararon en las piernas. No podía caminar y sangraba. Los policías subieron a su auto y lo sacaron del lugar, aduciendo que fue testigo de la muerte.

Este amigo que se salvó, que no me acuerdo cómo se llama, me dijo que Jaime estaba en peligro y que lo llevaron al cuartel del SIC. Que lo vaya a rescatar.

Fui hasta el lugar, que se localizaba en la calle Montúfar, donde ahora está el Regimiento Quito, pero no me dieron ninguna información. Aseguraron que ninguna persona con ese nombre llegó a los calabozos ese día.

Ahí empezó mi calvario, pues lo fui a buscar en los hospitales públicos, en la morgue y en las otras cárceles de la ciudad. También buscamos en los terrenos baldíos de la ciudad, porque ahí arrojaban los cadáveres los policías. Pero no lo hallamos en ningún lugar.

Nadie sabía de mi hijo ni del operativo policial en el que supuestamente lo hirieron. No tenía idea de qué hacer y estaba desesperada. Jaime dejó a su esposa embarazada de tres meses y tenía otra hija grande que quedó huérfana.

Nosotros siempre fuimos una familia humilde. Yo era empleada doméstica. No tenía recursos para reclamar. Todas las autoridades me cerraron las puertas. Me dijeron que me olvide de lo que había ocurrido con mi hijo.

Entonces, una conocida me recomendó que denuncie lo ocurrido a los medios de comunicación. Recuerdo que primero fui al diario *Hoy*. Me entrevistaron y contaron mi historia.

Luego me contactaron los periodistas del diario *El Comercio*. Salí con el impreso con la foto de mi hijo en las manos. Si ellos no se hubieran interesado por contar lo que pasó, la desaparición de mi hijo hubiera sido un caso más de los muchos que se produjeron durante el tiempo de Febres-Cordero.

La prensa publicó más casos de personas que desaparecieron y las familias empezamos a juntarnos para protestar contra el Gobierno. En esa época también se dio el caso de los hermanos Restrepo y empezamos a aglutinarnos alrededor del movimiento social que se creó.

Todos los miércoles salíamos con banderas, carteles y fotos a reclamar que se esclarezcan las desapariciones. Mucha gente se sumaba. Había artistas, teatreros y personas de buena fe que sentían nuestro dolor y nos apoyaron.

Por desgracia, a las autoridades no les importó nuestra situación. Hasta ahora no sé a ciencia cierta qué pasó con mi hijo y ya perdí la esperanza de saberlo. Estuve muy enferma y agotada.

Ahora escuché que se están investigando las muertes que se dieron durante esos años, pero creo que es muy difícil que se llegue a encontrar a los responsables. Yo sabía el

nombre del agente que mató a mi hijo y lo dije en su momento, pero se hicieron de la vista gorda.

Ni siquiera han podido encontrar a los hermanos Restrepo. Los policías dijeron que los arrojaron a las aguas de la laguna de Yambo, pero ya buscaron y dicen que no hay nada. El Gobierno tiene la obligación de aclarar las desapariciones.

Ahora ya no puedo salir a las calles para exigirlo. Tengo 74 años y cuido a una nieta que no puede caminar”.

“Volvemos a los panfletos izquierdistas. Ustedes (la prensa) dan la impresión que no leen la contraparte” (León Febres-Cordero, ex presidente de la República)

En 1997, tras las denuncias de que él dio la orden de mandar a matar a todos quienes secuestraron a Nahim Isaías en agosto de 1985, León Febres-Cordero fustigó a la prensa y justificó las acciones que la Fuerza Pública ejecutó durante su gobierno, las cuales, según él, sirvieron para derrotar a la subversión y al terrorismo. Durante su período se registró la desaparición de los hermanos Restrepo, Consuelo Benavides, Gustavo Garzón...

ANEXO 5:



Laguna de Yambo, donde el ex agente policial Hugo España Torres afirma que fueron arrojados los cadáveres de los hermanos Restrepo¹. Ubicada en la Provincia de Cotopaxi, Parroquia Panzaleo, a 7 km de la cabecera cantonal, es de origen aluvial y posee una extensión de aproximadamente 1 km de largo por 900 m de ancho. Sus apacibles aguas, con una temperatura que oscila entre los 7 y 10 grados centígrados, son verdosas por la gran cantidad de algas características de la zona. En la esquina inferior derecha, una fotografía tomada al personal de la compañía *Darwinvest* durante su exploración en el sitio².

¹ Imagen obtenida del blog de “WordPress.com”, disponible en: <http://genesys33.wordpress.com/2008/09/22/la-laguna-de-yambo>. Acceso: 07/05/2010.

² Publicada en la edición digital del diario “Hoy” del 28 de enero del 2009, disponible en: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/nuevas-del-pais-121-331114.html>. Acceso: 07/05/2010.