

TEMA CENTRAL

Proceso penal e impunidad

Farith Simon Campaña¹

En un artículo previo publicado en el boletín Ciudad Segura No. 6 (Simon, 2006), exploré las relaciones existentes entre administración de justicia y las medidas que un Estado toma para enfrentar la inseguridad ciudadana, particularmente la expansión de los delitos en una sociedad. Para el presente trabajo he asumido los mismos supuestos que informaron ese análisis: (i) El Derecho Penal, es decir, el establecimiento de ciertas conductas como delitos, hacen parte del “elenco” de soluciones que brinda una sociedad a los conflictos que surgen en su seno. Entre las respuestas (en el marco de las llamadas “políticas de manejo de la conflictividad”) se podría considerar a los sistemas de resolución de los conflictos a nivel social, los de anticipación del conflicto, los mecanismos de mediación, jueces de paz, entre otros. (ii) Algunos de esos conflictos –por los bienes, intereses o derechos en juego– son calificados como delitos², es decir, se asume que el Estado va a usar la coacción jurídica (la violencia institucional legalizada) para enfrentar y sancionar esas conductas. (iii) El análisis sobre la reforma procesal penal reciente es indispensable, ya que si bien no se la pensó directamente relacionada con la seguridad ciudadana (en su componente negativo: enfrentar la inseguridad), sus promotores “anunciaron que ésta contribuiría al incremento de la efectividad y celeridad del sistema; por tanto, sería un aporte para mejorar la persecución penal” (Simon, 2006). Y, (iv) este trabajo revisa aspectos del funcionamiento del sistema penal, es decir, la aplicación que se hace del derecho penal por parte del “sistema institucional que tiene como actores principales a jueces, fiscales y policías...”; por tanto, deja de lado la discusión conceptual sobre la pena y su función (real o simbólica).

Sin embargo, no es posible dejar de señalar, al trabajar en la relación impunidad-sistema penal, el rol que las penas cumplen en una sociedad determinada, por ser supuestos fundamentales de su análisis. Es así que se asume que éste (el sistema penal) es un mecanismo válido (en cuanto a su eficacia para lograr ciertos objetivos) y legítimo (desde la perspectiva de una justificación socialmente relevante de la violencia institucional), al acoger esa relación con la impunidad de manera eficaz y legítima.

Función de la pena

La pena, en un sentido más general, es una reacción a la lesión de una regla jurídica (Köhler, citado por Lesh, 2000), que se aplica luego de un procedimiento previamente establecido, rodeado de garantías que aseguren su neutralidad. A la pena se le asigna funciones diversas dependiendo de la teoría que la sustente. En principio estas teorías se dividen en: absolutas, relativas y teorías de la unión³.

Las *teorías absolutas* sostienen que la pena no tiene una finalidad social; éstas se dirigen al individuo –sea con un objetivo expiatorio, la reconciliación del delincuente consigo mismo o con una finalidad retribucionista– al ocasionarle un sufrimiento a la persona por haber quebrantado el derecho. En cambio, las *teorías relativas* sostienen que la pena es un medio para cumplir una finalidad social, particularmente el mantenimiento del orden, de modo que los fines de la pena son: prevención general negativa, prevención especial “positiva”, y prevención especial “negativa”.

La teoría de la *prevención general negativa*⁴ sostiene que la pena tiene un efecto “intimidatorio”, es decir, la amenaza de recibir una sanción es capaz de evitar que se cometa esos actos por otros miembros de la sociedad. La teoría de la *prevención especial positiva* resalta el papel “correctivo” de la pena. En este caso se le asigna la capacidad de generar “conciencia” en otros de que no se deben realizar determinadas conductas. Finalmente, la teoría de la *prevención especial negativa* tiene por objetivo que el autor, y solo él, no vuelva a cometer un delito. Esto se concreta en tres niveles: a) la intimidación al autor; b) la prevención especial negativa que afirma que la pena cumple el papel de “retirar” de la sociedad a los responsables de las conductas consideradas reprochables, lo cual se consigue mediante su privación de la libertad, evitando con ello que incurran nuevamente en la conducta reprochada; y c) la prevención especial positiva, que sostiene que la finalidad de la pena es la reincorporación del delincuente a la sociedad, por tanto, la respuesta tiene una función resocializadora o terapéutica. Por otro lado, existen las *teorías de la unión*, que son aquellas que se dirigen a “rescatar” los aspectos “positivos” de todas las teorías anteriores, y obviamente presentan más de un problema debido a las contradicciones que se pueden encontrar entre las diferentes teorías.

No obstante, todas las teorías anteriores han recibido fuertes críticas de parte de quienes consideran que el derecho penal, y por tanto la pena, “...crea una ilusión de una solución y, como generalmente sucede, la pacífica aceptación de que el problema se resuelve con el sistema penal [...], cancela el problema, normaliza la situación y, con ello, impide la búsqueda de soluciones efectivas...” (Zaffaroni, 1991). La respuesta extrema a estas críticas es el abolicionismo que sostiene la necesidad de extinción del sistema penal al considerar que el mismo “daña y nada resuelve” (Pérez, 1989), por lo que debería ser reemplazado por modelos de resolución de conflictos “reparadores, terapéuticos, conciliadores” (Zaffaroni, 1991).

Una nueva función que se le asigna al derecho penal, es el llamado restaurador o de composición, es decir, la reparación a la víctima o del ofendido; sin embargo, muchos autores consideran que ésta era una de las funciones del “sistema acusatorio privado” y no del proceso penal, peor aún de la pena⁵. No existe la posibilidad de profundizar en este debate, pero es importante aclarar que –sin dejar de reconocer los problemas del sistema penal– la aplicación de penas es el medio principal que nuestra sociedad ha asumido para enfrentar los conflictos considerados como delitos. Si bien no podemos detenernos en los problemas que presentan muchos de los tipos penales vigentes, es importante dejar en claro que se requiere una revisión integral del Código Penal para que se pueda ajustar de manera adecuada a las necesidades actuales.

En este escenario, son acertadas las justificaciones de la existencia del sistema penal que presenta Luigi Ferrajoli (2001), las cuales sostienen que: (i) debe asumirse que el derecho penal tiene como fin único la prevención general negativa, por tanto se aleja de cualquier consideración moral sobre las conductas, centrándose en su utilidad; (ii) las prohibiciones y las penas cumplen “...dos finalidades distintas y concurrentes, que son respectivamente el máximo bienestar posible de los no desviados [en el sentido de aquellos que no han incurrido en

conductas consideradas como delitos] y el mínimo malestar necesario de los desviados [los que han cometido delitos]; dentro del fin general de la máxima tutela de los derechos de los unos y de los otros, de la limitación de la arbitrariedad y de la minimización de la violencia de la sociedad"; (iii) se justifica un modelo de derecho penal mínimo, es decir, el hecho de que las conductas castigadas con una pena se reduzcan a las esenciales y que los castigos se justifiquen, como el mal menor "...[si] se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales y si (sólo si) el condenado obtiene de ella el bien de que le sustraen a castigos informales imprevisibles, incontrolados y desproporcionados..." (Ferrajoli 2001); (iv) la pena "...está justificada no sólo *peccetur*, esto es, en el interés de los demás, sino también *ne punietur*, es decir, en el interés del reo en no sufrir vejaciones mayores" (Ferrajoli 2001); en consecuencia, hay menores costes para el reo del que sufrirá si no existiría el derecho penal y tuviera que enfrentarse a la "anarquía punitiva".

Claro, los abusos del sistema como la selectividad, las detenciones ilegales, el hacinamiento en las cárceles, las excesivas sanciones penales, el incremento de las conductas consideradas como delitos, las torturas, entre otros, parecerían desmentir los argumentos legitimadores del sistema penal, pero es imposible sostener que la desaparición del mismo traería costes menores. En general, podría afirmarse que las amenazas para unos y para otros son mayores si el sistema desaparece. Está claro que, al igual que plantea Ferrajoli (2001), existe una justificación utilitaria del sistema, pero teniendo claridad del mal funcionamiento del mismo como una de sus consecuencias, además de los abusos y la impunidad.

De acuerdo al artículo 201 de la nueva Constitución del Ecuador (aprobada el 28 de septiembre de 2008), el sistema penal, al hablar del sistema de rehabilitación social, tiene como finalidad "...la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad[...] tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad". Esto se complementa en el Código de Ejecución de Penas al establecer como objetivo del Sistema Penitenciario "...la rehabilitación integral de los internos, proyectada hacia su reincorporación a la sociedad, y a la prevención de la reincidencia y habitualidad, con miras a obtener la disminución de la delincuencia (artículo 12). En base a las normas citadas podemos decir que en nuestro país se asume como justificativo y objetivo de las penas la prevención especial en su expresión positiva, es decir, la finalidad de la pena es la reincorporación del delincuente a la sociedad".

Impunidad

Para establecer el alcance del concepto y las clases impunidad hay que definir en primer lugar lo que se entiende por "criminalidad", la cual es definida como el "conjunto de infracciones que se cometen en un tiempo y lugar dados" (Rico, 1998: 32), esto nos plantea una dificultad inicial: la brecha que existe entre los delitos que se comenten efectivamente y los que llegan a conocimiento de las autoridades. Al conjunto de delitos que se cometen efectivamente en un lugar y en un tiempo, sin considerar si se presentó una denuncia, si se investigó o sancionó, se conoce como *criminalidad real*. Los delitos que son denunciados a las autoridades o que llegan a su conocimiento, pero que no son juzgados por las autoridades, se conocen como *criminalidad aparente*. A la diferencia entre la criminalidad aparente y la legal o judicial se le conoce como *criminalidad impune* (Rico, 1998: 32). Finalmente, la diferencia entre la criminalidad real y la aparente se conoce como *cifra negra* (Rico, 1998: 33). Las razones para la no denuncia son variadas, los estudios dan cuenta de que no se denuncia por razones que van desde acceso y costos al sistema de justicia⁸, valora-

ción del costo-beneficio, temor a represalias, etc. (CYMACIT, 2008). En general, se utilizan los estudios de victimización para determinar la criminalidad real como veremos más adelante.

De manera general, la impunidad es la falta de castigo o respuesta por una infracción¹¹, los elementos de la misma¹⁰ se concretarían en relación a los delitos cuando las víctimas o sus familiares no tienen acceso a la justicia; por tanto, no pueden conocer la verdad de lo sucedido, no tienen acceso a la reparación de los daños y a estar protegidos contra la repetición de estos hechos. Por tanto, el derecho a la justicia se concreta en el acceso a recursos judiciales efectivos que permitan "...obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes"¹¹. En este derecho se considera subsumido el derecho a la verdad; es decir, el derecho que tienen, tanto las víctimas, sus familiares y toda la sociedad, de ser informados de todo lo sucedido con relación a las violaciones (en éste caso de los delitos). Este derecho a la verdad debe ser reconocido y ejercido en una situación concreta y constituye un medio importante de reparación¹².

En cuanto al deber de investigación, la Corte Interamericana claramente señala que el mismo debe cumplirse con seriedad, y no como una formalidad infructuosa condenada de antemano al fracaso; por esta razón, debe considerarse como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares dependiente de la gestión de la víctima o sus familiares o de la aportación privada de elementos particulares. De modo que es la autoridad la que debe buscar la verdad, y esto implica que se lleve adelante por parte del órgano que investiga, todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue¹³.

En cuanto al derecho a la reparación, siempre que sea factible, según dice la Corte implica: "...la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible [...] se [debe] adopt[ar] medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones y se efectúe el pago de una indemnización como compensatorio de los daños ocasionados"¹⁴. La misma sentencia citada establece que cuando por la naturaleza de los derechos (bienes jurídicos protegidos) no es posible la restitución de los mismos, la reparación se realiza "...*inter alia* [...] mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria", pero además, que se deben tomar medidas de carácter positivo para asegurar que no se repitan hechos lesivos¹⁵.

Funcionamiento del sistema procesal penal

Podemos decir que la garantía de no impunidad de un delito estaría dada por la investigación, sanción y reparación. Para evaluar el funcionamiento del sistema procesal penal se utiliza el número de "respuestas" que el sistema ofrece a las denuncias que se presenta. Cuando "hablamos de respuesta nos referimos a las denuncias que se consideran cerradas, sea porque llegaron a una sentencia, fueron desestimadas, se arreglaron por una salida alterna (procedimiento abreviado, conversión) o, porque el caso fue sobreesido" (Simon 2006). Recordemos que las denuncias cubren el ámbito de la criminalidad aparente, ya que no han sido juzgadas y, por tanto, no se conoce si efectivamente las mismas son delitos reales (criminalidad real).

Esto requiere otra aclaración: la respuesta en algunos casos, especialmente de los delitos menores, no es la investigación sino la información a la víctima de que el caso no va a ser procesado. En sentido estricto, no existe una consecuencia para el responsable del delito, pero es imposible que un sistema acusatorio (en realidad ningún sistema) pueda perseguir todos los delitos que se cometen y se denuncian; por

tanto, se lleva a juicio solo una pequeña porción de estos casos. Por este motivo, el estudio sobre la impunidad debe referirse a dos datos: la respuesta en el sentido más amplio que incluye: sentencias, desestimaciones, procedimiento abreviado, conversión y sobreseimiento; y, la respuesta en sentido estricto que implica una respuesta del sistema de justicia, esto es: sentencia, sobreseimiento, procedimiento abreviado o conversión.

Como dan cuenta los estudios, es "normal" que a partir de una denuncia la misma se modifique o se "pierda", esto como una forma de "impunidad" se asigna a varias razones (Gutiérrez 1973 citado por Rico, 1998: 33): autor ignoto o no descubierto; fracaso de la investigación; hechos inexistentes o no delictivos; errónea calificación provisional; acción prescrita; querrela mal presentada; carencia o insuficiencia de pruebas; dilación o morosidad judicial; injerencias políticas, presiones populares o conveniencias personales del juez (agregaríamos en el sistema actual de los fiscales); procedimientos lentos o engorrosos; congestión de negocios en los tribunales; incapacidad, intrigas y corrupción de los funcionarios; laxitud en la apreciación de la prueba o en la interpretación de la ley; carencia de medios materiales; sustracción, desaparición o pérdida de expedientes; escasa colaboración de los técnicos, expertos y auxiliares de la justicia; y, reducida cooperación de los ciudadanos. Ahora bien, en un análisis más minucioso, uno podría incluir aquellos casos que no son adecuadamente procesados por el sistema judicial y que por eso son sobreseídos u obtienen sentencia absolutoria; sin embargo, es imposible realizar este estudio a partir de los datos disponibles.

Criminalidad aparente

Para determinar la *criminalidad aparente* tenemos dos fuentes oficiales en el Ecuador: los informes sobre denuncias de delitos¹⁶ que maneja el Ministerio Público; y, las querellas que se

presentan ante los juzgados penales¹⁷. El Ministerio Público, de acuerdo al inciso primero del artículo 219 del Código de Procedimiento Penal, previene "...en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal." Por otro lado, el artículo 33 del mismo código sostiene; "el ejercicio de la acción pública le corresponde exclusivamente al Fiscal", pero establece la excepción en cuanto a la "acción pública de instancia particular" que procede solamente previa denuncia del ofendido; y, la acción privada que corresponde únicamente al ofendido, que la ejerce mediante querrela.

Por la naturaleza y alcance del presente artículo únicamente me centraré en el estudio de los delitos (no las contravenciones) de acción pública de instancia oficial y los de acción pública de instancia particular; dejando de lado a las contravenciones y a las querellas; por esta razón, la fuente principal de análisis serán las estadísticas del Ministerio Público.

Evolución de las denuncias de delitos

Contamos con datos de seis años y cinco meses de funcionamiento del nuevo sistema procesal penal¹⁸. A partir de julio del año 2001 se ha recibido un total de 1'034.197 denuncias de acuerdo a los datos disponibles, y desde el primer año completo de funcionamiento del sistema (2002) la criminalidad aparente se ha incrementado en un 38,43 % (ver cuadro No. 1 y gráfico No.1). Este dato, el incremento de la criminalidad aparente, se obtiene de la comparación del porcentaje de incremento de las denuncias entre el año 2002 (primer año de funcionamiento del sistema) y el 2007.

La desestimación puede implicar: que la denuncia no constituye delito cuando existe algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso (Art. 38 Código de Procedimiento Penal), adicionalmente se desestiman aquellas denuncias que se consideran "delitos no investigables". Es evidente el incremento de desestimaciones de las denuncias. Esto se puede explicar por un mejor funcionamiento del sistema al incorporar formas de revisión preliminar de las denuncias. En el año 2002 fueron 2.323 desestimaciones que representaban un 1,93 % del total de las denuncias recibidas, en contraste con el año 2007 en que se dieron 67.932 desestimaciones que representan un 34,13 % (ver cuadro No.2).

Respuestas del sistema

Los sistemas procesales penales más consolidados sólo llevan a juicio una pequeña porción de los casos que reciben, pero tienen una diversidad de respuestas a los mismos. Una respuesta significa al procesamiento de un caso puede ser; en sentido amplio, tanto la desestimación de denuncias, como una salida anticipada, el cierre del caso por sobreseimiento o, la sentencia (sea ésta absolutoria o condenatoria) (Simon 2006).

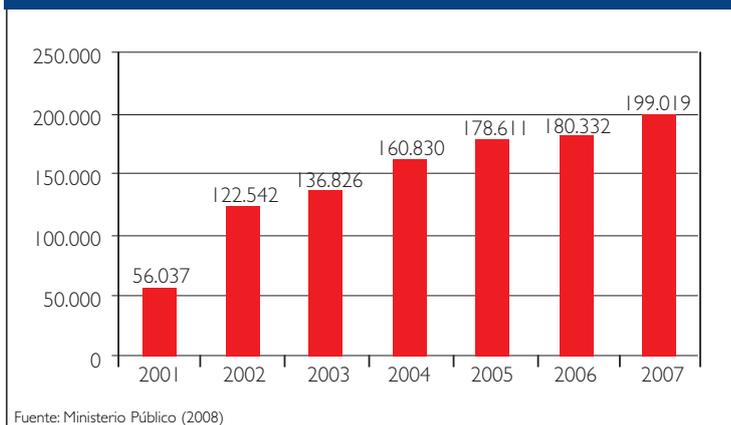
Los datos de estos años demuestran un incremento importante en el rendimiento del Ministerio Público. Las respuestas a las denuncias han crecido significativamente, incluyendo las desestimaciones, las cuales obviamente no son una respuesta a la criminalidad. Así, el sistema en el año 2007 recibió respuesta a 37,19% de los casos. En comparación podemos ver que en el año 2002 el porcentaje de respuestas alcanzó un 4,18 %, en el 2003 ascendió a 9,98 %, en el 2004 al 12,60%, en el 2005 a un 15,06 % y en el 2006 un 18,52% (ver gráfico No.3).

Como se ha advertido previamente, cuando se revisa la respuesta del sistema sin incluir las desestimaciones, pero utilizando como referente aquellas denuncias que no fueron rechazadas por esa vía, el porcentaje de respuestas es bajo. En el año 2007 las respuestas representan un 4,74% de las denuncias (claro que el universo de las denuncias es menor ya que

Cuadro No. 1 Denuncias 2001 - 2007		
Año	No. De denuncias	Incremento
2001*	56.037	-
2002	122.542	-
2003	136.826	11.66%
2004	160.830	17.54%
2005	178.611	9.96%
2006	180.332	0.95%
2007	199.019	9,39%
Total	1'034.197	-

Fuente: Ministerio Público (2008). Elaboración propia
*julio-diciembre

Gráfico No. 1 - Denuncias por año al Ministerio Público



como vimos se desestimó el 34,13% de las denuncias), siendo el porcentaje mayor de respuesta en todos estos años de vigencia del sistema; ya que si se compara con los años anteriores, tenemos que en el 2006 era un 3,23%, en el 2005 un 2,75%, en el año 2004 el 3,63%, en el 2003 el 3,70% y en el 2002 el 2,33% (ver cuadro No.3).

Una comparación de esta estadística arroja resultados extremadamente desfavorables, en el Ecuador (incluyendo las desestimaciones) se dio respuesta en el año 2007 a un 37,19 % de las denuncias; mientras en Chile el promedio de respuesta es mayor al 89% en todas las etapas de implementación del nuevo sistema procesal penal (Vargas, 2008).

Una revisión por clase nos provee información relevante. Para esto, a manera de ejemplo usaremos el año 2007. En ese año se presentaron 105.819 denuncias de delitos contra la propiedad que representaban un 53,17% del universo de denuncias (199.019). Se desestimó un 43,58 % de esas denuncias, de las restantes apenas se obtuvo respuesta a un 4,67 % de las mismas. Apenas se dictó 781 sentencias (que representan un 0,74 % del total de denuncias no desestimadas), de las cuales 626 fueron condenatorias y 155 absolutorias. Estas sentencias representan el 28,57% de las emitidas ese año (2.733).

Si tomamos los delitos contra las personas (lesiones, homicidios, asesinatos, etc.) en el año 2007 se presentaron 23.417 denuncias que representaban un 11,77 % del total de denuncias (199.019). Se desestimó un 28,11 % de ellas, de las restantes se obtuvo respuesta a un 4,42 % de las mismas. Se dictaron 375 sentencias que representa un 1,60 % del total de denuncias no desestimadas, de esas sentencias 316 fueron condenatorias y 59 absolutorias. Estas sentencias representan el 13,72 % de las emitidas ese año.

En cuanto a los delitos sexuales y de violencia intrafamiliar se presentaron 10.204 denuncias, que representaban el 5,13% del total de denuncias (199.019), se desestimaron un 20,05 % y se dio respuesta a un 8,09 % de las denuncias no desestimadas. Se dictaron 320 sentencias, 41 absolutorias y 279 condenatorias, que representan un 3,14% de las denuncias recibidas, y un 11,70 % del total de denuncias.

Si contrastamos estos números con los delitos vinculados al narcotráfico, tenemos que en el 2007 se presentaron 937 denuncias, las cuales representaron un 0,47% del universo de las mismas (199.019), con un 6,19% de desestimaciones. Respecto de las denuncias no desestimadas (879), el sistema respondió en un 104,48%; es decir, que tiene capacidad de responder inclusive a casos represados en el año anterior; lo que no sucede en relación a ninguna otra clase de delitos. Se dictaron 507 sentencias (48 absolutorias y 459 condenatorias), las cuales representan un 54,11 % de las denuncias presentadas. Estas sentencias constituyen el 18,55 % de las que emite el sistema. Como se puede ver, la respuesta del sistema frente a delitos que no causan mayor alarma social es mucho menor que en los que efectivamente tienen un impacto más significativo, sea por su número o por la trascendencia que tienen.

Algunas hipótesis

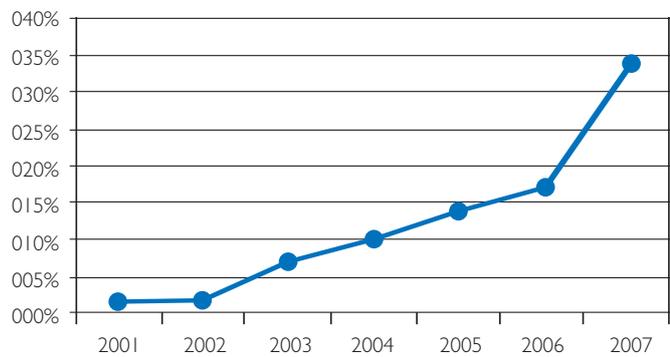
Se puede proponer algunas hipótesis sobre la falta de respuesta adecuada a los delitos y el incremento de la desconfianza en la justicia y la sensación de inseguridad. La primera tiene que ver con la inexistencia de una política global de manejo de la conflictividad, en la que el derecho penal debería ser un recurso de última instancia relacionado únicamente a las conductas calificadas como inaceptables. En los últimos años se ha incrementado el "catálogo de delitos" y las penas para enfrentar algunos fenómenos sociales que han generado alarma social, pero esto no significa una respuesta más efectiva por parte del sistema a la inseguridad¹⁹; además de recordar que una de las características del sistema penal es la selectividad que provoca que sean las personas más pobres y vulnerables las que se encuentran más expuestas a la acción del

Cuadro No. 2
Denuncias y desestimaciones

Año	Denuncias	Desestimaciones	Total denuncias aceptadas	% Desestimaciones
2001	56.037	889	55.148	1,61%
2002	122.542	2.323	120.219	1,93%
2003	136.826	8.926	127.900	6,98%
2004	160.830	14.978	145.852	10,27%
2005	178.611	21.748	156.863	13,86%
2006	180.332	27.125	153.207	17,70%
2007	199.019	67.932	131.087	34,13%

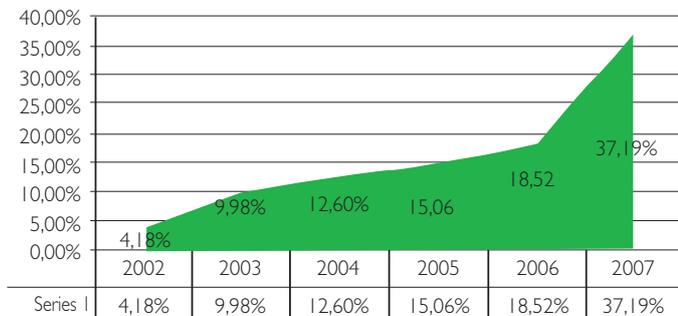
Fuente: Ministerio Público (2008). Elaboración propia.

Gráfico No. 2 -Incremento desestimaciones por año



Fuente: Ministerio Público (2008)

Gráfico No. 3 - Respuestas incluyendo desestimaciones



Fuente: Ministerio Público (2008).

Cuadro No. 3
Denuncias y respuestas sin desestimaciones

Año	Denuncias no desestimadas	No. de respuestas	% de respuestas
2002	120.219	2.800	2,33%
2003	127.900	4.731	3,70%
2004	145.852	5.290	3,63%
2005	165.354	4.546	2,75%
2006	144.465	4.661	3,23%
2007	131.087	6.218	4,74%

Fuente: Ministerio Público (2008). Elaboración propia

mismo. Esto se ha evidenciado, por ejemplo, en el caso de los delitos vinculados al narcotráfico, en donde una buena parte de las personas sentenciadas, han sido privadas de libertad por transportar pequeñas cantidades de estupefacientes, en calidad de "mulas"²⁰. La segunda tiene que ver con la constatación de los problemas de funcionamiento del sistema de justicia en esta materia. Desde el 2001 (a partir del 13 de julio) al 31 de diciembre del 2007, se han recibido 971.139 denuncias y se han desestimado 143.032, por tanto, el sistema debió investigar 828.107 de ellas. De éstas, se brindó alguna respuesta (se emitió un dictamen, conversión, procedimiento abreviado, llamamiento a juicio, sobreseimiento o sentencias) en 142.256 ocasiones, lo cual representa un 17,17 % de las denuncias, resolviéndose efectivamente (conversión, procedimiento abreviado, sobreseimiento y sentencia) un 3,41 % de éstas. Las sentencias representaron un 1,38 % del total de denuncias no desestimadas, de las cuales 9.305 eran condenatorias (81 %) y 2.169 absolutorias (19 %). En apariencia, no se ha dado respuesta alguna a 685.075 denuncias, es decir, la criminalidad impune se presentaría en un 82 % de las denuncias no desestimadas.

Si usamos las categorías inicialmente propuestas en el período mencionado, tenemos una criminalidad aparente de 828.107 casos y una criminalidad judicial o legal (sentencias condenatorias) de 9.305 casos, es decir, un 1,12 % del total de las denuncias recibidas por el sistema. Al revisar exclusivamente las sentencias que se dictaron en el 2007 (2.733), se constata que, por un lado, un 18,55 % se relacionan con los delitos vinculados al narcotráfico, cuando estos únicamente representan el 0,47 % de las denuncias; mientras por otro lado, los delitos contra la propiedad, los cuales representan un 45,54% (59.075) de las denuncias no desestimadas, han tenido apenas un 28,75% de sentencias en el mismo año. Esto nos permite entender por qué existe sensación de ineficacia del sistema, ya que la clase de delitos que efectivamente son tratados por éste, fundamentalmente casos vinculados con el narcotráfico, son los que menos alarma social causan, sea por su extensión o por la gravedad que les asigna la sociedad si se considera que no aparece como uno de los temas de preocupación en las encuestas.

Los pocos datos que sobre victimización²¹ existen en el país, nos permiten avizorar la magnitud del problema. Según la última encuesta realizada por el Municipio de Quito en este tema (CYMACIT 2008), en la capital el promedio de no denuncia se sitúa entre el 60 al 88 %. Este estudio revela que un 25,7% de hogares²² han sido víctimas de robo a vivienda, vehículos y accesorios en los últimos 12 meses; y que un 18,3 %²³ de las personas han sido víctimas de un delito de robo con fuerza o sin fuerza, ataques y amenazas. En cuanto a la percepción de inseguridad²⁴, ésta se ubica en un 46,7 % en todo el Distrito Metropolitano.

La falta de denuncia podría deberse a: (i) desconocimiento de dónde hacerlas, en el área urbana reportan no saber dónde denunciar un 45,6% de las personas y en la zona rural un 56,9% (Seligson, 2006); (ii) problemas de acceso, en el informe Latinobarómetro 2007 únicamente el 17 % de los ecuatorianos/as encuestados consideraban que todos los nacionales tienen acceso a la justicia (el valor más alto es de 38 % en Venezuela y el más bajo 8 % en el Perú, el promedio para la región es de 22 %); (iii) desconfianza en el sistema de justicia (como veremos más adelante); y, (iv) poco apoyo a las víctimas y testigos.

Respecto a este último punto, el Ministerio Público reporta que el año 2004 el Programa de Protección a Víctimas y Testigos había atendido 74 casos, y en el año 2005 se había brindado atención en 206 casos. Una acción limitada en este campo genera que las personas que sufren un delito, o que son testigos del mismo, decidan no denunciarlo y no colaborar con el sistema por el riesgo de re-victimización y la sensación de ineficacia del sistema (Esquel 2006).

Una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso del Ecuador nos da una pista de cómo el sistema trata a las víctimas, refiriéndose el fallo al deber de investigación, dice que el mismo tiene que "...ser asumid[o] por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sino que la autoridad pública busque efectivamente la verdad..."²⁵.

Todo esto se refleja en los índices de confianza en la justicia (incluyendo en la misma a la Función Judicial, Policía Nacional y Ministerio Público) y en el apareamiento de formas de respuesta como la "justicia por mano propia", la cual se manifiesta a través de linchamientos y la privatización de resolución de conflictos como las juntas campesinas; dos prácticas que suelen conllevar mayores abusos y desprotección. Esto conlleva un "círculo vicioso": baja denuncia de los delitos, poca respuesta a los delitos denunciados, incremento de la desconfianza en el sistema, pocas salidas alternativas para la resolución de los conflictos en el marco de una sociedad democrática, incremento de formas violentas o abusivas de resolución de los conflictos²⁶, aumento de los delitos, etc.

De acuerdo a Seligson (2007), en el Ecuador la confianza en la justicia de manera global²⁷ representa 32,8 puntos sobre 100 (8 puntos menos que en el 2004). En el caso de la Fiscalía para el 2001 el índice de confianza era de 30,1 sobre 100, para el 2004 subió a 34,4 y en el 2006 descendió a 27,8. En el caso de la Corte Suprema de Justicia, el índice de confianza en el 2001 era de 29 puntos, en el 2004 subió a 31,7 y en el 2006 bajo a 24,7 sobre 100 puntos²⁸.

Es indispensable que se desarrolle una política integral del manejo de la conflictividad, pero sin perder de vista la necesidad de realizar una profunda reforma al "catálogo" de conductas amenazadas con sanciones penales. Para esto es necesario incrementar otra clase de respuestas y mejorar el funcionamiento del sistema procesal penal, lo cual incluye una reforma legal profunda para crear una diversificación de respuestas a los casos que se denuncian y la modificación de prácticas de trabajo por parte de todos los actores. Si no se toman medidas urgentes se incrementará la sensación de impunidad, de inseguridad y de desconfianza en las instituciones encargadas de garantizar la protección de la ciudadanía. 

Bibliografía:

- Cetina, Gustavo (2003). "La función penal del Estado: retribución, prevención y composición en el sistema penal". Publicado en *Manual de Derecho Procesal Penal*: Tomo I. OICCPG. Guatemala.
- CYMACIT (2008). "Encuesta de victimización DMQ - 2008. Quito: MDMQ. http://www.observatorioseguridaddmq.net/antecedentes/2-informe_enc_vic.htm. (Consultado el 1 de julio del 2008).
- Corporación Latinobarómetro (2007). "Informe Latinobarómetro: 2007". Chile. (Resultados sobre 1200 encuestas)
- Ferrajoli, Luigi (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta. Madrid. Quinta Edición. Páginas 336 y 337.
- Fundación Esquel (2006). "Segunda Evaluación del Sistema Procesal Penal". Fondo Justicia y Sociedad. Quito; Esquel.
- Lesh, Heiko (2000). *La función de la pena*. Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. Página 14.
- Pérez, Álvaro (1989). "La perspectiva abolicionista". Serie Monografías Jurídicas No. 65. Bogotá: Editorial Temis.
- Rico, José M. José (1998). *Crimen y justicia en América Latina*. México D.F.: Editorial Siglo XXI. Quinta Edición. Página 32.
- Santillán Alfredo (2008) "Ajusticiamiento popular en tiempos de la seguridad ciudadana. Boletín Ciudad Segura No. 22. Quito: FLACSO.
- Seligson, Mitchell y otros (2007). Informe Auditoría de la Democracia: Ecuador 2006. Vanderbilt University.
- Simon, Farith (2006). "Administración de Justicia y Seguridad ciudadana: la ley del más débil". Boletín Ciudad Segura No. 6. Quito: FLACSO.
- Vargas, Juan Enrique (2008). "La Nueva Generación de Reformas Procesales Penales en Latinoamérica". Publicado en la Revista URVIO No. 3 (enero). Páginas 33 a 46.

Villacrés, Nilhda (2004). "Encuesta de victimización de Quito, Guayaquil y Cuenca". En Memoria del Proyecto Política Pública de Seguridad Ciudadana: Primera Fase. Oswaldo Jarrín (compilador). Quito: FLACSO - ESQUEL.

Zaffaroni, Eugenio (1991). "¿Vale la Pena?". Publicado en Revista "No hay Derecho" No. 5. Buenos Aires.

Notas:

- 1 Doctor en Jurisprudencia y Abogado por la Universidad Católica del Ecuador, con estudios de Maestría en Derechos de Infancia y Adolescencia en la Universidad Internacional de Andalucía. Actualmente es profesor de la Universidad San Francisco de Quito, participó en el proceso de reforma judicial del Ecuador durante casi 10 años, publicando varios estudios al respecto.
- 2 Esto se refleja en el principio "mala in se, sino mala prohibita".
- 3 La otra posibilidad de estudio es la referida a los delitos, y obviamente a las penas aplicables para cada caso, lo que se refleja en el derecho penal.
- 4 Por su claridad voy a seguir la sistemática de Heiko Lesh (2000: 18).
- 5 El principal exponente de esta teoría es J. P. Anselm Von Feurbach.
- 6 Hay autores que critican la vinculación que Ferrajoli hace entre derecho penal y reparación de la víctima, se sostiene que la reparación es una tarea fundamentalmente del derecho privado, pero se recuerda que existe un "revaloración" de la víctima, pero que la reparación no es una función del derecho penal (Cetina 2003).
- 7 Esto aparece con aún mayor claridad en el caso de los adolescentes, como se desprende del artículo 309 del Código de la Niñez y Adolescencia: "El proceso de juzgamiento, además de establecer el grado de participación del adolescente en el hecho del que se le acusa, tiene por finalidad investigar las circunstancias del hecho, la personalidad del adolescente y su conducta y el medio familiar y social en el que se desenvuelve, de manera que el Juez pueda, de acuerdo a las reglas establecidas en este Código, aplicar la medida socioeducativa más adecuada para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promover la reintegración del adolescente y que éste asuma una función constructiva en la sociedad." (resaltado no consta en el original).
- 8 El índice de confianza en la justicia en el año 2006 era de 32,8 sobre 100 puntos, este había caído en 8 puntos desde el 2004 (Seligson y otros 2007).
- 9 La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende a la impunidad como "...la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares". Entre otras sentencias la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la impunidad en los casos: Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafo 120; Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párrafos 143 y 185. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 Noviembre de 2002. Serie C No. 96, párrafo 53.a); y Caso del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95 párrafos. 116 y 117.
- 10 Para esto vamos a utilizar los elementos de las sentencias de la Corte Interamericana.
- 11 Caso Bámaca (parr 201) fondo.
- 12 Gómez Paquiyauri 230. Cfr. Caso Tibi, supra nota 3, párr. 257; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 251, párr. 230, y Caso 19 Comerciantes, supra nota 254, párr. 261. Caso Molina Theissen. Reparaciones, supra nota 9, párr. 81. Caso Myrna Mack Chang, supra nota 2, párr. 274; Caso

- Trujillo Oroza. Reparaciones, supra nota 51, párr. 114; Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones, supra nota 51, párr. 76.
- 13 Albán Cornejo párrafo 61. Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 14, párr. 177; Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 39, párr. 255; Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 9, párr. 120; y Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz, supra nota 13, párr. 131. Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 83; y Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 80.
 - 14 Cfr. Caso Bulacio. OP. Cit., párrafo 72. En el mismo sentido, Caso Juan Humberto Sánchez, párrafo 149; Caso Las Palmeras, Reparaciones, párrafo 38; y Caso del Caracazo, Reparaciones, párrafo 77.
 - 15 Bulacio. Párrafo 73.
 - 16 El Código Penal establece que las infracciones son "los actos imputables sancionados por las leyes penales y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena particular" (artículo 10).
 - 17 De acuerdo al artículo 32 del Código de Procedimiento Penal la acción penal es de tres clases: pública de instancia oficial; pública de instancia particular; y, privada.
 - 18 El Código de Procedimiento Penal se aprobó el 11 de enero del 2000, se publicó en el Registro Oficial de 13 enero del mismo año entró en vigencia el 13 de julio del 2001.
 - 19 En el contexto de la política de seguridad ha sido notorio el tema de la participación comunitaria, tanto en la creación de brigadas de seguridad, como el establecimiento de cuarteles de "policía comunitaria".
 - 20 De esto da cuenta el considerando octavo del Indulto aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente a los responsables de estos delitos: "... en el caso concreto de las personas que transportan pequeñas cantidades de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, denominadas "mulas", que se dedican al pequeño comercio de las mismas, han recibido sentencias desproporcionadas entre el ilícito cometido y la sentencia, sin que exista la debida proporcionalidad entre el daño causado y la pena impuesta...".
 - 21 Los datos citados corresponden al estudio de victimización realizado por FLACSO en marzo del 2008. También se puede encontrar datos en la "Encuesta de victimización de Quito, Guayaquil y Cuenca", realizada en mayo del 2003 (Villacrés, 2004). Lamentablemente las metodologías utilizadas y los ámbitos de estudios diversos no permiten una comparación de resultados.
 - 22 El "Índice de Victimización de Hogares" (IVH) representa para el estudio citado el porcentaje de hogares que fueron víctimas de robos a vivienda, vehículos o accesorios en los últimos 12 meses.
 - 23 El "Índice de Victimización de Personas" (IVP) es el porcentaje de personas mayores de 16 años que fueron víctimas de alguno de estos delitos: robo con o sin fuerza, ataques y amenazas.
 - 24 El Índice de Percepción de Inseguridad (IPI), indica el porcentaje de hogares que han manifestado cualquiera de las siguientes opciones: se sienten nada o poco seguros al caminar en su barrio; creen que en los últimos 6 meses no habido alguna mejora en la seguridad ciudadana; califican al servicio de la policía del sector como malo o regular; se han organizado en el barrio para mantener la seguridad; en las últimas semanas han tenido alguna conversación sobre delincuencia y seguridad.
 - 25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Sentencia de 22 de noviembre del 2007. Párrafo 62.
 - 26 En una encuesta de la Policía Nacional citada por Alfredo Santillán un 42% de las personas encuestadas dicen que harán justicia por mano propia si detienen a unas personas que han cometido un robo (Santillán 2008).
 - 27 Incluye Fiscalía, Corte Suprema, Tribunal Constitucional y Defensoría del Pueblo.
 - 28 Un dato relevante es la necesidad de pago de sobornos, un 45,5 % de las personas reportan haber pagado coimas en la justicia (Seligson 2007).

COMPARANDO		
Datos y cifras sobre justicia e impunidad - 2008		
Motivo	País	Detalle
Violencia de Género	Egipto	En la primera mitad de 2007 murieron cerca de 250 mujeres a causa de la violencia ejercida por sus esposos o miembros de su familia y una media de 2 mujeres era violada en el país cada hora.
Pena de Muerte	24 países	1.252 personas fueron ejecutadas por su respectivo Estado en 2007; sin embargo, 104 países votaron a favor de una suspensión en contra de la pena de muerte.
Pena de Muerte	Más de 81 países	En el 2007 se dieron casos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes en más de 81 países.
Pena de Muerte	33 países	Al menos 23 países tienen leyes que discriminan a mujeres, al menos 15 países tienen leyes que discriminan a los migrantes, y al menos 14 países tienen leyes que discriminan a minorías.
Detenciones arbitrarias	Afganistán e Irak	Al concluir 2007 había más de 600 personas detenidas sin cargos, juicio o revisión judicial de su detención en la base aérea estadounidense de Bagram - Afganistán y 25.000 permanecían retenidas por la Fuerza Multinacional en Irak.
Juicios sin garantías procesales	54 países	En el Informe 2008 de Amnistía Internacional se examinan 54 países en donde se celebraron juicios sin las debidas garantías procesales.
Reclusión sin cargos	Guantánamo-Cuba	Se ha recluso a alrededor de 800 personas desde que se abrió este centro de detención en el 2002. En el 2008 continúan reclusas 270 personas sin cargos o sin el debido proceso legal.
Derecho al trabajo	Colombia	Al menos 39 sindicalistas fueron asesinados en Colombia en 2007; 22 han muerto en los primeros cuatro meses del 2008.

Fuente: Informe de Amnistía Internacional (2008) - Elaboración: Diana Mejía