



Universidad Internacional SEK

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

“Trabajo de titulación para la obtención del Título de  
Máster en Derecho Procesal y Litigación Oral”

Título: Análisis del principio de congruencia en el Ecuador, a la luz del  
Garantismo penal.

Autor: Andrés David Palacios Coronel

Tutor: Dr. Álvaro Román

30 de noviembre del 2017

### **Declaración Juramentada**

Yo Andrés David Palacios Coronel con cédula de ciudadanía No. 0103885026, declaro bajo juramento que el trabajo aquí presentado es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional, y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen. A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo a la Universidad Internacional SEK, Ecuador, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente

---

Nombre del autor: Andrés David Palacios Coronel

CC. 0103885026

Dedico este trabajo: a mis amados hijos; Abdiel y Martina, motivo de luchar por un mundo justo, a mis padres; Jaime y María, apoyo constante en cada emprendimiento y a mi querida Karina por todos los aportes y recomendaciones, recordando siempre que “*muchos jueces son incorruptibles; nadie puede inducirles a hacer justicia*”, ¡por eso lucho!.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	VII
<b>CAPÍTULO I EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.....</b>	<b>13</b>
1.1 Generalidades y Definición.....	13
1.1.2 Principios protegidos.....	20
1.2 Garantismo penal y autoritarismo judicial. Breves referencias.....	24
1.2.1 Autoritarismo penal y decisionismo judicial. Un modelo de derecho subjetivo.....	30
1.3 La congruencia en materia civil.....	33
1.3.1 La congruencia en el <i>common law</i> federal de los estados unidos.....	38
<b>2. El principio de congruencia en materia penal.....</b>	<b>42</b>
2.1 Conceptualización Tradicional.....	43
2.2 Concepción Moderna.....	49
<b>CAPÍTULO II. LA CONGRUENCIA PROCESAL EN EL ECUADOR.....</b>	<b>57</b>
<b>1. Principio de congruencia en el Ecuador, evolución histórica.....</b>	<b>57</b>
1.1 Respeto de la Acusación.....	60
1.2 Respeto de la Defensa.....	62
1.3 Respeto de la Sentencia.....	63
<b>2. El Código de procedimiento penal del año 2000.....</b>	<b>66</b>
2.1 El principio de congruencia, en el Código Orgánico Integral Penal.....	68
2.1.1 El principio de congruencia, en la formulación de cargos.....	71
a. La Figura de la Reformulación de Cargos.....	75
2.2 Audiencia de evaluación, preparatoria de juicio y dictamen fiscal.....	77
2.3 Audiencia de juzgamiento, la resolución y la sentencia.....	82

## **CAPÍTULO III. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN DIVERSOS CASOS**

<b>1. Reflexión preliminar.....</b>	<b>88</b>
1.1 Análisis de la Resolución Nro. 1286-2014 del juicio Nro. 836-2013, emitida por la Corte Nacional de Justicia, por la primera Sala de lo Penal.....	89
a. Antecedentes.....	89
b. Análisis de la Sentencia.....	90
<b>1.2 Análisis de la sentencia Nro. 15281-2016- 00212, emitida por el Tribunal de Garantías Penales del Napo.....</b>	<b>94</b>
a. Respecto de los hechos.....	92
b. Análisis de la Sentencia.....	96
<b>1.3 Análisis de la sentencia Nro. 036-13-SEP-CC caso Nro. 1646-10- EP, emitido por la Corte Constitucional del Ecuador, el 24 de julio del año 2013.....</b>	<b>98</b>
a. Breves referencias.....	99
b. Análisis de la sentencia.....	99
<b>1.4. Análisis de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramirez vs Guatemala.....</b>	<b>103</b>
a. Breves referencias.....	103
b. Análisis de la sentencia.....	105
CONCLUSIONES.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	114

## **RESUMEN**

Este trabajo, va encaminado a desarrollar el principio de congruencia dentro de la legislación penal ecuatoriana, como necesario freno hacia la arbitrariedad y desicionismo judicial que tanto daño ha hecho a la práctica penal en el Ecuador, recordando que desde la Constitución garantista del año 2008, se escogió un modelo penal con amplias garantías y con un cúmulo de principios, cambiando del sistema inquisitivo a uno de tipo acusatorio adversarial. Es importante destacar que los postulados del Garantismo penal propuesto por el profesor Ferrajoli en gran medida se hayan reflejados en nuestra normativa, por lo que es un tema de enorme importancia que las sentencias, sobre todo en materia penal reflejen una legalidad en sentido estricto, donde la hipótesis de la acusación, no solo sea verificada, si no que pueda ser rebatida en un modelo de absoluta independencia de los juzgadores. Esta propuesta, la hemos planteado en el presente trabajo que esperamos aporte de forma significativa hacia la academia y que nos haga seguirmos cuestionando el momento que un juzgador por el solo hecho de sentenciar se abroge funciones que no le corresponden, aplicando un derecho penal castigador e inquisitivo y no uno independiente y dispositivo.

## **ABSTRACT**

This work is aimed to develop the principle of congruence within the Ecuadorian criminal legislation, in order to stop the arbitrariness and judicial decisions that has made so much damage to the criminal praxis in Ecuador; remembering that since 2008 the Constitution of the Guarantor selected a criminal model with guarantees and principles, changing an inquisitorial system to one of adversarial accusatory type. It is important to emphasize that most of the postulates of the Criminal Guarantee proposed by Professor Ferrajoli have been reflected in our legislation, which are very important judgments, especially in criminal matters, to reflect a legal strict logic, where the hypothesis of the accusation is not only verified, but also that can be refuted in a model of absolute independence of the judges. This proposal that we present in this thesis is expected to support the academy and make us question ourselves if a judge, just by the fact of sentencing, is granted the functions that do not correspond to him by applying an independent and dispositive law and not a criminal and inquisitive law.

## INTRODUCCIÓN

Es desde el Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005, que la Corte Interamericana de Derechos humanos, empezó a cuestionar la actividad inquisitiva, que realizan los juzgadores para acomodar en sus sentencias calificaciones jurídicas diferentes por las que fiscalía no formuló cargos, privando del derecho a la defensa al procesado, quien nunca pudo contradecir ese tipo penal.

Debemos recordar, que la fiscalía persigue delitos y no personas, es decir que se persiguen a los actos y omisiones lesivas y aquellas se encasillan en las infracciones penales pertinentes, para luego de un proceso penal justo, sentenciar o absolver, conforme el mérito de las pruebas de cargo aportadas por fiscalía y tomando en cuenta las pruebas de descargo aportadas por la defensa. Cualquier actividad diferente genera afectación al derecho a la defensa. En este mismo orden de ideas; García (2014) citando a Beccaria afirma que:

Parece como si las leyes o el juez tuvieran interés en no buscar la verdad, sino en probar el delito, como si no hubiera peligro mayor de condenar a un inocente cuando la probabilidad de la inocencia supera a la del delito (p. 67).

En ese marco es fiscalía, la que gozando de todas las prerrogativas estatales, posee amplias ventajas en un proceso que a todas luces resulta en una verdadera pena de banquillo para los sujetos intervinientes, quienes a través de sus defensores preparan con todas las limitaciones tanto de acceso a prueba, como de tiempo, una defensa adecuada para enfrentar un tipo penal y es aberrante pensar, que al momento de sentenciar el tribunal penal realice una calificación jurídica diferente a la contenida en el auto de llamamiento a juicio.

El principio de congruencia, limita la actividad oficiosa, autoritaria y discrecional del juez, es decir genera certeza de que la decisión se encamina a otorgar una respuesta legal donde se decide lo aportado y probado por los sujetos procesales; por ello, evita que el Estado a través de sus órganos represores, pueda abusar y sancionar arbitrariamente a una persona. Así también lo entendió el Tribunal Europeo de Derechos humanos en el (caso *Pelissier and Sassi vs France*, 2005) al decir que:

...los peticionarios no tuvieron oportunidad para preparar su defensa respecto de la nueva calificación, ya que fue sólo a través de la sentencia de la Corte de Apelaciones que conocieron del cambio de calificación de los hechos. Ciertamente, para ese momento fue demasiado tarde.

Así pues en esa misma línea la Corte IDH en el (*Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, 2009) refiere que:

(...) La Corte observa que los preceptos del tercer párrafo, inciso a), del artículo 6 (de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) apuntan a la necesidad de brindar especial atención a la debida notificación de la acusación al imputado. Las particularidades del delito juegan un rol crucial en el proceso penal, desde que el momento de la comunicación de aquéllas es cuando el sospechoso es formalmente puesto en conocimiento de la base fáctica y legal de los cargos formulados en su contra (ver *Kamasinki vs Austria*, sentencia de 19 de diciembre de 1989, Serie A, No. 168, pp. 36- 37, párr. 79). El artículo 6.3. a) de la Convención (Europea) reconoce al imputado el derecho a ser informado no sólo de la causa de la acusación, es decir, de los actos que supuestamente ha cometido y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación legal dada a esos actos. Dicha información debe ser detallada, tal como correctamente sostuvo la Comisión.

Por lo que es de suma importancia analizar la problemática que encierra el que un tribunal penal, fuera de toda lógica aplique el principio de *Iura Novit Curia* o estime que como forma de solventar errores de la fiscalía en su acusación, o del juez de garantías penales en su auto de llamamiento a juicio, pueda realizar calificaciones jurídicas ajenas a las pretendidas por el titular de la acción penal, y las contenidas en el auto de llamamiento a juicio, en una sentencia, por ser este un supuesto poder del que se hallan investidos y lo que es peor, sin ninguna fundamentación, pues esto rompe desde todo punto de vista el principio procesal de congruencia; como garantía efectiva hacia el procesado y deja en



acefalía el hecho de que su defensa técnica presente todos los elementos de descargo ante la calificación jurídica perseguida, además rompen el necesario contradictorio como garantía mínima del debido proceso.

Esta forma de subsanar errores, rompe además los principios de contradicción, el derecho a una defensa adecuada, total y con el debido tiempo y en igualdad de oportunidades. Recordando al derecho penal donde se persiguen personas y no actos y rebasando con peligrosidad el postulado de derecho penal de *ultima ratio*, hacia un derecho penal persecutor y arbitrario.

Solamente la aplicación taxativa de la legislación penal, otorgará garantías suficientes para que una persona pueda ejercer su defensa adecuada, caso contrario estaremos utilizando al derecho Penal como forma arbitraria en la que el Estado ejerce su *ius puniendi* o facultad sancionadora y no como un freno al mismo, situación que debe ser observada en un estado Constitucional de Derechos y Justicia como el nuestro.

Con lo dicho, es necesario, cuestionarnos si:

- 1.- ¿El cambio de calificación penal en el momento de emitir la sentencia por parte de los jueces de tribunal penal, a través de la aplicación del principio *iura novit curia*, o como poder-deber, afecta el principio de congruencia y genera indefensión en el procesado?
- 2.- ¿Existe un abuso de un *ius puniendi* por parte del aparato jurisdiccional, cuando se condena por un delito diferente al perseguido por Fiscalía, aplicando un derecho penal suficiente?

3.- ¿Es el Código Orgánico Integral Penal (COIP), una norma que respeta los postulados del Garantismo penal?

Como hipótesis de la presente investigación, nos permitimos establecer que en el Ecuador bajo el modelo penal garantista implantado, será arbitrario, inconstitucional y anti garantista, que los tribunales penales, procedan a efectuar el cambio del tipo penal perseguido por la fiscalía y contenido en el auto de llamamiento a juicio al momento de sentenciar.

En el Ecuador, el trabajo de la academia respecto a este tema ha sido limitado, por no decir inexistente, tomando además en cuenta al modelo garantista que se implantó por la Constitución del año 2008, que vino a obligar que en el Derecho Penal se respeten varios principios, en ese sentido vale preguntarnos si es adecuado que existan sentencias que difieran de la imputación que plantea fiscalía y por la que el juez de garantías penales, dictó Auto de llamamiento a juicio.

Para poder contestar las preguntas planteadas y para testear nuestra hipótesis, el método a ser utilizado dentro de la presente investigación será el método hipotético deductivo. Es decir partiremos desde la generalidad, hacia lo particular, iniciando con la parte teórica necesaria, para luego analizar el contenido de las sentencias de Altas Cortes, de tribunales penales, la ley y la jurisprudencia pertinente.

El enfoque que se dará al presente trabajo de investigación será el cualitativo, analizando las características del fenómeno estudiado y la problemática que el mismo encierra, con énfasis en el estudio de casos, concretamente de los pronunciados por la Corte Interamericana de Derechos humanos, la Corte Constitucional, la Corte Nacional de

Justicia, a través de su Sala especializada de lo Penal y los Tribunales de Garantías Penales del Ecuador.

En el primer capítulo, nos vamos a enfocar en analizar al principio de congruencia, para otorgar una definición del mismo y hacer un repaso en la evolución que ha tenido, para luego evidenciar el tratamiento que se da al principio de congruencia en el campo civil, en el campo del *common law* y la concepción tradicional que tuvo el principio estudiado en el sistema penal inquisitivo; para llegar al tratamiento que se otorga al mismo en el sistema penal adversarial, en el que nos desarrollamos en la actualidad, haciendo un repaso necesario entre lo que implica un proceso penal dentro del modelo garantista y lo que implica el mismo, en uno autoritario.

En el segundo capítulo, se hará una revisión del principio de congruencia en el Ecuador, desde los inicios del Código de procedimiento Penal, desarrollo que ha ido en concordancia con el desarrollo del mundo, pasando el principio de congruencia por un sistema inquisitivo, hasta llegar a nuestros días con el modelo penal acusatorio adversarial.

Así pondremos en evidencia lo lesivo que ha sido y es la normativa del *COIP*, misma que transgrede los postulados de la Constitución y de la normativa internacional, respecto de Garantismo penal y sofoca peligrosamente al principio de congruencia.

En el tercer capítulo, vamos a analizar sentencias de altas cortes y de tribunales penales del Ecuador, con el objeto de testear nuestra hipótesis y evidenciar si existe o no existe el debido respeto hacia el principio de congruencia, como elemento del Garantismo penal elaborado por Luigi Ferrajoli, en el juzgamiento de los delitos y si el cambio de la calificación jurídica, genera indefensión.

Los Autores, que serán puestos en relevancia son aquellos que concuerdan con el Garantismo penal planteado por Luigi Ferrajoli, en especial, los que concuerdan con los postulados de la legalidad para el tratamiento de los delitos; entre los cuales, nos hemos nutrido de lo dicho por: Eugenio Zaffaroni, Angela Ledesma, Eduardo Jauchen, José Cafferata Nores, Julio Maier, no porque sean los únicos, sino por la claridad con la que abordan la institución jurídica estudiada, incluyendo citas necesarias, de autores que difieren con la posición establecida por estos. Entre los nacionales, se ha tomado en consideración el pensamiento de Ricardo Vaca y Jorge Zavala Baquerizo de forma principal.

Con el presente trabajo, no creemos que vayamos a descubrir la verdad con respecto del tema estudiado, mismo que seguirá generando posiciones diversas. Lo que si pretendemos es realizar un aporte hacia la academia, que hubiéremos querido sea más nutrido y extenso, pero que si logra generar crítica hacia cada actitud anti garantista perpetrada por los juzgadores, habrá cumplido con su objetivo.



## CAPÍTULO I EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

### 1.1 Generalidades y Definición.

El proceso penal, ha tenido un desarrollo denotado en los últimos años; corrientes garantistas, como las implantadas por el profesor Luigi Ferrajoli, empiezan a tomar fuerza por esta parte del continente americano, sin embargo, no será nunca suficiente que se construyan protagonismos dogmáticos, sin que esos postulados sean llevados a la praxis; así, Ferrajoli (2008), afirma que:

...estas mismas garantías, por otra parte sirven para limitar y minimizar el poder punitivo, en la medida en que todas ellas pueden configurarse como técnicas normativas destinadas a vincularlo al papel de averiguación de la verdad procesal. Por ello, cabe caracterizar las garantías penales, empezando por la formulación clara y precisa de las figuras penales impuesta por el principio de estricta legalidad (por ejemplo, “Ticio ha acusado voluntariamente la muerte a un hombre”, como aquellas que, en el plano legal, aseguran en grado máximo la averiguación de la verdad jurídica, es decir, la verificabilidad y refutabilidad, en abstracto, de las hipótesis de la acusación, dado que no podría verificarse ni refutarse una acusación vaga e indeterminada (p.68).

Bajo esta primera aproximación, se afirma, que la correlación entre la acusación, defensa y la sentencia, constituye una *triada* inseparable, que va a permitir el correcto desarrollo del proceso penal, mismo que deberá contener y respetar todos y cada uno de los principios procesales y garantías establecidas en favor de los sujetos intervinientes, siendo objetivos, diremos que: solo una estricta relación entre acusación, defensa y la sentencia, generará un juicio justo, así Ferrajoli (2008) está convencido que solo mediante la verificación de la hipótesis de la acusación y el respeto de la refutación por parte de la defensa, se llegará a la verdad fáctica <sup>1</sup>perseguida en un proceso.

Entonces, en este modelo garantista, no es suficiente la aplicación de la ley, sino, además estamos frente a un cúmulo de principios, que deberán verse reflejados en la

---

<sup>1</sup> Nótese, que Ferrajoli, nunca habla de verdad histórica, en el desarrollo de su trabajo, abandona la posición de que en un juicio se encuentra la verdad, para inclinarse, por la verosimilitud.

Constitución, en la ley, en los tratados y convenios internacionales, en la jurisprudencia, o en cualquier norma positiva, estos van a envolver a los diversos procesos, siendo aplicables en diferentes medidas, pero siempre presentes para el correcto desarrollo de los litigios. Es indispensable que tanto operadores de justicia los apliquen, como necesario que las partes los invoquen. En esta investigación nos hemos inclinado por la escuela positivista, pues, como anticipamos los principios procesales, deberán estar positivizados, pues será arbitrario, que se aplique en materia penal, un principio que no sea reconocido. Un accionar de esa naturaleza será arbitrario y degenerará una decisión sin motivación.

Los principios procesales, nacen de los principios generales del derecho, que según Sonia Rodríguez (2008):

...son principios implícitos que se obtienen, vía inducción o abstracción de las normas positivas o a través de la deducción de normas muy abstractas, como pueden ser los valores o principios constitucionales. Son por tanto, abstracciones o generalizaciones de otras normas y pueden servir para colmar una laguna de dichas normas, como criterio interpretativo para interpretarlas y aplicarlas o como criterio para que el legislador cree una nueva norma. Son posteriores siempre al proceso interpretativo y constituyen un método de auto integración del derecho (p. 14).

Respecto de la utilidad de los principios procesales; Peyrano (1978), ya afirmaba:

...que contribuyen a integrar los vacíos que presente la regulación normativa donde ven la luz; pero cuya primera misión es la de servir de faro para que el intérprete, sea juez, legislador o tratadista, no equivoque el camino y olvide que toda solución procedimental propuesta debe armonizar con ella, so pena de introducir la incoherencia allí donde resulta más nefasta, es decir en el ámbito del proceso (p. 49).

Guillermo Jorge Enderle (2007), citando a Lozado Higuero Pinto; asegura que los principios procesales, “contienen un fuerte contenido axiológico, están en oposición a las reglas técnicas, constituyen pautas o ideas esenciales que delinean, inspiran e informan al ordenamiento jurídico adjetivo, contenedor de las instituciones particulares” (p. 198).

Así, se afirma entonces, que los principios procesales, son máximas que van a limitar arbitrariedades y excesos del *ius puniendi* del Estado, estos deberán acompañar a los sujetos intervinientes en todas las fases del proceso, incluso en la fase pre procesal, con el propósito de garantizar el reconocimiento de los derechos consagrados en la Constitución, en las normas sustantivas, tratados y convenios internacionales e inclusive se extienden al *soft law*, en caso de ser más beneficioso para la dignidad de las personas y en el supuesto de ser inobservados, causarán indefensión, afectarán al debido proceso, pudiendo causar nulidad absoluta e insubsanable y haciendo a la sentencia inejecutable, de ahí que afirmamos que son de obligatorio e irrestricto cumplimiento.

Es lógico entonces pensar, que la adecuada aplicación de los principios procesales, asegurarán un juicio justo; entendiendo que dentro de un litigio, es más probable llegar a la verdad procesal que a la verdad histórica, pues dentro de un proceso la verdad histórica, viene a ser un anhelo, no siendo este un valor, sino circunscribiéndose en el deber ser, tan anhelado. Alvarado Velloso (2008), al respecto nos ilustra:

...en otras palabras, son distintas las respuestas que pueden darse, en cuanto a la tarea que debe cumplir el juzgador, en la etapa confirmatoria, toda vez que se debate acerca de si le toca verificar los hechos, si debe comprobarlos o acreditarlos, si debe buscar la certeza de su existencia, o la verdad de lo acontecido en el plano de la realidad o, simplemente contentarse con lograr una mera convicción, acerca de los hechos controvertidos en el litigio (p. 119).

Podría pensarse que existen distintas concepciones de la verdad, y que, dependiendo de la formación judicial, de la preparación del juzgador, de la carga ideológica y hasta de sus creencias religiosas, encontraremos verdades diferentes; al encontrarnos con juzgadores o con tribunales diferentes, y de ahí la importancia que vienen a desempeñar los principios dentro de un proceso, pues estos, según Atienza (2005) citando a Alexy: "...son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las



posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados” (p. 175).

Dentro del Garantismo Penal, en el cual nos vamos a enfocar, el principio de congruencia tiene relación con la legalidad estricta y toma un rol fundamental, como garantía negativa, o de no transgresión, así para Luis Prieto Sanchís (2011):

(...)la legalidad en sentido estricto es un principio sustantivo que afecta a la validez (...) la estricta legalidad penal se articula mediante una técnica legislativa idónea para disciplinar y limitar lo más rígidamente posible la violencia institucional y, en general, el ejercicio de poderes coercitivos a través de la determinación normativa de sus presupuestos y comprende por eso el conjunto de garantías penales y procesales, que serán examinadas en los epígrafes siguientes: materialidad de la acción, lesividad del resultado, culpabilidad, y, por otra parte, presunción de inocencia, carga de la prueba y derecho de defensa. Por lo tanto, desde esta perspectiva el respeto al principio de estricta legalidad resulta equivalente a la validez constitucional de la ley penal (...) comprende también un principio específico de la esfera penal que es la taxatividad o exigencia de que las tipificaciones de delitos y penas aparezcan tan pre- determinadas en la ley como resulte posible para permitir la mejor verificabilidad y refutabilidad empíricas de la hipótesis acusatoria (ps. 103-104).

Debiendo a nuestro entender, además incluir la necesaria separación que debe existir entre el juez y la acusación. Es decir, la estricta legalidad a todas luces irá encaminada a la determinación legal de los asuntos punibles, y va a imponer una jurisdicción cognitiva y no arbitraria o decisionista. Para la estricta legalidad, se deben rechazar y eliminar tipos penales tan absurdos, referidos a conceptos jurídicos indeterminados, o que incorporen juicios de valor (mala conducta, inmoralidad, peligrosidad) (Luis Prieto, 2011).

Sin querer ampliarnos demasiado, respecto de los principios, pues sería necesario realizar otra investigación para poder identificar todas sus relaciones y las cargas argumentativas y axiológicas que los mismos envuelven, diremos respecto al principio de congruencia, que: este deberá ser entendido como la correlación que deberá existir entre la acusación, la defensa y la sentencia; sin embargo, debemos cuestionarnos ciertamente, si

este principio se circunscribe solo en lo fáctico, o si su afectación se involucra además hacia la calificación jurídica, recordando que desde el primer momento que fiscalía intima<sup>2</sup> con el procesado, ya se aventura a subsumir el presunto ilícito, sobre un supuesto jurídico, teniendo todas las posibilidades para reformular el tipo penal hasta antes de la Audiencia Intermedia de Evaluación, preparación y anuncio de prueba; antesala de la Audiencia de Juicio, por lo que a nuestro parecer, se deberá circunscribir este principio, tanto hacia lo fáctico como en la mayoría de casos también hacia lo jurídico.

El principio de Congruencia, no es de nueva data, los antecedentes históricos del mismo se remontan hacia el Derecho Romano, a decir de Becerra Bautista (1975), Justiniano, explicaba en las *Institutas*, respecto de que “si el demandante, en la *intentio*, comprendía más de lo que le era debido, caía la causa, es decir, este perdía la cosa, y era difícil que el pretor se la restituya” (p. 89). Así con la evolución del derecho Romano, nació aquella locución latina conocida como *ne est iudex ultra petita partium*; que significa que entre la acusación intimada y la sentencia, debe mediar una correlación esencial sobre el hecho, la que impide condenar al acusado por un hecho diverso del que fuera objeto de la imputación formulada.

---

<sup>2</sup>Según el concepto de Intimación que brinda el *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio*, Intimación hace referencia a lo siguiente:

Acción y efecto de intimar, de declarar, notificar, hacer saber una cosa, especialmente con autoridad o fuerza para ser obedecido. La facultad intimatoria atribuida a la autoridad puede tener diversas manifestaciones, una de ellas referida al mantenimiento del orden público, como cuando se intima a la población para la entrega de armas o para no circular por las calles después del toque de queda. Otra sería el requerimiento compulsivo, de índole sanitaria, a los habitantes de una ciudad para que se sometan a la vacunación, o la de índole fiscal, en exigencia a los contribuyentes del pago de los impuestos atrasados. Pero su sentido más concreto se encuentra en la intimación dirigida a los rebeldes y sediciosos para su rendición o desistimiento, combinándolos con el empleo de la violencia si la orden no fuere acatada (p. 513).

Devis Echandía (1994) respecto del Principio de Congruencia, dice que:

se entiende por Congruencia o consonancia, el principio normativo que delimita el contenido y el alcance de las resoluciones judiciales, en relación a las peticiones o imputaciones formuladas y con los puntos que la ley procesal ordene resolver sin necesidad de instancia de parte, para que exista identidad jurídica entre el resultado y lo pedido o imputado u ordenado resolver de oficio por la ley(...) en, materia penal, debe haberla entre las imputaciones formuladas al imputado o sindicado para su procesamiento o enjuiciamiento definitivo y la decisión que se resuelve sobre la existencia de los hechos ilícitos en que se basan tales imputaciones y la responsabilidad que a aquel le corresponde por ellos (p. 151).

Con lo dicho hasta el momento, se puede asegurar, que la Congruencia es un principio circunscrito evidentemente al derecho procesal; así definiendo a la Congruencia, Hugo Botto (2007) dice que: “Es un principio de carácter normativo que afecta a la esencia misma de los actos resolutorios y que va dirigido al acto jurisdiccional por excelencia: la sentencia o fallo” (p. 79).

El principio de congruencia, deberá estar presente en todas las etapas del proceso, sin embargo, toma relevancia a la hora de la sentencia, pues en ese momento es donde los juzgadores podrán establecer si determinado comportamiento, se adecúa o no con lo perseguido por la fiscalía dentro de un proceso penal, pues se entiende que la libertad ambulatoria de una persona, no puede ser comprometida por un fallo antojadizo, que nos recuerde al sistema inquisitivo, superado ya por las corrientes modernas del derecho penal, situación diferente podrá ocurrir en el proceso civil, donde se verán comprometidos derechos patrimoniales, susceptibles de ser reparados, a través de los recursos previstos en la normativa.

George Sotomayor (2016), citando a Montero, señala que el principio de Congruencia es “la correlación entre las peticiones de las partes y la sentencia” (p. 148), por lo que desde una óptica general, se dirá que el principio de congruencia es el ajuste

fáctico y jurídico que debe contener una sentencia, tomando en cuenta lo pedido por la acusación y lo rebatido por la defensa, sin conceder más de lo solicitado.

El autor argentino, Julio Maier (1989) dice, respecto del principio de Congruencia que:

Para que la imputación sea integral el órgano jurisdiccional o requirente debe atribuir la totalidad de los aspectos fácticos que permitan colegir a la Defensa y al propio imputado qué norma o conjunto de normas penales podrán aplicarse al hecho investigado. Se viola el principio de congruencia cuando el fraccionamiento, parcialización, indeterminación o insuficiencia de la imputación impide prever las distintas contingencias procesales a las que se puede ver sometido el imputado por medio de la aplicación o apartamiento de distintas normas penales (p. 336-337).

Bajo la luz del Garantismo, entendemos entonces cual es la importancia que constituye la correcta aplicación del principio de congruencia en los distintos procesos, sobre todo en el penal. La congruencia consistirá entonces; que el juez o tribunal, debe resolver únicamente lo aportado por las partes y circunscribiéndose en el objeto del proceso. Por lo que será incongruente que el juez en su sentencia, se aparte de decidir sobre la *causa pretendi* por la que se trabó la Litis. El juzgador debe sustentar su fallo en relación con las pretensiones contenidas por el actor en su demanda, o por el ministerio público en su dictamen fiscal, así como tomar en cuenta todas las excepciones deducidas y en general todos los elementos de cargo y de inculpación planteados por la acusación y los de descargo que plantea la defensa en un proceso penal.

En caso de no hacerlo o si el juzgador concede más de lo pedido, menos de lo pedido o algo diferente a lo pedido por las partes, vicios que se identifican como *ultra, citra o extra petita*, que a decir de Santiago Andrade (2005) “el vicio de *ultra petita* se da cuando se resuelve más de lo pedido; el de *citra petita*, cuando se deja de resolver una o más pretensiones de la demanda o las excepciones; y el *extra petita* cuando se decide puntos que no fueron materia del litigio” (p. 147). La sentencia será incongruente, lo que genera un

vicio de incongruencia, causando nulidad a la misma o inejecutabilidad por ser violatoria al derecho a la defensa.

### **1.1.2 Principios Protegidos.**

El principio de congruencia, cobija a otros principios del derecho procesal, por lo tanto, si se afectan a los principios relacionados con la congruencia procesal, nunca se podrá tener una sentencia congruente, que respete los derechos de las partes intervinientes.

Con la falta de aplicación del principio de congruencia; vemos que entre los principios afectados, están el de contradicción y el derecho a la defensa, en el sentido que no se corresponde con la inseparable *triada*; circunscrita entre la acusación, la defensa y la sentencia, así pues respecto del principio de contradicción; Lino Palacio (2002), afirma que: “estriba en la oportunidad para pronunciarse sobre una pretensión, la ausencia de pronunciamiento no puede significar otra cosa que su no ejercicio” (p. 102).

Devis Echandía (1994), entiende que una modalidad del ejercicio del derecho de contradicción se circunscribe en la total inactividad del reo, lógico parece este criterio, dado que en general; tanto en el órbite civil como penal, el *onus probandi*, corresponde tanto al actor, más aún en el sistema acusatorio, en el que nos desenvolvemos, al ministerio público, por lo que parece coherente afirmar que a pesar de que la parte accionada describa su defensa, en la total inactividad como estrategia, estará ejercitando su derecho de contradicción.

Para José Cafferata (1998), el principio de contradicción:

Exige no solo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de aportar pruebas de cargo y de descargo respectivamente; la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros

sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener (...)la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario (p. 57)

El principio de contradicción, lo podemos calificar como el que posibilita que las partes procesales confronten sus demandas y pretensiones, contestaciones y excepciones, réplicas y contrarréplicas, a fin de asegurar la justa composición de la *litis*, la invocación de razones, el cabal ejercicio del derecho a la defensa y respeto al debido proceso.

Por la confrontación de opuestos el Juez llega a obtener la verdad procesal. El principio de contradicción, además toma papel fundamental y preponderante, como pilar fundamental del debido proceso; para Rafael Oyarte (2016):

Este derecho incluye el conocer las acusaciones, imputaciones y, en general, peticiones que se dirigen a establecer la responsabilidad de una persona, ora para aplicarle una sanción o bien para imponerle una obligación de dar, hacer o no hacer, y, también, los de presentar pruebas y contradecir las que presente el adversario, así como interrogar a testigos, peritos, entre otros (p. 364).

Con lo dicho, se ve que el principio de contradicción es piedra angular, sobre la que se levantará el principio de congruencia. Así pues el que una parte no conozca el requerimiento que pese sobre esta y, no pueda sustentar su réplica, generará un estado absoluto de indefensión, tan grande es el derecho de contradecir los postulados del acusador, que este principio procesal, se deberá circunscribir además a la fase pre procesal.

El correcto ejercicio del principio de contradicción, se agotará solamente cuando el procesado, pueda conocer con claridad todos los elementos que fiscalía presente en su contra, tener la oportunidad para refutarlos, y, para presentar cada elemento de descargo, con el objeto único de su ejercicio al derecho a la defensa.

Cuando se irrespeta el principio de contradicción, en cualquiera de las etapas del

proceso penal, se estará violentando ya, el principio de congruencia, olvidando la necesaria correlación entre acusación, defensa y sentencia.

Otro de los principios que se estarán afectando es el de un juez imparcial, necesario en todo proceso en donde se vayan a decidir derechos de los intervinientes, pues el juez a más de imparcial es *imparcial*,<sup>3</sup> dado que carece de actividad oficiosa, actuará a la luz del principio dispositivo, que rige en nuestro ordenamiento procesal; así, pues Eduardo M. Jauchen, (2013); al respecto manifiesta que:

...juez es sinónimo de imparcialidad, es la esencia misma inherente a la justicia. Si el proceso es la forma civilizada como presupuesto para la realización del Derecho Penal, es indispensable que el encargado de decidir sólo podrá hacerlo con justicia si es imparcial, esto es, si no tiene inclinación favorable o negativa respecto a alguna de las partes o interés personal alguno respecto al objeto del proceso (p. 227).

Por lo que, un juzgador que busque acomodar la calificación jurídica pretendida en el tipo penal perseguido, con el fin de obtener una sentencia inculpatoria, romperá el principio de juez imparcial, y vendrá a ser un juez activista, proscrito en un ordenamiento procesal Garantista como el ecuatoriano. Para Luis Prieto Sanchís (2011); “un juez garantista es titular de un singular poder en el que la voluntad que está detrás de sus fallos y decisiones, no recaba legitimidad de los votos para el aplauso del público, sino precisamente de su fundamento cognoscitivo y racional” (p. 11).

---

<sup>3</sup> Adolfo Alvarado Velloso (2001) “Un acusador y un acusado; un pretendiente y un pretendido; un actor y un demandado; y un tercero que por ser tal, no puede ser ni el primero, ni el segundo. El tercero que, siendo juez hace su profesión y más un medio de vida su calidad de tercero no puede ser ni uno ni otro. Ello llevo algún día a sostener que la primera calidad del juzgador es su imparcialidad, no es parte del proceso porque, si lo es, es acusador o acusado. Es demandante o demandado.

Pero además de ser imparcial ese juez para ser tal, esencialmente tal debe tener una segunda calidad más; la imparcialidad, es decir: no tener interés, inmediato, ni mediato en el resultado del litigio. Imparcialidad e imparcialidad son dos supuestos que no pueden funcionar sin un tercero que, es la independencia del juzgador respecto de las partes en litigio; es decir: que el juzgador no este en una situación de obediencia debida con respecto al acusador y al acusado porque en ese caso pasa a ser acusador o acusado” (p. 1).

Finalmente, diremos que se vulnera el principio de verdad procesal, de forma *ex post*, toda vez que el sistema procesal es un medio para llegar a la justicia, y el legislador ha entendido que el objeto de la justicia es llegar a la verdad procesal; que se encuentra inmerso en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>4</sup>.

Es decir, los jueces deben resolver valorando las actuaciones, peticiones, diligencias, pruebas y demás actos que consten en el proceso y que han sido aportados por alguna de las partes, sin considerar todo aquello que sea ajeno o extemporáneo, pues si eso ocurriere, su decisión será incongruente, cayendo en los vicios, que hemos mencionado y volviendo inejecutable el fallo.

En la línea garantista, se establece que no existen personalidades criminales o peligrosas, sino únicamente hechos tipificados como delitos por una norma penal, y los hechos deben de ser probados en un procedimiento de verificación y refutación, para que las decisiones del juez penal, sean en mayor medida posible verdad y no un libérrimo decisionismo (Luis Prieto Sanchís, 2011).

Por lo que cualquier decisión que se aparte de lo contribuido por las partes, responde a un sistema judicial donde no existe seguridad jurídica, se atenta al debido proceso, se genera inseguridad en sus intervinientes y no busca la verdad procesal, si no se conforma con cubrir las estadísticas, por lo que se estará cayendo en la necesidad de que el agente, prevenga todos los posibles desenlaces a una acción; rosando peligrosamente al Autoritarismo judicial, estados de legalidad permisiva, donde no se busca la verdad

---

<sup>4</sup>Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando tome en cuenta para fundamentar su resolución.



procesal, sino lo satisfacción, a través de la condena de un sujeto, sin prestar las garantías procesales necesarias, que justifiquen y motiven en debida forma una sanción.

## **1.2 Garantismo penal y autoritarismo judicial. Breves referencias.**

Será necesario, anticipar la ligereza con la que abordaremos, este fundamental concepto de evolución de la ciencia penal, por la única razón de que sería necesaria realizar una investigación completa y detallada, para poder identificar todos los componentes del Garantismo penal, mismo que al estar en evolución, se va nutriendo cada vez de nuevos aportes. Aquí, vamos a exponer lo fundamental del tema y a su vez, la antítesis, que sería la arbitrariedad judicial, no con el objeto de encontrar una síntesis, pues enteramente nos adscribimos a la posición enunciada por el profesor Ferrajoli.

Se piensa, muchas veces, que el Garantismo penal implantado por el profesor Luigi Ferrajoli es vanguardista y esto es falso, el derecho penal moderno, nace con el profesor César Beccaria, quien ya se preocupó por encontrar un modelo que garantice los derechos de los ciudadanos y limite el poder de castigar del Estado.

Ferrajoli, encontró un modelo de derecho penal necesario (no suficiente), para imponer una pena en un Estado social, democrático y de derechos, y así, en su obra *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, desarrolla este enfoque, que expondremos con el objeto de que se evidencie la vigencia del principio de congruencia procesal, en un estado como el nuestro, donde el derecho penal es de *última ratio* y donde proclamamos una serie de derechos, principios y valores en nuestra carta fundamental, mismos que deberán ser aplicados y dotados de contenido, caso contrario quedarán en meros enunciados. Por otro lado, en un estado autoritario, de defensa, donde existe un derecho penal suficiente, que consigue castigar todos los delitos, el derecho penal es un derecho de

autor y no de acto y busca sancionar a todos los posibles criminales, alejándose peligrosamente de la legalidad absoluta y estricta, que debe existir en un modelo garantista.

Voy a empezar, esta reseña con una importante cita del maestro Ferrajoli (1995), quien dice que, bajo el sistema garantista: “solo es posible verificar empíricamente, que se ha cometido un delito, si antes una convención legal, establece con exactitud, que hechos empíricos, deben considerarse como delitos” (p. 44). Bajo esta primera consideración, se afirma, que el modelo garantista, exige, que la ley sea taxativa y proscriba la aplicación *post factum* de la ley, señalando una serie de garantías, que serán ampliadas *posteriori*.

Para Ferrajoli (1995), el modelo penal garantista, se compone en dos esferas; “las garantías penales y las garantías procesales” (p. 34). Estas dos garantías, están encaminadas a conseguir, a diferencia de otros modelos de derecho penal “el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad” (p. 37). Bajo esta primera limitación del derecho penal, se observa que el fin del modelo garantista, es legitimar las actuaciones judiciales y aproximarlas en mayor medida a la verdad procesal, otro concepto que desarrolla el autor. Además, Ferrajoli asevera que el Garantismo penal, se nutre por el cognoscitivismos procesal y la estricta jurisdiccionalidad.

En primer momento, hablamos del principio de estricta legalidad dentro del modelo garantista, que se diferencia del estado autoritario, en el que existe una legalidad permisiva, ahí donde más afecta, en el derecho penal, que es donde se castigan a los sujetos, sobre un derecho no disponible, como es su derecho de libertad ambulatoria. Para el principio de estricta legalidad, obtiene relevancia penal, lo que dice la ley y no lo que refieren los

postulados de la moral o la naturaleza, y se deben regular, a través de normas regulativas <sup>5</sup>y no de normas constitutivas<sup>6</sup> de la desviación punible.

Por otro lado, en cuanto al cognoscitivismo procesal y estricta jurisdiccionalidad, Ferrajoli (1995), define a los mismos de la siguiente manera:

...este requisito (el primero) afecta, naturalmente, a aquella única parte de los pronunciamientos jurisdiccionales que viene constituida por sus motivaciones, es decir, por las razones de hecho y de derecho acogidas para su justificación,(...) a su vez el segundo requisito, exige dos condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias, en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos, que permitan tanto la verificación, como la refutación (p. 36).

Se infiere entonces, estos dos requisitos van anclados al principio de congruencia, por lo que no podrá jamás sancionarse a una persona, sin tomar en cuenta todos los elementos aportados por las partes, verificados, rebatidos y lo que es más, en el caso del ministerio público, que vayan a solventar la hipótesis contenida en su acusación, cualquier apreciación, o conclusión diferente, dará cuentas de un derecho penal suficiente (no necesario). Dentro del modelo del derecho penal garantista, y con los requisitos, que nos permitimos exponer, estos derivados de la estricta legalidad, a su vez, se deriva un modelo teórico normativo, como proceso de cognición y comprobación, donde se tiene

---

<sup>5</sup> Recuperado el 12 de octubre de 2017 de <http://josuefossi.blogspot.com/2016/01/normas-regulativas-normas-constitutivas.html>, “En el mundo jurídico este tipo de reglas es lo que se denomina norma en sentido fuerte, es decir, aquella que establece prescripciones y que su vez, pueden ser reconducida a un enunciado condicional. Se les llaman normas regulativas por estar orientadas a guiar las conductas humanas, o sea, a través de ellas se pretende que los sujetos se ajusten a lo que ellas *prescriben*. Las prescripciones no son más que *modalidades de acción*, es decir, modalidades deónticas. Las modalidades son las facultades, prohibiciones, obligaciones, poderes, cargas y deberes.”

<sup>6</sup>Recuperado el 12 de octubre de 2017 de <http://josuefossi.blogspot.com/2016/01/normas-regulativas-normas-constitutivas.html> “Por otra parte, siguiendo la distinción de Searle (1994), están las reglas constitutivas, o sea, aquellas que no regulan meramente, sino que son las que crean o definen nuevas formas de conducta. Estas se caracterizan por la definición o creación inmediata de algún estatus.

En la actualidad es común observar que existen normas que al parecer no regulan conductas. Las constituciones modernas contienen un abanico de normas que confieren competencias o poderes, normas permisivas, normas definitorias, normas interpretativas, normas de reenvío, normas sobre la eficacia de normas, normas sobre conflicto entre normas y normas abrogatorias (Guastini, 2010). La esencia de tales normas es que no orientan el comportamiento y por tanto, no pueden ser obedecidas.”

necesariamente que excluir lo más posible las valoraciones subjetivas, donde se deberá admitir aserciones o negaciones de hecho y de derecho, de las que vayamos a encontrar la verdad o la falsedad procesal (Ferrajoli, 1995).

Como hemos dicho, el modelo garantista busca encontrar la verdad procesal, al respecto, el autor referido, la identifica de la siguiente manera: “una proposición jurisdiccional se llamará verdadera si, y sólo si, es verdadera tanto fáctica, como jurídicamente” (p. 49). Al respecto, ejemplifica diciendo que:

Ticio ha cometido culpablemente tal hecho denotado por la ley como delito,

- a. La proposición Ticio ha cometido culpablemente tal hecho
- b. La proposición tal hecho está denotado por la ley como delito. Es verdadera si, y sólo si, tal hecho está denotado por la ley como delito. Estas dos equivalencias definen, respectivamente, la verdad fáctica y la verdad jurídica, respecto de las que sirven para aclarar las distintas referencias semánticas, que en el primer caso son los hechos ocurridos en la realidad y en el segundo las normas que hablan de ellos. (p .48)

Sin embargo, el mismo autor reconoce las limitaciones a las que se ve comprometida la verdad procesal, para a su vez encontrar una respuesta a través de la verdad objetiva, pues, es imposible pedir que el juzgador, elimine totalmente la carga subjetiva y la argumentación *ex officio*, de sus decisiones, pues al ser un humano es falible, lo que sí, se exige es que su discrecionalidad se reduzca al máximo, cualquier actuación diferente, devenga en anti garantista, afectando los derechos del procesado. Respecto, de la congruencia procesal, Ferrajoli (1995), reconoce que: “el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no sólo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación (sic) judicial según la fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*” (p. 37).

Con lo brevemente expuesto y para lograr los fines aquí propuestos, Ferrajoli (1995), propone diez axiomas básicos del sistema garantista, reconociendo, además que su propuesta es tendencial y nunca perfectamente satisfacible (sic). Los que detallamos a continuación:

*A1. Nulla poena sine crimine*

*A.2 Nullum Crimen sine lege*

*A.3 Nulla lex (ponalis) sine necessitate*

*A.4 Nulla necessitas sine iniuria*

*A.5 Nulla iniuria sine actione*

*A.6 Nulla actio sine culpa*

*A.7 Nulla culpa sine iudicio*

*A.8 Nullum iudicium sine accusatione*

*A.9 Nulla accusatione sine probatione*

*A.10 Nulla probatio sine defensione.*

Estos diez principios, están a su vez recogidos en nuestra constitución de la república del Ecuador del año 2008. Para Ferrajoli (1995), de estos diez principios, nacen las garantías penales y procesales, así, desembocan en:

- 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito<sup>7</sup>; 2) principio de legalidad<sup>8</sup>, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o economía del derecho penal<sup>9</sup>; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto<sup>10</sup>; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la

---

<sup>7</sup> Art. 76. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “3. Nadie podrá ser (...) sancionado por un acto u omisión que (...) no esté tipificado en la ley como infracción penal.

<sup>8</sup> Art. 76. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que (...) no esté tipificado en la ley como infracción penal ni se aplicará una sanción no prevista en la constitución o en la ley.

<sup>9</sup> Art. 76 numeral 6 y Art. 195: Art. 76. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales (...)” Art. 195. “La Fiscalía dirigirá (...) la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal (...)”.

<sup>10</sup> Art. 66. “Se reconoce y garantizará a las personas: 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás.

acción<sup>11</sup>; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal<sup>12</sup>; 7) principio de jurisdiccionalidad<sup>13</sup>; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación<sup>14</sup>; 9) principio de la carga de la prueba<sup>15</sup>; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación<sup>16</sup> (p. 93).

Evidentemente, por la razón del presente análisis, nos vamos a referir en exclusiva a los principios procesales del modelo garantista, que vienen a ser: el principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación, el principio de la carga de la prueba y el principio del contradictorio o de la defensa, para concluir, que todos estos principios procesales del modelo garantista, contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, exigen a los juzgadores, que recojan bajo este modelo plasmado, una estricta actuación, donde no se pueden dejar de identificar a la triada inseparable, que recoge el principio de congruencia y que es: la acusación, defensa y sentencia, siendo que, una sentencia adecuadamente motivada, deberá recoger, los elementos aportados por cada una de las partes, tanto en lo fáctico, como en lo jurídico, pues el autor referido, no realiza una diferenciación o extensión exclusiva hacia lo

---

<sup>11</sup> Art. 76 numeral 3. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: “3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión (...).

<sup>12</sup> Art. 76 numeral 2: El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: 2. Se presumir la inocencia de toda persona (...) mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. Art. 619 Coip La decisión judicial deberá contener. 2, La determinación de la existencia de la infracción y la culpabilidad de la persona procesada. La persona procesada no podrá ser declarada culpable por hechos que no consten en la acusación. 3.- La individualización de la responsabilidad penal y la pena de cada una de las personas procesadas.

<sup>13</sup> Art. 76 número 2 y 3: El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: 2. Se presumir la inocencia de toda persona (...) mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada; 3. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez (...) con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

<sup>14</sup> Art. 75 y 195: 75. “Toda persona tiene derecho al acceso (...) a la justicia [...] imparcial”; 195. “La Fiscalía dirigirá (...) la investigación pre procesal y procesal penal (...) De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.”

<sup>15</sup> Art. 76 numeral 2. El debido proceso incluye las siguientes garantías básicas: 2. Se presumirá la inocencia de toda persona (...) mientras no se declare su responsabilidad.

<sup>16</sup> Art. 168 numeral 6: La administración de justicia aplicará los siguientes principios: “6. La sustanciación de los procesos en todas las materia (...) se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”

fáctico, es más, bajo la estricta legalidad del Garantismo penal, los juzgadores, están prohibidos de extender sus decisiones hacia sus criterios, debiendo entender además, que la carga de probar, está siempre en el ministerio público y que bajo la verdad procesal aquí esbozada, se deberá además tomar en consideración solo los elementos contradichos, rebatidos y verificables.

### **1.2.1 Autoritarismo penal y decisionismo judicial. Un modelo de derecho subjetivo.**

Para Ferrajoli (1995), un modelo anti garantista, se forma de dos aspectos, el primero a saber es el sustancialismo penal y cognoscitivism ético y el segundo aspecto, es el decisionismo procesal y subjetivismo inquisitivo, al respecto del primero, Ferrajoli refiere que:

según esta concepción no formalista ni convencionalista, sino (...) sustancialista, de la desviación penalmente relevante.(...) (el) objeto de conocimiento y de tratamiento penal no es tanto ni sólo el delito en cuanto formalmente previsto por la ley, sino la desviación criminal en cuanto en sí misma inmoral o antisocial y, más allá de ella, la persona del delincuente, de cuya maldad o antisocialidad el delito es visto como una manifestación contingente, suficiente pero no siempre necesaria para justificar el castigo (p. 41).

Así, dentro del sustancialismo penal, a diferencia, de la estricta legalidad, para Ferrajoli (1995) “la técnica más difundida es la previsión de figuras de delito elásticas e indeterminadas, idóneas para connotar términos vagos o valorativos modelos globales de desviación- como el escándalo público, el desacato, la propaganda o la asociación subversiva,(entre otros delitos de textura abierta)”(p. 41). Refiriéndonos, al respecto del decisionismo procesal y subjetivismo inquisitivo, dirá que es el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos y de la subjetividad de los presupuestos recogidos en la sanción, refiere que por un lado, el tema subjetivo se manifiesta en el tema procesal, que para Ferrajoli (1995) “consiste más que en hechos determinados, en condiciones o

cualidades personales, como la pertinencia del reo a tipos normativos de autor o su congénita naturaleza criminal o peligrosidad social”(p. 43).

Por otro lado, se manifiesta en el carácter subjetivo del juicio, donde existe ausencia de referencias fácticas exactamente determinadas, resulta basado por valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas, antes que en pruebas del hecho formulado (Ferrajoli, 1995). Los principios arriba recogidos, vienen a flexibilizarse, a atenuarse y en ciertos casos se disuelven, lo que genera un proceso sin verdad, donde importa además la carga política y subjetiva del juzgador, naciendo, un modelo de juicio penal potestativo, en vez de cognoscitivo, por lo que afirma Ferrajoli (1995), que: “su fundamento es exactamente inverso al propio modelo garantista: sin una predeterminación normativa precisa de los hechos que se han de comprobar, el juicio se remite en realidad mucho más a la autoridad del juez que a la verificación empírica de los supuestos típicos acusatorios” (p. 43).

Nos refiere que, en el modelo contrario del Garantismo penal, no todas las reglas jurídicas van dirigidas a limitar el arbitrio de los jueces, así, ejemplifica estableciendo que: las reglas que favorecen el secreto en cualquier fase de la investigación, o de autoincriminación, vienen a limitar la defensa y no cumplen con el modelo de derecho penal garantista, por tanto, son reglas anti garantistas. Un proceso penal, debe ser simple, por ello el autor, refiere que un proceso complejo, de tinte inquisitivo y lleno de reglas anti garantistas, se oponen al sistema penal garantista. Ferrajoli, identifica además a estos modelos de proceso penal donde no existe una exigencia absoluta del *onus probandi* y, no reconocen la contradicción necesaria; como modelos de mera legalidad. Así, además, respecto a la defensa, es drástico en establecer, que en los modelos garantistas existe una defensa en sentido estricto y en estos sistemas, una defensa en sentido lato.



Para Ferrajoli (1995), “es evidente que en estos casos, al faltar obligación de probar y la posibilidad de contradecir las imputaciones, los juicios penales terminan por informarse mediante criterios meramente sustancialistas y de autoridad” (p. 99). Respecto, de las garantías procesales que nos permitimos referir, para Ferrajoli (1995), cuando se afectan a estas garantías, el derecho penal es irracional, así dentro de estos sistemas del derecho penal se elimina la función retributiva y se establece, una función meramente de “medida preventiva de la desviación” (p. 102). La afectación, de uno de los diez axiomas sobre los que se basa el Garantismo penal, desencadena en un derecho penal máximo, irracional y de tipo preventivo de la posible desviación de la conducta, no castiga hechos, sino evita actos, no garantiza una defensa en igualdad de condiciones y afecta a la contradicción, otorga facultades oficiosas al juzgador, quien deberá siempre ser director y jamás podrá realizar adecuaciones, peor cambios en las imputaciones penales.

Así, dejamos demostrado que nuestro país al haberse decantado, por la línea garantista, no podrá el tribunal penal afectar el principio de congruencia, bajo el principio *iura novit curia*, o sobre la condición de encontrar la verdad, pues los juzgadores en la corriente de derecho penal garantista, deben respetar la imputación del ministerio público, bajo tipos penales cerrados, debiendo guardar relación la sentencia, tanto a lo fáctico, como sobre lo jurídico, sobre lo aportado y rebatido por las partes y verificado por el juzgador, cualquier actuación contraria, será anti garantista, será una aplicación del derecho subjetivo y no cognoscitivo, no aplicará en debida forma el contradictorio y limitará el derecho a la defensa, convirtiéndose en una aplicación del derecho penal suficiente y no necesario, condición que generará decisiones arbitrarias y tornará al derecho penal máximo, olvidando

además los postulados del derecho penal de *ultima ratio*, donde importará más la sanción al delincuente que a la desviación de su conducta.

### 1.3 LA CONGRUENCIA EN MATERIA CIVIL.

A diferencia de la materia penal, en la materia civil, se causa un perjuicio netamente patrimonial, por lo que estarán los diferentes remedios procesales<sup>17</sup>, para paliar estos perjuicios; en esa misma línea, Picó i Junoy (2006); entienden que:

Los tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las normas aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, siempre que no se altere la acción ejercitada, pues la tradicional regla enmarcada en el *aforismo iura novit curia* les autoriza para ello (p. 68).

Por lo dicho, se entiende entonces, que el aforismo *iura novit curia* puede servir en muchos casos, para que los juzgadores, quienes son conocedores del derecho puedan solventar problemas de las construcciones jurídicas de una de las partes, siempre y cuando no se vaya a alterar los hechos propuestos, pues en ese caso, se caerá en uno de los vicios antes relatados; como son el *citra petita*, *ultra petita* e *extra petita*.

Para Guillermo Enderle (2007); es necesario que “sean las partes las que proporcionan los hechos esenciales o constitutivos de la *causa pretendi*- fundamento de la pretensión u oposición- y, consecuentemente, del *tema decidendum*” (p. 31). Por lo que el juzgador, no por el hecho de aplicar el *Iura Novit Curia*, dará más, menos o algo diferente a lo pretendido por las partes procesales. En esa misma línea de lo dicho, se dice respecto de la congruencia; que es un principio normativo que irá encaminado a limitar las facultades resolutorias del juez, donde debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido por

---

<sup>17</sup> José Cornejo (2016): “Son medios de impugnación, que pueden valerse los sujetos procesales para la corrección del error judicial y para el control de la legalidad” (p. 28).

los litigantes, en relación con cada caso y conforme cada ordenamiento jurídico (Carlos Ayarroy, 1962).

Por lo que, en el campo civil, el órgano judicial, se deberá fallar *secundum allegata et probata*, pues resultan vinculados los hechos probados por las partes, hacia la calificación jurídica, la misma que le corresponde al juzgador. En síntesis, el órgano jurisdiccional puede elegir una norma diferente a la invocada por las partes, para fundar su decisión, siempre y cuando los presupuestos fácticos hayan sido debidamente acreditados, y, no hayan sido suficientemente rebatidos por el opuesto. Así, en el campo civil se dirá, que se debe evidenciar, que ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, para ello es indiferente la designación técnica que aquel haya asignado a la situación de hecho descripta como fundamento de la pretensión, pues es función inmanente del juzgador, la elección de la norma o normas que conceptualizan el caso (Lino Palacio, 2002).

La corriente ecuatoriana, se ha mantenido en la misma línea, donde en su jurisprudencia<sup>18</sup> ha coincidido con lo manifestado por la doctrina. Por lo que, el único freno que tienen los juzgadores en el campo civil, es la carga de aportación de hechos

---

<sup>18</sup>Res. 65 de 23 de marzo de 2004, Gaceta Judicial Serie XVI, N° 4, p. 893. Véase también Res. 23 de 25 de enero de 2007, Gaceta Judicial año CVIII, Serie XVIII, N° 3, p. 884; Res. 123 de 17 de julio de 2003, R.O. N° 127, publicada el 17 de julio de 2003; Res. N° 210 de 14 de octubre de 2003, R.O. N° 189, publicada el 14 de octubre de 2003. [...] Es principio de derecho intangible que la justicia civil es rogada, de cuyo dogma es consecuencia el que los Jueces y Tribunales al resolver, deben atenerse a los puntos que se les han sometido oportuna y debidamente a la decisión o sea en los términos en los que quedó trabada la litis. Esto es, que sólo en la demanda y en la contestación a la demanda, se fijan definitivamente los términos del debate y el alcance de la sentencia. En materia civil, siempre que se trate de conocer si hay identidad entre una sentencia y una demanda, el factor determinante es la pretensión del demandante. El principio de la congruencia, resumido en los siguientes principios jurídicos: *SENTETIA DEBETES SE CONFORMIS LIBELLO, NE EAT JUDEX, ULTRA, EXTRA O CITRA PETITA PARTIUM Y TANTUM LITIGATUM QUANTUM JUDICATUM, JUDEX JUDICARE DEBET SECUNDUM ALLIGATA ET PROBATA*, delimita el contenido de la sentencia en tanto en cuanto éstos deben proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto.

probados por las partes, sin embargo; como afirma Kaminker (2003) “...si no se alcanza la adecuada identidad entre los elementos que caracterizan la pretensión articulada y los previstos por la norma o normas aplicables al caso, no podrá ganarse el juicio, no podrá obtenerse una sentencia favorable” (p. 143). Por lo que, el autor cree, que difícilmente los juzgadores podrán solventar una deficiencia en una formulación, dando con lugar una proposición, aplicando una norma diferente bajo el principio *iura novit curia*, pues las partes articularon una norma diferente, a la recogida en la sentencia, para la prosecución de sus intereses.

Acorde, con esta posición; Guillermo Jorge Enderle (2007); afirma que:

Cabe destacar la referida a que el yerro en la elección de la norma jurídica aplicable en la actividad de las partes difícilmente puede ser solucionado mediante el ejercicio de la aplicación oficiosa de normas, advirtiendo que ello es así porque si las partes eligieron una (norma) determinada, seguramente habrán seleccionado, articulado e intentado probar los hechos y peticionado las consecuencias que hacen a la que optaron, y aparece como difícil que los hechos que articularon y las peticiones que formularon pueda coincidir exitosamente con las de las normas distintas a aquella (p. 240).

La doctrina, es clara además en establecer que no se puede con objeto de la aplicación del *iura novit curia*, pretender conceder algo diferente a lo que fue la *causa pretendi* de la acción deducida por la parte accionante y las excepciones formuladas por la parte requerida. Así, en el campo civil el brocardo *iura novit curia*, si genera una flexibilización en la aplicación del principio de congruencia, con los límites que de forma rápida se han expuesto, al respecto, Oswaldo Gonzaini, citado por Ernesto Segui, estima que: no importa sentenciar incongruentemente cuando sin mediar pretensión de parte, se declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, porque ésta actividad es necesaria, en un marco de supremacía constitucional, además en el campo civil, las alegaciones de las partes, no someten al juez ni lo limitan en su interpretación (Ernesto Segui, 2007). Lo

dicho, se circunscribe en los sistemas de control difuso<sup>19</sup>, pues resultaría incomprensible que en un sistema concentrado<sup>20</sup>, se permita que un juez de instancia, esté facultado para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal<sup>21</sup>.

Así pues, esta flexibilización está circunscrita eminentemente al campo civil; donde, la conformidad de la pretensión deducida no va a ser absoluta y literal, por el contrario, se deberá ajustar a lo discutido y probado por las partes y no a las palabras o vocablos no probados; la sentencia, debe guardar conformidad con la esencia de la demanda (Jorge Enderle, 2007). Sin embargo, es necesario, que se deje fuera de estos considerandos de flexibilización a categorías particulares que operan fuera del *officium iudicis* y que no son elementos a tomar en cuenta en la resolución, por lo que a pesar de la flexibilización, que se obtiene en el campo civil, se debe respetar al principio de congruencia, caso contrario se estará pasando esa delgada línea que difiere al brocardo *iura novit curia* y la arbitrariedad<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup>Raymundo Gil Rendón (2012) “Se inspira en el sistema americano, el control constitucional lo aplican los jueces, y tienen la potestad de revisar la adecuación de las normas a la constitución” (p.54).

<sup>20</sup> Raymundo Gil Rendón (2012)” Supone la creación de un tribunal constitucional que va a controlar que todas las normas jurídicas se apeguen a la Constitución” (p.53-54).

<sup>21</sup> En el Ecuador, se establece un sistema de control especial, contenido en el artículo **428 de la Constitución**.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la Constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

<sup>22</sup> Recuperado el 27 de septiembre del 2017 de <https://temasdederecho.wordpress.com/tag/arbitrariedad/>  
**Arbitrariedad y Derecho:** Arbitrariedad es todo acto o proceder caprichoso, contrario a la justicia, a las leyes, inspirado por un propósito de maldad. Delgado Ocando considera que la arbitrariedad debe ser concebida como falla efectiva en la concatenación temporal de normas, es decir, defecto de eficiencia. Sólo el órgano del Estado puede cometer arbitrariedad, de hacerlo un particular será ilícito. La arbitrariedad con respecto al derecho puede ser aceptada por este, a través de la historia han existido normas de Derecha Positivo injustas y crueles. En el Derecho Romano, en las guerras de este siglo, etc.

**Arbitrariedad y Justicia:** Pueden aprobarse leyes contrarias al sentimiento o propósitos colectivos, desde el punto de vista formal son leyes, pero si van en contra de los ideales de justicia, como virtud e igualdad

Ángela Ledesma (2005), citando a James Goldschmidt; afirma que:

En general, la problemática del objeto litigioso fue desarrollada por la doctrina procesal civil; sin embargo, no vemos obstáculo para aplicarla al proceso penal, ya que las categorías de acusación y jurisdicción son conceptos del derecho procesal. Por esto se señala, que “la verdadera antítesis no es acción y acusación, sino acción (exigencia de protección judicial) y derecho de penar” (p. 362)

Además, en esta misma línea, el referido autor citado, plantea que: “el proceso acusatorio ha configurado el proceso penal según el modelo del proceso civil como un *actus trium personarum*<sup>23</sup>, al desaparecer las funciones de acusador y juzgador en cabeza de la misma persona” (p. 362).

Como vemos, es indispensable para el estudio del tema de la congruencia en el campo penal, haber realizado, este breve esbozo en el tema civil, para así comprender que, cualquier acto arbitrario, desencadenará en algo injusto y además, para recalcar, que es el campo civil el que da nacimiento al principio de congruencia, a pesar de su actual flexibilización, no es menos importante, que se respeten los límites establecidos en un estado constitucional y de derechos como el nuestro, caso contrario engendremos un sistema de libérrimo decisionismo.

---

estamos frente a la arbitrariedad. Las leyes justas, leyes que imponen un deber de conciencia, nunca pueden llamarse arbitrariedad, por que si bien es cierto que pueden existir normas jurídicas arbitrarias, la justicia no puede ser arbitraria porque dejaría de ser justicia.

<sup>23</sup> Recuperado el 14 de septiembre del 2017 de [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUMjC1MTtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAscjvhTUA AAA=WKE#I6](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUMjC1MTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAscjvhTUA AAA=WKE#I6) “se caracteriza por la necesaria existencia de tres sujetos: dos partes que están en posiciones contrapuestas (demandante y demandado; o acusador y acusado), y el Juez encargado de resolver la cuestión litigiosa que debe tener una ausencia de interés con respecto a ambas partes y al objeto procesal. Esta configuración del proceso garantiza plenamente el principio de igualdad de armas procesales, según el cual las partes han de tener las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación; esto es, la imparcialidad judicial comporta, en particular, el derecho de las partes de pretender y esperar que el Juez les trate de igual modo, bajo el mismo plano de igualdad. En consecuencia, la existencia de este interés provoca que el Juez deje de estar legitimado para resolverlo”.

### 1.3.1 LA CONGRUENCIA EN EL *COMMON LAW* FEDERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

Para entender la aplicación del principio de congruencia en el *common law*, es indispensable otorgar algunas consideraciones previas, respecto de la forma de aplicación del derecho en estas latitudes, contrarias a la corriente romanista a la que se han abocado nuestros países. Circunscribiéndonos netamente hacia el campo penal y a la aplicación del *common law* federal, de los Estados Unidos.

Los Estados Unidos, se desarrollan en un sistema penal adversativo<sup>24</sup> y acusatorio<sup>25</sup>. Existen 52 estados, donde el procedimiento puede variar en gran medida, sin embargo, abordaremos en líneas generales, lo más destacable de este sistema, para encontrar en qué medida se aplica el principio de congruencia en sus decisiones. En el *common law*, las decisiones de cientos de años, se fueron acumulando y condensando en principios del derecho (*principles of law*), además este sistema, se basa en un principio fundamental; que los casos análogos, deben decidirse de manera similar (Nestor Londoño, 2007).

En el *common law*; Nestor Londoño (2007), identifica que:

...existen dos formas de estatutos, aquellos que recogen en un solo documento, una determinada posición de este sistema, y que, por lo tanto, deben ser interpretados, a luz del mismo, conocidos como codificaciones estatutarias y aquellos que van más allá del *common law*, estableciendo, una nueva manera de proceder, frente a un caso, que no fue contemplado de ninguna manera, en el propio sistema (p. 5).

Es necesario, excepcionar a las codificaciones, que vayan en contra del orden constitucional, las que serán inaplicadas, por cualquier juzgador. Dentro del *common law*, existen ciertos precedentes, que van a ser aplicados a casos futuros; lo que se conoce como

---

<sup>24</sup> Orlando Muñoz (2006) “Significa, que existe una división de responsabilidades entre quien toma la decisión y las partes, tanto la decisión jurídica, como la fáctica corresponden a un tercero imparcial que adopta una posición en virtud del material suministrado por las partes adversarias, que son el fiscal de un lado y la defensa, de otra” (p.128).

<sup>25</sup> Orlando Muñoz (2006) “Significa, que la carga de probar la responsabilidad, del procesado, más allá de una duda razonable, está en cabeza del acusador” (p.130).

*stare decisis*<sup>26</sup>, por ser un principio del derecho; así Martin Raz (2004), ilustra, indicando que:

...un ejemplo de ello, es la responsabilidad, por muerte culposa o dolosa, que les permite a ciertas personas, por lo general a la familia, o al estado, demandar en nombre del difunto, la reparación, de los daños causados directamente a este, por el hecho de su muerte, lo cual no estaba contemplado de manera alguna en el *common law*. (p.48).

Sin embargo, a pesar de ello y de la importancia, que revierte el *stare decisis* en la justicia norteamericana, se ha establecido por la (U.S SUPREME COURT; en el caso *Hutto vs Davis*, 2005), que a pesar que la generalidad es apearse al *stare decisis*, existen, ocasiones, donde se debe apartar de aquel, con el objeto de reivindicar claros y obvios principios del derecho y remediar una justicia continuada.

Así entonces, en la justicia anglosajona, a pesar de existir decantación hacia la aplicación de precedentes obligatorios, no se desconoce la aplicabilidad de los principios, el proceso penal norteamericano, reviste algunos momentos fundamentales, donde se aprecia la aplicación del principio de la congruencia procesal. El primer momento, es cuando se decide imputar cargos contra una persona, pues la captura de un sospechoso, no desencadena necesariamente en la formulación de cargos en su contra. En el sistema del *common law* de los Estados Unidos, el agente policial, que realizó la detención presenta un informe, en donde, *posteriori* es sometido a revisión del fiscal, quien puede disminuir o aumentar la gravedad de los cargos o incluso declinar la acusación, con lo que termina el proceso.

---

<sup>26</sup> Recuperado el 27 de septiembre del 2017 de [http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/stare\\_decisis\\_y\\_dcho\\_judicial.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/stare_decisis_y_dcho_judicial.pdf): “La idea general que subyace a la doctrina (del *stare decises*) es la del respeto por las decisiones precedentes – o, simplemente, los “precedentes” –, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante. Sin embargo, la comprensión del sistema originado en Inglaterra requiere entender que un solo precedente constituye derecho y genera obligación. Es lo que Goodhart llama “la doctrina del precedente individual obligatorio”.



Cuando el fiscal, decide continuar con el proceso, es obligación del mismo en caso de que esté bajo arresto, llevar al capturado ante un magistrado, es solo en este primer momento, cuando el procesado recibe información acerca de la imputación, que le persigue fiscalía. Aquí, el procesado puede asumir una fianza, con el objeto, que continúe su defensa en libertad. La esencia de la fianza, es garantizar la comparecencia del procesado, en caso de que no comparezca, la fianza, será decomisada.

*Posteriori*, tiene lugar la acusación, el sistema anglosajón tiene la peculiaridad de no contar en este momento con el principio de contradicción, así entonces, dentro de esta Audiencia conocida como *indictment* del gran jurado; heredada de la Carta de Derechos, que recoge:

Nadie estará obligado a responder por un delito castigado con pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas del mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público.

Orlano Muñoz (2006), citando a Thomson West, refiere que “el gran jurado, está compuesto por un grupo de ciudadanos privados, entre 16 y 23 personas en el sistema federal. Estos son citados por orden de una corte” (p. 154). Este gran jurado, es quien va a determinar si se acusa o no, en base a la evidencia, que presenta el fiscal, nótese que hasta este momento, no existe contradicción. Si el gran jurado, decide que no acusa, el proceso se desecha sin que exista posibilidad de apelación, ahí se aplica ya el principio de la congruencia, pues si los elementos aportados por fiscalía no son insuficientes, se entenderá, que no podrá respaldar la acusación, en una audiencia de juicio.

En caso de que el gran jurado, estime que existen elementos suficientes para acusar, dará su beneplácito, por mayoría simple. El siguiente paso es la presentación del escrito de acusación por *indictment* ante la secretaría de la Corte competente para llevar a cabo la

audiencia de juicio (Orlando Muñoz, 2006), aquí se señalarán los cargos que se formula, con una particularidad, que no se recoge en el derecho de tinte romanístico, pues el fiscal goza de la prerrogativa de formular varios cargos, por cada cargo se explican los hechos y las normas que resultan infringidas, en este momento hay la posibilidad de que fiscalía, haga adiciones o correcciones a su acusación, por lo que no se aplica de buena forma esa *triada* inseparable que debe contenerse, bajo el principio de congruencia: acusación, defensa y sentencia, pues hasta este momento, el procesado, no puede defenderse de los cargos múltiples que se le van a imputar y que hasta este momento, podrán haber mutado de la inicial persecución.

Nótese además, que en los fundamentos fácticos, la justicia americana, no obliga a que se refiera al delito, un día específico, por lo que a nuestro parecer, el principio de congruencia, tiene poca relevancia dentro de este sistema penal, en ese momento del proceso. El momento de que se da lectura a la acusación, se otorgan tres posibilidades al procesado:

- 1.- que se declare culpable;
- 2.- que se declare inocente
- 3.- que no lo impugnaré.

La tercera respuesta, tiene el mismo efecto que declararse culpable, pero esta a diferencia de la declaratoria de culpabilidad, no permite que tal contestación, sea usada en contra del procesado en un eventual proceso civil. Hasta antes de la audiencia de juicio, las partes en uso de su derecho a la defensa, componente del principio de congruencia, pueden elevar mociones, con el objeto de que algunas evidencias sean eliminadas y no se las tenga

en cuenta, dentro del juicio. Así también se pueden alegar defectos en la acusación, y pedir, además la práctica de elementos, que generen evidencia a favor del procesado. Por lo que en este momento, si existe ya una correcta correlación entre la acusación y la defensa, y serán todas las evidencias que sobrepasen este filtro, las que sean llevadas a la audiencia de juicio.

Dentro de la audiencia de juicio se da una diferencia fundamental, así Orlando Muñoz (2006), nos ilustra que:

La teoría del caso tiene dos componentes; uno legal y otro fáctico, de manera que no puede manejarse lo uno independientemente del otro; no estamos acá, entonces, frente a la técnica del aforismo romano *da mihi factum dabo tibi jus* (dame los hechos y te daré el derecho), sino más bien ante un eslogan un tanto distinto que diría más o menos “dame los hechos y del derecho la interpretación, que yo te daré la decisión” (p.167).

Con lo que se evidencia, que debe existir, una completa correlación entre los fundamentos fácticos y la realidad jurídica, pues a pesar que exista la posibilidad de formular varios cargos, en el momento de la Audiencia de juicio, se deberá respetar el encuadre necesario entre los hechos y el tipo penal que se adecue a la conducta delictiva, sin que se pueda condenar a una persona por un delito diferente al solicitado por la fiscalía.

Es el jurado el que determina por unanimidad si es culpable o es inocente, con lo que podemos ver y rescatar, lo importante de sistema, para así tomar las partes positivas en los temas del respeto en la Audiencia de juicio del principio de congruencia y de la imparcialidad y confianza que desemboca el jurado de pares, para la decisión final.

## **2. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN MATERIA PENAL**

En, esta parte del capítulo, vamos a identificar, la importancia que denota el principio de congruencia, comparando la concepción tradicional y encontrando su importancia en la actualidad, pues, es evidente la evolución, que ha llevado este principio,

de pasar por un sistema inquisitivo, a uno acusatorio adversarial, donde es el requerido quien también goza de una serie de garantías. En este punto, vamos a analizar la incidencia del principio de congruencia y las prerrogativas contenidas en un juez, a la luz del sistema persecutor inquisitivo, mismas que desaparecen en la concepción actual del derecho penal.

El derecho penal, reviste especial importancia, pues a diferencia del derecho civil, aquí, no está en disputa el asunto patrimonial de las personas, si no se ven comprometidos derechos más importantes, como el derecho de libertad y hasta la vida, derechos que en un estado democrático, son indisponibles, constituyendo a aquellos derechos de *igualdad in droits*, a diferencia de los derechos patrimoniales, que conforman los derechos *excludendi alios* y que son de carácter disponible (Ferrajoli, 2008).

## **2.1 Conceptualización Tradicional.**

La conceptualización tradicional del principio de congruencia, se caracterizó por el dominio absoluto del principio *iura novit curia*, dentro de un sistema penal inquisitivo, pues el juzgador no solo que carecía de imparcialidad, si no que era el encargado de perseguir la acusación y a toda costa, pretendía obtener una sentencia condenatoria. En el sistema inquisitivo tradicional, se consideró que el principio de congruencia, solo se refería a que el juez al emitir el fallo, debía limitarse únicamente al hecho o hechos objeto del proceso, sin tener que sujetarse a la calificación jurídica efectuada por el acusador, pues se decía que estaba amparado por el principio *iura novit curia*, por lo tanto es el quien debe (no puede) calificar los hechos que han llegado a su conocimiento, determinando el tipo de delito y la pena correspondiente.

Respecto del sistema penal inquisitivo, el mismo tuvo sus orígenes en Europa continental a partir del siglo XIII; este sistema impregnó sus características en la mayoría de sistemas penales pertenecientes a la tradición romano-germánica.

El nombre de sistema inquisitivo, se adquiere o es otorgado por la Santa Inquisición. Significa que la *inquisitio* era la forma habitual de comenzar un proceso inquisitorial, donde el juez inicia de oficio el procedimiento cuando llega a él el conocimiento del cometimiento de algún acto contrario a la fe (María Fernández, 2000). El sistema inquisitivo vigente en la Edad Media hasta el siglo XVIII, se caracterizó por ser un proceso escrito y secreto, donde el juzgador era la misma persona que acusaba, donde no existía imparcialidad, donde iniciaba el proceso por denuncia o por iniciativa propia. El juzgador, era el encargado de sostener su acusación, por lo que aseguramos que no existía el elemento necesario de la congruencia, como es la aportación de los elementos por las partes, así como tampoco la separación del juez y la acusación, quien para probar su acusación utilizaba cualquier método, recurriendo también a la confesión del propio procesado, la que era prueba suficiente, valiéndose de la tortura para conseguirlo.

Por lo que en la edad media, no existía una aplicación adecuada del principio de congruencia, por el contrario, había un abuso del *iura novit curia* pues se entendía, que una ofensa ocasionada por cualquier individuo, iría a perjudicar al rey, quien por el contrario, estaba autorizado para poder decidir el mejor castigo para el infractor. La base del sistema político fue la concentración de todos los atributos de soberanía-legislar, juzgar y administrar (María Salido, 2016). Por lo que en esta etapa, reinó el sistema inquisitivo, donde como se anticipa que el rey, goza de todas las prerrogativas, para perseguir a su arbitrio.

Como dijimos, este sistema se impregnó en Europa, desde el siglo XIII, hasta aproximadamente el siglo XVIII (Julio Maier, 2004). Siendo, que en nuestros países latinoamericanos, se prolongó, hasta cerca del año 2000, donde se dieron las grandes transformaciones del sistema inquisitivo, hacia el modelo acusatorio. Dentro de este sistema inquisitivo, podemos advertir que existen algunas características, que son predominantes; así Alvarado Velloso (2000), entre las más importantes destaca que:

1. El proceso, se inicia por acción (acusación), denuncia o de oficio; 2. el impulso procesal está en cabeza del juez; 3. el acusado no sabe desde el comienzo ni quien lo acusa, ni porque; 4. el acusado no puede saber quién es el juez; 5. el proceso es secreto, lo que posibilita el tormento (p. 66).

En Europa, se considera que el sistema inquisitivo actual, inició en el siglo XIX, donde no existen cambios relevantes, pues el juez inquisidor era un funcionario designado por el Estado, mismo que era considerado como parte procesal, superior a las partes y no era sujeto a ningún tipo de recusación, era el quien dirigía el proceso desde su inicio hasta el final, con poderes muy amplios para investigar

Esta estructura persecutora, que había imperado hasta ese momento, en América Latina se prolongó hasta antes del año 2000 donde era aún impensado las reformas penales hacia un sistema acusatorio adversarial, así Alberto Bovino (2006), citando a Clariá Olmedo, refiere que:

(...)la regla de la congruencia o de relación, con su significado estricto dentro del proceso penal sólo hace referencia a lo fáctico, mostrándose como una indispensabilidad de coincidencia o conveniencia entre el supuesto de hecho imputado y el contenido fáctico de la decisión, ya que el jurídico, rige en plenitud el principio *iura novit curia* (p. 510).

En la misma línea, dando privilegio al principio *iura novit curia*, se entiende que no se puede negar la posibilidad de que el órgano jurisdiccional dé al hecho atribuido, una calificación legal distinta de la que afirma el actor penal, porque tal modificación, no afecta

principios constitucionales y no afectan al derecho a la defensa. (Alfredo Velez Mariconde, 1982). Así, se puede inferir claramente, que hasta antes de la implementación del modelo acusatorio adversarial, los procesados se veían limitados en sus derechos, en un proceso, en el que prácticamente no existía imparcialidad de los juzgadores.

Existen algunos autores que dentro de la concepción tradicional del principio de la congruencia, son aún menos garantistas; así, se afirma por parte de Ernst Beling (2000), que “el tribunal debe agotar el objeto procesal, teniendo plena libertad frente al material fáctico y a la calificación jurídica contenida en la querrela y en el auto de ampliación que deje intacta la identidad del objeto procesal” (p. 292). Este autor al ejemplificar su posición, nos dice que “se calificó el hecho como hurto de un billete de 20 marcos, o se calificó el hecho como apropiación indebida, en el debate resulta el hurto de un billete de 100 marcos; esta última concepción del hecho es la que debe servir de base para la condena” (p, 292).

Posición con la que disentimos, pues el que no exista ni siquiera una correlación fáctica, llevaría a permitir abusos por parte de los juzgadores a la hora de condenar a un inocente, para este autor, lo único necesario es que se respete la identidad del objeto procesal.

En este sistema inquisitivo, las garantías del procesado eran verdaderamente mínimas; así, se afirma por la doctrina que el ministerio público además no era el verdadero titular de la acción penal pues era el juzgador quien a su arbitrio cambiaba la calificación jurídica del hecho perseguido, Ortego Pérez (2007), respecto del sistema inquisitivo, asegura que:

(...) el sistema inquisitivo carece de una de las premisas esenciales de cualquier proceso, por lo que su consideración doctrinal se reduce a una forma de aplicar el derecho penal

por los Tribunales mediante un procedimiento caracterizado inicialmente por la atribución a un mismo órgano de las funciones de investigar, acusar y juzgar (p. 93)

La doctrina tradicional estima que el juzgador tiene poderes para poder modificar la calificación legal del hecho. Así, este está autorizado, para definir los hechos de modo diverso al indicado en el momento de la intimación, es decir atribuirle un nuevo título delictuoso, con una salvedad que la nueva calificación legal y la pena, deberán ser menos graves que el anterior. (María Belén Salido, 2016, citando a Vincenzo Manzini). En la línea de Manzini, concuerda Velez Mariconde (1982), al advertir que “se puede condenar al imputado... por un delito más leve del que fue objeto de acusación, siempre que el delito más leve se encuentre comprendido por el más grave”(p. 241).

A Julio Maier (2004), lo vamos a incluir, tanto en la concepción tradicional, como en la concepción moderna, pues al igual que muchos de los autores del derecho procesal, tuvo variaciones en sus consideraciones, al respecto, en sus primeros años, consideraba que: “la regla no se extiende, como principio, a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos. El tribunal que falla puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta a la expresada en la acusación” (p. 569).

Por lo que, se dice que bajo la concepción tradicional y con los autores, que hemos analizado, el proceso penal, resultaba una suerte de decisionismo judicial, pues el juez estaba investido de amplias prerrogativas. En este sistema inquisitivo, poco importaba la imputación, realizada por la fiscalía. La calificación jurídica del tipo penal perseguido, era atribución final del juzgador. Las garantías contenidas en el derecho a la defensa del procesado, eran insuficientes, lo que importaba era castigar y evitar a toda costa la impunidad.



Por lo que el proceso penal, no era un medio para encontrar la verdad, así con mucho acierto; Ernesto Segui (2000), afirma que:

...exigirle al defensor que alegue ad eventum sobre todas las posibles calificaciones legales que podrían acarrear diferentes clases o escala de penas en salvaguarda del derecho de defensa, se asemeja más a un juego de adivinanza que a un modo serio y razonable de posibilitar un ejercicio eficaz de ese derecho (p. 74).

Otro, de los autores, que se cobija, bajo la corriente tradicional es Carlos Creus (1996), pues para él, respecto del principio de la congruencia en materia penal:

...el proceso penal se rige, en su ordenamiento, por el principio de congruencia, los hechos por los que fue indagado el imputado son los que informan el contenido de los hechos que pueden ser objeto del auto de procesamiento; los comprendidos en este auto constituyen, a su vez, el límite fáctico del requerimiento de elevación a juicio, y son los hechos comprendidos en ese requerimiento los que pueden ser objeto del debate y de sentencia. Pero el principio de congruencia refiere a los “hechos” no a su calificación jurídica, por eso el “tribunal podrá dar una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad (p. 117).

Es indudable, que bajo esta concepción, no solo que el contradictorio procesal, sería inútil, si no también el imputado, no gozaría con garantías mínimas para ejercer su defensa, pues no existiría roles definidos en el proceso penal, toda vez que la calificación jurídica le correspondía al juzgador, para que a su arbitrio mute la misma; así, la imputación <sup>27</sup>fiscal, carecería de mayor relevancia, sin existir un límite definido a la imputación, volviendo al

---

<sup>27</sup> Mario Salazar (2016), citando a Pufendorf, respecto de la posición clásica de la imputación “es la imputatio como juicio, mediante la cual se valora un hecho que causa una persona, entendiendo que dentro de la acción sólo se cobran los resultados que dependen de la voluntad del sujeto”(p.16).

Fernando Velasquez (1962), citando a Von Buri, respecto de la imputación, en la época del positivismo, afirma que: “desde la perspectiva naturalística, y recurriendo a la causalidad, implica una relación de necesidad entre la acción y resultado, en cuyo caso la única y verdadera teoría de la causalidad es la conditio sine qua non o equivalencia de las condiciones”(p.222).

(Edmundo Mezger, 1955), criticando la amplitud y la limitación de la causalidad natural, invocó la necesidad de interpretar el tipo penal, para saber si esa conducta, le es imputable al sujeto, en tanto la relación causal, no es suficiente, sino se requiere la relevancia de ese nexo causal para imputar la responsabilidad del resultado, de acuerdo a cada descripción típica.

En la actualidad, se habla de la imputación objetiva, Roxin (1987), refiere que “el nexo causal es el fundamento de toda imputación al tipo objetivo, pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado” (p.345).

mismo proceso, ya en una condena anticipada de la que el encausado difícilmente se libraría, todo esto bajo un sistema persecutor.

Estamos convencidos y recogiendo las palabras de María Cecilia Sarmiento (1996)

que:

en primer lugar, para que alguien pueda defenderse es imprescindible, que exista algo de qué defenderse, o sea que se le atribuya haber hecho o haber omitido hacer, en el mundo fáctico, algo con significado en el mundo jurídico; lo que en Derecho Procesal se denomina imputación. Una imputación correcta es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente o que conoce mal, por lo que a fin de garantizar el derecho del imputado a ser oído, es menester una intimación íntegra, clara, precisa y circunstanciada del hecho (conocimiento de la imputación correctamente deducida)(p. 634)

Con lo dicho hasta el momento, se entiende que a pesar de que se dio un avance, al mitigar la facultad persecutora del juzgador, el fiscal, no era realmente el titular de la acción penal, pues era el juez, quien continuaba con amplias prerrogativas para sancionar a su arbitrio, ejemplificando al juez activista.

## **2.2 Concepción Moderna.**

La Concepción moderna del principio de congruencia procesal, llega como exigencia de legitimidad del sistema constitucional de derechos y justicia, siendo indispensable, que en primer lugar identifiquemos una imputación válida como elemento necesario de un proceso penal, pues son aquellos tipos penales: abstractos, abiertos y con un sinnúmero de verbos rectores y de diversas conductas, los que generan complicaciones al momento de salvaguardar los derechos del imputado, para luego analizar los límites actuales de la congruencia procesal, frente a la facultad atribuida a los juzgadores, bajo el principio de *iura novit curia*.

El principio de congruencia exige correlación entre los actos procesales, la misma tiene su nacimiento en la imputación originaria, dado que la correlación sucesiva que se exige, empieza en la imputación, que es la atribución del hecho, con determinadas precisiones y circunstancias que deberán trasladarse sin alteración durante todo el proceso a los sucesivos actos procesales (Ernesto Seguí, 2010). La imputación será entonces la función específica de atribuir una conducta cierta e ilícita a un individuo, para que este pueda ejercer su derecho a la defensa, dentro del proceso. Para Velez Mariconde (1969), para que “una imputación sea eficaz y cumpla sus fines, la intimación, debe ser concreta<sup>28</sup>, expresa<sup>29</sup>, clara y precisa<sup>30</sup>, circunstanciada, integral <sup>31</sup>y oportuna” (p. 220). Solo al cumplir todas estas exigencias, podremos asegurar un inicio valedero de la imputación.

Esta importante definición y caracterización de la imputación, nos va a permitir desenvolvemos, en la línea actual del principio de la congruencia, pues solo al cumplir todos los necesarios componentes de la imputación, estaremos en un proceso que respete a la congruencia procesal, desde el proceso de intimación. José Cafferata Norez (2005), desde una concepción de tinte acusatorio adversarial, estima que:

...la calificación jurídica forma parte de las circunstancias que deben ser comunicadas al imputado en el momento en que se le hace saber el hecho que se le atribuye,(...)la atribución a una persona de una acción u omisión que la ley penal reprime como delito es lo que se conoce como acusación o imputación. Sobre ella debe permitirse al imputado ser oído, porque es contra lo que deberá defenderse. Si bien los requisitos fácticos y jurídicos que debe reunir la imputación van creciendo a lo largo del proceso,

---

<sup>28</sup> Velez Mariconde (1969) “ el juez debe informar al imputado cuál es el hecho o acontecimiento histórico que el acusador atribuye, con todas las circunstancias jurídicas relevantes y no hacerle conocer, solo el tipo penal, que resulta infringido”.

<sup>29</sup> Velez Mariconde (1969) “ la información debe ser expresa (no implícita), con indicación de las circunstancias de lugar, tiempo y modo que el acusador supone concurrentes, en el momento de la intimación”.

<sup>30</sup> Velez Mariconde (1969) “exenta de vaguedades y comprendida cabalmente, por el imputado”.

<sup>31</sup> Velez Mariconde (1969) “no se debe ocultar al imputado ninguna circunstancia jurídica relevante que aparezca en los actos iniciales”.

el núcleo central de la conducta atribuida deberá mantenerse idéntico del principio hasta el fin. Esta identidad es básica para el eficaz ejercicio de la defensa, porque de poco servirá ser oído sobre una imputación que con posterioridad puede ser mutada en su esencia y convertirse, por tanto en otra diferente (p. 112)

Por lo dicho, se evidencia la importancia, que va a desempeñar la imputación, como figura objetiva de atribución de un ilícito, hacia el individuo y como desencadenante de la calificación jurídica y la imposibilidad de que la conducta penal típica atribuida vaya a sufrir alguna mutación, pues cualquier cambio, será perjudicial para los derechos del imputado dentro de un proceso penal, pues quien va a preparar su defensa, lo hace bajo los lineamientos jurídicos fijados por el ministerio público, quien es el titular de la acción penal.

La concepción moderna del principio de la congruencia, se mantiene como un principio del derecho procesal, los autores modernos, poseen una concepción mucho más restrictiva respecto de las facultades officiosas del juzgador, quien ha visto en la evolución del derecho penal y la introducción de los principios, derechos y garantías de los procesados, un freno para limitar todas las posibles arbitrariedades y resoluciones inmotivadas. Para Cafferata Nores (2005), bajo el principio de la congruencia: “para que el imputado pueda defenderse de la imputación, debe conocerla en todos sus elementos relevantes, de modo que quede excluida cualquier sorpresa” (p. 112). A la luz, de esta definición, el autor ya identifica una de las principales reglas contenidas en el debido proceso, como es el derecho a la defensa, más aún si hacemos énfasis en que nos desenvolvemos, dentro de un proceso penal garantista<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Luis Prieto Sanchís (2011) “El Garantismo penal postula por el contrario un modelo, nunca por completo realizable, donde ese terrible poder de castigar venga sometido a unas garantías jurídicas que, como he dicho, lo son al tiempo de la libertad y de la verdad. Por eso, porque el modelo encarna un ideal inalcanzable, el Garantismo se configura irremediamente como una filosofía y una teoría crítica... (su dogmática) no es una

Como se observa, para Cafferata Nores, en estricto sentido y sin querer interpretar, de forma errada lo dicho por el autor, resulta inmutable el núcleo central de la conducta atribuida, pues es sobre esa base, que el procesado ejercerá su defensa, sin que pueda variar desde la intimación fiscal, hasta la decisión. Tomando a Julio Maier (1996), desde su concepción moderna del principio de congruencia, él dirá que: “Una sentencia que condena según un mandato o una prohibición no contenida en la acusación sobrepasa sus límites y engendra en sorpresa en el fallo para quien se defiende” (p. 32). Y además refiere que esta sentencia arriesgaría introducir elementos fácticos o jurídicos, no incluidos en la acusación, generando en la misma una sentencia inútil (Julio Maier, 1996).

Para Francisco Caamaño (2003), el principio de congruencia, genera una incidencia desde el primer contacto que tiene la fiscalía con el presunto criminal, pues: “la prohibición de instrucciones generales es una garantía ínsita al derecho fundamental a ser informado de la acusación” (p. 251). Es importante para Caamaño, que desde el primer momento que el ministerio público intima con el procesado, se le comunique, sobre este particular, caso contrario se estará angustiando a la defensa. El juez queda vinculado a la acusación, sin poder condenar a persona distinta, o por otros hechos (Caamaño, 2003). Desde la óptica del autor, toda actuación probatoria prohibida o ilegalmente obtenida por vulneración de derechos fundamentales, degenerará en una sentencia arbitraria, que no respetó el contradictorio, rompiendo el principio de acusación y por ende generando una sentencia incongruente. (Caamaño, 2003).

Es indispensable, que en la posición actual, se tome en consideración las posturas actuales del principio de congruencia, pues cada vez, queda más limitado el *principio iura*

---

función legitimadora, sino deslegitimadora del poder a la luz de un modelo ético o normativo que, en pocas palabras, es el modelo de los derechos humanos”(p.13).

*novit curia*, pues el mismo es un peligro constante en su aplicación, al dotar a los juzgadores de amplias facultades, no solo de decisión, si no de mutación de presupuestos fácticos, obviando el *factum*, cambiando el núcleo mismo de la acusación y en muchas ocasiones acomodando a su antojo los hechos delictivos, hacia una conducta determinada, que el ministerio público, jamás pudo probar.

Para Eduardo Jauchen (2013); “La congruencia en el proceso penal no comienza con el hecho informado en la declaración del imputado sino que tiene su origen en la demarcación fáctica efectuada por la fiscalía en el requerimiento de instrucción” (p. 170). De lo que observamos, que al igual que los autores referidos anteriormente, dentro de la corriente moderna, no solo que los hechos no pueden ser mutados, sino también, los mismos serán inalterados por el juzgador, siendo esta prerrogativa única de fiscalía, quien al momento de querer ampliar los hechos o cambiar la calificación jurídica, lo hará comunicando cualquier variación al procesado, con el objeto de que el mismo pueda ejercer su contradicción, pues una mutación de la calificación jurídica de los hechos que no sea refutada ni verificada, generará una sentencia incongruente.

Respecto del principio *iura novit curia*, este autor dice que:

... el órgano jurisdiccional conserva la facultad de variar la misma aunque ello importe aplicar una pena más grave, (sin embargo), esta atribución del *iura novit curia* no puede incurrir tampoco en un desborde excesivo en relación con la tipificación propuesta por el fiscal, aun cuando ésta resulta desacertada y la del tribunal correcta. Ello acontecerá cuando, en el caso concreto, la variación conlleve que el tipo escogido por el tribunal contiene elementos objetivos y subjetivos, tanto descriptivos como normativos, que importan una variación esencial y relevante en comparación con la contenida en la acusación, y que como tal, en consecuencia, no pudo ser prevista ni refutada por la defensa técnica, e incluso en algunos casos ofrecer pruebas que tiendan a desvirtuar la concurrencia en el particular de elementos típicos de tal figura legal. En este caso, la imprevisibilidad para la defensa debe ponderarse en relación al hecho propuesto y la normal imposibilidad de advertir que al mismo se lo pueda calificar de otro modo que el propiciado por la acusación. Por el contrario, es preciso poner el acento en que el tribunal si puede válidamente alterar la calificación legal y también incorporar circunstancias fácticas que aunque no hayan sido descriptas por la acusación hayan sido

probadas en el juicio y favorezcan al imputado, valiéndose de ellas para eximir o atenuar responsabilidad penal en relación con la que ha sido materia de acusación (p. 178).

Por último, podemos destacar que, el tribunal si puede alterar la calificación legal e incorporar nuevas circunstancias fácticas, que no hayan sido descritas por la acusación, ni probadas en el juicio, cuando favorezca al imputado. Entendemos que estos hechos, serán aportados por la defensa dentro del debate, siempre en busca de encontrar elementos de atipicidad, justificación e inculpabilidad, conforme al derecho de fondo (Jauchen, 2013).

Otro de los autores, que realiza, un enfoque diferente y actual del principio de la congruencia es Julián Langevin (2007), para él es indispensable un debate previo a cualquier alteración oficiosa de la calificación legal del hecho, se admite además que el *iura novit curia* solo se debe regir para escoger una opción legal más favorable al imputado y siempre y cuando, la intimación principal o subsidiaria, o en último caso la alternativa propuesta por la fiscalía, vaya a sostener la calificación jurídica planteada por los juzgadores.

Por lo que podemos comprender que tanto los principios *iura novit curia*<sup>33</sup>, como el *da mihi factum et ego tibi ius*<sup>34</sup>, bajo la concepción moderna, se ven limitados. Todos los autores referidos, encarnan, sus postulados, bajo los presupuestos del derecho a la defensa y de un proceso justo, que respete las garantías de los sujetos procesales, sobre todo del procesado, quien bajo los presupuestos garantistas, merece una protección especial. Todos estos postulados, serán resumidos por Ferrajoli en la ley del más débil.

---

<sup>33</sup> Ecto Cruz (2012) "principio bajo el cual, se suplen las deficiencias formales en que hubiera incurrido el demandante a la hora de interponer su demanda y de calificar correctamente el acto u omisión lesivo, según el derecho fundamental que se hubiere vulnerado"(p.160)

<sup>34</sup> Revista de *Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, núm. 64, (2015) "el conocimiento del derecho objetivo por el juzgador; o bien que es propio de "la condición del Juez ser técnico en derecho y, por tanto, conocedor del derecho y de la ciencia jurídica"; o bien la facultad que tienen los tribunales, "para encontrar el Derecho aplicable a la solución del caso", con estricta sumisión a la Ley, siempre y cuando no acudan a fundamentos de hecho distintos de los alegados." (p.3)

Para Angela Ledesma (2005), respecto del principio de la congruencia: “en nuestro régimen constitucional, los jueces conocen lo que los fiscales requieren, para luego decidir. En consecuencia, les está vedado a los jueces actuar si previamente los fiscales no promueven su intervención” (p. 364). Por lo que, los aforismos *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine actore*, poseen jerarquía y validez, bajo la luz del sistema del Garantismo penal. Se dirá, además que son los jueces, los que califican jurídicamente, las circunstancias fácticas, independientemente del derecho invocado por las partes, empero se podrá conmovier la garantía constitucional de defensa en el juicio, si se produce una mutación esencial entre el hecho intimado y la base fáctica contenida en la acusación, produciéndose un perjuicio en la facultad de refutación. (Angela Ledesma, 2005).

Respecto, de la congruencia jurídica, la Autora refiere que:

Una norma únicamente puede aplicarse cuando la tipicidad hipotética abstractamente formulada y hecha su presupuesto por la ley se ha convertido en realidad concreta, y debe omitirse su aplicación cuando en caso de controversia el magistrado no ha logrado plena convicción. De ello se desprende que cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos- aun los negativos-, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal... Estos conceptos se ajustan a la exigencia impuesta al fiscal, que tiene la carga de la prueba de la imputación en el proceso penal. Como colorario de lo expuesto... entendemos que el indisoluble vínculo entre hecho y derecho requiere ser considerado a fin de brindar la misma posibilidad de refutación al encuadre jurídico que a la atribución fáctica, pues de lo contrario se compromete la inviolabilidad de la defensa (p.366-367).

Es fácil, entonces concluir, que los autores clásicos del derecho, afrontan el estudio, del principio de *iura novit curia*; como facultad oficiosa de los juzgadores, pues estiman que el juez debe ser activista y plasmar en su fallo, todo el *ius puniendi* del estado. Importa más sancionar, que respetar los derechos y garantías del procesado, que asegure un juicio justo.

El principio de congruencia, en el mejor de los casos, se ve avocado al aspecto fáctico, existiendo libertad absoluta de los juzgadores en el aspecto jurídico, en tanto que



los autores modernos, estiman el alcance del *iura novit curia*, como limitado y enaltecen, el principio de congruencia, como una exigencia actual, precautelando, los derechos del imputado, la *taxatividad* penal y las limitaciones constitucionales, del actual sistema penal (María Salido, 2016). Por lo que evidentemente, nos adscribimos a la posición moderna, que viene a garantizar la objetividad del proceso penal, recordando además que el titular de la acción penal es el fiscal, siendo que el juzgador no es parte procesal, haciendo énfasis en su función neutral, imparcial y de carencia de actividad oficiosas, como límite infranqueable de su jurisdicción y la necesidad de que el principio de *iura novit curia*, sea limitado al máximo, y en caso de que se haga uso del mismo, se deberá advertir al acusado del cambio en la calificación penal, a efectos de que pueda contradecir, cada elemento tanto fáctico, como jurídico, de la nueva calificación, cualquier apreciación diferente, angustiará la defensa y violará el debido proceso, desencadenando una sentencia incongruente e inejecutable.

## **CAPÍTULO II. LA CONGRUENCIA PROCESAL, EN EL ECUADOR**

El Ecuador, no ha tenido un desarrollo diferente, que el resto de los países latinoamericanos, antes del año 2000 los Códigos de Procedimiento penal, de claro tinte inquisitivo persecutor, otorgaban grandes facultades hacia el juzgador, para perseguir los delitos, que el mismo iniciaba. No existía imparcialidad, ni neutralidad en el juzgador. El principio de congruencia procesal estaba limitado; por el contrario, el actuar arbitrario de los juzgadores estaba traducido en su máxima expresión.

Dentro de todo destacamos que en el Ecuador funcionó ya la justicia por jurados de forma parecida a la justicia federal de los Estados Unidos de América. Intentamos, además aproximarnos al principio estudiado en el actual Código Orgánico Integral Penal y relacionarlo con la formulación de cargos y la reformulación, para analizar si una sentencia que cambia la calificación jurídica pretendida por la fiscalía es congruente, o si por el contrario, la misma es incongruente y no permite el debido contradictorio y hasta qué punto esta facultad por decirlo de buena forma, de los tribunales penales está armónica, bajo el Garantismo penal.

### **1. Principio de congruencia en el Ecuador, evolución histórica**

En el ámbito procesal, el Código de Procedimiento Penal ha transitado por un largo camino, dentro de nuestra república. El primer Código de procedimiento Penal, data del año 1839, se puso en vigencia en la presidencia del general Juan José Flores y se trataba de la ley de Procedimiento Criminal, a criterio de Ricardo Vaca (2014), en este Código muchos aspectos de carácter trascendental, se dejan al arbitrio de los jueces penales quienes de esta forma deben suplir vacíos y lagunas, poniendo en peligro el estricto cumplimiento del

principio de legalidad de los delitos y las penas. A pesar de ello, es de destacar que este primer aporte, dio nacimiento en nuestro país del primer Código de procedimiento Penal, que evidentemente y acorde a la época, tenía un claro tinte inquisitivo, donde solo se buscaba castigar al sujeto infractor, sin otorgarle ninguna garantía. Al respecto del sistema inquisitivo Luigi Ferrajoli (2001); afirma que:

... todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa (p. 564).

Luego, de lo que supuso el primer acercamiento hacia una normativa procesal penal, destacamos el tema de la justicia de jurados, misma que se implementó en la presidencia de Vicente Ramón Roca en el año de 1848, y que tenía su semejanza, con el sistema penal acusatorio de los Estados Unidos, en la situación de que existían dos momentos para los jurados. En el primer momento, los jurados eran de acusación, pues estos decidían si proseguía o no la acusación, y además eran de decisión, pues estaba en ellos la función de decidir si el acusado era inocente o culpable. Respecto de la justicia por jurados, se refiere que (...) los jurados eran ciudadanos que se convocaban ocasionalmente para examinar los delitos referidos (...) y decidir según las pruebas que les eran sometidas. (Walter Guerrero Vivanco, 1978).

El tema de los jurados, se implementó de forma concomitante con la Ley de Procedimiento Criminal y estaba destinada a ser utilizada para el juzgamiento de los delitos más graves de la época; como fueron: el envenenamiento, la castración, el aborto, el rapto, los incendios, entre otros. Así, se transcurren varios años, situándonos en el año de 1871, donde se promulga un nuevo Código de Justicia Criminal en la presidencia del Dr. Gabriel

García Moreno, donde se van a destacar, la división que se otorga a la acción entre público y privada. Ricardo Vaca Andrade (2014), respecto de esta norma adjetiva refiere que:

Rige, en definitiva, para el juzgamiento de la mayoría de infracciones, el sistema inquisitivo que se realiza a través de la intervención del representante del Ministerio Público, sin perjuicio del derecho que tiene cualquier ciudadano para presentarse como denunciante o intervenir en el proceso como agraviado; pero, al mismo tiempo, rige el sistema acusatorio para determinados delitos, los que se conocen como de acción privada (p. 113).

En enero de 1889, se publica el Código de Enjuiciamientos en materia criminal, al respecto, siguiendo la línea de tinte inquisitivo, podemos establecer, respecto de este Código que, en su artículo 33, establecía las amplias prerrogativas que tenía el juzgador en el proceso penal, así:

**Art. 33.-** Cuando no haya acusación, denuncia ni excitación fiscal, y llegare de cualquier modo á noticia de los jueces la perpetración de un hecho punible que deba perseguirse de oficio, instruirán el sumario correspondiente; y si no fueren competentes, lo remitirán al que lo fuere.

Por lo que no existía una necesaria primera intimación, hacia el procesado, el juez a través del auto cabeza de proceso, daba inicio de oficio al sumario, por lo que no se le podía pedir imparcialidad, a un juzgador que a todas luces era persecutor y no se regía a las aportaciones de las partes, ni a sus pedidos, sino actuaba de forma oficiosa. Nótese, que a pesar que la defensa, se ve limitada totalmente en este proceso, pues si el sindicado no pudo ser encontrado, seguirá la Audiencia en su representación un abogado nombrado por el juzgador. Todavía, se utilizan para los delitos graves el sistema de jurados, quienes van a decidir si se declara la culpabilidad o la inocencia del procesado.

El principio de congruencia, en esta primera parte que nos permitimos analizar, prácticamente es inexistente, pues no existe ese equilibrio necesario que debe ocurrir entre acusación, defensa y sentencia, pues si bien la justicia, es manejada para los delitos graves, bajo el sistema de jurados, el procesado debía enfrentarse a las limitaciones que en el

campo probatorio tenía y a las grandes prerrogativas del juzgador, quien estaba en capacidad de encontrar todas las pruebas necesarias para probar su culpabilidad y además, un fiscal que también iba a cumplir prácticamente con la evacuación de los medios de prueba acreditados por el juzgador, para poder sostener la acusación y conseguir una pena.

El primer Código de Procedimiento Penal, se inaugura en el Ecuador, en el año de 1938, bajo la dictadura de Alberto Enríquez, es el primer momento, en el que se acuña esta denominación, misma que acompañaría a nuestro desarrollo en este campo, hasta antes de la implementación del Código Orgánico Integral Penal. Continuando con la evolución histórica, nos situamos en el Código de Procedimiento Penal de 1983, donde vamos a referirnos respecto de los tres presupuestos necesarios del principio de congruencia, como son acusación, defensa y sentencia; como una triada inseparable, para garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa del procesado.

### **1.1 Respecto de la Acusación**

Siguiendo la postura inquisitiva, existían amplias prerrogativas para el juez acusador, quien además iba a guiar el proceso durante todo el sumario.

El artículo 15 del Código de Procedimiento Penal de 1983, refería que:

**Art. 15.-** A excepción de los casos previstos en el Art. 428 de este Código, el ejercicio de la acción penal pública se inicia mediante auto cabeza de proceso, que puede tener por antecedentes:

- 1.- La pesquisa que, de oficio, efectúe el Juez o Tribunal competente;
- 2.- La excitación fiscal;
- 3.- La denuncia;
- 4.- La acusación particular;
- 5.- El parte policial informativo o la indagación policial; y,
- 6.- La orden superior de origen administrativo.

Este primer artículo, denota ya el tinte inquisitivo, en el que se desarrolla este código. La falta de imparcialidad, de un juez acusador donde sus funciones se acumulan,

impide que el juzgamiento se desarrolle bajo el principio de imparcialidad y con una visión objetiva de los hechos, donde más parece que se aspira a sancionar al individuo, que absolver al inocente, o lo que, resultaría peor, que es condenar al inocente, bajo un sistema de arbitrariedad y con un juez con funciones no limitadas. Ronald Dworkin (1998), criticando a esta clase de juzgadores, creados por las corrientes autoritarias del derecho, refiere que:

Según la teoría del *plain fact*, el Derecho se identifica con una serie de decisiones tomadas por las instituciones jurídicas -legislatura y tribunales. En consecuencia, las cuestiones jurídicas deben ser resueltas mediante la lectura de los documentos en los que figuran tales decisiones, y su posterior aplicación. Si existe una laguna en ese material, el juez está legitimado para actuar discrecionalmente y crear Derecho nuevo (p .9).

Situación, que va a ser criticable, pues, al derecho se lo entiende desde una concepción amplia, donde no existe el principio de legalidad, indispensable en el proceso penal, ni una norma previa, clara y aplicable, sino se faculta al juzgador para que cree o lo que es peor, acomode la norma a su antojo, a pesar de que Dworkin, se aleja de estas concepciones y las critica, el comete un error al pensar que los principios estén o no positivizados, solventarán todo el abanico de los casos difíciles. Creemos necesario, que a pesar, que un principio vaya a solventar un problema, el mismo deberá estar establecido como tal en una norma previa, clara y pública, cualquier accionar diferente, será arbitrario y destrozará la estricta legalidad, objetividad y cognitivismo, que debe poseer un juzgador en el campo penal; como única forma de limitar su discrecionalidad.

Continuando con el análisis, las pruebas a ser recabadas por la policía gozan de iniciativa judicial, quien está en la facultad para poder practicar las que creyere conveniente, con el objeto de encontrar elementos de cargo en contra del procesado.

Posterior a ello, va a ser el mismo juzgador, el que a través del auto cabeza de

proceso, inicie con el denominado sumario, primera oportunidad para que el procesado, se entere del proceso, que se llevará en su contra. El auto cabeza de proceso, refiere que:

**Art. 221.-** El sumario se inicia con el auto cabeza de proceso, que contendrá:  
1.- La relación del hecho punible y el modo como ha llegado a conocimiento del Juez;  
2.- La orden de organizar el sumario, con expresión detallada y numerada de los actos procesales de investigación que se deben practicar;  
3.- La nominación del sindicado, si fuere posible; y,  
4.- La orden de citar al Ministerio Público; al sindicado, si fuere conocido y estuviere presente; al defensor de oficio que el Juez nombrará para que represente al sindicado; y, a las personas que se sindicaren en el futuro. El defensor de oficio representará también al sindicado si no hubiera comparecido al proceso, o no hubiese designado defensor, o estuviera prófugo.

La representación del defensor de oficio cesará con respecto a los sindicatos que comparezcan al proceso y designen defensor particular, pero continuará con relación a los que no hayan comparecido o estuvieren prófugos.

El Juez firmará el auto y lo autorizará el Secretario del Juzgado o la persona que legalmente lo reemplace.

Como observamos, es el juzgador el que delimita el campo sobre el cual se va a sustentar el proceso penal, podemos afirmar, que no existe una imputación objetiva dentro de este enjuiciamiento, más bien, como refiere Urbano Martínez esta forma de imputar (2013) “...tiene que ver con la falta de una imputación fáctica concreta en la acusación. Como se indicó, uno de los requisitos formales del escrito de acusación es una relación clara y sucinta de los hechos relevantes” (p. 125).

## **1.2 Respecto de la defensa.**

La defensa, en esta esfera del procedimiento, realmente no importaba, pues era irrelevante, que se cuente con las garantías de un debido proceso, lo importante, era encontrar la culpabilidad del sindicado, además podemos aseverar, que la presunción de inocencia, tenía un plano secundario, pues lo importante para el Estado era sancionar. En ese sentido, la defensa, poco podía hacer para contradecir todo el acervo probatorio

construido por el juez y por la fiscalía. El artículo 253, del Código de Procedimiento Penal de 1983, refiere que:

**Art. 253.-** Si el Juez considera que se ha comprobado la existencia del delito y que, además, aparecen presunciones en cuanto a que el sindicado es autor, cómplice o encubridor de dicho delito, dictará auto declarando abierta la etapa plenaria y ordenará que el encausado nombre defensor, dentro de dos días.

En el mismo auto ordenará la prisión preventiva del sindicado, si antes no se la hubiera dictado, y la evaluación psiquiátrica de su personalidad, si fuere posible, para cuyo efecto designará dos peritos que no podrán excusarse y estarán obligados a presentar su informe en un plazo no mayor de quince días.

El auto de apertura del plenario será motivado y el Juez señalará con precisión el delito que estime cometido, así como el grado de participación delictiva del encausado.

Como vemos, la defensa, recién en la etapa de inicio del plenario, se vuelve un requisito, por lo que, ante la taxatividad y legalidad, que envuelve al derecho penal, entenderemos, que antes del inicio de esta fase procesal, el sindicado pudo haber llegado, sin la asistencia de un defensor, que garantice sus derechos. Acaso, se podría hablar, que dentro del sistema inquisitivo, ¿se respetan los presupuestos del debido proceso? Evidentemente, la respuesta será negativa, siendo este un proceso lleno de arbitrariedad, Jorge Zavala Baquerizo (2002), respecto del debido proceso penal, refiere que:

De manera general, los presupuestos son las circunstancias anteriores que deben existir antes que la actividad se inicie y sin cuya existencia carece de eficacia jurídica todo lo actuado. El proceso penal para que tenga legitimidad exige, previo a su desarrollo, la presencia de ciertos presupuestos que son: el órgano jurisdiccional, la situación jurídica de inocencia del ciudadano y el derecho a la tutela jurídica (p. 33).

### **1.3 Respecto de la sentencia.**

El principio de congruencia, dentro de este sistema, evidentemente estaba concebido desde una postura clásica, pues no solamente permitía tipos penales abiertos, si no, permitía que se imputen el cometimiento de varios delitos a un mismo acto y a la misma vez, así, pues se recogía que:



**Art. 337.-** 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.

Por lo que efectivamente, la defensa no solamente que tenía que participar, en un proceso, que no respetaba sus derechos, sino que también debía defenderse de varios delitos a la vez, en una suerte total de incertidumbre y bajo una clara corriente causalista y con un sistema de concurso real de delitos, que se enmarcaba claramente en un sistema de decisionismo judicial, así para Julio Maier (1989):

La correlación entre la imputación y el fallo fija el alcance de este, su ámbito máximo de decisión que se corresponde con el hecho descripto, con todas las circunstancias y elementos, tanto materiales como normativos, físicos y psíquicos. Agrega que la base de la interpretación está constituida por la relación del principio (de congruencia) con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que, en la sentencia, signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato, con trascendencia en ella, sobre la cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el principio estudiado (p. 336).

Además, dentro de este Código, se permite que los juzgadores de estimar pertinente, inicien una nueva investigación, en caso de que estimen, que los hechos descritos en la acusación, arriben a un delito diferente de los perseguidos por el ministerio público, en un claro estado de desigualdad procesal, donde era milagroso que una persona no sea condenada. Como vemos, la implementación del Código de Procedimiento Penal, se decantó, por la concepción tradicional del principio de la congruencia, donde la defensa no estaba en igualdad de aportación y de refutación que la acusación, con un juzgador persecutor y tribunales que podían respaldar su decisión de condenar, con requisitos limitados, hacia su motivación y valoración de la carga de la prueba, necesitando solo respaldar su sentencia, hacia un delito de los varios que se podían perseguir.

Al código de procedimiento penal, del año 1983, lo podemos, resumir; según Ricardo Vaca, (2014) bajo las siguientes consideraciones:

- a. La posibilidad de que el proceso penal, se inicie de oficio, por el juzgador, quien al considerar, que se había cometido un delito perseguible de oficio, a él le correspondía dictar auto cabeza de proceso, e iniciar el proceso penal.
- b. En una primera etapa, era el juzgador, el que realizaba las tareas de investigación, asumiendo el rol de pesquisa e investigador, para en la etapa intermedia, se despojaba de esta calidad, para evaluar las actuaciones cumplidas y atender a las peticiones de los sujetos procesales.
- c. La actividad pasiva de la fiscalía, quien no era el real titular de la acción penal y debía responder a los criterios de los juzgadores, en un proceso, donde no existía independencia ni imparcialidad.
- d. La poca confianza en las decisiones de los jueces penales inferiores, obligó al legislador a disponer que en los casos de sobreseimiento, estas actuaciones sean evaluadas por los jueces superiores, por lo que afirmamos, que se sancionaban personas y no los actos delictuales.

Con lo dicho hasta el momento, se entiende que a pesar de que se dio un avance al mitigar la facultad persecutora del juzgador, el fiscal no era realmente el titular de la acción penal, pues era el juez quien continuaba con amplias prerrogativas, para sancionar a su arbitrio, ejemplificando al juez activista.

Dentro de este período, a nuestro entender, no existía una diferenciación entre imputación y calificación jurídica, pues era el mismo juzgador el que iniciaba la pesquisa, siendo importante poder diferenciar, que la imputación y acusación en la actualidad es atribución exclusiva del titular de la acción penal; el fiscal y la calificación jurídica, es prerrogativa del juzgador en su Auto de llamamiento a juicio.

## 2. El Código de Procedimiento penal del año 2000.

Impulsado, por la Constitución de la República del Ecuador del año de 1998, el Código de Procedimiento Penal del año 2000, significó un importante avance en la implementación del sistema acusatorio adversarial en nuestro país en el campo penal, empezando a abandonar el modelo de tinte inquisitivo persecutor, que se había desarrollado desde el inicio de nuestra vida republicana. Respecto de la aplicación del principio de congruencia procesal, podemos referir que los artículos que procederemos a estudiar, son aquellos, que se relacionan con el principio estudiado.

En este sentido, dos serán los artículos que analizaremos referentes a este Código de Procedimiento Penal. Así, el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal del año 2000, refiere que:

**Art. 232.-** Auto de Llamamiento a Juicio.- Si el juez de garantías penales considera que de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del procesado como autor, cómplice o encubridor, dictará auto de llamamiento a juicio, iniciando por pronunciarse sobre la validez del proceso. En el mismo auto deben incluirse los siguientes requisitos:

1. La identificación del procesado;
2. La determinación del acto o actos punibles por los que se juzgará al procesado, así como la determinación del grado de participación, la especificación de las evidencias que sustentan la decisión y la cita de las normas legales y constitucionales aplicables;
3. La aplicación de medidas cautelares no dictadas hasta el momento, o la ratificación, revocación, modificación o sustitución de las medidas cautelares dispuestas con antelación;
4. Los acuerdos probatorios que hayan convenido los sujetos procesales y aprobados por el juez de garantías penales.

Las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio no surtirán efectos irrevocables en el juicio.

En los siguientes tres días posteriores a que se encuentre ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio, las partes procesales presentarán ante el juez de garantías penales la enunciación de la prueba con la que sustanciarán sus posiciones en el juicio. El juez de garantías penales remitirá esta información al tribunal de garantías penales.

El auto de llamamiento de juicio, conjuntamente con el acta de la audiencia y los anticipos probatorios, serán los únicos enviados al tribunal de garantías penales y el expediente será devuelto al fiscal.

Este artículo, recoge la posición tradicional respecto del principio de congruencia, pues claramente establece, que las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio, no surtirán efectos irrevocables en el juicio, por lo que los jueces de tribunal estaban plenamente facultados para modificar en su sentencia en caso de ser condenatoria, la calificación jurídica, por la que fiscalía acusó y que fue recogido por el juez de garantías penales, en su auto de llamamiento a juicio. Esta concepción, aparece como violatoria del debido proceso, pues genera incertidumbre en el justiciable respecto de su situación jurídica dentro de la etapa de juicio. Nos preguntamos si existe una defensa adecuada y con igualdad de oportunidades, en favor del procesado en ese momento, pues no habrá servido, todas las alegaciones que realizó la defensa, para desvirtuar su responsabilidad dentro del tipo penal perseguido, si al momento de sentenciar, el tribuno penal estima que si bien no se probó el delito, que la fiscalía persiguió, las pruebas aportadas, establecen el cometimiento de otra infracción diferente, sin que la defensa pueda alegar al respecto de esa nueva calificación jurídica. Al respecto Jorge Zavala Baquerizo (2002), nos ilustra diciendo que:

Para que una persona pueda defenderse debe estar plenamente informada no sólo del hecho de que se la acusa, sino de las circunstancias históricas de cómo y porqué de la acusación, así como de los medios de prueba que se han recogido dentro de la investigación policial. De esta manera el acusado puede organizar su defensa. La anterior es la razón por la cual el artículo antes transcrito expresa que la información al acusado debe ser detallada, es decir completa, integral, sin que la autoridad correspondiente esconda intencionalmente circunstancias que pueden ser vitales para la defensa del acusado(ps. 283-284).

Ante esta situación, se evidencia, que la falta de certeza o más bien la ligereza por la que los juzgadores del tribunal, pueden sentenciar por un tipo penal, no recogido en el auto de llamamiento a juicio, resulta un accionar injusto, donde importa más castigar a un individuo que garantizar sus derechos en un proceso adecuado. Estamos convencidos, que al modificar la fundamentación jurídica de la acusación, con el pretexto de que los hechos están intactos aplicando el principio de *iura novit curia* y a pesar de estar respaldados por

la normativa procesal, no se está litigando en igualdad de condiciones, por lo que no existe un control sobre el *ius puniendi* estatal, mismo que para Luis Cueva Carrión (2016) se traduce en “...el derecho de castigar-se afirma- no es ilimitado, necesariamente, debe estar limitado por la justicia, por la proporcionalidad y por la utilidad social” (p. 157).

Por otra parte, el artículo 315, del mismo Código de Procedimiento Penal del año 2000, se refiere, respecto del principio de congruencia procesal, en los siguientes términos:

**Art. 315.-** Limitación de la sentencia.- El tribunal de garantías penales no podrá pronunciar sentencia sobre hechos que no tengan relación o conexión con los determinados en el auto de llamamiento a juicio; ni dejar de pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos.

Este artículo, de cierto modo viene a generar, un freno hacia la actividad del juzgador, generando una necesaria ancla en la que el tribunal de garantías penales debe desenvolverse, pues delimita claramente el principio de congruencia hacia lo fáctico, concordando, con la posición tradicional del principio estudiado, pues nada menciona respecto de lo jurídico, por lo que los juzgadores tendrán libertad absoluta, para otorgar una calificación legal diferente en caso de sentencia condenatoria, por lo que poco importará la acusación fiscal. Este modo de actuar, estamos convencidos violenta el debido proceso, pues como se anticipó, en muchas ocasiones, los hechos probados en cierto tipo penal no necesariamente sirven para probar otro tipo penal, aunque su pena sea menor. Así, el derecho penal perderá su concepción de última *ratio*, y se volverá un derecho penal irracional, si bien todo el ejercicio del poder punitivo es irracional, el derecho penal sirve para mitigar los grados de irracionalidad del poder punitivo y deja pasar, solo lo menos irracional (Zaffaroni, 2009).

## **2.1 El principio de congruencia, en el Código Orgánico Integral Penal.**

El Código Orgánico Integral Penal, vino a revolucionar el sistema penal dentro de nuestro país. Aglutinó tres libros, dentro de un solo cuerpo normativo; así, el Código sustantivo, adjetivo y de ejecución de penas, se incluyen en un solo cuerpo. Este importante cambio, obligado por la Constitución del año 2008, generó debate acerca de si, la corriente garantista, que se implementaba en el Constitución de la República del Ecuador, iba a verse reflejada en el COIP. Así, para Ernesto Pazmiño Granizo (2015):

El hilo conductual del COIP no puede partir sino del esquema que plantean los mínimos jurídicos a través de nuestra Constitución de la República en vigencia desde el 20 de octubre del 2008. Nuestra Constitución es un programa esboza un programa penal, es decir, los límites o diques por los cuales se debe guiar la legislación penal infraconstitucional. Por ende, el COIP no puede tener mejor marco teórico que la Constitución de la República que es la norma madre de cualquiera de nuestros estados, y que en el caso de Ecuador, Bolivia y Venezuela ella cumple con la gran misión de visibilizar el dolor que jamás estuvo en sus normas (p, 11).

En ese sentido, vemos como la Constitución de 2008, ya estableció el modelo garantista que iba a guiar y transversalizar las normas en el Ecuador y que obligó al nacimiento de un nuevo Código Penal. Se puede establecer, que la norma COIP traduce la corriente garantista, en algunas partes, desde la exposición de motivos, y desde el artículo 1 hasta el artículo 43, sin embargo posee también una parte punitivista, donde se destaca el aumento desmedido de las penas, hasta un máximo de 40 años y además, un sin número de tipos penales abiertos, contrarios al componente de la extrema legalidad, generando una legalidad lata. Para Ernesto Pazmiño Granizo (2015). “el Garantismo (...debe) implementar los principios del derecho penal mínimo, a fin de evitar condenar a toda costa a una persona inocente así como no exacerbar el uso del poder punitivo (...) se reconoce como riesgo que es posible liberar a un culpable para jamás condenar a un inocente” (p. 15).

El proceso, cuenta con dos momentos, uno pre procesal, donde se desarrolla la investigación previa; misma, que en muchas ocasiones ni siquiera se le notifica a la parte

requerida, a pesar de ser obligación del Ministerio Público hacerlo conforme obliga la norma contenida en el artículo 282 numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>35</sup>, bajo sanción, de que carecerán de eficacia probatoria las pruebas recabadas en este momento, sin que se otorgue una debida notificación. Debemos entender, que este artículo se refiere a elementos de convicción, pues las pruebas se evacúan solamente en la Audiencia de juzgamiento.

Esta fase que se denomina de investigación previa, es una fase inquisitiva, pues el fiscal es juez y parte, ya que decide si instruye o no al presunto responsable del ilícito y es quien aporta todos los elementos de cargo (Ávila Santamaría, 2015). Pues pocos son aquellos, que cumplen con su obligación de aportar además de los de cargo, elementos de descargo<sup>36</sup>. Es en esta fase de investigación previa, donde se viola el principio de congruencia, en el sentido de que no existe el requerido contradictorio, por lo que los elementos probatorios que aglutina el ministerio público, servirán, fácilmente para formular cargos, sin que se haya respetado este principio indispensable en el modelo garantista, recogido dentro del sistema adversarial acusatorio en el que pretendemos desenvolvemos, pues pocas son las veces que se permiten que las partes intervengan en esta fase pre procesal y menos las ocasiones, que pueden aportar los elementos de descargo.

---

<sup>35</sup> **Art. 282.- FUNCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.-** A la Fiscalía General del Estado le corresponde:

3. Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria;

<sup>36</sup> **Art. 580.- Finalidades.-** En la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa.

Las diligencias investigativas practicadas por la o el fiscal, con la cooperación del personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses o del personal competente en materia de tránsito, tendrá por finalidad determinar si la conducta investigada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, la existencia del daño causado, o a su vez, desestimar estos aspectos.

Es por ello, que la afectación del principio de congruencia, en la investigación previa, viene a generar un efecto adverso hacia todo el proceso, en el sentido de la falta de contradicción, que en ese momento tiene la parte investigada. Muchas veces, es en ese momento en donde el Ministerio Público recoge todos los elementos, que sustentarán su acusación en la Audiencia de juicio, ante la mirada pasiva de la defensa que poco puede hacer para refutar lo aportado por la fiscalía.

### **2.1.1 El principio de congruencia, en la formulación de cargos.**

No constituye un avance, dentro del principio estudiado la fase de instrucción fiscal, cuando el ministerio público ha decidido ya formular cargos, pues en este momento la parte procesada, dentro de la instrucción fiscal, para la práctica de todos los elementos de descargo, que servirán de prueba ante un hipotético y muy probable auto de llamamiento a juicio, lo hace a través del mismo fiscal, es decir, se pasó del juez inquisidor, hacia un fiscal inquisidor, pues como advertimos el principio de congruencia procesal, está plenamente ligado a otros principios procesales, en el caso presente al de contradicción e imparcialidad y recordando, que los juzgadores deberán resolver, sobre lo pedido y aportado por las partes y facultando a la parte contraria, para contradecir cada elemento aportado por el adversario, caso contrario de nada habrá servido el cambio del sistema penal inquisitivo, hacia el sistema de derecho penal de corte acusatorio adversarial, pues la parte punitiva y anti garantista del COIP, sobrepasará a la parte garantista, elevando a grado máximo el poder punitivo. Al respecto, Ramiro Ávila (2015), citando a Zaffaroni, refiere que:

El poder punitivo es como una corriente de aguas putrefactas que, si no se frena, inundan las ciudades o el Estado de derechos y justicia. No se puede detener la marcha de las aguas, porque reventaría, pero lo que sí se puede es canalizar y frenar su torrente. Esos frenos son los diques, y en el sistema penal es la teoría del delito. Para llegar a la pena, que está en la terraza de una casa, hay que subir varios pisos y las gradas son un obstáculo. Esos pisos son los elementos de la teoría del delito. (p. 35).



Con esta reflexión, diremos entonces que la formulación de cargos, es el inicio de la fase procesal del trámite penal ordinario, pues se entiende que las actuaciones, en muchos casos secretas de fiscalía, en la fase de investigación previa, actuaciones que no tienen ninguna clase de control y que pueden superar de forma peligrosa la igualdad de oportunidades, tan proclamada hacia la defensa; terminan, pues el juez de garantías penales, es el encargado de velar por que se respeten los derechos del procesado. La formulación de cargos, da inicio a la fase de instrucción fiscal, donde para Ricardo Vaca (2014) “las investigaciones deben cumplirse de manera oficial, dentro de un proceso penal instaurado en legal y debida forma” (p. 537). Nótese, que es condición *a priori* para el inicio de esta fase, que el fiscal ya cuente con los elementos suficientes<sup>37</sup>, que vayan a respaldar su acusación, a pesar que la finalidad<sup>38</sup> de esta etapa sea la de determinar los elementos de convicción de cargo y de descargo, que permitan formular dictamen acusatorio, en contra de la persona procesada. Situación, que nos parece contradictoria, estableciendo una clara antinomia en su contenido, pues bajo esa concepción, entendemos que en la fase anterior, el fiscal, abandona su rol objetivo, para ser un persecutor sin límite ni control, extendiendo la punitividad de su actividad, al máximo.

Sin querer desviarnos del tema, sino realizando las precisiones necesarias, que demanda la presente investigación, se dirá que la etapa de formulación de cargos, tendrá una duración máxima de 90 días en el proceso penal ordinario. Para clarificar el tema, se dirá que es en esta audiencia de formulación de cargos; fiscalía pronunciará de forma oral

---

<sup>37</sup> **Art. 591 del COIP.-** Instrucción.- Esta etapa se inicia con la audiencia de formulación de cargos convocada por la o el juzgador a petición de la o el fiscal, cuando la o el fiscal cuente con los elementos suficientes para deducir una imputación.

<sup>38</sup> **Art. 590 del COIP.-** Finalidad.- La etapa de instrucción tiene por finalidad determinar elementos de convicción, de cargo y descargo, que permita formular o no una acusación en contra de la persona procesada.

su decisión de iniciar la etapa procesal de instrucción fiscal, en contra del requerido, así lo encontramos en el artículo 595 del *COIP*, que dice que:

**Art. 595.-** Formulación de cargos.- La formulación de cargos contendrá:

1. La individualización de la persona procesada, incluyendo sus nombres y apellidos y el domicilio, en caso de conocerlo.
  2. La relación circunstanciada de los hechos relevantes, así como la infracción o infracciones penales que se le imputen.
  3. Los elementos y resultados de la investigación que sirven como fundamento jurídico para formular los cargos.
- La solicitud de medidas cautelares y de protección, salidas alternativas al procedimiento o cualquier otro pedido que no afecte al debido proceso.

Así pues, en este primer momento el titular de la acción penal, ya delimita de forma adecuada tanto los hechos que va a perseguir, como la adecuación típica de los mismos, hacia la infracción o infracciones penales que imputará en contra del procesado y cuáles son los elementos que sostienen su imputación. Conforme está redactada la norma, los fundamentos fácticos necesariamente se van a anclar hacia los fundamentos jurídicos, pues ilógico sería, que los hechos describan la desviación de una conducta diferente a la pretendida; por ejemplo: hechos que se tipifican en el delito de uso doloso de documento público, y el fundamento jurídico, sea el que contenga el tipo penal de falsificación de documento público.

Para Jorge Zavala Egas (2015), en el Código Orgánico Integral Penal, “se exige que se realice una imputación objetiva” (p. 53)<sup>39</sup>, al respecto, vale la pena establecer cuáles son

---

<sup>39</sup> Jorge Zavala Egas (2015) “1.- Reconstruye el derecho penal como medio para evitar daños sociales, colocándolo, sobre bases funcionalistas, la función del derecho penal, consiste en garantizar la identidad normativa o proteger la sociedad constituida (...).

2.- El individuo debe ser construido a través de los social y no visto como pura subjetividad.

3.- La sociedad existe si los individuos actúan en forma coordinada, es decir, se comunican algo con un sentido determinado. La sociedad no es una asociación de individuos y sus acciones, presupone a esos individuos que comunican un determinado sentido, esto es, que comunican algo, la relevancia jurídico-penal solo se da cuando hay comunicación. Esta comunicación es la única operación social posible y, en

los presupuestos indispensables de la misma, para Jorge Barrera (2012), en la “*Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*”, los requisitos, que se cumplen en una imputación objetiva del resultado, son cuatro:

1º) Relación de causalidad entre una persona y el resultado.

2º) Disvalor de acción: consistente en la existencia de un riesgo jurídicamente relevante, y que el mismo haya sido creado o aumentado por la conducta (activa u omisiva) del agente.

3º) Disvalor de resultado: consistente en que sea efectivamente tal riesgo creado o aumentado por la conducta del agente y a su vez, jurídicamente relevante, el que se materialice, se realice, en el resultado típico.

4º) Alcance del tipo o fin de protección del tipo: consistente en que el fin de protección de la norma típica, abarque resultados de la clase de los producidos o realizados por el disvalor de acción. En otras palabras: verificar si el tipo penal en análisis está destinado - o no- a impedir tales sucesos (p .4).

Así, con estas pequeñas referencias, estamos convencidos, que el COIP, recoge el modelo de imputación objetiva<sup>40</sup>, dentro de su normativa, por lo que el principio de congruencia procesal, juega un papel protagónico, pues este modelo adoptado por nuestro

---

consecuencia, aplicable al derecho penal como sistema social de funciones. Las normas por eso no se explican en el mundo individual psicológico o de la conciencia individual de los actuantes en sociedad.

4.- En el sistema de derecho penal funcional la norma está referida a la expectativa de comportamiento. “Si lo que interesa es la comunicación, que cada sujeto transmita con su comportamiento un mensaje determinado, con un sentido igualmente definido, los intervinientes en la comunicación social conocerán que expectativa contienen los comportamientos ajenos y, por lo tanto, qué esperan los demás de ellos. Es decir, expectativas de expectativas. Los individuos podrán así orientarse y encontrar la forma más apta de regular sus relaciones con los demás, pues existe seguridad tanto del comportamiento propio como del ajeno”

5.- En el sistema de imputación se excluye que el sujeto imputado esté antes de la sociedad, la persona es ese sujeto en su posición de garante, esa persona con sus deberes generales concretos en la sociedad. El saber cuándo se es garante, es indispensable para establecer competencias en situaciones específicas y tener claridad sobre los roles que se desempeñan. Ante la defraudación de estos roles procede, en un segundo momento, un juicio de imputación (...) al sujeto no se le impone pena porque ha infringido este deber general. De esta manera, la culpabilidad no se define modernamente como el poder actuar conforme a Derecho. Lo decisivo en el juicio de imputación es la infracción al deber, y esto apunta a un moderno concepto normativo de culpabilidad.”(ps. 51-52)

<sup>40</sup> Así, lo enmarca nuestra COIP, desde su artículo 22 al artículo 29, empero, como afirma Jorge Zavala (2005) “Los artículos 26 y 27 COIP evidencia la adhesión del COIP a la doctrina finalista de la acción al incluir el dolo y la culpa como elementos subjetivos del tipo; pero, señalamos de paso, la necesidad de analizar el hecho que el artículo 22, en relación con el artículo 29 ídem, determina la necesidad de la antijuridicidad material de la conducta para que sea penalmente relevante, pues sin la creación de peligro y su concreción en el resultado lesivo a un bien jurídico es irrelevante penalmente” (p. 57).

Código, pone de realce el disvalor de la acción<sup>41</sup>, como requisito para que la acción delictual se encuadre en el presupuesto de la tipicidad, por lo que es indispensable, que el fiscal, formule cargos teniendo claros los presupuestos de la imputación objetiva y que estos hechos, vayan a subsumirse claramente en el tipo penal, que describa la conducta penalmente relevante.

Este primer momento, va a anclar, necesariamente su accionar, hasta una eventual Audiencia de juzgamiento, sin querer ser más amplios, este primer acercamiento implica un verdadero enmarque conceptual, que va a aferrar al ministerio público, es decir que genera un norte a seguir por este para la persecución criminal, haciendo énfasis, que en este momento el fiscal ya tiene los hechos claros y subsume los mismos, hacia una conducta criminal, el tipo penal escogido por el fiscal, será el tipo penal sobre el que la defensa, fundamentará su contradictorio y buscará aportar todos los elementos de descargo, para que se evite un dictamen fiscal acusatorio.

#### **a. La Figura de la Reformulación de cargos**

Nuestro *COIP*, es novedoso en introducir esta figura dentro de la norma, pues en el *Código Procesal Penal*, anterior, no existía esta figura de la reformulación de cargos.

Entendemos, que esta figura en cierta medida, viene acompañada por el necesario rol objetivo<sup>42</sup> que acompaña al fiscal en su investigación. Bajo su rol objetivo, fiscalía

---

<sup>41</sup> Jorge Barrera (2012) “Dentro de la Teoría de la imputación objetiva de ROXIN en lo que refiere al disvalor de acción, hallamos ciertos particularismos que requieren de un análisis pormenorizado, siendo ellos: a) La exclusión de la imputación cuando se disminuye un riesgo. b) La exclusión de la imputación cuando falta la creación de un peligro; o en los casos de riesgos permitidos. c) La creación de peligro y los cursos causales hipotéticos” (p.11).

<sup>42</sup> VII Congreso de las Naciones Unidas realizado en la Habana, el 27 de agosto de 1990, en su directriz décima “los fiscales en el cumplimiento de sus funciones, actuarán con objetividad, teniendo en cuenta la situación del sospechoso o procesado y de la víctima, prestando atención a todas las circunstancias, así sean ventajosas o desventajosas para el sospechoso”

tratará de encontrar los elementos de cargo y de descargo, hasta antes de la culminación de su instrucción fiscal, el acusador podrá descubrir que el tipo penal por el que se formuló cargos, no necesariamente adecua a la conducta delictiva, en ese momento se reformularán cargos, hacia un tipo penal diferente. Así, Ricardo Vaca (2014), refiere que “cuando el fiscal califica erradamente la imputación de cargos al abrir la etapa de la Instrucción con un tipo de delito, que luego no guarda correspondencia con las actuaciones que se den en el decurso de esta etapa”(p. 547), se puede reformular los cargos, así, además clarifica la situación, indicando que en la audiencia de formulación de cargos se imputa al procesado un tipo de delito (calificación jurídica de la imputación, dice el COIP), pero los resultados de la investigación practicada hacen variar justificadamente esa atribución o imputación inicial (Ricardo Vaca, 2014), haciendo procedente la reformulación.

Es decir, se utiliza esta figura, para enmendar un error de la calificación jurídica hecha por fiscalía. Nos parece acertada la reformulación de cargos, dentro del modelo garantista, que ha sido desarrollado por nuestro país, por ello estamos convencidos que ante esta segunda oportunidad, que posee el fiscal para adecuar los hechos, hacia una calificación típica diferente, será inconcebible que *aposteriori*, el tribuno penal, vaya a sentenciar a la persona procesada, por un delito que no se persiguió, es decir que de oficio, vayan a ser los juzgadores, que en teoría son imparciales, quienes vayan a dar una calificación jurídica diferente a los hechos perseguidos por el fiscal y contenidos en el auto de llamamiento a juicio, bajo el principio de *iura novit curia* o bajo un poder-deber, que en materia penal debe ser abolido, pues es contrario a la estricta legalidad, por la que nos hemos decantado.

Por ello, cuánta razón tiene Ricardo Vaca (2014) al afirmar que “en el proceso acusatorio, resulta evidente que si la Fiscalía acusa a una persona de un delito, el procesado y su defensor van a organizar su defensa respecto al delito que se le ha imputado, y no respecto del que aparece justificado, posteriormente.”(p. 547). Así, la figura de la reformulación de cargos, la contiene el artículo 596, que refiere que:

**Art. 596.-** Reformulación de cargos.- Si durante la etapa de instrucción, los resultados de la investigación hacen variar justificadamente la calificación jurídica de la imputación hecha en la formulación de cargos, la o el fiscal deberá solicitar a la o al juzgador, audiencia para motivar la reformulación de cargos. Realizada la reformulación, el plazo de la instrucción se incrementará en treinta días improrrogables, sin que la o el fiscal pueda solicitar una nueva reformulación.

Ampliando el comentario hacia el artículo en mención, es indispensable establecer los límites, hacia la reformulación de cargos, pues puede ser realizada por una sola vez y otorgará a las partes, el plazo de treinta días más para que introduzcan los elementos que vayan a justificar su responsabilidad o la ausencia de la misma, por lo que, esta figura está ligada, en forma absoluta al principio de congruencia, ya que exige claridad y exactitud en la persecución penal y otorga a la defensa, la certeza de que es hacia ese tipo penal, que pondrá todos los esfuerzos a la hora de desvirtuarlo y por ello, que nos causa aberración pensar que a la hora de emitir una sentencia condenatoria, se condene a un individuo por un tipo penal diferente, del que nunca pudo defenderse.

## **2.2 Audiencia de Evaluación y preparatoria de juicio y dictamen fiscal**

Esta, es la etapa procesal intermedia respecto del principio de congruencia, aquí nos va a interesar de soberana manera el dictamen acusatorio o abstentivo, que el ministerio público va a emitir, así de forma somera, estableceremos las dos partes que tiene esta Audiencia, pues en el primer momento, se da la evaluación, que implica que se resolverán los temas que acarrearán nulidad, siempre y cuando esta influya en la decisión, a pesar, que la misma

puede ser declarada *ex post*, en cualquier momento procesal, de oficio o a petición de parte por los tribunales penales o salas provinciales o nacionales. La fase que nos interesa, es la siguiente; la del dictamen fiscal, pues es en este momento que el ministerio público va a acusar o abstenerse de hacerlo. Así, respecto del dictamen fiscal, el *COIP*, refiere que:

**Art. 600.-** Dictamen y abstención fiscal.- Concluida la instrucción, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador señale día y hora para la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, la que será convocada en un plazo no mayor a cinco días y se efectuará en un plazo no mayor a quince días.

De no acusar, emitirá su dictamen debidamente fundamentado y será notificado a la o al juzgador para que disponga su notificación a los sujetos procesales.

Cuando se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad de más de quince años o a pedido del acusador particular, la o el fiscal elevará la abstención en consulta a la o al fiscal superior, para que la ratifique o revoque, en un plazo máximo de treinta días, lo que será puesto en conocimiento de la o el juzgador.

Si la o el fiscal superior al absolver la consulta ratifica la abstención, remitirá de inmediato el expediente a la o al juzgador para que dicte el sobreseimiento en el plazo máximo de tres días cuando exista una persona privada de libertad, caso contrario lo dictará en el plazo de hasta diez días. En el mismo auto, revocará todas las medidas cautelares y de protección dictadas.

Si la o el fiscal superior revoca la abstención, designará a otro fiscal para que sustente la acusación en audiencia, la misma que se efectuará dentro de los cinco días siguientes de recibido el expediente.

Es decir, que en este momento, si el fiscal decide acusar, necesariamente los juzgadores del tribunal, a nuestro parecer y bajo la independencia de funciones y toda vez que el ministerio público, es el titular de la acción penal, deberán respetar el delito, por el que se le está persiguiendo y por el que el juzgador, establece méritos para llamar a juicio a un individuo, pues, las pruebas que en esta fase procesal se anuncian, por parte de la defensa van encaminadas, a desvirtuar el delito perseguido y no otro, a pesar que vulnera el mismo bien jurídico protegido, en esta línea, Ortego Pérez (2007), establece que:

Antes que evitar la condena hay que impedir la celebración de juicio innecesarios, de modo que frente a los efectos gravosos de la acusación no ha de bastar únicamente con que el imputado pueda ejercitar una defensa efectiva, sino que también es necesario rodear al procesado de garantías precisas para hacer frente a aquellas acusaciones que no presenten la entidad y el fundamento suficientes para abrir el juicio contra una persona. Esta es una de las máximas fundamentales, sobre las que se asienta el proceso penal moderno, pues si todo juicio criminal, tiene su base en una acusación, es indispensable que toda la legislación procesal reconozca la necesidad de evitar las acusaciones infundadas que podrían perjudicar la libertad individual y los derechos del acusado (ps. 18-19).

Es lógico lo referido por el autor, pues será el juez de garantías penales, y haciendo énfasis en aquella palabra de garantías penales, quien debe velar, por que el proceso, no afecte a los derechos o transgreda las garantías del requerido. En caso, de que el fiscal emita dictamen acusatorio (es lo más probable), será el juzgador, el que deberá decidir si los elementos presentados, acreditan sospechas graves sobre el cometimiento de la infracción que se persigue y si efectivamente, el tipo penal perseguido es el idóneo.

Casos se han visto de fiscales que persiguen un delito, cuando de forma categórica, los elementos fácticos, dan cuenta de un tipo penal diferente. Aquí, el juzgador, si puede llamar a juicio por un delito que tenga una calificación jurídica diferente, aunque bajo el modelo acusatorio adversarial, nos parece más coherente que se declare el sobreseimiento<sup>43</sup>, pues a pesar de que existe un presunto accionar delictivo, fiscalía equivocó su persecución, y no existiría relación entre los argumentos fácticos y el tipo penal perseguido. Sin embargo y por tedioso que resulte el tema de exigir que se respeten los presupuestos del derecho de la defensa, en muchas ocasiones, el juez acomoda los hechos, para en su auto de llamamiento a juicio, establecer elementos de convicción para que una persona responda por un delito, que talvés no cometió y con el agravante, de que lo más seguro es que esté bajo prisión preventiva, o que en este momento se lo establezca.

Como hemos dicho, en esa fase además se realiza el contradictorio, respecto de las pruebas que serán practicadas en la Audiencia de juzgamiento, pues el contrario, podrá

---

43 Art. 605 del COIP “Ley 0 Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014”.- Sobreseimiento.- La o el juzgador dictará auto de sobreseimiento en los siguientes casos:

1. Cuando la o el fiscal se abstenga de acusar y de ser el caso, dicha decisión sea ratificada por el superior.
2. Cuando concluya que los hechos no constituyen delito o que los elementos en los que la o el fiscal ha sustentado su acusación no son suficientes para presumir la existencia del delito o participación de la persona procesada.
3. Cuando encuentre que se han establecido causas de exclusión de la antijuridicidad.



solicitar, la exclusión de los elementos de prueba, que sean ilegales o ilícitos, los mismos deberán ser excluidos, no podrán ser tomados en cuenta ni en el auto de llamamiento a juicio, para que el juzgador motive el mismo, ni peor aún en la Audiencia de juicio, como abogados, debemos exigir, que el ministerio público presente una relación clara de los hechos jurídicamente relevantes que vayan a respaldar su acusación y que los elementos de convicción, que pretenden sustentar en Audiencia, vayan a probar ese delito específico, no otro, y que el juzgador, se limite a realizar el control pertinente y no sea un colaborador de fiscalía, pues recordemos que el mismo es imparcial en todas las etapas.

Por último, esta etapa del proceso penal, en caso de que luego, de la exclusión de los medios de prueba, que estén encaminadas a probar hechos notorios<sup>44</sup> o que por otro motivo no requieren prueba y aquellos que sean ilegales<sup>45</sup> o ilícitos<sup>46</sup>, el juzgador de estimar méritos suficientes para llamar a juicio, lo hará, a través del auto de llamamiento a juicio, que deberá contener:

**Art. 608.-** Llamamiento a juicio.- La resolución motivada de llamamiento a juicio incluirá:

1. La identificación del o los procesados.
2. La determinación del o los hechos y el delito acusado por la o el fiscal, así como el grado de participación establecido en la acusación fiscal, la especificación de las evidencias que sustentan la decisión, la cita y pertinencia de las normas legales y constitucionales aplicables.
3. La aplicación de medidas cautelares y de protección no dictadas hasta el momento o la ratificación, revocación, modificación o sustitución de las mismas, dispuestas con antelación.
4. Los acuerdos probatorios que han convenido los sujetos procesales y aprobados por la o el juzgador.

---

<sup>44</sup> Fernando Quiceno Alvarez (2013) “el caso de acontecimientos históricos, los asuntos políticos, las costumbres y las prácticas profesionales(...) son generalmente conocidos en el ámbito territorial de la jurisdicción del tribunal y son susceptibles de determinación certera y sencilla, de modo, que no puedan ser motivo de disputa razonable”(p. 143)

<sup>45</sup> Fernando Quiceno Alvarez (2013) “es ilegal en tanto esté prohibida por mandato legal o constitucional, sea obtenida indebidamente o sean legales, pero obtenidas a partir de un medio ilegal. Citando a Cafferatta Nores enfatiza como ilegal la prueba obtenida en violación de las garantías individuales constitucionales y las considera carentes de valor para fundar convicción del juez” (ps. 145-146).

<sup>46</sup> Fernando Quiceno Alvarez (2013), citando a Eugenio Raúl Zaffaroni “son ilícitas las pruebas obtenidas en violación a las garantías fundamentales, sea en forma directa o indirecta”(p.146)

5. Las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio no surtirán efectos irrevocables en el juicio.
6. El acta de la audiencia, conjuntamente con los anticipos probatorios, son los únicos enviados al tribunal y el expediente será devuelto a la o al fiscal.

Evidentemente, llama sobremanera la atención el numeral 5 del artículo 608 del Código Orgánico Integral Penal, pues es la ventana que el legislador estableció, para que se generen arbitrariedades por parte de los juzgadores de tribunal, pues de forma confusa, se establece que las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio no surtirán efectos irrevocables en el juicio, cuando en esos momentos, ya tuvo fiscalía la oportunidad de investigar de forma secreta, de formular cargos, de reformularlos, de emitir un dictamen acusatorio y el juez de garantías de evaluar todos los elementos, para llamar a juicio, por un tipo penal delictivo y el acusado deberá responder por ese y solo por esa calificación jurídica.

El establecer, de forma oscura, que los mismos no surtirán efectos irrevocables en la Audiencia de juicio, nos parece una aberración, creemos que es anti garantista, pues como dejamos sentado dentro de este trabajo, nuestro país, se decantó por el Garantismo penal, en su norma suprema, pero como anticipamos, nunca serán suficientes los protagonismos dogmáticos sino los llevamos a la *praxis*. Esta línea, destruye todo el avance en la materia de Garantismo penal, que se ha logrado y simplemente, eleva el sistema punitivo y persecutor al máximo otorgando a la decisión judicial, un amplio margen de flexibilidad y discrecionalidad, enemigo acérrimo del Garantismo penal, sin superar el modelo establecido, en el código de procedimiento penal anterior, que otorgaba la misma flexibilidad, por lo que en nada aporta el avance constitucional, peor aún el avance convencional, si nos mantenemos en la línea cómoda, de la persecución y de pensar, que los

delitos graves deben ser condenados, bajo el presupuesto de la “peligrosidad del agente” o de que se está protegiendo a la sociedad de un delincuente contumaz.

### **2.3 La Audiencia de juzgamiento, la resolución y la sentencia**

La etapa de juzgamiento, según Ricardo Vaca (2014) tiene por finalidad “permitir que los sujetos principales del proceso penal,- fiscal, acusador particular y procesado con su abogado defensor-ante los jueces que integran el Tribunal Penal practiquen los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo en la sentencia que debe pronunciarse al finalizar el juzgamiento” (p. 601). Así, pues de forma somera exponemos que dentro de esta Audiencia se escucharán los alegatos de apertura se practicarán los medios de prueba, que fueron aceptados en la fase procesal anterior, y por último, se darán los alegatos de clausura. Para el tema de nuestro estudio, es indispensable, analizar la decisión y la sentencia, que se notificará a los sujetos procesales, pues es ahí precisamente, donde se puede transgredir, o respetar el principio de congruencia.

De lo estudiado, hasta este momento, podemos afirmar que el principio de congruencia, debe acompañar principalmente en esta etapa del proceso penal, pues es aquí, donde se decidirá si una persona, es condenada o absuelta por un delito y solo por ese delito y deberá responder, por unos hechos y solo por esos hechos, pues en caso de que el principio de congruencia, sea tomado desde una concepción tradicional, es decir, que vaya a limitar solamente los fundamentos fácticos establecidos por el Ministerio público, sin tomar en cuenta, la adecuación jurídica propuesta por el mismo y contenida en el auto de llamamiento a juicio, se estará minimizando la contradicción, pues la defensa, no

solamente, que podrá estimar que los hechos planteados, por el ministerio público, no arriban al cometimiento de la infracción, sino que además podrá intentar probar otros hechos diferentes, por lo que creemos, que en un sistema penal acusatorio adversarial, y bajo la luz del Garantismo penal, el principio de congruencia, deberá limitar las afirmaciones fácticas, la calificación jurídica y solamente tomar en consideración, los elementos aportados y probados por las partes, para arribar a la decisión, caso contrario, la sentencia será incongruente e inmotivada y el defensor deberá alegar *ad eventum*.

Creemos, indispensable que bajo el Garantismo penal, que tanto predicamos, reconozcamos que existen derechos y garantías, para la persona procesada, la que goza de su estado de inocencia<sup>47</sup> y debe ser tratado como tal, hasta que no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada y sin recursos pendientes y a pesar de creerse (por parte de los juzgadores), con todas las fuerzas, que es culpable, en caso de que la misma no sea probada, con una certeza absoluta, o que los hechos se subsuman a un tipo penal diferente, por el que no se defendió, pues como dijimos, no necesariamente los elementos descriptivos de una infracción, llevarán a probar otra infracción, aunque sea castigada con una pena menor, simplemente se deberá absolver, caso contrario, será mejor que se cierren los juzgados y que lancemos una moneda ante la denuncia de cada delito, será más económico y resultará menos traumatizante para los sujetos procesales.

---

<sup>47</sup> Jorge Clariá Olmedo (1984), “Inocente, en la acepción académica del término es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable. “mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, aun cuando con respecto a ello se haya abierto causa penal y cualquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el período cognoscitivo de éste” (p.230).

Luego de que se desarrolla la audiencia, le corresponde, al juzgador, emitir luego de la deliberación de rigor, la respectiva decisión, *posteriori*, se emitirá la sentencia, que será notificada por escrito cumpliendo con los presupuestos establecidos en la norma, so pena de considerarla nula, haciendo la salvedad, que en muy pocos casos por la carga procesal, los tiempos se cumplen; volviendo a la audiencia entonces, luego de que las partes realizan sus alegatos de clausura, donde harán un recuento de lo que se ofreció acreditar y lo que efectivamente se probó, los jueces resolverán, de forma oral en presencia de las partes procesales. A nuestro entender, bajo el principio de oralidad, se podrá apelar en ese instante, a pesar que la misma Corte Constitucional, estableció que en caso de que existan términos, para la apelación luego de la notificación por escrito, se deberán respetar los mismos, situación ajena a la oralidad, pero a la que no nos vamos a referir, pues no es materia de nuestro estudio.

Así, el Art. 619 del **COIP**, al respecto, refiere que:

Decisión.- La decisión judicial deberá contener:

1. Referencia a los hechos contenidos en la acusación y la defensa.
2. La determinación de la existencia de la infracción y la culpabilidad de la persona procesada. La persona procesada no podrá ser declarada culpable por hechos que no consten en la acusación.
3. La individualización de la responsabilidad penal y la pena de cada una de las personas procesadas.
4. Una vez declarada la culpabilidad y la pena, el juzgador dispondrá la reparación integral de la víctima siempre que ésta sea identificable.  
De igual manera, la o el juzgador podrá ordenar las medidas cautelares que estime necesarias para asegurar el cumplimiento de la pena.
5. En caso de que se ratifique el estado de inocencia de la persona procesada, el tribunal dispondrá su inmediata libertad, si está privada de ella, revocará todas las medidas cautelares y de protección impuestas y librárá sin dilación las órdenes correspondientes. La orden de libertad procederá inmediatamente incluso si no se ha ejecutoriado la sentencia o se han interpuesto recursos.
6. Si la razón de la decisión sea excluir la culpabilidad por las causas previstas en este Código, el juzgador dispondrá la medida de seguridad apropiada, siempre que se ha probado la existencia de la infracción.

Como vemos, el presente artículo, guarda relación con el respeto que genera el principio de congruencia en lo fáctico, pues nada refiere a lo jurídico, más aún que

realizando, una interpretación integral de la norma, ya se dijo que el auto de llamamiento a juicio, no surtirá efectos irrevocables en el tribunal. Situación, que obviamente desencadena, una suerte de subjetividad basada en criterios sustancialistas y apegados a la moral del juzgador y transgrede los postulados del Garantismo, pues el ministerio público, únicamente, se ve obligado a probar los hechos que a su entendimiento sustentaron su acusación, cuando, la norma debería establecer con claridad que las pruebas, van encaminadas a sostener el tipo penal, por el que fiscalía acusó, pues como relatamos el Garantismo penal obliga a que los elementos de cargo vayan a sustentar la hipótesis acusatoria de fiscalía.

La falta de certeza en el tratamiento de la calificación jurídica, generará como veremos más adelante en el análisis de las sentencias, afectación al derecho a la defensa, por lo que a nuestro entender esa clase de sentencias, serán nulas e inejecutables por ser violatorias al principio de congruencia, y a los principios que lo rodean. Es cierto, que el principio de congruencia no ha sido establecido de manera textual en nuestra norma, sin embargo el mismo ha sido consagrado, a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y bajo los postulados que hemos establecido en los artículos de la Constitución que hicimos mención, por lo tanto deberá ser observado, a plenitud, a pesar que la norma procesal penal sea menos garantista, pues no está lejos, que el control de convencionalidad, se inaugure en nuestro país, estamos convencidos de aquello.

Por último, vamos a analizar los elementos exigidos por la norma para la sentencia, los mismos, se encuentran contenidos, en el artículo 622, del Código Orgánico Integral Penal, que refiere que:

**Art. 622.-** Requisitos de la sentencia.- La sentencia escrita, deberá contener:

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

Al igual, que la tónica de los artículos analizados anteriormente, aquí, se habla solo de hechos, a pesar que sí se establece en sus numerales 2 y 3, que se deben sustentar por parte, del tribunal en su sentencia, las pruebas que acreditaron el hecho punible, y además, tomar en consideración los elementos probatorios de descargo y los atenuantes o eximentes de responsabilidad penal. Lo que no entendemos es como será posible adecuar, una calificación jurídica diferente a ciertos hechos, pues no se puede pensar, que el fiscal otorgó una calificación jurídica hacia un hecho punible a su antojo. Él lo hizo, luego de recabar elementos de convicción y luego de todo el trámite, tanto pre procesal, como procesal.

Inclusive, teniendo la facultad de reformular cargos, por lo que nos aterra, que a pesar, de todas esas prerrogativas, un tribunal penal, que se dice ser imparcial e *impartial*, vaya a sentenciar a un ser humano, que ejerció su defensa con todas las limitantes que de forma frontal expusimos en el presente trabajo, por un delito diferente que el perseguido por la fiscalía, a pesar que la pena sea menor. Situación diferente será que la defensa

encaminó su teoría del caso a establecer que el delito por el que se debe sancionar es uno menor, como es el caso de la defensa que alega que la infracción es de hurto tipo contravencional y no del hurto delictual. Creemos, además que el cambio de la calificación jurídica al momento de sentenciar, deslegitima el trabajo realizado por la fiscalía y en ese caso, sería necesario preguntarnos si la misma cumple con su labor, pues cada vez que no puede sostener su acusación, existe atrás de su investigación miles de dólares en recursos desperdiciados.

No creemos que tengamos la verdad absoluta respecto al tema, pues pudiere haber ocasiones, que si sea viable el cambio de la figura perseguida, como hemos relatado, a pesar, de que no compartiremos nunca esta posición. Estamos convencidos, que cuando dentro de una Constitución, se proclaman derechos, garantías y se recogen, en su totalidad, los postulados proclamados dentro de un modelo, el mismo se debe ver reflejado, en sus normas infra constitucionales y además, en el actuar de sus operadores de justicia, caso contrario, en nada habrá servido, todo el avance conceptual, pues los derechos, seguirán siendo simples declaraciones o derechos sin contenido, vacíos, sin garantías como con toda la razón que le acompaña, nos ilustra el profesor Ferrajoli y no cumplirán su objetivo de ser la ley del más débil.



### **CAPÍTULO III. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN DIVERSOS CASOS.**

#### **1. Reflexión preliminar**

Este, el último capítulo de nuestro trabajo, se va a encaminar a realizar un análisis jurídico respecto de algunas sentencias pronunciadas tanto por altas Cortes, como es la emblemática dictada por la Corte Interamericana de Derechos humanos, lo referido por la Corte Constitucional del Ecuador respecto del principio de congruencia, frente al *iura novit curia*, una sentencia pronunciada por la Corte Nacional de Justicia y una sentencia pronunciada por el tribunal de garantías penales en el Ecuador, con las que vamos a testear si el modelo de Garantismo Penal planteado en la Constitución del año 2008, se cumple o no.

Pues, en los cambios de calificaciones jurídicas los juzgadores establecen en algunos casos: como un poder de la función jurisdiccional, realizar, esta modificación, en otros casos, ellos pretenden solventar un error emitido por fiscalía en su imputación, los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador, sustentan el cambio de calificación jurídica, bajo el principio de *iura novit curia*, y lo establecen como algo constitucional y respaldado por el clamor de la justicia y la lucha contra la impunidad, además analizaremos lo referido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto de este principio de congruencia y avizorar la posición que más favorezca al *indubio pro reo*, concatenándolo con la dignidad humana, todo esto a la luz del Garantismo penal establecido por la Constitución del año 2008.

Las sentencias, han sido escogidas bajo el criterio de conveniencia, por la riqueza de información que aportan las mismas, con el objeto de testear la hipótesis propuesta en el presente trabajo de investigación. Realizaremos una breve reseña del caso con el objeto que el lector pueda identificar lo importante que reviste el principio de congruencia procesal en nuestro sistema acusatorio adversarial y garantista.

Cada caso, aportará un elemento interesante de estudio y de reflexión. Como anticipamos la verdad no la poseemos, pero de lo que estamos convencidos es que solo a través del estudio y la crítica, generaremos un sistema judicial mejor, donde se respeten los derechos, garantías y principios procesales, siempre en beneficio de todos los ciudadanos y como forma de legitimar la intervención mínima del estado.

### **1.1 Análisis de la Resolución Nro. 1286-2014 del juicio Nro. 836-2013, emitida, por la Corte Nacional de Justicia, por la primera sala de lo penal.**

#### **a. Antecedentes.**

Carlos Cortes Zambrano es detenido en la selva, portando un fusil y algunos explosivos, esto luego de un enfrentamiento acontecido entre la policía y su persona, dentro del relato de los hechos no se deja claro si el mismo estuvo solo o acompañado, pues a decir de la defensa técnica del procesado, el mismo se encontraba en compañía de otro sujeto, quien fue quien se encontró con el fusil y con los elementos descritos en la acusación.

Respecto, de los hechos, fiscalía, manifiesta que, en su parte fundamental:

Que luego de haberse dado un enfrentamiento, en una persecución es encontrado Carlos Cortes Zambrano, portando un fusil "Galid", de fabricación Israelita, calibre 762, con 16 cartuchos; así mismo, junto a él se encontró un saco portando explosivos, como son cordones detonantes, 20 cápsulas eléctricas, 51 tacos de pentolita, cuarenta cartuchos calibre 762, cuatro cartuchos 9 milímetros, a más de los cartuchos del arma del fusil que

fueron encontrados. Que no se trata que el señor estaba lejos de donde se encontraron las armas; respecto del testimonio del cabo del ejército Diego Bladimir Chicaiza Viracocha, quien en sus dos testimonios que constan a fojas 27 y 32 de la sentencia, él indicó que efectivamente se encontró en poder del sentenciado el fusil y el saquillo con los explosivos; que era la persona que se encontraba transportando las evidencias reconocidas por los peritos y que fueron introducidas, valoradas y analizadas por el juzgador de instancia.

En este caso, la defensa de la parte procesada, refiere, que no existe prueba, de estos hechos, en su parte fundamental, asegura que el procesado señor Carlos Cortes Zambrano, por circunstancias, de pertenecer a un grupo guerrillero, se encontraba en la selva y respecto de los hechos de forma principal, manifiesta que:

Carlos Cortes Zambrano, fue herido con arma de fuego en la región glútea derecha; y, que a decir del informe médico practicado por el experto de la Fiscalía General, había sido un balazo que tuvo una trayectoria de atrás hacia delante, de abájo hacia arriba y de derecha a izquierda; que además, encontraron una persona tendida en el suelo, portando un fusil, pero que en la audiencia de flagrancia, en ningún momento se manifestó haber encontrado en poder del detenido ninguna arma, ningún elemento que pueda parecerse a municiones, o elementos afines.

### **1.1. Análisis de la sentencia.**

Al respecto, vamos a establecer, si la sentencia cumple con los presupuestos exigidos por el principio de congruencia y recogidos por el Garantismo Penal dentro de los tres axiomas procesales fundamentales; como son: el principio de contradicción, el principio de separación de la acusación y del juez y el principio de la carga de la prueba, dejando a salvo, que es el propio tribunal casacioncita el que realiza de forma errada una valoración de la prueba, pues no se enfocan o critican las deficiencias en la valoración del juzgador *ad-quem* ni del *a quo*, sino realizan un ejercicio de apreciación nuevo de la prueba.

1. Respecto del principio de contradicción, lo evaluamos desde el sentido amplio que debe ser abordado, pues el mismo resulta de la necesidad de que cada elemento aportado por el adversario sea contradicho por el opuesto. Al hablar de cada elemento, nos

adscribimos a la posición de que bajo este principio se debe contradecir, no solo la prueba, sino además se debe tener la certeza de aportar material probatorio para desvirtuar cada elemento de hecho y de derecho que vaya en su perjuicio. Al respecto; el tribunal de casación al establecer que “declara al casacionista carlos armando cortes zambrano (sic), autor responsable del delito de actos de terrorismo tipificado y sancionado en el artículo 160 del código penal; y, en tal virtud, le impone la pena de cuatro años”, en ningún momento, permitió que el mismo refiera una defensa técnica hacia esa calificación jurídica, pues el volcó su defensa hacia el delito contenido en el artículo 162 del Código Penal, que refiere que “Los particulares que sin el permiso necesario y sin debida explicación, portaren armas de uso militar o policial y de cualquier otro tipo similar, serán sancionados con prisión de uno a cinco años y multa de nueve a cuarenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América”.

Para, de forma sorpresiva sancionarle por un tipo penal que castiga de la siguiente forma: “el que con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas o de los bienes, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere, arrojar, usare, o introdujere al país armas, municiones o bombas explosivas, materias explosivas, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido”. Es decir, este tipo penal, nada tiene que ver con el otro, a más de que el tipo penal con el que se le sanciona es abierto, abusivo, no descriptivo, sino constitutivo, el procesado, a través de su defensa, nunca pudo contradecir, hacia ese tipo penal, mismo que generó sorpresa hacia su defensa, por lo que el primer requisito, no se cumple.

2. Respecto, del principio de separación entre el juez y la acusación, principio que desemboca en el rol acusador del fiscal y en la calidad imparcial del juez, la misma no se

cumple, pues son los juzgadores del tribunal de casación los que realizan una calificación jurídica diferente, sin respetar que el titular de la acción penal es fiscalía, pues es quien acusa.

El juez activista, propio del sistema inquisitivo se ve reflejado, pues de oficio el tribunal acomoda los hechos punibles hacia otra norma típica. No solo eso, sino que agravan la situación del casacionista, por ventaja aplican el principio de *non reformatio in pejus*<sup>48</sup>, y determinan, que el procesado cumpla la misma pena, por la que se le condenó, pero por un delito totalmente diferente, así en su sentencia los juzgadores refieren que:

revisado el fallo impugnado, se concluye que el recurrente no ha adecuado su conducta al tipo penal previsto en el artículo 31 de la ley sobre fabricación de armas, municiones, explosivos y accesorios, así como tampoco al contemplado en el artículo 162 del código penal, sino a lo que prevé el artículo 160 del último cuerpo de leyes citado, que señala: “el que con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas o de los bienes, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere, arrojar, usare, o introdujere al país armas, municiones o bombas explosivas, materias explosivas, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión mayor ordinaria de 4 a 8 años y multa de cuatrocientos cuarenta y dos a ochocientos ochenta y cuatro dólares de los estados unidos de norte américa.(...), al haber dictado sentencia condenatoria en contra del casacionista por encontrarle autor responsable del delito tipificado en el artículo 31 de la ley sobre fabricación de armas, municiones, explosivos y accesorios, ha incurrido en un error de derecho; y, en esta medida no ha apreciado el acervo probatorio, conforme a las reglas de la sana crítica, tal como lo exige el artículo 86 del código adjetivo penal, pues el casacionista adecuó su conducta al delito de actos de terrorismo tipificado y sancionado en el artículo 160 del código sustantivo penal, así se colige, sobre todo, de la revisión de los considerandos sexto y séptimo de la sentencia recurrida, que revela que el día del hecho punible, carlos armando cortes zambrano (sic) usó un arma con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas, en este caso, de los agentes militares. bajo tales circunstancias, este tribunal de casación enmendando el error de derecho cometido por el juzgador de apelación, declara al casacionista carlos armando cortes zambrano, autor responsable del delito de actos de terrorismo tipificado y sancionado en el artículo 160 del código penal.

---

<sup>48</sup> Respecto del reformatio in pejus, la Corte Constitucional, en su *SENTENCIA N.º 330-16-SEP-CC CASO N.º 1561-12-EP* refirió que “la prohibición de reformar la decisión judicial en perjuicio de los accionantes, solamente hubiera sido aplicable si ellos hubieran sido los únicos recurrentes; sin embargo, el deber general de sancionar los delitos para combatir la impunidad y, de esta manera, evitar que se repitan, también es una necesidad para que el aparato estatal pueda prevenir que se cometan violaciones a los derechos humanos; y, aunque este no es el caso en el juicio penal que se lleva en contra de los accionantes, interpretar la non reformatio in pejus como una imposibilidad absoluta de empeorar la situación de los imputados, incluso cuando no son los únicos recurrentes, sería privar al Estado de la capacidad de impugnar sentencias absolutorias irregulares que obstaculizan los fines de la justicia de interés común y así se dejaría una puerta abierta a la impunidad que tanto repudia a los derechos constitucionales, razón por la que se desecha la alegación de esta violación constitucional” (p.11).

Preguntamos nosotros, si el asegurar que el procesado “usó una arma con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas, de los agentes militares”, no significa, que el juzgador, realiza un ejercicio de acusación, pues ese elemento fáctico, jamás formó parte de la propuesta de fiscalía, que solicitaba que se le castigue por el hecho punible de la tenencia de una arma y explosivos, situación opuesta al hecho descrito en la acusación de los juzgadores.

3. Como es posible, afirmar que la fiscalía aportó suficientes elementos probatorios, para probar un delito que nada tuvo que ver con su imputación. Más aun pensando que el fin del derecho penal es encontrar la verdad procesal, pues si pusiéramos la vara, en encontrar la verdad histórica, realmente, sería una tarea muchísimo más compleja, a pesar de que según Walter Guerrero Vicanco (2004): “...tiene que basarse en acontecimientos históricos realmente ocurridos”. Dentro de la sentencia, no encontramos que el ministerio público haya probado de ninguna forma, que el sentenciado “Carlos Armando Cortes Zambrano usó un arma con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas”, pues la acusación versó sobre la tenencia de un arma de uso militar y de explosivos. Por lo que afirmamos, que no existió carga de la prueba suficiente, para romper el estado de inocencia que acompaña a todo ciudadano y probar que el mismo haya usado el arma en contra de ninguna persona.

4.- Por último, afirmamos, que en la presente sentencia, el principio de congruencia, se ve flexibilizado, pues los juzgadores en verdad, no realizan una argumentación válida, para el cambio de la figura penal por una más grave, lo único que refieren es que:

se advierte que el tipo penal, al ser la descripción de una conducta prohibida en el supuesto de hecho de una norma penal, en palabras del jurista francisco muñoz conde (sic), constituye un deber primordial para el juzgador, subsumir la conducta del

procesado en el tipo penal correcto, en base a un razonamiento lógico de las pruebas tanto de cargo como de descargo aportadas por los sujetos procesales. en la especie, revisado el fallo impugnado, se concluye que el recurrente no ha adecuado su conducta al tipo penal previsto en el artículo 31 de la ley sobre fabricación de armas, municiones, explosivos y accesorios, así como tampoco al contemplado en el artículo 162 del código penal, sino a lo que prevé el artículo 160 del último cuerpo de leyes citado, que señala: “el que con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas o de los bienes, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere, arrojare, usare, o introdujere al país armas, municiones o bombas explosivas, materias explosivas, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación(...)enmendando el error de derecho cometido por el juzgador de apelación...”

Es decir, a pesar de que los juzgadores, no lo explican de forma motivada, cumplen con su “deber” de acomodar los hechos hacia la figura penal que corresponde, pues lo único que hacen, a su parecer es enmendar un error cometido por el juzgador de apelación, sin que hayan permitido al sentenciado, que en ningún momento pueda presentar elementos de inculpación o eximentes de responsabilidad hacia esa calificación jurídica, convirtiéndose en acusadores y lo que es peor, ni siquiera aplican el principio de *iura novit curia*, pues aquí verdaderamente existen hechos diferentes, pues la acusación inicial, recogió como base de la misma, la tenencia de armas y explosivos y se le condena por el disparo de un arma.

Así, pues la sentencia es incongruente, en el sentido que los juzgadores, no valoran lo pretendido por las partes, no realizan un ejercicio correcto de apreciación de prueba (a pesar que en la casación les está vedado). Acomodan un hecho punible no perseguido por el ministerio público y le otorgan una calificación jurídica arbitraria, diferente, una que jamás fue debatida, por lo que generó sorpresa en el justiciable y como adición ni siquiera motivan su sentencia, por lo que a nuestro parecer la misma es nula.

## **1.2 Análisis de la sentencia Nro. 15281-2016-00212, emitida por el Tribunal de Garantías Penales del Napo.**

### **a. Respecto de los hechos**

A una persona, se lo procesa por unos hechos acontecidos el 22 de febrero del año 2016, pues presumiblemente los hechos, desencadenan en el delito de violación.

A decir, de la fiscalía, el señor DAVID FRANCISCO SIMBAÑA GREFA, había abusado sexualmente a un menor conocido como XX en 10 ocasiones, iniciando cuando el mismo era menor de 14 años, es decir desde que la presunta víctima tenía 12 años. Para la defensa, los hechos no se adecuan al tipo penal descrito, pues alegan que el procesado es homosexual, que en todas las relaciones mantenidas con el menor, el actuó como pasivo dentro de la relación por lo que los presumibles hechos delictivos no soportan una imputación objetiva. Es llamado a juicio, para que responda por el delito de violación, contenido en el artículo a 171.3 del COIP, que al respecto refiere que:

**Art. 171.-** Violación.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

Por la falta de prueba de fiscalía el Tribunal de garantías penales decide condenar al procesado por el delito de prostitución forzada, que al respecto contiene los siguientes verbos rectores:

**Art. 101.-** Prostitución forzada.- La persona que obligue, exija, imponga, promueva o induzca a otra en contra de su voluntad para realizar uno o más actos de naturaleza sexual, será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años, en alguna o más de las siguientes circunstancias:

1. Cuando se aproveche de condiciones de vulnerabilidad de la víctima o se utilice violencia, amenaza o intimidación.

2. Cuando con el infractor mantenga o haya mantenido una relación familiar, consensual de pareja, sea cónyuge, excónyuge, conviviente, exconviviente, pareja o expareja en unión de hecho, de familia o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima.

3. Cuando tenga algún tipo de relación de confianza o autoridad con la víctima.

Al respecto, dentro de su motivación para el cambio de la calificación jurídica, el Tribunal de Garantías penales del Napo, establece que:



En tales antecedentes, con la motivación que precede, valorada la prueba de acuerdo con la sana crítica y más allá de cualquier duda razonable, corrigiendo la errada tipificación penal por la que acusa la fiscal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA el Tribunal de Garantías Penales de Napo, resuelve: 9.1. Se declara la CULPABILIDAD de DAVID FRANCISCO SIMBAÑA GREFA, cuyos generales de ley ya constan up supra, en el delito de PROSTITUCION FORZADA, tipificado en el Art. 101 del COIP numerales 1, 2 y 3, en el grado de AUTOR DIRECTO según el Art. 39 del mismo cuerpo normativo, pues actuó con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, según lo prevé el Art. 34 del COIP (p.26).

## **b. Análisis de la sentencia**

1.- Respecto de la contradicción necesaria como pilar fundamental del principio de congruencia, podemos establecer que el procesado no tuvo oportunidad de realizar la refutación de la nueva calificación jurídica establecida por los juzgadores del tribunal en su decisión, pues hacia los hechos por los que se le acusó el mismo fue inocente., situación que es recogida por el tribunal penal que refiere que respecto de los hechos, “no existe certeza de que los mismos conduzcan al tipo penal de violación”. El tipo penal de violación, refiere que de forma necesaria debe existir la introducción del miembro viril o de cualquier objeto a través del miembro vaginal, anal o por la práctica de sexo oral. Sobre ese tipo penal la persona proceda ejerció su contradicción, presentando su verdad y destruyendo cada elemento que iba a demostrar el cometimiento de este ilícito, así respecto de la prostitución forzada, nada pudo alegar.

2. Respecto, del principio de separación entre el juez y la acusación, los juzgadores, no respetan el tipo penal por el que el ministerio público acusó, abrogándose funciones, que no les competen, cuanto más ambos tipos penales, a pesar de precautelar la indemnidad sexual y la libertad personal; el delito más grave el de violación, no contiene al delito menor de prostitución forzada, por lo que este cambio, deviene en que los juzgadores, son acusadores directos de una conducta, pues ellos arriban los presuntos hechos delictivos a

una consecuencia jurídica diametralmente opuesta, a la pretendida por fiscalía. Por último, es inconcebible pensar, que fiscalía, se “equivocó” al acusar o que cometió un “error”, pues como bien refiere Zaffaroni (2000):

... se erige en un círculo diabólico en que el acusador y la acusación van cambiando como el dios Proteus ante un estupefacto ciudadano que desconoce hasta el último momento en que consiste la acusación. Si derrotar la impunidad es criterio máximo que subordina lo demás, acabemos también con el principio de non reformatio in pejus para autorizar que el Juez de segundo grado agrave las penas al apelante único. La defensa social no es la última ratio, por encima de ella está la protección del individuo (p.45)

3. Respecto de la carga de la prueba, es evidente que el ministerio público, en ningún momento probó los presupuestos del delito condenado, pues jamás existió un elemento de prueba que sostenga el constreñimiento en contra de la voluntad de la presunta víctima, pues la misma reconoció, que lo hizo voluntariamente, recordemos que el derecho debe apartarse de la moral, de la ética y de las supuestas buenas costumbres y debe juzgar hechos. Las pruebas, dan cuenta de una relación homosexual voluntaria entre dos personas, de un étnia, donde estas prácticas inician a los 12 años. Así, que siendo objetivos las declaraciones testimoniales, las pericias y las demás pruebas evacuadas, no dieron cuenta del tipo penal de violación, mucho menos del de prostitución forzada en el que se encuadró la conducta, por lo que no quedaba más remedio que absolver.

4.- Por último el cambio en la calificación jurídica, de cierta forma se traduce en un poder de la función jurisdiccional, pues toman a la calificación jurídica efectuada por fiscalía y contenida en el auto de llamamiento a juicio, como un error, sin hacer un ejercicio depurado, ni exigente para solventar su cambio, sino entendiendo, que el mismo desencadena, en el más simple ejercicio, que lo único que busca es evitar la impunidad, como si no existiera mayor peligro en una sociedad que condenar a un inocente. Esta sentencia, es totalmente incongruente, pues los juzgadores no deciden sobre lo aportado por

las partes, sino lo hacen acomodándolo a su entendimiento. No se respeta el rol del fiscal, ni se evidencia que el *onus probando*, esté en su orilla, pues no existe concordancia entre lo perseguido, lo excepcionado y lo resuelto, a pesar que el delito sancionado contiene una pena menor que la perseguida, al no permitir que su defensa, alegue sobre la nueva calificación, se irrespetó el principio de congruencia y por tanto consideramos a la sentencia incongruente.

#### **1.4 Análisis de la sentencia Nro. SENTENCIA N.o 036-13-SEP-CC CASO N.o 1646-10-EP, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, el 24 de julio del año 2013.**

Para el análisis de esta sentencia de la Corte Constitucional, es indispensable, en primer lugar establecer, que la misma fue dictada antes de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, es decir antes de que exista en la norma procesal ecuatoriana la figura de la reformulación de cargos.

Otro punto a destacar, es que la presente sentencia va a solventar el cambio en la calificación jurídica que se realiza en el auto de llamamiento a juicio, por lo que a nuestro parecer, la misma no trasgrede de ninguna forma el principio de congruencia, dado que el procesado, si va a tener la posibilidad de refutar los argumentos que fiscalía propusiere en la Audiencia de juicio. Cosa diametralmente opuesta, es el hecho de que ante una calificación jurídica diferente, por parte del juzgador de garantías penales el tribunal decida asignar a los hechos una tipificación jurídica opuesta, por la que se le llamó a juicio a un individuo, pues a pesar de que el principio de contradicción, transverzaliza el proceso penal tanto en su fase pre procesal como procesal, es en el juicio mismo donde toma fundamental relevancia.

#### **a. Breves referencias.**

Este proceso llega a la Corte Constitucional, mediante una Acción Extraordinaria de Protección, ante la confirmación del auto de llamamiento a juicio efectuado por los señores jueces de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que niegan la apelación, que efectúan los señores Welmer Quezada Neira y Judith Loayza Loayza, los hechos, que precedieron a la presente acción son los siguientes: el fiscal imputó en su resolución para iniciar la instrucción fiscal, el tipo penal concreto descrito en el literal j del artículo 83 de la Ley orgánica de Aduanas; sin embargo, por haberse demostrado que no existió jamás la conducta ahí descrita, como lo afirma el mismo fiscal, en forma expresa, terminó acusando en su dictamen, al término de la fase de instrucción, la comisión del tipo penal contenido en el artículo 82 de la Ley, pero no concretó cuál de las modalidades previstas en este tipo genérico es la acusada. Precisan que el juez de garantías penales procede sin imparcialidad, entre acusación y defensa, en vista de que no acoge el dictamen del fiscal, siendo el mismo juez quien toma la decisión por su propio arbitrio de acusar, sin la correspondiente motivación que se adecue al tipo penal que se imputa, y que el juez al modificarlo estaría incurriendo en *reformatio in peius* del dictamen acusatorio del fiscal, pues dicta Auto de llamamiento a juicio por el delito contenido en literal j del artículo 83 de la Ley orgánica de Aduanas.

#### **b. Análisis de la sentencia.**

1. Respecto del elemento de contradicción, a nuestro entender la misma lo respeta de forma íntegra, tanto más, que la misma otorga la oportunidad de que las partes procesales presenten las argumentaciones de las que se crean asistidas, para probar su

verdad<sup>49</sup>. La Corte Constitucional, permite que tanto el accionante, como los accionados, expongan los criterios de su petición, más aún, dentro del proceso penal, los procesados, pudieron solicitar la práctica de todas y cada una de las pruebas, que al respecto vayan a desacreditar los elementos de convicción que presentó la fiscalía, así lo recoge la sentencia de la Corte Constitucional, cuando refiere que: “puesto que los mismos tuvieron la oportunidad, tanto durante la fase de instrucción fiscal como en la etapa intermedia, de acceder a dicho órgano de justicia presentando evidencias y debatiendo los alegatos, por lo que no se sacrificó, de ninguna forma el contradictorio”(p.14), pues el contradictorio respecto de las pruebas se ejercita en la Audiencia de Juzgamiento. Al respecto, es necesario, inclinarse por el criterio vertido por Jorge Clariá Olmedo (2011):

La correcta regulación de la defensa, favorece la regla del equilibrio procesal entre las partes oponentes, propendiendo formalmente a la igualdad de oportunidades. A su vez, ese equilibrio permite que ingresen al proceso elementos probatorios y técnicos de descargo como necesarios ingredientes para una más justa aplicación del derecho sustantivo, y evita que en el proceso se introduzcan actos o se cumplan trámites con descuido de los presupuestos o requisitos que deben observarse (p.280).

Por lo que respecto de la necesaria contradicción, no se evidencia en la sentencia, que existe vulneración hacia este principio, con todas las limitaciones e inconstitucionalidades, que conlleva el proceso penal, en su fase pre procesal como procesal y que fueron anticipados en el presente trabajo.

2.- Lo que si creemos, que se transgrede en la presente sentencia es la separación que debe existir entre el juez y la acusación, pues es evidente que el juzgador, realiza un auto de llamamiento a juicio por un ilícito diferente al pretendido por el titular de la acción penal, como lo es el ministerio público. Sin embargo, hay que ser claros en establecer que

---

<sup>49</sup> En este punto de la investigación, nos hemos decantado por la verdad procesal, pues estamos seguros de que encontrar la verdad histórica en un proceso es una tarea imposible, dadas las limitaciones que atraviesan las partes procesales, para la consecución de sus propósitos dentro del proceso penal.

esta calificación jurídica diferente si va a poder ser contradicha, por la defensa de los procesados en la Audiencia de juzgamiento, es decir que el cambio de la calificación jurídica no genera sorpresa en la parte requerida, lo único que hace es establecer lo mismo que decía la norma del Código de Procedimiento Penal, como lo recoge también el COIP y lo ratifica la Corte Constitucional, no solo en esta sentencia, sino también en la sentencia N.º 004-10-SCN-CC CASO N.º 0025-09-CN <sup>50</sup>. Y es el hecho de que el juzgador de garantías penales, si puede dictar un auto de llamamiento a juicio por un delito diferente al pretendido por el ministerio público, o su vez, puede dictar un sobreseimiento, si no encuentra mérito en la acusación.

Podría resultar en efecto que al juez penal se le otorguen funciones de acusador y que esto vaya en contra de los postulados del Garantismo penal, que exigen al respecto de la separación entre juez y acusación y que el juez sea un tercero en demasía imparcial, recogiendo, lo que Ferrajoli (2005), refiere:

La cualidad de ajenos a las partes de estas nuevas figuras juzgadoras queda, en efecto, comprometida porque se les requiere que intervengan anticipándose al juicio en demasidos (sic) aspectos: además de poder denegar el archivo de las actuaciones (arts. 409.4 y 5 y 554), convalidan los arrestos y detenciones ordenados por la policía judicial o el ministerio público (arts. 390 y 391) y, sobre todo, deciden sobre medidas coercitivas, comenzando por la orden de captura (art. 279). Esta ambigüedad habría podido quedar reducida si, al menos, se hubiese establecido que en los distintos supuestos el juez no fuese, dentro de lo posible, siempre la misma persona (739).

Se hace notar sin embargo, que la Corte Constitucional, en la N.º 004-10-SCN-CC CASO N.º 0025-09-CN, no se decantó por la línea garantista, pues dentro de su *obiter dicta*, refirió que el juez:

---

<sup>50</sup> De todo lo mencionado, resulta que es el Juez de garantías penales el único llamado a tomar decisiones y resoluciones dentro del proceso penal y para ello no debe encontrarse normativamente constreñido en tales facultades, ni por la existencia de un dictamen fiscal acusatorio, ni por la insistencia en mantener una acusación aunque la evidencia resulte ineficaz (p.17).

(...) debe tener conciencia plena de la importancia fundamental de las funciones que el Estado le ha encargado. Estudio, independencia y honestidad intelectual y moral, debe ser la trilogía sobre la cual se sustente el trabajo del juez, sea éste único o pluripersonal. El administrar justicia es una tarea difícil(sic) y sacrificada. Necesariamente, entre las pretensiones procesales en pugna, una debe ser estimada y la otra, en consecuencia, debe ser rechazada. El juez cada vez que dicta el fallo, deja inconforme al perdedor y es víctima de injustos ataques y de penosa labor de desprestigio. Contra esta ruin actitud la sociedad debe reaccionar porque la administración de justicia no consiste, en definitiva, sino en el triunfo de la razón a través del Derecho y, por tanto, la sociedad no debe permitir el menosprecio de esa labor por parte de quien actúa a base de un resentimiento particular. (parte del texto del documento aprobado por la Federación Nacional de Abogados del Ecuador en 1968, citado por Jorge Zavala Baquerizo en su Tratado de Derecho Penal, Tomo n. pp 314-315) (Corte Constitucional p. 13-14)

Entendemos, que el juez garantista debe alejarse de la moral y satisfacerse en los hechos enunciados y probados y a su vez en los rebatidos y desvirtuados. Sin embargo, a pesar de no estar de acuerdo, creemos, que la afectación de la separación entre juez y acusación que debe proclamarse como componente del principio de congruencia y dentro del Garantismo penal, se ve mínimamente infringido y que talvés la búsqueda de justicia y que no quede en la impunidad un presunto delito, puede pesar más a la hora de que el juez dicte auto de llamamiento a juicio por un delito diferente.

3.- En resumen, la Corte Constitucional, dentro de esta sentencia analizada y con los razonamientos que nos permitimos realizar, estimó que dentro del Auto de llamamiento a juicio, el juzgador si podrá realizar una calificación jurídica diferente a la pretendida por el ministerio público y no se afectará el principio de congruencia, pues al efecto, las partes aún con todo sus elementos de descargo, podrán llegar a la Audiencia de juzgamiento a desvirtuar lo pretendido por fiscalía, quien tiene la indudable obligación de probar el nuevo tipo penal que va a perseguir en la Audiencia de juzgamiento. Como vemos, serán los jueces del tribunal, los encargados de emitir una sentencia en base a los méritos de la acusación, así los elementos de descargo, no acrediten la inocencia, pues fiscalía es la que indudablemente, tiene el deber de romper el escudo de inocencia. Bajo esta apreciación, se

mantiene a salvo la triada inseparable que genera una decisión justa como lo es que la sentencia, debe resolver sobre la aportación de la acusación y de la defensa, en armonía con lo que se quiso probar.

#### **1.4 Análisis de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala.**

##### **a. Breves referencias**

El presente caso es emblemático para el estudio del principio de congruencia, pues consiste en el precedente jurisprudencial que obliga a los estados, que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y reconocido su competencia, a adecuar todas sus actuaciones en el campo procesal penal para el juzgamiento de un delito, bajo una necesaria relación y respeto entre la acusación, la defensa y la sentencia, adoptando lineamientos mínimos en su accionar, caso contrario estarán violando la jurisprudencia obligatoria de la Corte IDH y por ende, vulnerando los derechos humanos de sus ciudadanos.

El caso se desarrolla en Guatemala, el señor Fermín Ramírez, es procesado por el delito de violación, hacia una menor, luego de haber sido detenido por un grupo de vecinos el 10 de mayo de 1997, en un inicio se lo procesó por el delito de violación y por el delito de asesinato, en contra de la niña Grindi Jasmín Franco Torres. Finalmente, se formuló acusación en su contra por el delito de violación calificada que establece:

(Violación calificada). Si, con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la ofendida, se impondrá prisión de 30 a 50 años. La formulación de la acusación en Guatemala se basa en el artículo 332, inciso 4 del Código Procesal Penal, que establece que aquella debe incluir:  
[...] La calificación jurídica del hecho punible, razonándose el delito que cada uno de los individuos ha cometido, la forma de participación, el grado de ejecución y las circunstancias agravantes o atenuantes (p.15)



El 18 de diciembre de 1997, se dictó auto de apertura a juicio, únicamente por el delito de violación calificada, posteriormente, se efectuó la respectiva audiencia de juzgamiento, donde, antes de los alegatos finales, el tribunal penal, advirtió, la posibilidad del cambio de la calificación jurídica, sin especificar, el tipo penal, por el que se podía sancionar al procesado<sup>51</sup>. Su sustento, fue un informe médico, que arribó a la conclusión de que la menor había fallecido, por estrangulamiento y posterior a su fallecimiento fue violada. Así el médico refirió que:

Los pulmones [de la menor de edad fallecida] estaban aumentados de tamaño por la inspiración que efectúan, estaban lógicamente llenos de oxígeno y eso aumenta el tamaño en los pulmones, el conjunto pulmones y tráquea se debe a que probablemente la víctima inspiró en algún momento e inmediatamente después de haber inspirado o durante el momento de la inspiración fue obstruida la tráquea y los grandes vasos[. P]or las lesiones que están descritas definitivamente sí fue exagerada la violencia que [se] utilizó en la forma como fue tratada la menor. [...] Sí pudo haber sido una necrof[ilia] sexual, por las características del cadáver, las lesiones en el cuello y las lesiones encontradas en la tráquea; sí pienso que la asfixia fue la causa de la muerte; sí pudo haber sido que la persona violó antes a la niña y después la mató, como para que ella no dijera nada [...] (p.16)

Nótese, que la legislación de Guatemala, otorgaba la posibilidad de realizar una acusación alternativa, ampliando la acusación, otorgando la facultad a las partes, para que puedan aportar nuevas pruebas o preparar su intervención, sobre la nueva calificación jurídica.

Sin embargo, no se cumplió con estos presupuestos recalando, que la defensa en su alegato final, no refirió respecto del posible cambio de la calificación jurídica nada, no así la fiscalía, la que refirió, que los hechos se adecuaban al delito de asesinato, con la mayoría de agravantes y pidió en su último alegato que el señor Fermin Ramírez, sea condenado a la

---

<sup>51</sup>Creemos, que anticipar un posible cambio en la calificación jurídica, antes de emitir una resolución y bajo la imparcialidad del juzgador, además genera una suerte de prevaricato, pues se está anticipando la forma en la que se resolverá. Será necesario, que el anuncio del posible cambio de la calificación jurídica, genera un nuevo proceso, por el delito que se presume cometido, donde se de especial oportunidad a la defensa para que aporte elementos de descargo.

pena de muerte, situación que fue aceptada por el tribunal penal, que emitió sentencia condenatoria en contra del procesado y lo condenó a la pena de muerte solicitada.

#### **b. Análisis de la sentencia.**

La presente sentencia recoge todos los aspectos que hemos defendido dentro del presente trabajo respecto del Garantismo penal y otorga un rol protagónico al principio de congruencia. Al respecto, del principio de congruencia, en primer momento lo definió, estableciendo lo que significa la incongruencia, así dijo que:

La incongruencia se produjo cuando el Tribunal de Sentencia cambió la calificación jurídica del delito y dio por establecidos hechos y circunstancias nuevos, que no fueron considerados en la acusación ni en el auto de apertura a juicio, a saber: la causa de la muerte de la menor de edad y las circunstancias que en opinión del Tribunal de Sentencia demostraban la mayor peligrosidad del señor Fermín Ramírez (p.45).

Concordamos, con el criterio establecido por la Corte IDH, pues a pesar de que la muerte de la menor fue anterior a la violación, este hecho no fue advertido en la acusación y generó sorpresa a la defensa del procesado, que nunca pudo contradecir o presentar su oposición hacia este elemento decisivo para la sentencia de la pena de muerte. Por lo que es indispensable para la Corte IDH, que un nuevo elemento de una acusación, a pesar de ser probado, sea anticipado hacia la defensa, a efectos de que lo pueda contradecir. Un elemento no contradicho, jamás podrá ser tomado en cuenta a la hora de resolver.

1. Respecto de la aportación de la prueba, la Corte IDH, establece, con meridiana claridad que:

Al evacuar pruebas durante el juicio oral es posible que se acredite la existencia de nuevos hechos o circunstancias no previstos en la acusación. En tal hipótesis, el Ministerio Público puede formular la “Acusación alternativa” o la “Ampliación de la acusación”, mencionadas anteriormente, a fin de promover la modificación del objeto del proceso (p.47).

Esto, en relación con lo referido en múltiples ocasiones por parte del Corte IDH, que establece que la carga de probar los hechos, recae en el órgano persecutor y de ahí, que el status jurídico de inocencia sea tan amplio, pues solo será roto a través de elementos contundentes y directos, jamás basándose en meras presunciones. En el presente caso, si bien las pruebas anunciadas arribaron a hechos nuevos y a pesar que esta prueba, fue aportada en debida forma por parte del órgano persecutor, nunca pudo ser opuesta por la defensa, es más a pesar que la defensa si pudo contra interrogar al médico y se pensaría que ejerció el contradictorio, la pericia del médico generó sorpresa e incertidumbre hacia el procesado y su defensa, quienes encaminaron su acerbo probatorio para contradecir el tipo penal de violación calificada y no el de asesinato.

1.1 Respecto, de la separación necesaria que debe existir entre el juez y la acusación, dentro del voto razonado, encontramos una postura que aclara de forma profunda el tema, así se refiere que:

Más todavía, la congruencia a la que me refiero --que impide resoluciones judiciales al margen de la acusación formulada por un órgano ajeno al juzgador e independiente de éste-- constituye una expresión regular de la división de poderes y caracteriza al sistema procesal penal acusatorio. En efecto, pone en evidencia la separación entre el órgano que acusa y el órgano que sentencia, y reconoce que la función persecutoria incumbe a aquél, no a éste. Si no fuera así, es decir, si el juzgador pudiera rebasar los términos de la acusación, desatenderlos o sustituirlos a discreción, estaríamos en presencia de un desempeño judicial inquisitivo: el órgano de la jurisdicción llevaría por sí mismo a la sentencia hechos y cargos que no ha esgrimido el órgano de la persecución, y se convertiría, en buena medida, en un acusador (p. 80).

Con lo que, se adscriben totalmente al Garantismo penal propuesto por el profesor Ferrajoli y expuesto de forma por demás escueta en la presente investigación, pues separa de forma exacta los roles que existen entre acusador, representado por el ministerio público y el tercero imparcial, que va a decidir, sobre lo que las partes hayan aportado, siendo inconsecuente, que el mismo que emitirá una resolución sobre determinado asunto, vaya a realizar el cambio de la calificación jurídica. Ese accionar discrecional, afecta al sistema

procesal acusatorio, nos recuerda al sistema penal inquisitivo, donde el juzgador es un verdadero acusador.

1.3 La necesaria contradicción, que debe existir en todo proceso penal se rompe pues la parte acusada, no tuvo oportunidad para poder refutar los nuevos elementos probatorios que fueron aportados por el ministerio público, nótese que a pesar de que se advirtió por parte de los juzgadores que podía haber un cambio en la calificación jurídica, la Corte IDH, estima que la misma, debió haber sido establecida con claridad y otorgándole a la defensa la posibilidad de contradecirla, pues a pesar de que la misma fue probada, no fue refutada. Por lo que afirmamos, que un elemento al que no se le otorga la posibilidad de contradecirlo, no podrá ser valorado, a pesar de que haga prueba plena de lo alegado, pues será violatorio al derecho a la defensa, degenerando un proceso viciado e incongruente.

Por último, vamos a destacar que la Corte IDH, entendió al principio de congruencia en la tónica de respeto a la necesaria relación que debe existir entre la acusación, la defensa y la sentencia, inaugurando estándares altos, en beneficio del derecho a la defensa, limitando la arbitrariedad judicial, estableciendo como obligatoria la contradicción de cada elemento aportado por el acusador y definiendo los roles de un juzgador imparcial, alejándolo del juzgador persecutor, limitando al máximo el principio de *IURA NOVIT CURIA*, al establecer que:

Esta facultad, consecuente con el principio *iura novit curia*, debe ser entendida e interpretada en armonía con el principio de congruencia y el derecho de defensa. La necesaria congruencia entre la acusación y la eventual sentencia justifica la suspensión del debate y el nuevo interrogatorio del acusado, cuando se pretende cambiar la base fáctica de la acusación. Si esto ocurre irregularmente, se lesiona el derecho a la defensa, en la medida en que el imputado no ha podido ejercerlo sobre todos los hechos que serán materia de la sentencia (p.48).

Con lo dicho, aseguramos, que toda sentencia que cambie la calificación jurídica pretendida por el órgano acusador, será incongruente pues no pudiere haber sido refutada,

así extendiendo el principio de congruencia, también hacia lo jurídico, por lo que a modo de corolario, diremos que para la Corte IDH, solo se justifica un cambio en la calificación jurídica pretendida por la fiscalía, al momento que la misma es comunicada a la defensa, siempre y cuando, las pruebas de los hechos relatados, necesariamente lleven a esa conclusión y además se debe otorgar a la defensa la posibilidad de aportar los elementos de descargo que crea necesarios para desvirtuar, justificar o presentar elementos de exclusión de conducta sobre la nueva calificación. Si eso no ocurre, la sentencia será incongruente y violará el derecho a la defensa del inculpado, haciendo a la misma inejecutable y nula, no soportando una adecuada motivación.

## CONCLUSIONES

El sistema acusatorio adversarial, implementado en la actualidad, recoge los requerimientos implantados por el modelo del Garantismo penal, mismo que limita el accionar oficioso de los juzgadores, además dentro de este modelo de justicia, se recogen varios principios, que están contenidos en una norma positiva y que van a transversalizar las actuaciones de los sujetos intervinientes. Existen principios como el de contradicción, el de separación del juez y la acusación, el de la carga de la prueba y el de verdad procesal, contenidos dentro de la normas ecuatorianas y que todos juntos, forman parte del principio de congruencia, la violación de alguno de los principios referidos, constituye *per se* una violación al principio de congruencia y desencadena una sentencia inmotivada, sin embargo la norma COIP, recoge a medias los postulados procesales del Garantismo Penal, pues no existe claridad en cuanto a la separación del juez y la acusación.

Es indispensable, que durante el proceso penal los sujetos procesales (acusado, fiscal, acusador particular) adecuen sus actuaciones a lo establecido por el derecho formal.

Una decisión justa, solo será posible cuando se respete lo solicitado, lo practicado y lo refutado, respaldando la decisión, bajo estos elementos, pues caso contrario se estarán equivocando los roles y estaremos volviendo al sistema inquisitivo ya olvidado. En adición a ello debiendo ser indispensables que la decisión, no vaya a apartarse del objeto mismo de la controversia, pues resolver sobre algo que no fue lo pretendido en la acusación, genera una sentencia incongruente, que apela a la suerte y no respeta los elementos que fueron aportados por la defensa.

La incongruencia en un fallo, desencadena en un juzgador que resuelve más de lo pedido, algo diferente o algo menor de lo requerido. Sin embargo, dentro del modelo de Garantismo penal, una sentencia será incongruente cuando no garantice los principios procesales del modelo Garantista; como son: el principio de contradicción, la carga de la prueba al que acusa y la necesaria separación que debe existir entre la acusación y el juzgador, generando un juzgador parcializado y que actúa bajo presupuestos de desicionismo, subjetivismo, sustancialismo y aplica un derecho penal suficiente, no necesario. Este accionar transgrede el modelo garantista e implanta un modelo anti garantista.

Al principio de congruencia, lo acomodaremos como la conformidad necesaria que debe existir entre las pretensiones, excepciones planteadas y el objeto del litigio, mismo que ancla al juzgador en su decisión, limitando el accionar discrecional del juzgador y exigiendo que el mismo, resuelva solo sobre aquello. El principio de congruencia, se lo diferencia en su concepción tradicional y la moderna, pues el primero se desarrolla bajo el sistema inquisitivo y el segundo en el sistema penal acusatorio adversarial.

En el sistema inquisitivo, el juzgador cumplía una actividad muy amplia, pues realizaba las tareas de acusador, investigador y sancionador, siendo el ministerio público un mero espectador que cumplía lo ordenado por el juzgador, en un proceso donde la defensa se veía limitada, generando incertidumbre en la defensa y esperando un verdadero milagro para evitar la condena. Bajo este sistema se buscaba penalizar todas las conductas, pagando el precio de que un inocente sea sancionado, con tal que el delito no quede en la impunidad, aquí el principio de congruencia, se limitaba en el mejor de los casos al respeto que debía tener el juzgador a los hechos. El principio *iura novit curia* estuvo en su máximo apogeo,

pues las partes ponían los hechos y el juez condecorador del derecho la calificación jurídica correspondiente.

En cambio, el modelo actual del que el Ecuador se ha visto abocado, desde el año 2000 y principalmente desde la implementación de la Constitución de la República del año 2008, las facultades del juzgador y acusador se separan, donde el fiscal es el titular y responsable de la imputación de un delito, existiendo la única posibilidad de que la calificación jurídica sea cambiada dentro de la reformulación de cargos y en el Auto de llamamiento a juicio, debiendo otorgarse a la defensa, la posibilidad real y efectiva de que ejerza la contradicción, sobre el nuevo tipo penal pretendido y además, siendo necesario una modificación en nuestra legislación, que faculte a la aportación de nueva prueba, solo para la defensa, ante una calificación jurídica diferente de la pretendida por fiscalía.

Es necesaria, que la norma penal contenida en el COIP, se adecue al modelo garantista implantado por la Constitución de la República del Ecuador, pues desde la primera intimación, se debe establecer con claridad al responsable del delito, la norma quebrantada y la posible pena a imponerse, la fase pre procesal de investigación previa y la de instrucción fiscal, evidentemente son anti garantistas, irrespetan el principio de congruencia, limitan la defensa y convierten al fiscal en inquisidor, con facultades del juez de practicar los elementos de descargo pretendidos por la defensa. Siendo indispensable, que se acoja el modelo del *common law*, que si garantiza el aporte de los elementos de descargo, por parte de la defensa. Dentro de nuestro país, se puede asegurar que la norma penal, engendra un Derecho Penal suficiente, cuando condena a una persona por un delito por el que no se le formuló cargos, pues no se respeta la separación del juez y la acusación



y al principio de congruencia, se lo concibe desde la óptica tradicional, potenciando el *ius puniendi* y la irracionalidad del aparataje punitivo.

Como dijimos, en la concepción tradicional el principio *iura novit curia*, está potenciado, pues se dice que: el juez es el que conoce de derecho y deberá resolver, sobre lo que las partes aportaron, sin importar que en su sentencia vaya a realizar una calificación jurídica diferente que la pretendida por el acusador, por el contrario, en la concepción actual, la moderna el juzgador subsume el hecho fáctico al caso concreto, debiendo circunscribirse, a lo solicitado por el fiscal, siendo el último momento, bajo el modelo Garantista implantado en el Ecuador, para realizar el cambio a un delito diferente del pretendido, el de auto de llamamiento a juicio, pues en la etapa de juicio, un tribunal penal, que decide sancionar por un delito diferente, no permitirá que el procesado ejerza en debida forma su derecho a la defensa, por ende su sentencia será incongruente, pues no existe en nuestro proceso una etapa para que alegue sobre el nuevo cambio, que genera sorpresa y desconcierto.

Por lo que deviene en anti garantista, la norma que establece que las posiciones establecidas en el auto de llamamiento a juicio, no surtirán efectos irrevocables en el tribunal penal. Esta norma es el perfecto ejemplo del principio de legalidad lato, pues genera incertidumbre en el procesado, al ser una norma permisiva, no clara y que destruye el sistema acusatorio y el modelo garantista, potenciando el *ius puniendi* del estado y limitando de forma peligrosa las garantías procesales de la defensa, abrogando al juzgador roles de acusador y eliminando su imparcialidad. Debemos recordar, que desde el año 2005 con la sentencia de Fermín Ramírez vs Guatemala, la Corte IDH, realizó importantes precisiones con respecto al respeto del principio de congruencia y lo convirtió en un

principio de obligatorio cumplimiento en nuestro país, a pesar de que no exista una norma que lo consagre como tal.

Cualquier norma infra convencional, que vaya a limitar lo dicho por la Corte IDH, deberá ser retirada del ordenamiento jurídico y deberá prevalecer, lo contenido en referida sentencia. Las sentencias analizadas en el presente trabajo muestran la falta de relación que existe entre la acusación y la defensa y nos muestran a un juzgador persecutor y autoritario, pues no permite que la defensa presente elementos de descargo, sobre las calificaciones jurídicas con las que sanciona y que nada tienen que ver con los pretendidos por el ministerio público, donde además no se establece una motivación suficiente para el cambio, donde se irrespeta el principio de congruencia y se genera indefensión en el procesado.

Como revisamos y con el breve recuento realizado, el principio de congruencia, si se flexibiliza en el campo civil, empero deberá ser estricto en el campo penal, pues se está decidiendo sobre el derecho de libertad de una persona, prefiriendo mil veces que un culpable esté libre a que un inocente sea condenado, pues es el ministerio público el que deberá destruir el escudo protector del estado de inocencia, no el presunto infractor, el que lo deba demostrar. Solo el respeto de los principios implantados en la Carta Magna, así como los referidos por la Corte IDH, generarán certidumbre en el proceso penal del Ecuador y otorgarán sentencias congruentes, caso contrario, debemos pensar seriamente en cambiar el modelo de justicia y optar por uno más económico. A la final, puede ser más justo lanzar una moneda al aire, para decidir la responsabilidad de una persona.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

Andrade, S. (2005). *La Casación Civil en el Ecuador*, Quito, Ecuador: Andrade y Asociados Fondo Editorial.

Alvarado, A. (2001). *El Garantismo Procesal*, (versión electrónica), <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/19/54>.

Alvarado, A. (2008). *Sistema Procesal: Garantía de la Libertad*, Santa Fe, Argentina: RUBINZAL-CULZONI EDITORES

Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*, México D.F, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Ávila, R. (compilador) (2015). *Código Orgánico Integral Penal Hacia su mejor comprensión y aplicación*, Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.

Ayarroy, C. (1962). *Lecciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Abelo-Perrot.

Bachmater, L. (2008). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*, Madrid, España: Marcial Pons.

Becerra, B. (1975). *El Principio de Congruencia en las sentencias civiles*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, México: Sin editorial.

Beling, H. (2000). *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina: DIN editora.

Botto, H. (2007). *La Congruencia Procesal*. Santiago, Chile: Editorial de Derecho.

Caamaño, F. (2003). *LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA INOCENCIA*, Valencia, España: tirant lo blanch.

Cafferata, J. (1998). *Derecho Procesal Penal. Consensos y Nuevas Ideas*, Buenos Aires, Argentina: Imprenta del Congreso.

Cafferata, J. (2005). *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

Cornejo, J. (2016). *TEORÍA GENERAL DE LOS RECURSOS Y REMEDIOS PROCESALES*, Quito, Ecuador: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.

Creus, C. (1996). *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Dworkin, R. (1998). *Laws Empire*, Oxford, Reino Unido: Oxford

Devis Echandía, H. (1984). *Compendio de la prueba judicial*, Santa fe, Colombia: RUBINZAL-CULZONI EDITORES.

Devis Echandía, H. (1994). *Compendio de Derecho Procesal*, Medellín, Colombia: TEMIS

Enderle, J. (2007). *La congruencia procesal*, Santa fe, Argentina: RUBINZAL-CULZONI EDITORES.

Eto, G. (2012). *El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*, México DF, México: Editorial Porrúa.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, España: Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2008). *democracia y garantismo*, Madrid, España: Editorial Trotta.

Fossi, J. (2016.) Normas, normas constitutivas y normas de discrecionalidad. Recuperado de <http://josuefossi.blogspot.com/2016/01/normas-regulativas-normas-constitutivas.html>.

Gil, R. (2012). *El nuevo Derecho Procesal Constitucional*, México, D.F, México: UBIJUS Editorial.

Gonzáini, O. (1999). *RESPUESTAS PROCESALES*, Buenos Aires, Argentina: EDIAR.

Guerrero, W. (1978). *La Acción Penal*, Quito, Ecuador: Editorial Universitaria.

Jauchen, E. (2013). *Derechos del Imputado*, Buenos Aires, Argentina: RUBINZAL-CULZONI EDITORES.

Kaminker, M. (2003). *Hechos, el adagio “Iura Novir Curia” y la congruencia en los hechos en el Proceso Civil*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.

Lafave, W. (2000). *Criminal Procedure*. Minnesota, Estados Unidos de América: West. Group Editorial.

Langevin, J. (2007). *Nuevas Formulaciones del principio de congruencia: correlación entre acusación, defensa y sentencia*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Fabián Di Plácido.

Ledesma, A. (2005). *¿Es constitucional la aplicación del brocardo iura novit curia?*, en *Estudios sobre Justicia Penal*, Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

Londoño, N. (2007). *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. (edición electrónica). <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5519/5112>.

Maier, J. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, Argentina: editorial Hammurabi.

Mezger, E. (1955). *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.

Muñoz, O. (2006). *Sistema Penal Acusatorio de los Estados Unidos*, Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.

Ortego, F. (2007). *El juicio de Acusación*. Barcelona, España: Atelier.

Ossorio, M. (s.a). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (versión electrónica).Guatemala,  
[https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction\\_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf](https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf).

Oyarte, R. (2016). *DEBIDO PROCESO*, Quito, Ecuador: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP).

- Palacio, L. (2002). *La Reforma Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.
- Peyrano, J. (1978). *El proceso Civil*, Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Peyrano, J. (2013). *NUEVAS HERRAMIENTAS PROCESALES*, Buenos Aires, Argentina: RUBINZAL-CULZONI EDITORES.
- Picó I JUNOY, J. (2006). *La modificación de la demanda en el proceso Civil*, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Prieto, L. (2011). *GARANTISMO Y DERECHO PENAL*, Madrid, España: Portal Derecho, S.A.
- Quiceno, F. (2013). *Sistema Acusatorio Oral, Inquisitivo y Mixto*, Bogotá, Colombia: Ediciones América.
- Rodríguez, S. (2008). *Los Principios Generales del Derecho*, Santiago de Compostela, España: Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, parte General*, Madrid, España: T.I Servicios Editoriales
- Salazar, M. (2016). *Acción e imputación, Principio y concepto de culpabilidad, escuela dialéctica del Derecho Penal*, Bogotá, Colombia: Grupo editorial Ibañez.
- Salido, M. (2016). *EL IURA NOVIT CURIA y su incidencia en el derecho de defensa en juicio y en la garantía de la imparcialidad del juzgador*, Buenos Aires, Argentina: Euros Editores.
- Sanchís, L. (2011). *GARANTISMO Y DERECHO PENAL*, Madrid, España: Iustel Portal Derechos S.A.
- Segui, E. (2007). *LA CONGRUENCIA PROCESAL*, Buenos Aires, Argentina: RUBINZAN- CULZONI EDITORES.
- Sotomayot, G. (2016). *PRINCIPIOS Constitucionales y Legales*, Riobamba, Ecuador: INDUGRAF.
- Urbano, J. (2013). *El control de la acusación*, Bogotá, Colombia: Digisprint Editores EU.

Vaca, R. (2014) *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*, Quito, Ecuador: EDLEC S.A

Vélez, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentin: editorial Lerner.

Zaffaroni, E. (2000). *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.

Zaffaroni, E. (2009). *Estructura Básica del Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.

Zavala, J. (2002). *El Debido Proceso Penal*, Guayaquil, Ecuador: Edino.

