

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
Colegio de Jurisprudencia

**ACOGERSE AL SILENCIO: ¿AUTOINCRIMINACIÓN O
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?**

Juan Diego Arregui Acosta
Jurisprudencia

Trabajo de titulación como requisito para la obtención del título de
Abogado

Director:
Dr. Xavier Andrade Castillo

Quito, 15 de mayo de 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“Acogerse al silencio: ¿Autoincriminación o presunción de inocencia?”

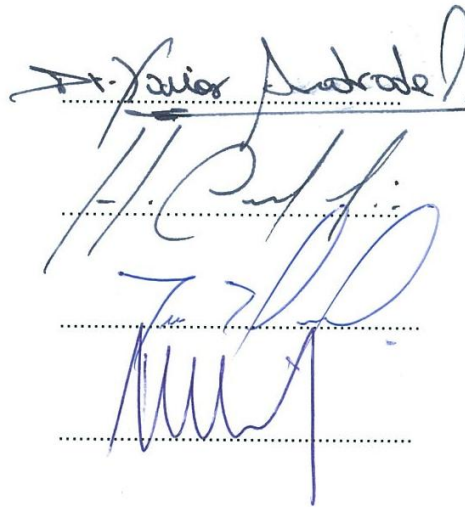
Juan Diego Arregui

Xavier Andrade
Director del Trabajo de Titulación

Hugo Cahueñas
Lector del Trabajo de Titulación

Fernando Flores
Lector del Trabajo de Titulación

Farith Simon
Decano del Colegio de Jurisprudencia



The image shows four handwritten signatures in blue ink, each written over a horizontal dotted line. From top to bottom, the signatures correspond to the names listed on the left: Xavier Andrade, Hugo Cahueñas, Fernando Flores, and Farith Simon. The signatures are stylized and cursive.

Quito, mayo del 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACIÓN DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TÍTULO: Acogerse al silencio: ¿Autoincriminación o presunción de inocencia?

ALUMNO: Juan Diego Arregui

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El derecho al silencio es una de las instituciones más antiguas que se ha construido dentro de los sistemas de persecución penal, no solo por las connotaciones que tiene en cuanto al proceso en sí mismo, sino por aquellos efectos que se desprenden en otras áreas distintas a la del derecho procesal penal y que, curiosamente, tienen efectos en quienes administran justicia "penal", como por ejemplo la filosofía, sociología y la psicología. Este derecho es parte de los derechos fundamentales que tiene una persona procesada que se encuentra previsto en nuestro ordenamiento procesal penal y constitucional, como uno de los pilares fundamentales del debido proceso, y que responde a estándares de tratados, instrumentos y convenios de derechos humanos alrededor del planeta, de ahí su importancia. El presente trabajo de titulación, desarrolla el tema de estudio centrándose justamente en estos varios aspectos, esto es, enfocado desde el punto de vista filosófico y social, hasta desarrollar la interpretación de la doctrina de la imputación objetiva, a la cual el autor critica de manera directa. También se hace un enfoque sobre el efecto que este derecho produce frente al juzgador. El autor de este trabajo desarrolla además un análisis en cuanto a cómo el silencio, a pesar de ser un derecho humano es interpretado de diversas formas en cada ordenamiento jurídico, lo que deja en evidencia la influencia antropológica de la sociedad en cuanto a su percepción respecto al silencio, sobre los operadores de justicia, particularmente los jueces. Finalmente, las conclusiones expresan la importancia del problema y deja en evidencia, que este derecho, en la realidad ecuatoriana, no ha sido jurídicamente entendido.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis del trabajo versa sobre los efectos que tiene la percepción social sobre el silencio a partir de una construcción filosófica y que frente a la actividad judicial, se interpreta como autoincriminación, es decir, como el silencio del procesado es entendido por parte de los jueces al momento de resolver. El autor limita el problema desde la comunicación o lo que comunica el silencio y cómo se interpreta entre las partes involucradas en el diálogo. El autor propone que por medio del discurso se construye una verdad, sea en el ámbito que sea, por lo tanto la falta de discurso, tiene como consecuencia efectos que pueden ser negativos, lo que denomina como el discurso del enemigo, desde la visión funcionalista radical de G. Jakobs, como doctrina de imputación objetiva en la teoría del delito. El principal efecto que se destaca ante el silencio es la imposibilidad de llegar a una verdad procesal a falta de la versión del procesado, basado en que la falta de información por parte de él impide saber lo que verdaderamente sucedió

históricamente hablando. A partir de la filosofía como ciencia del conocimiento que aporta en el derecho penal, el autor plantea un análisis filosófico, para sostener que el silencio le define al procesado como un enemigo de la sociedad, un status que conculca sus derechos tanto en el ámbito de la presunción de inocencia garantía del debido proceso como en general en el ámbito jurídico de los derechos humanos.

Para comprobar la hipótesis, en el segundo capítulo el autor realiza un análisis comparado de jurisprudencia, partiendo desde el ámbito internacional donde determina que el derecho al silencio, no sólo se trata de una garantía a nivel procesal, sino de un derecho humano por así encontrarse entendido en el Sistema Universal de Derechos Humanos. En cuanto a los casos particulares, el autor explica que existen diversas aplicaciones a este derecho, como el caso de la doctrina y jurisprudencia en Alemania que, a pesar de ser en apariencia garantista, es en realidad un derecho que se aplica de manera relativa, es decir, se relativiza y contextualiza el silencio para resolver ciertos casos.

Por otro lado, en el capítulo tercero el autor enfoca al silencio desde el entender del derecho interno –ecuatoriano–, confrontado con uno de los principios fundamentales: la presunción de inocencia.

A nivel constitucional, el derecho al silencio y a la no autoincriminación, son parte de las garantías del debido proceso, incluso el mismo el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su art. 569, establece que el silencio no puede ser utilizado en contra del procesado. Sin embargo de ello, el autor, a partir de 13 sentencias de la Corte Nacional relacionadas con el silencio, analiza que los jueces no llegan a motivar o explicar las razones del porqué casan los fallos de los tribunales *ad quem* (pp. 51-52). Asegura el autor que, en la fundamentación de los fallos o bien omiten referirse al silencio del procesado, o simplemente no le atribuyen valor alguno y recalca que, por esta razón, el mayor problema es la falta de motivación adecuada de los fallos. Finalmente, en este capítulo, el autor analiza la confesión de parte para una reducción de la pena y concluye que este mecanismo es utilizado por los fiscales para reducir su carga laboral y despachar los casos de manera rápida.

Finalmente, aunque la redacción en todo el trabajo de titulación es bastante confuso y disperso, a partir de los casos analizados por el derecho comparado y experiencia interna, el autor demostró y fundamentó de manera simple la hipótesis planteada, esto es, como los efectos de interpretación social del silencio influyen en la actividad judicial; como el silencio al ser negación de la palabra, negación del discurso, queda sometido al discurso oral de los otros (p. 56) y esto, afecta la motivación los fallos judiciales.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

El trabajo refleja el uso de diversas fuentes académicas no sólo jurídicas sino también filosóficas, que son de mayoría. En cuanto a doctrina se evidencia el uso de 21 y 24 fuentes bibliográficas jurídicas y filosóficas, respectivamente. Se hace referencia a 6 jurisprudencias nacionales, dos jurisprudencias regionales y 10 jurisprudencias transnacionales. En cuanto a la normativa nacional, se hace referencia a la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, el Código Orgánico de la Función Judicial, y el COIP. Por otro lado, existen 5 citas de tratados y reglamentos de Cortes Internacionales. Finalmente, hay notas bibliográficas referentes a

normativa transnacional de 8 diferentes países, como por ejemplo el Código Penal de Australia e Inglaterra. Los recursos utilizados son de reconocidos autores y obras, por un lado filosóficas como Martin Heidegger "Ser y Tiempo" de 2009; Michel Foucault "El pensamiento del afuera" de 1989. En cuanto a doctrina jurídica se mencionan autores como Claus Roxin, Günther Jakobs, o Carlos Alberto Carboné. Existe muy poca jurisprudencia nacional sobre el tema, sin embargo, hay evidencia de un amplio catálogo de jurisprudencia a nivel internacional, de tribunales internacionales o de países diversos. Hay uso y referencia de normativa extranjera de países como Colombia, Inglaterra, Australia, Alemania, y Estados Unidos de América. Los materiales bibliográficos y documentos señalados, son complementados con net grafías (aparecen 9 páginas visitadas, es su mayoría para la revisión de la jurisprudencia), y de ello, son pertinentes a las variables de estudio y suficientes en cuanto al desarrollo estructural de contenidos, haciendo del uso de los materiales señalados, algo completo y adecuado.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

Desde la introducción el autor propone una hipótesis y una estructura de cómo será comprobada a lo largo del trabajo de investigación. En el Primer Capítulo, se aborda desde la perspectiva filosófica la arqueología del silencio. Desde el punto de vista más básico, se presenta al silencio como lo contrario de la palabra y el lenguaje, por lo cual el autor inicia explicando el papel que juega en el lenguaje y la comunicación en sí dentro de la sociedad refiriéndose a temas de Grecia y el pensamiento de Foucault y Jakobs (pp.2-6) para especificar que el discurso del enemigo es un discurso que atenta contra el ordenamiento social. Continúa con la confesión como una forma de ejercer una función dentro del aparato de poder y mecanismo de encontrar y construir la verdad (p.7) sin desarrollar el tema plenamente. Revisa a la Iliada de Homero para hablar del interrogatorio como herramienta de búsqueda de la verdad (p.9). Plantea la conexión entre el lenguaje y la palabra en el ámbito jurídico, siendo la confesión el ejercicio donde se exponen los hechos por medio de la palabra para construir una verdad. Sin embargo, se plantea que el silencio es la ausencia de la palabra, por lo cual se imposibilita el llegar a la verdad (p.11). Desde el punto de vista filosófico, se presenta al silencio como la negación del discurso, es decir un no ser del sujeto, y lo asocia con la teoría del Derecho Penal del Enemigo que se refiere a un sujeto procesal al cual se le niega ser persona (pp.11-17). Revisa la fenomenología del silencio de Heidegger y Husserl, como ejercicio óntico. Trabaja la idea de la dialéctica a partir de la negación hegeliana (p.13). Avanza en este sentido para señalar que la negación nace de la positividad del pensamiento y enlazarla con el existencialismo (p.16). Finalmente, el capítulo Uno concluye con que el silencio se ve regulado por la vida cotidiana, de esta manera la sociedad extingue el silencio y asocia a quien lo utiliza, como un sujeto carente de derechos (pp.17-21). Este capítulo es algo desordenado ya busca entrelazar ideas filosóficas con el proceso y la teoría de la imputación objetiva.

El autor se dedica en su Capítulo Segundo al derecho comparado, esto es, al acot de comparar la visión del silencio a nivel internacional desde las regulaciones normativas de diversos países. Empieza con los estándares internacionales como el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia, Ruanda, Corte Penal Internacional, Convención Interamericana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (pp.23-28). Es así que plantea que, a nivel internacional, el derecho a acogerse al silencio (p.22) se trata no sólo de una garantía del proceso penal, sino que se trata de un Derecho Humano contemplado en el Sistema Universal de Derechos Humanos. Por otro lado, a nivel de países que se rigen bajo el Common Law, la institución del silencio se ve regulada a través de la jurisprudencia. Así estudia el caso de Australia (p.28), Canadá (p.30), Francia (p.31), Alemania (p.32), Inglaterra (p.33), Colombia (p.35) y Estados Unidos (p.37), último que revisa en tema aparte ya que le dedica a revisar fallos de los casos *Miranda c. Arizona*, *Dickerson c. Estados Unidos*, *Griffin c. California* y *Salinas c. Texas* con lo que termina su revisión. Sin embargo, de los países analizados se desprende que no existe un aplicación uniforme, y que esta depende directamente de la sociedad y a su vez de la arbitrariedad del juez (p.23-44). No hay mucho aporte argumental del autor en los temas señalados, sino más bien una opinión sobre las formas de los fallos aunque el estudio es ciertamente relevante frente al origen y manejo del silencio a nivel internacional.

En el Capítulo Tercero, el autor se centra directamente en el caso del Ecuador, en donde el silencio es un derecho derivado del principio fundamental del derecho penal, que es la presunción de inocencia. Confronta al principio de inocencia con el de la no autoincriminación frente al silencio, de manera directa. Sin embargo, explica que en nuestra legislación existe una rebaja de condena para quien se someta a un procedimiento abreviado a partir de la confesión del crimen, lo que se denomina derecho penal del "Amigo" (pp.44-47). Especifica particularmente las normas aplicables a su variable de estudio centrandó su revisión en la Constitución y Código Orgánico Integral Penal, criticando que la Corte Constitucional no tiene pronunciamiento alguno al respecto (p.50). Hace un análisis cuantitativo y cualitativo de varias sentencias nacionales y continúa con casación. Aquí, resalta la falta de fallos de triple reiteración respecto al silencio, por parte de la Corte Nacional de Justicia. Ante esto el autor analiza diversas sentencias y llega a la conclusión que respecto al silencio las sentencias carecen de motivación, o no le atribuyen valor jurídico alguno (pp. 47-53). Plantea además los problemas que se presentan con este derecho en la práctica, ya que enuncia la forma de construir un enemigo a través del "silencio" (p.56).

En cuanto a esto último, a la problemática que representa el silencio en la práctica ecuatoriana, el autor describe que esta se ve reflejada en cómo no existen muchos casos en los que se acoga al silencio, debido a que la sociedad excluye a estos sujetos. En la práctica ecuatoriana, la mayoría de casos se resuelven por procedimiento abreviado, donde el procesado admite la culpa y

confiesa, lo que de acuerdo al autor, puede ser debido a la presión que ejerce la sociedad ante quien se somete al silencio (pp.53-57).

Finalmente, de las principales conclusiones del trabajo se destaca la necesidad de mayor regulación del derecho al silencio para evitar que la actividad judicial este sujeta a la arbitrariedad, así como exigir una mejor y mayor motivación en las sentencias de manera que se tome en cuenta el silencio en el ámbito jurídico, con lo que finaliza su trabajo de investigación.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.

El presente trabajo de investigación fue presentado en su totalidad el 3 de marzo del 2019, y revisado el 15 de marzo del mismo año. Los diversos borradores se han presentado desde el mes de septiembre del 2018 y se han realizado las debidas correcciones conforme se detalla a continuación. Dentro del primer capítulo se realizaron observaciones en torno a cambios de temáticas respecto a falta de contenido jurídico, ampliación de las áreas de estudio, aplicación de citas bibliográficas y corrección de faltas ortográficas. En cuanto al segundo capítulo, se realizaron observaciones sobre el orden y ubicación de los temas planteados, el uso de más fuentes y fallos para el desarrollo del capítulo, ampliación de temas y aplicación de citas. Así mismo dentro de este capítulo se sugirió la ampliación y exposición de ideas propias. Por último, en relación al capítulo tercero, se sugirió la aclaración respecto al principio de inocencia y no autoincriminación en cuanto a su origen, la ampliación de citas y conclusiones respecto a todo el trabajo. De esta forma, tras la revisión final y las correcciones a las observaciones realizadas se concluyó con el trabajo de investigación tras un proceso de aproximadamente 8 meses.

Por último, se cumplieron todos los requerimientos de investigación de campo, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de trabajos de titulación según las exigencias y reglamento de la USFQ, por lo que, lo apruebo.

FIRMA DIRECTOR



DR. XAVIER F. ANDRADE CASTILLO

©DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:

Nombres y apellidos:

Juan Diego Arregui Acosta

Código:

00118373

Cédula de Identidad:

1719733378

Lugar y fecha

Quito, 15 de mayo de 2019

Dedicado a mi madre.

*Agradezco ami familia, amigos, maestros, y en especial a quienes
dedicaron su tiempo a esta investigación.*

Resumen

El presente trabajo es un cuestionamiento o una crítica al sistema penal actual. El presente trabajo desarrolla una postura filosófica y arqueológica frente al silencio del acusado como discurso jurídico. Desarrolla un análisis comparativo de la regulación del silencio a nivel internacional y busca una respuesta a la estigmatización que existe frente al procesado que opta por su derecho de acogerse al silencio.

Se busca por ende la relación y una comparación entre los distintos sistemas jurídicos de occidente que contemplan el derecho al silencio para entender como lo protegen. O si en su defecto la vulneración del debido proceso es un fenómeno global o regional, y a su vez si en el derecho internacional público existe la protección a este derecho como parte del debido proceso. Además, se plantea la posibilidad de una doble categoría del derecho como derecho humano y como derecho procedimental.

Este trabajo, busca la relación jurídica que tiene el discurso del silencio del procesado con la efectiva garantía de sus derechos. También hace un análisis práctico de la falta de previsión normativa para cambiar esta realidad. Plantea soluciones reales que podrían darse mediante un cambio ya sea legislativo o una regulación del alcance del derecho de manera jurisprudencial.

Asimismo, se busca cómo el silencio del acusado, lo va tornando en un enemigo público, como se han caracterizado a través del tiempo en la teoría del “Derecho Penal del Enemigo” de Günther Jakobs. Razón por la cual no es una categoría netamente jurídica, como pensaba Jakobs, sino que es más bien de carácter social y filosófico, y que su construcción depende de las prácticas que adopta una sociedad frente al silencio.

Abstract

This paper is a questioning or a criticism of the current criminal system. The paper develops a philosophical and archaeological position against silence as legal discourse. It develops a comparative analysis of the regulation of silence in international law and looks for an answer to the stigmatization of the accused who exercises his right to silence.

This thesis seeks a relationship or comparison between the different legal systems of the West that contemplate the right to silence to understand how they protect it. It also examines whether in public international law the right to silence is a protection to the right of due process or if it has a double protection as a Human Right and as the right of due process.

This thesis looks for the relationship that might exist between the discourse of silence the accused may take and the effective guarantee of their right to due process. It also looks at how Ecuador applies the right to silence, and whether it is an extension of the innocence principle or if silence could be understood as incriminatory.

Finally, the present thesis makes an analysis what Günther Jakobs has described in his theory of “Criminal Law of the Enemy” and challenges the appreciation that this is a merely legal category. Thus proposing that in reality “enemies” are a construct of society, and thus, judges must be aware of how society influences their decisions.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	1
2.	CAPÍTULO I: ARQUEOLOGÍA DEL SILENCIO	2
2.1	LA PALABRA Y LA CONFESIÓN, UNA BÚSQUEDA DE LA VERDAD	2
2.1.1	<i>La Palabra, el Discurso</i>	2
2.1.2	<i>La Confesión un Ejercicio de Poder</i>	6
2.1.3	<i>La Búsqueda de la Verdad en el Interrogatorio</i>	9
2.2	EL SILENCIO COMO RESISTENCIA AL PODER	11
2.2.1	<i>Fenomenología del Silencio</i>	11
2.2.2	<i>Hermenéutica del Silencio</i>	13
2.2.3	<i>El Ser de la Palabra y el No-Ser del Silencio</i>	15
2.3	EL SILENCIO, UN DISCURSO ANORMAL	17
2.3.1	<i>El Discurso del Silencio</i>	17
2.3.2	<i>La Anomalía del Silencio</i>	18
2.3.3	<i>Biopoder: El Sujeto Anormal</i>	20
3	CAPÍTULO II: DERECHO COMPARADO	21
3.1	ESTÁNDARES INTERNACIONALES QUE RIGEN EL DERECHO A ACOGERSE AL SILENCIO	22
3.1.1	<i>Convención Americana de Derechos Humanos</i>	23
3.1.2	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	24
3.1.3	<i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>	26
3.1.4	<i>Tribunales Penales Internacionales</i>	26
3.2	LEGISLACIÓN NACIONAL DE OTROS PAÍSES	28
3.2.1	<i>Australia</i>	28
3.2.2	<i>Canadá</i>	30
3.2.3	<i>Francia</i>	31
3.2.4	<i>Alemania</i>	32
3.2.5	<i>Inglaterra</i>	34
3.2.6	<i>Colombia</i>	35
3.3	EL CASO DE ESTADOS UNIDOS	38
3.3.1	<i>Miranda c. Arizona</i>	39
3.3.2	<i>Dickerson c. Estados Unidos</i>	41
3.3.3	<i>Griffin c. California</i>	42
3.3.4	<i>Salinas c. Texas</i>	43
4	CAPÍTULO III: EL CASO ECUATORIANO	45
4.1	DOCTRINA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA APLICABLES	45
4.1.1	<i>El principio de inocencia, la no-autoincriminación, el derecho al silencio</i>	45
4.1.2	<i>Legislación aplicable</i>	48
4.1.3	<i>El Caso de la Jurisprudencia Obligatoria</i>	50
4.2	ANÁLISIS CUANTITATIVO Y CUALITATIVO DE SENTENCIAS ECUATORIANAS	52
4.2.1	<i>Sentencias</i>	52
4.2.2	<i>Sentencia de casación sobre un punto del derecho</i>	54
4.3	LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA EL SILENCIO EN LA PRÁCTICA ECUATORIANA	56
4.3.1	<i>La construcción de un enemigo a través del silencio</i>	56
4.3.2	<i>La disminución de las garantías procesales adecuadas</i>	57
4.3.3	<i>El proceso Abreviado: ¿“Derecho Penal del Amigo”?</i>	59
5	CONCLUSIONES.....	61
6	BIBLIOGRAFÍA.....	63

ABREVIATURAS

Abreviatura	Explicación
Art. / Arts.	Artículo / Artículos
COIP	Código Orgánico Integral Penal
CPE	Código Penal Ecuatoriano
CPPE	Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano
STpO	Strafprozessordnung (Código Procesal Penal),
CE	Constitución Ecuatoriana
CCE	Corte Constitucional Ecuatoriana
CCC	Corte Constitucional Colombiana
CSEU	Corte Suprema de los Estados Unidos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
CPI	Corte Penal Internacional
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CoIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos

GLOSARIO FILOSÓFICO

Concepto	Definición
Arqueología del Saber	“La arqueología pretende definir no los pensamientos, las representaciones, las imágenes, los temas, las obsesiones que se ocultan o se manifiestan en los discursos, sino esos mismos discursos, esos discursos en tanto que prácticas que obedecen a unas reglas.” ¹ La arqueología del saber por tanto es la disección de los discursos mediante el “análisis del discurso” para entender el entramado de poder entre unas prácticas que siguen ciertas reglas y sujetos a los cuales se les aplica dichas reglas.
Ontología	Heidegger señala que “el título Ontología se acuñó en el siglo XVII. Designa la elaboración de la doctrina tradicional del ente, hasta hacerla culminar en una disciplina de la Filosofía y en un compartimiento del sistema filosófico.” ² Ontología por ende es el estudio del ente.
Fenomenología	La Fenomenología “No quiere explicar el conocimiento como hecho psicológico; ni quiere investigar las condiciones naturales según las cuales vienen y van los actos cognoscitivos, así tampoco las leyes naturales a que están ligados en su venida al ser y su cambio.” ³ La fenomenología es la relación que tiene el ser con los númenos, es lo que hace del noumeno un fenómeno.
Hermenéutica	“La hermenéutica cobra, en cuanto interpretación del ser del Dasein, un tercer sentido específico, filosóficamente hablando el primario: el sentido de una analítica de la existencialidad de la existencia.” ⁴ La hermenéutica es la interpretación que le da el ser a su ser-ahí, su propósito.
Microfísica del Poder	“Lejos de ejercerse en una esfera general o apropiada, la relación de poder se implanta allí donde existen singularidades, incluso minúsculas, relaciones de fuerza tales como ‘disputas de vecinos, discordias entre padres e hijos, desavenencias conyugales, excesos del vino y del sexo, altercados públicos y no pocas pasiones secretas’” ⁵ El poder entonces es un entramado de influencias entre sujetos que se ejerce de diversas formas.
Discurso	El discurso es un “juego estratégico de acción y reacción, de pregunta y respuesta, de dominación y retracción, y también de lucha” ⁶
Tecnología	Para Foucault las tecnologías “determinan la conducta de los individuos, los someten a cierto tipo de fines o de dominación, y consisten en una objetivación del sujeto” ⁷

¹Michel Foucault. *Arqueología del Saber*.

http://www.medicinayarte.com/img/foucault_a_arqueologia_del%20saber.pdf (acceso: 03/10/2018) p. 233.

² Martín Heidegger. *Introducción a la metafísica*. Buenos Aires: Nova, 1956, p.76

³ Edmund Husserl, *La Idea de la Fenomenología*. Barcelona: Herder, 2012, p.41.

⁴ Martín Heidegger. *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta, 2009, p.47

⁵ Gilles Deleuze. *Foucault*. Buenos Aires: Paidós, 1987, p. 54.

⁶ Michel Foucault. *La verdad y las Formas Jurídicas*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1988, p.15

⁷ Michel Foucault, *Tecnologías del yo*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1996, p. 48-49.

1. INTRODUCCIÓN

El problema fundamental que se desarrollará a lo largo de esta tesis se centra tanto en un problema jurídico-social como filosófico. Por esta razón, hay dos preguntas que se desarrollaran a lo largo de la tesis. En primer lugar ¿cuál es el fundamento filosófico del silencio? El segundo punto de análisis transversal de esta tesis se relaciona con el ejercicio del silencio en la justicia penal, es decir, en la práctica del derecho penal ecuatoriano ¿el silencio es respetado como un principio del debido proceso o se asume como un elemento de autoincriminación? La hipótesis de este trabajo es que la construcción del silencio desde el punto de vista filosófico y social ha determinado la manera en que los jueces piensan el silencio del procesado. Por ende, una segunda hipótesis o antítesis del “Derecho Penal del Enemigo” es que no es un fenómeno meramente jurídico, sino que el sujeto “enemigo” es una construcción social a través del discurso.

El primer capítulo se centra en un análisis del silencio como concepto filosófico, y de como se constituye como un no discurso, o como un discurso anormal. Explica que el ejercicio del discurso es lo que permite un ejercicio de poder dentro del ámbito jurídico, y que, al quedarse en silencio, el acusado asume una no-defensa, o un no-discurso jurídico que lo deja en indefensión frente a los discursos fluidos. Esta falta de discurso como una causa para que el sujeto procesado sea considerado como anormal, y que quede excluido del ejercicio de poder, o se supedita al poder de un discurso hablado. Todo lo anterior con el objetivo de establecer que el silencio es una categoría del pensamiento que se construye de manera social, psicológica, antropológica, y arqueológica.

En el segundo capítulo se aborda el derecho comparado con distintas legislaciones y se evidencia la existencia del derecho en el marco del Derecho Internacional y en el ámbito de los Derechos Humanos. Se aborda en especial el caso de Estados Unidos para evidenciar que los distintos sistemas jurídicos se dan a sí mismos diversas soluciones, y como estas soluciones van otorgando más derechos o son regresivas en derechos. El objeto del segundo capítulo es establecer como se ha ido regulando en otros países para poder comparar con el caso ecuatoriano, y si la vulneración al derecho ocurre en otros países.

El tercer capítulo aborda el caso ecuatoriano, y hace un análisis de las oportunidades que tiene la legislación ecuatoriana de regular este derecho, y que se encuentran ampliamente desaprovechadas. Realiza estudio cualitativo y cuantitativo de una serie de sentencias de casación, donde se han acogido al derecho al silencio. Y plantea un cuestionamiento al abuso que existe del proceso abreviado, y de como esto puede debilitar las garantías de un debido proceso. Todo esto con el objeto de evidenciar que el Ecuador plantea soluciones jurídicas ineficaces a un problema que es más bien de índole filosófico y social. Asimismo, la efectiva garantía del derecho al silencio comienza por repensar el derecho al silencio, y la construcción de enemigos del sistema jurídico.

Las conclusiones plantean posibles soluciones a los distintos problemas tanto jurídicos como sociales que presenta el derecho a acogerse al silencio. Buscan abordar la problemática desde los distintos puntos y dar un diagnóstico del sistema jurídico-penal ecuatoriano frente al derecho a acogerse al silencio.

2. CAPÍTULO I: ARQUEOLOGÍA DEL SILENCIO

El presente capítulo hace un análisis arqueológico del silencio como saber. Es decir, busca una explicación contextualizada de cómo operan las tecnologías del silencio en la relación comunicativa. Por tanto, es necesario destilar que compone la palabra y como se contrapone el silencio. Por tecnología del silencio establecemos como se determina la conducta de los sujetos procesales, y sobre todo como se refleja en la construcción filosófica del silencio. Como la falta de discurso puede significar posicionarse como enemigo dentro de la teoría del “Derecho Penal del Enemigo” de Günther Jakobs.

2.1 La Palabra y la Confesión, una Búsqueda de la Verdad

2.1.1 La Palabra, el Discurso

El humano depende en gran parte del desarrollo del lenguaje y de la manera en que comunica ese lenguaje. El lenguaje construye mundos, o la manera en que comprendemos la realidad, y por tanto es necesario entender como funciona en esencia. La rama que se dedica al estudio del lenguaje se conoce como lingüística, y a su vez se

subdivide en dos partes. La función del lenguaje se compone de la gramática, la fonología, la semántica, y la pragmática.⁸

El ejercicio comunicativo lingüístico, se caracteriza por ser sometido a un análisis riguroso por parte de quienes están llamados a interpretarlo. Por eso es necesario un análisis del discurso, es decir de la manera en que se construye el lenguaje, para poder entender, de que manera gobernamos o somos gobernados a través del lenguaje. El discurso es un dispositivo⁹ de poder que permite la injerencia sobre las relaciones humanas. Pero siempre que se habla de cierta manera se miente, ya que el objeto del que se habla nunca es en efecto el objeto del que se habla. Es decir, una cosa es lo que se dice que es y otra lo que efectivamente es. De ahí la antigua disquisición griega de “Miento, hablo”¹⁰, nunca se puede expresar la totalidad de lo que se dice en el discurso.

Pero el problema esencial, está en como interrelacionamos lo que se habla con la verdad. La manera en que el juicio suplente la verdad esencial que no puede contener la palabra, es el juramento, de cierta manera es un ritual en el cual se excluye la posibilidad de la mentira. Sin embargo, esa mentira es circunstancial, ya que hemos construido un lenguaje que atribuye ciertos significados sobre la base de un código compartido. Es decir, cuando yo digo “verdad” esta verdad se entiende en cuanto el lenguaje reconoce el código “verdad” como el objeto lingüístico que se corresponde con la realidad real. Pero como en el proceso se impone una verdad, el juramento establece una verdad procesal. Esta verdad procesal no requiere de una correspondencia con la verdad material.

Pero volvamos por un momento al enunciado griego de “Miento, hablo” si bien es cierto que hay un problema lingüístico cuando el sujeto hablante y el sujeto del que se habla son el mismo, generando un obstáculo lógico a la afirmación. Sin embargo, si afirmo que “hablo” podemos estar seguros de que se afirma que hablo mientras hablo,

⁸Por un lado, está la gramática, que se dedica al estudio de las categorías léxicas y las modalidades formales que adopta el lenguaje. Por otro lado, existe la fonética, que es la relación que tienen las letras con el sonido emitido, o la relación entre las letras que alteran el sonido al decir las. Asimismo, existe la semántica, que se dedica a la atribución de significado a partir de una unidad gramatical o fonética. Finalmente existe la pragmática, que es el estudio del sentido de lo que se quiso decir a partir del contexto en que se emitió la expresión lingüística.

vid. Noam Chomsky. *Aspectos de la Teoría de Sintaxis*. Madrid: Editorial Aguilar, 1970. pp. 10-19

⁹Dispositivo: “todo dispositivo se define pues por su tenor de novedad y creatividad, el cual marca al tiempo su capacidad de transformarse o de fisurarse y en provecho de un dispositivo del futuro”

Gilles Deleuze, *Michel Foucault, Filósofo*, Barcelona: Editorial Gedisa, 1990, p. 159.

¹⁰ Michel Foucault, *El pensamiento del afuera*, Valencia: Editorial Pre-Textos, 1989, p. 7

que en sí contiene una verdad por correspondencia. Sin embargo, al tiempo que afirmo que miento estoy diciendo la verdad acerca de mentir dentro de lo que “hablo”, haciendo que lo que digo de la mentira a su vez sea verdad. Entonces nos encontramos con un discurso que gira artificiosamente sobre si mismo.¹¹

Vale la pena entonces volver a la afirmación cartesiana de “pienso luego existo” *cogito ergo sum*. Se puede entonces dudar de todo, menos de que hay un sujeto pensante, es decir lo único de lo que estamos seguros es de que alguien se encuentra pensando, como en el anterior enunciado que alguien está hablando. La palabra nombra, y entonces el sujeto que piensa, es decir el pensamiento del pensamiento, encuentra vida en el discurso. Es ahí, en donde la palabra articula la palabra, es decir la palabra nos permite tener la certeza de que alguien habla, pero no de lo que habla, y es ahí donde se encuentra la necesidad del discurso, como si el discurso fuera el ser del lenguaje. Foucault establece que “es por esta razón por lo que la reflexión occidental no se ha decidido durante tanto tiempo a pensar el ser del lenguaje: como si presintiera el peligro que haría correr a la evidencia del ‘existo’ la experiencia desnuda del lenguaje.”¹² Porque el discurso pone en peligro la estructura, como si al mismo tiempo hace que la estructura se sostenga y atenta contra la estabilidad de la estructura misma. La sola existencia del lenguaje como discurso entonces resulta subversiva porque al nombrar nuevas realidades o al convertir el pensamiento en discurso el *status quo* se ve amenazado. Foucault recalca “El discurso transporta y produce poder; lo refuerza, pero también lo mina, lo expone, lo torna frágil y permite detenerlo.”¹³

Lo que se juega en el discurso como ya lo establecimos en la introducción es la veridicción, o el ejercicio de decir la verdad, la verdad como construcción de voluntad de poder. Como ejercicio político, donde la verdad sirve para y ante todo al poder, y al establecimiento y prevalencia de una verdad sobre otras opciones de verdad. Foucault menciona que “la producción de discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por un cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar los poderes y peligros”¹⁴ Ese ejercicio del discurso depende ampliamente del ejercicio del saber, es decir de como se ha constituido un cierto concepto, como se ha relacionado

¹¹ Íbidem p.8

¹² Íbidem p.14

¹³ Michel Foucault. *Historia de la Sexualidad, vol. 1. La voluntad de Saber*. Mexico: Siglo XXI, 1987, p.123.

¹⁴ Michel Foucault. *El orden del discurso*. Barcelona: Tusquets Editores, 1987, p. 11

la verdad en relación a una práctica, o una manera de ordenar el conocimiento. El saber y el poder entonces “implican directamente el uno al otro; que no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber, ni de saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo relaciones de poder”¹⁵ La verdad entonces no es tal, sino es en cuanto el discurso de veridicción la nombra, es decir, la verdad solo se puede decir, no es algo que preexista. Depende ampliamente del discurso, de como el discurso la construye, o la reformula.

El discurso ha tenido históricamente la función de validar la verdad, de enunciarla. Tanto es así, que en la antigua Grecia tenían un nombre para quien enunciaba un discurso para construir la verdad. El parresiastés es alguien “que dice todo cuanto tiene en mente: no oculta nada, sino que abre su corazón y su alma por completo a otras personas a través de su discurso”¹⁶ Pero para que alguien tenga un discurso es necesaria una interacción, que es el segundo campo que aborda Foucault, la Confesión.

En el caso particular de este trabajo, hablamos de un discurso o un no discurso penal. De como se construye un discurso penal del enemigo, un discurso silencioso, que puede traducirse como en una ausencia de discurso, y que lo que caracteriza al enemigo es precisamente su silencio.

Para esto cabe citar la doctrina del Derecho Penal del Enemigo del aclamado padre del funcionalismo Günther Jakobs. Jakobs define al enemigo como

El que de manera casual en su comportamiento (el delincuente sexual, el antiguo delincuente habitual o peligroso [...]), en su ocupación profesional, el que está inmerso en la delincuencia organizada y, especialmente, en el tráfico de drogas o en el antiguo concierto para cometer asesinato. Es decir, se trata de aquel que en forma presuntamente verdadera ha abandonado el derecho, que no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de su comportamiento personal, y lo manifiesta explícitamente con su conducta.¹⁷

Es decir que ya establece que es una persona que no adecua su actuar a la norma, ha abandonado el derecho y por lo tanto es un peligro para la sociedad. El enemigo se caracteriza por ser peligroso, al no adecuarse al ordenamiento jurídico. Que conecta directamente con el discurso jurídico de riesgo, y una verdad acerca de ciertos sujetos que son especialmente peligrosos, a los cuales se les niega las garantías de un Derecho

¹⁵ Michel Foucault. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI, 2009 p. 37

¹⁶ Michel Foucault. *Discurso y verdad en la antigua Grecia*. Barcelona: Ediciones Paidós, 2004, p. 36-37.

¹⁷ Günther Jakobs, *Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico*. P. 52. Obra citada en Alejandro Apronte. *Derecho Penal del Enemigo Vs. Derecho Penal del Ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho Penal de la enemistad. En Derecho Penal Del Enemigo: El Discurso Penal De La Exclusión. Vol 1*. Montevideo: B De F, 2006. p. 177.

Penal del Ciudadano. El discurso del enemigo, por tanto, bajo la visión de Jakobs, es un discurso que atenta contra el ordenamiento jurídico, que representa un verdadero peligro al sistema penal.

2.1.2 La Confesión un Ejercicio de Poder

Foucault ha establecido en distintos trabajos que La Confesión tiene una función dentro del aparato de poder. En una primera ocasión establece que esto viene de un ejercicio histórico de confesión, un ejercicio que hemos visto en la confesión pastoral cristiana. Donde en ejercicio de su poder de absolución el padre de la iglesia hace a sus feligreses confesar sus pecados para que puedan ser expiados. Sin embargo, mientras sería valioso hacer un estudio de como permanece en la confesión judicial rezagos de la confesión pastoral, este estudio se limita nada más a la confesión judicial y la construcción social de ese poder. La confesión sobre todo como ejercicio de poder, y la respuesta como complacencia o resistencia al poder.

Vale la pena entonces comenzar por lo que el presente trabajo entiende como poder en una concepción foucaultiana. En este sentido

Su crítica apunta fundamentalmente contra una concepción jurídica del poder que, por una parte, es incapaz de comprender la complejidad y versatilidad del poder en las sociedades modernas en la medida en que intenta reducirlo al esquema de la relación contractual y de la sujeción de obediencia a un mandato; y, por otra, asume la representación que el poder da de sí mismo, teniendo como consecuencia el ocultamiento de los poderes efectivos que constituyen a los sujetos.¹⁸

Por eso el análisis del poder no se puede restringir meramente a una concepción estatal o macro de poder, debemos hilar más fino, ir a las propias microfísicas del poder. Ir a la minucia del ejercicio del poder, atomizar el poder. Es necesario reconocer que “durante el período que transcurre entre el siglo XVII y el siglo XVIII, se produjeron enormes transformaciones que alteraron el funcionamiento y la mecánica del poder.”¹⁹ El poder entonces ya no se puede pensar del mismo modo.

Por eso Foucault recalca que “el poder no es justamente una sustancia, un fluido, algo que mana de esto o de aquello, sino un conjunto de mecanismos y procedimientos cuyos papel o función y tema, aun cuando no lo logren, consisten precisamente en

¹⁸Ana María García Raggio. *Del poder del discurso al discurso del poder*. Buenos Aires: Eudeba, 2002, p. 113.

¹⁹Idem.

asegurar el poder.”²⁰ Se trata entonces de un poder que no se tiene, que se ejerce y se ejerce sobre sujetos, que entramados dentro de la microfísica, de esa red de poder, de influencia en el comportamiento de los otros sujetos. Foucault establece que “Se ejerce en red, y, en ella, los individuos no sólo circulan, sino que están siempre en situación de sufrirlo y también de ejercerlo. Nunca son el blanco inerte o consintiente del poder, siempre son sus relevos. En otras palabras, el poder transita por los individuos, no se aplica a ellos”²¹

En este tránsito del poder por los individuos, estos se someten de distintas maneras a su ejercicio. A veces lo ejercen y otras veces el poder se ejerce sobre ellos. Pero siempre es necesario que cada sujeto tenga un discurso de la verdad de sí mismo, un vínculo donde pueda decir que es y que no es. Foucault señala que la confesión como mecanismo de obtención de la verdad tiene cuatro grandes partes.

Primero, extensión institucional, la cantidad de instituciones que demandan la confesión: la justicia, la medicina, la psiquiatría (relaciones personales)

Segundo, extensión intrainstitucional, ejemplos en el cristianismo: la penitencia (no antes de la confesión tarifada); luego, en el siglo XIII, una vez por año; después todos los meses, ocho días, y después el examen de conciencia, la dirección de la conciencia.

Tercero, extensión del ámbito: confesión cristiana y dirección de conciencia (se dice más, no se dice lo mismo; el tono no es el mismo).

Cuarto, grandes fases de confesión, crecimiento extrainstitucional: el nacimiento poco menos que simultáneo (indicación amplia) del sacramento de la penitencia, la Inquisición y, en las instituciones judiciales, el procedimiento inquisitorio, marcó otro gran avance en las formas de confesión. Podríamos mencionar, en los siglos XVI y XVII, el desarrollo correlativo de la dirección de conciencia en las religiones católicas, de los relatos de conversión en las religiones protestantes y de toda una nueva forma de literatura en la que la confesión tiene un gran lugar.²²

Lo que busca esta confesión es establecer mecanismos de construcción de la verdad, por eso Foucault busca las instituciones que ejercen este poder confesional, y la extensión en que lo ejercen. Foucault plantea la confesión como ejercicio de poder, pero no plantea un poder represivo de quien interroga, plantea un careo de poder entre el interrogado y quien interroga.

Vale la pena citar un fragmento de una vieja escena en un tribunal francés al que hace alusión Foucault

Un hombre es acusado de cinco violaciones

El presidente pregunta:

- ¿Intentó reflexionar sobre su caso?

²⁰Michel Foucault. *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 16.

²¹Michel Foucault. *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 38.

²²Michel Foucault. *Obrar Mal Decir la Verdad*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014, p.28

- (Silencio).
 - ¿Por qué, a los veintidós años, se desencadenan en usted estas violencias? Lo que tiene que hacer es un esfuerzo de análisis. Es usted quien tiene las claves de usted mismo. Explíquemelo.
 - (Silencio).
- Un jurado toma la palabra:
- ¡Pero, vamos, defiéndase!
- (...) La confesión de la falta no es suficiente. Hace falta que el acusado diga qué es él. Para dictar sentencia se necesita su verdad: su verdad dicha por los peritos y dicha también por él mismo.²³

Aquí reside el problema del silencio en el interrogatorio, se entiende como una no-defensa. Como la no existencia de una defensa ante el ataque que puede resultar una serie de preguntas sobre sí mismo, sobre su verdad. El silencio excluye por ende la posibilidad propia de una verdad, de decir la verdad sobre sí mismo.

Frente al vacío discursivo del silencio encontramos que ese espacio vacío de poder discursivo se ve tomado en el derecho por el “Derecho Penal del Enemigo” que Felipe Rodríguez Moreno afirma que es una categoría descriptiva. Ese espacio silencioso representa un peligro porque justamente huye al interrogatorio, razón por la cual el derecho se torna sobre el sujeto procesal y no reconoce su calidad de persona. Como bien dice Rodríguez ,

El funcionalismo distingue utilizando como base de todo criterio a la sociedad, al “individuo” de la “persona” -de ahí que en el Derecho Penal del Enemigo JAKOBS hable de personas y “no-personas” y que algunos autores emocionales no consigan vislumbrar sus fundamentos.²⁴

Por lo que refiere a que la categoría es meramente descriptiva, que no se busca ningún efecto peyorativo, ni validar la existencia de este tipo de derecho. Plantea que es un reconocimiento de una realidad jurídica. Luego establece que,

Los conceptos de enemigo y ciudadano no son juicios a priori, sino a posteriori (...) Las características del concepto de enemigo son: 1) Cientificidad; 2) Normativismo; 3) Descriptivismo; 4) Neutralidad Valorativa; 5) Relativismo (porque solo se es enemigo en un ámbito determinado); 6) Autoexclusión Potestativa; 7) Eventualidad Temporal; y 8) Proporcionalidad.²⁵

El mismo autor acepta que “El funcionalismo antes que jurídico es sociológico, y es precisamente ésta una de las críticas ‘jurídicas’ que ha recibido, olvidando que lo ‘jurídico’, antes que científico, es social, y por tanto, ‘sociológico’.”²⁶ Pero no se da cuenta que su “funcionalismo normativo” es limitado, porque la calidad de enemigo

²³ Ibidem, p. 32

²⁴ Felipe Rodríguez Moreno. *La Bipolaridad del Derecho Penal*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2014. p.148

²⁵ Ibidem p.95

²⁶ Ibidem p. 131

justamente sobrepasa la norma, quedando relegada a lo social y no a lo jurídico. El “funcionalismo normativo” por tanto se queda corto al alcance que tiene el sistema social frente al sistema jurídico.

2.1.3 La Búsqueda de la Verdad en el Interrogatorio

Existe una escena en La Ilíada de Homero donde vemos un ejercicio clásico de un interrogatorio para dilucidar un evento dentro de una carrera de carretas. En una carrera de carretas, se encuentran Antíloco, Meriónes, Menelao, Eumeleo, Diómedes, dispuestos a correr los unos contra los otros. Néstor, el padre de Antíloco, consciente de que los caballos de su hijo eran más lentos que los del resto le dice

Si bien tus caballos son lentos, hay en cambio medios, artificios, astucias que permiten que la fuerza no siempre se imponga. (...) un piloto no necesita simplemente vigor y fuerza: necesita ingenio. Pues bien, del mismo modo, aunque tus caballos sean más lentos que los de los demás, tal vez puedas ganar si tienes astucias, si aprendes algo, y ese algo que no sabes voy a enseñártelo.

Y en ese momento Néstor le explica una técnica que por lo demás parece una técnica relativamente simple, en fin, para los que saben conducir carros, desde luego: como hay que girar alrededor de un mojón. (...) Néstor, entonces le indica a Antíloco que, cuando llegue a la altura del mojón, tendrá que inclinarse, deberá frenar al caballo y, como está del lado de adentro, deberá, impulsarlo en la dirección contraria, hacia afuera, y rozar el mojón sin tocarlo(...)”²⁷

Antíloco hace exactamente eso, y al finalizar la carrera Menelao acusa a Antíloco de perjudicar a sus caballos, y para solventarlo no quiere imponerse por la violencia, sino que se reconozca la verdad. A lo que uno de los jefes le pide a Antíloco que asuma la posición de juramento, a lo que Antíloco antes de ser interrogado acepta entregar el premio. Menelao al ver el reconocimiento renuncia al segundo premio, porque lo que en realidad le importa es la verdad. Esta es la escena inversa de la precedente, sin necesidad de un interrogatorio tiene los mismos efectos que la confesión, sin tener su forma ni proceso.²⁸

En esta escena vemos como se caracteriza el Interrogatorio y su estrecha relación con el poder. El interrogatorio es ante todo un establecimiento de una verdad, una verdad contingente para ese proceso de interrogación. Pero Antíloco con su aceptación incluso antes de ser interrogado plantea que de cierta manera es mejor aceptar algo que someterse a un interrogatorio, porque dentro de esa aceptación no tiene que develar todo lo que había pasado. Se evita la necesidad de decir que su padre Néstor fue quien le enseñó el truco con el que le ganó a Menelao. Sin embargo, Menelao no lucha por un

²⁷Ibidem, p. 44

²⁸Idem.

segundo premio para satisfacer su necesidad de vencedor. Lo único que quiere es que se establezca su verdad como verdadera, es decir que Antíloco en su ejercicio de confesión, acepte su error y se someta a su verdad. Vemos de cierta manera, que Antíloco guarda silencio respecto a muchas cosas, hay menos de verdad en lo que dice que en lo que no dice. Pero el interrogatorio se restringe a un campo espacio-temporal limitado, y por eso para el ejercicio de poder solo se necesita una confesión frente al hecho en cuestión. Es una suerte de abreviar el proceso, característica del debilitamiento de las garantías procesales en el “Derecho Penal del Enemigo” como veremos en el último capítulo.

Vemos aquí que hay una desconexión total entre la veridicción, decir veraz, y la verdad misma. La verdad entonces queda supeditada a la veridicción. Si el decir veraz satisface las necesidades del poder se puede prescindir de la verdad. Es decir, no es necesario el establecimiento de una verdad en estricto sentido, es solamente necesario que el decir veraz satisfaga al poder dentro del marco del interrogatorio. La jurisdicción en tanto decir justo, se encuentra limitado por este ejercicio, ya que no puede decir justo si lo que dice no es verdad. Es decir que, dentro del ejercicio del poder judicial, la jurisdicción, decir justo, se encuentra más vinculado a la veridicción que a la propia verdad. De cierto modo jurisdicción y veridicción son dos caras de la misma moneda. Es decir, dentro de un interrogatorio que acusa por la verdad, acusa por un discurso de verdad más que por una verdad determinada.

El interrogatorio funciona entonces como un mecanismo de extraer una veridicción de quien es interrogado. La jurisdicciones entonces un ejercicio de validación de la veridicción, no de la verdad. Si la veridicción de quien es interrogado satisface al interrogatorio entonces se verá favorecido por la justicia, por el decir justo de un juez. Pero si esa veridicción no satisface el interrogatorio, entonces el decir justo no le favorecerá. Es decir que la relación del poder depende más de como se constituye el discurso de verdad que de la verdad, así como la relación de jurisdicción, en cuanto decir justo, se compone más de un discurso de justicia que de una justicia en sí. Es como si justicia y jurisdicción se encontrarán en lados opuestos de una banda de moebius, donde nunca se encontrarán por más que avancen juntas. De la misma manera la verdad y el decir veraz siguen la misma lógica.

Por eso el silencio, que no puede contener una verdad, mas que la verdad del silencio funciona como resistencia a este esquema. Es decir el silencio se resiste a la verdad y a la veridicción, no puede decir ninguna verdad y por tanto se aleja de la posibilidad misma de la verdad. El silencio entonces es un saber-poder-discurso o saber-poder-no discurso, que escapa al interrogatorio como mecanismo de extracción de la verdad, al menos de una verdad procesal.

2.2 El Silencio Como Resistencia al Poder

2.2.1 Fenomenología del Silencio

La Fenomenología nace como una escuela del pensamiento puro, y se ha ganado el lugar como la escuela más influyente del siglo XX y en cierto modo del siglo XXI. Husserl, padre intelectual de Heidegger, sienta la necesidad de una ciencia de los fenómenos puros. Husserl establece que “Fenomenología designa una ciencia, un nexo de disciplinas científicas. Pero, a un tiempo, y ante todo, ‘fenomenología’ designa un método y una actitud intelectual: la actitud intelectual específicamente filosófica; el método específicamente filosófico.”²⁹ Si bien puede parecer un ejercicio estéril el buscar la razón fenomenológica del derecho, existe un amplio espectro de filósofos que han intentado justificar distintos campos del saber con la fenomenología. En este caso la corriente que elegimos es la de la fenomenología trascendental. Porque pensamos que el silencio es o no-es fuera del sujeto, y en todo caso el conocimiento de ese silencio de un sujeto o ser x, implica ir más allá del “yo” a un “otro”. Así pues, el estudio fenomenológico busca apreciar el objeto, noumeno, “silencio”, en su relación con el sujeto, acto que llamaremos fenómeno.

En todo caso la fenomenología “No quiere explicar el conocimiento como hecho psicológico; ni quiere investigar las condiciones naturales según las cuales vienen y van los actos cognoscitivos, así tampoco las leyes naturales a que están ligados en su venida al ser y su cambio.”³⁰ Sino más bien “hacer ver desde sí mismo aquello que se muestra, y hacerlo ver tal como se muestra desde sí mismo. Éste es el sentido formal de la investigación que se autodenomina fenomenología. Pero de este modo no se expresa sino la máxima formulada más arriba: ‘¡A las cosas mismas!’”³¹ La fenomenología entonces busca el verdadero ser, es decir busca una explicación del ser de los entes, es

²⁹Edmund Husserl, *La Idea de la Fenomenología*. Barcelona: Herder, 2012. p.33

³⁰Ibidem. p.41

³¹ Martin Heidegger. *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta, 2009 p.44

un ejercicio óntico. Así Heidegger menciona que “Considerada en su contenido, la fenomenología es la ciencia del ser del ente —ontología.”³²

Por un momento vale la pena señalar que el entendimiento o saber de una cosa esta limitado por la propia subjetividad del sujeto que percibe la cosa, es decir que una ontología real es imposible. Por esta razón Heidegger establece que “Fenomenología es el modo de acceso y de determinación evidenciante de lo que debe constituir el tema de la ontología. La ontología sólo es posible como fenomenología.”³³

La fenomenología entonces establece que es necesario separar el objeto pensado de el proceso de pensar. Es decir, el objeto pensado, en este caso silencio, es un noema, y el proceso de pensar ese objeto es un nóesis. La disquisición entre Heidegger y Husserl, es precisamente que Heidegger piensa que el noema es dependiente de nóesis, es decir que el pensamiento o conciencia constituye la realidad, y que Husserl piensa que el noema es independiente del proceso de nóesis, es decir que la realidad preexiste a la conciencia. El ejercicio de la fenomenología entonces revela si un objeto o noema existe y que relación hay entre el sujeto y el noema, es decir cómo se da el proceso de conocer ese objeto, nóesis. El carácter trascendental se da por la actividad constituyente por parte del sujeto sobre el objeto. La pregunta es entonces ¿Es posible conocer el silencio como fenómeno puro?

La respuesta corta es no. Porque el silencio no es un objeto, es decir es la negación de un objeto. El silencio entonces no-es, es un no-ser, porque el silencio es negación del sonido, que en nuestro espectro concreto es la negación del habla. Entonces el ejercicio del silencio se da frente a la palabra, pero no es un objeto puro, es decir no se puede apreciar el silencio como un ejercicio pensado, porque se encuentra precisamente en el vacío, en el no-palabra, como negación misma de la palabra.

No se puede entonces encontrar una relación entre un sujeto y un no-objeto, un no-noema. El silencio no se puede pensar, porque no se ancla ni en el mundo concreto, por ejemplo, una silla, o en el mundo abstracto, por ejemplo el amor. Porque no hay un sujeto silente, en oposición al ser que se sienta, al propio *dasein* que se encuentra en el mundo. El silencio es impenetrable, porque al constituirse como una negación su estudio solo se puede dar como una negación de la palabra, expresando lo que la palabra

³² Ibidem. p. 46

³³ Ibidem. p. 45

no es. Por tanto vale la pena preguntarnos si cabe interpretar esta negación de la palabra, si se puede interpretar el silencio.

Este correlativo de negar a la persona mediante una exclusión de ciertos discursos es común en el

El discurso del Derecho penal del enemigo dice encontrar ese concepto previo de no-persona que le es necesario para poder entrar en acción, en el dato de que un individuo ha abandonado de modo duradero el Derecho, lo cual se infiere de su habitual y reiterada dedicación a la comisión de infracciones del Derecho.³⁴

Lo que nos indica que hay una correlación directa entre la negación del discurso y la negación de la calidad de persona. Aquí es donde la construcción del enemigo se evidencia como social, en este caso por una falta de discurso que genera un vacío discursivo donde entra el discurso de la exclusión, el del “Derecho Penal del Enemigo.

2.2.2 Hermenéutica del Silencio

Theodor Adorno, el filósofo de la Escuela de Fráncfort, establece un estudio filosófico de lo que él llama la “dialéctica negativa”³⁵ que trata exactamente de ejercer la dialéctica, pero a partir de la negación. La dialéctica común entonces en el ejemplo clásico de Hegel del Amo-Esclavo, no se piensa como tal, se piensa más bien en torno a la nada, en torno al Amo-No Amo, que no necesariamente es esclavo o Esclavo-No Esclavo. Para así destilar las posibilidades de la negación, la posibilidad de una síntesis negativa, un arrojamiento no al Absoluto sino a la Nada. Es decir, si la dialéctica hegeliana se piensa como una posibilidad de salto al absoluto, la dialéctica negativa se trata de hacer el proceso inverso hasta llegar a la nada, a lo no existente. De aquí sale su hipótesis de la dialéctica negativa como explicación para Auschwitz, y los campos de concentración Nazi, donde la negación de la cuestión judía entre tantas otras tiende a la nada, a constituir no-sujetos.

Dentro de la escuela fenomenológica, “Esta hermenéutica se convierte también en una “hermenéutica” en el sentido de la elaboración de las condiciones de posibilidad de toda investigación ontológica.”³⁶ En cuanto al sujeto “La hermenéutica cobra (...) un sentido específico, filosóficamente hablando el primario: el sentido de una analítica de la existencialidad de la existencia”³⁷ Es decir la hermenéutica en la fenomenología es el

³⁴ Luis Gracia Martín. *Crítica al Derecho Penal del Enemigo*. Quito: Editorial Universitaria, 2008. p.101

³⁵ Para el concepto Dialéctica Negativa vid. Theodor Adorno. *Dialéctica Negativa, la Jerga de la Autenticidad*. Madrid: Editorial Akal, 2005.

³⁶ Ibidem. p. 47

³⁷ Idem

punto que se tiende entre el objeto pensado, noema, y el sujeto que lo piensa. La hermenéutica de cierta manera es un proceso analítico de la nóesis, del proceso de pensar el noema, o el objeto conocido.

Si bien a breves rasgos vemos que se deduce lógicamente que no se puede interpretar positivamente lo que no existe, todavía podríamos ejercer un análisis como el de Adorno, una dialéctica negativa, una suerte de deconstrucción del silencio. Sin embargo, nos encontramos con varios problemas al intentar hacer un análisis profundo del silencio, incluso si quisiéramos aplicarle el análisis lingüístico que hacemos con la palabra tendríamos problemas para hacerlo. De los elementos del lenguaje, es imposible hacer un análisis fonético ya que es precisamente la ausencia de fonema lo que caracteriza al silencio, y ante la falta de un sintagma nominal, tampoco podemos hacer un análisis gramático. Existe cierto sector de la filosofía que plantea que no hay ningún problema en hacer un análisis semiótico del silencio. Sin embargo, el significado que puede atribuirse al silencio puede resultar en un ejercicio arbitrario por lo que lo caracteriza. Se deduce lógicamente que el silencio puede decir en su negatividad múltiples cosas, es decir que es polisémico. Lo que se hace entonces para reducir las posibilidades hermenéuticas del silencio como discurso es mirar su contexto, es decir el último paso, la pragmática. Lo que interpretamos realmente no es la cosa en sí, sino su contexto, lo que no es, su positividad.

Es cierto que existen circunstancias donde el silencio en un contexto de una interrogación positiva cerrada podría significar solamente una cosa, por la deducción lógica del sentido contrario. Pero también es cierto que nunca podemos tener una certeza absoluta de la atribución semiótica del contexto, no es un método infalible, y parece que el silencio sigue dejando más dudas que respuestas. El silencio, en su infinidad de significados, no se puede reducir a la percepción subjetiva humana, no puede quedar encuadrado dentro de nuestra subjetividad. Es el momento donde la filosofía, así como las ramas de la racionalidad humana deben conocer sus propios límites y respetar aquellos valores que se extralimitan a su “saber”. Es un saber que no se puede construir, que debe quedar fuera de cualquier posibilidad cognoscible, de cualquier posibilidad de una racionalización real.

Hay problemas en los que la decisión sobre la verdad o falsedad que contienen no está concedida al hombre: todos los más elevados problemas, todos los sublimes problemas

de valor se encuentran más allá de la razón humana... Comprender los límites de la razón, esto es precisamente la filosofía.³⁸

Lo cierto es que cualquier verdad que se pueda construir a partir del silencio es dudosa, y queda manchada por la extralimitación del hombre. Es un valor superior en el cual nos encontramos con una barrera hermenéutica, que mientras no se pueda ejercer un análisis profundo, positivar el silencio, debe permanecer intocable.

2.2.3 El Ser de la Palabra y el No-Ser del Silencio

La posición filosófica que se opone a la nuestra de la imposibilidad fenomenológica del silencio es precisamente la del reconocido filósofo francés Jean Paul Sartre. Por lo que consideramos necesario pasar a un ámbito existencial del silencio, de la nada. En su libro *El Ser y la Nada* Sartre menciona “El no-ser no viene a las cosas por el juicio de negación: al contrario, el juicio de negación está condicionado y sostenido por el no-ser.”³⁹ Es decir que Sartre se opone a la posición de que la fenomenología pueda determinar por sí misma lo que no-es, y afirma que nuestra negación del ser nace por el no-ser. Es como retomar a Husserl para afirmar que el noumeno u objeto, existe con independencia de la subjetividad de quien lo piensa.

Sartre entonces cuestiona que

Si se admite que la categoría del no, categoría existente de hecho en la mente, procedimiento positivo y concreto para manipular y sistematizar nuestros conocimientos, es desencadenada de súbito por la presencia en nosotros de ciertos juicios afirmativos y viene de súbito a marcar con su sello ciertos pensamientos resultantes de esos juicios, se habrá despojado cuidadosamente mediante tales consideraciones a la negación de toda función negativa. Pues la negación es denegación de existencia.⁴⁰

Es decir que la negación nace de la positividad del pensamiento, y reconoce momentáneamente el ser de algo, para luego negarle la posibilidad de ser. Ese no-ser es el resultado del juicio que se hace el humano respecto al objeto conocido. Si bien no comparto esta tesis, porque nos encontramos con la dificultad de establecer un ejercicio como el de Adorno, que fundamenta en gran medida el no-ser del silencio, en la práctica no genera ningún problema. De hecho llega a la misma afirmación de la nada, que la negación es precisamente la negación de existencia, o la no-existencia.

En cambio por otro lado comparto la visión de que “La condición necesaria para que sea posible decir no[,] es que el no-ser sea una presencia perpetua, en nosotros y

³⁸ Frederich Nietzsche. *El Anticristo*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1895, p. 52

³⁹ Jean Paul Sartre. *El ser y la nada*. Buenos Aires: Editorial Iberoamericana, 1954, p.21

⁴⁰ Ibidem, p.22

fuera de nosotros; es que la nada *infeste* el ser.” Es decir que en el propio ser debe haber un vacío de ser, debe existir como negación a otro ser, al cual *infesta*.

Luego en la disquisición de la dialéctica hegeliana Sartre menciona que:

(...) en seguida, el ser así indeterminado ‘pasa a’ su contrario, ‘Ese ser puro – escribe Hegel en la *Logica Menor*- es la abstracción pura y, por consiguiente, es el no-ser’. La nada ¿no es, en efecto, simple identidad consigo misma, vacío completo, ausencia de determinaciones y de contenido? El ser puro y la nada pura son, pues, la misma cosa, o, mas bien, es verdad que difieren. Pero ‘como aquí la diferencia no es una diferencia determinada, pues el ser y el no-ser constituyen el momento inmediato, esa diferencia, tal cual está en ellos, no puede nombrarse; no es sino pura opinión’. Eso significa concretamente que ‘nada hay en el cielo ni en la tierra que no contenga en sí el ser y la nada’.⁴¹

La nada entonces pasa a ser un ser puro, a ser parte del ser. Entonces en nuestro análisis, el silencio es parte de la palabra. El silencio es entonces una suerte de ser-para la palabra, se entiende como parte de la palabra. Luego Sartre para dilucidar el origen de la nada, escribe:

El ser por el cual la Nada adviene al mundo es un ser para el cual, en su Ser, está en cuestión la Nada de su Ser: el ser por el cual la Nada adviene al mundo debe ser su propia Nada. Y ha de entenderse por esto no un acto nihilizador, que requeriría a su vez un fundamento en el Ser, sino una característica ontológica del Ser requerido. Falta averiguar en qué delicada y exquisita región del Ser encontraremos ese Ser que es su propia Nada.⁴²

Entonces en el existencialismo, la misma existencia de algo viene a ser por la cuestión de la no-existencia necesaria en sí misma. El ser del lenguaje entonces viene plagado por su no ser, por su silencio que se cuele entre palabra y palabra. La palabra entonces se constituye como ser-en-sí, mientras que el silencio, en tanto no-ser, se piensa como ser-para la palabra. Pero todo esto siempre respecto a un *Dasein*, o un ser-ahí, que habla o calla, que en su misma posibilidad del dominio del ente, palabra, decide no dominarlo y dejar a la palabra en su negatividad, silencio.

Es este Dasein, ese ser en estado de arrojamiento, el que se encuentra infectado por su silencio, o por su palabra. Entonces mientras ejerce su palabra es, y mientras guarda silencio no-es, como si la dualidad palabra-silencio intermitentemente lo hace ser y no-ser. El silencio, como no-ser, trasciende entonces efectivamente al sujeto, lo llena de su no-ser, en oposición a la palabra, que permite que el sujeto se nombre y por tanto lleva implícito su capacidad de ser. El ser entonces depende de la palabra o la negación, depende del silencio, para ser o para no ser nada, para no ser nadie.

⁴¹ Ibidem p.24

⁴² Ibidem p. 29

La negación que sufre el discurso se traduce a un no ser del sujeto, como en la teoría del “Derecho Penal del Enemigo” Günther Jakobs refiere a un no sujeto procesado, a un sujeto procesal al que se le niega ser persona.⁴³

2.3 El Silencio, un discurso Anormal.

2.3.1 El Discurso del Silencio

El silencio se caracteriza por oponerse al discurso, es decir es lo que permite que el discurso ocurra, el silencio es la contraparte del discurso como ya lo hemos establecido antes. “El discurso transporta y produce poder; lo refuerza pero también lo mina, lo expone, lo torna frágil y permite detenerlo”⁴⁴ Pero el problema esencial es que el silencio no mina, no expone, no torna frágil un poder, más bien se deja llevar, se deja influir, permite que el poder permee totalmente su existencia. De cierto modo no se resiste a la injerencia del poder, porque no tiene nada que esconder, en el viejo ejercicio del panóptico el silencio escucha sin ser escuchado. Es por esa característica de ver sin ser visto, que el poder del silencio se utiliza al máximo, y por eso su resistencia se maximiza.

Foucault dice:

No existe discurso del poder por un lado y, enfrente, otro que se oponga. Los discursos son elementos o bloques tácticos en el campo de las relaciones de fuerza; puede haberlos diferentes e incluso contradictorios en el interior de la misma estrategia; pueden por el contrario circular sin cambiar de forma en estrategias opuestas”⁴⁵ Porque el discurso en sí mismo engloba el silencio, engloba la estrategia y permite el ir y venir del poder, no como una resistencia al poder sino como el mecanismo que permite la construcción de una verdad y de esa verdad en cuanto poder. Pero el silencio irrumpe en el discurso, revela las verdaderas intenciones del discurso, sus estrategias, su ejercicio táctico, y le niega la posibilidad de entablar un juego de poder.

“estamos sometidos a la producción de la verdad del poder y no podemos ejercer el poder sino a través de la producción de la verdad (...) estamos forzados a producir la verdad del poder que la exige, que necesita de ella para funcionar: debemos decir la verdad, estamos obligados o condenados a confesar la verdad o a encontrarla. El poder no cesa de interrogarnos, de indagar, de registrar: institucionalizada la búsqueda de la verdad, la profesionaliza, la recompensa (...) Del otro lado, estamos sometidos a la

⁴³Günther Jakobs, *Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico*. Obra citada en Alejandro Apronte. *Derecho Penal del Enemigo Vs. Derecho Penal del Ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho Penal de la enemistad. En Derecho Penal Del Enemigo: El Discurso Penal De La Exclusión. Vol 1*. Montevideo: B De F, 2006. p.176

⁴⁴ Michel Foucault; *Historia de la Sexualidad, vol. 1, La voluntad de Saber*, México: Editorial Siglo XXI, 1987, p.123

⁴⁵ *Ibidem*, p. 124

verdad también en sentido de que la verdad hace ley, produce el discurso verdadero que al menos en parte decide, transmite, lleva adelante él mismo efectos de poder. Después de todo, somos juzgados, condenados, clasificados, obligados a deberes, destinados a cierto modo de vivir o de morir, en función de los discursos verdaderos que comportan efectos específicos de poder.”⁴⁶

El problema surge cuando el poder que ejerce el discurso y al cual somete a los sujetos, se ve minimizado por el ejercicio de la resistencia, y entonces el discurso busca maximizarse invadiendo al silencio, incluyéndolo dentro del discurso. Entonces comienza a figurarse un discurso acerca del silencio, pero nunca un discurso del silencio, es decir el silencio bajo ningún concepto es un discurso. Pero el discurso del silencio busca desprestigiarlo, y acusar que algo se esconde detrás de ese discurso, detrás del silencio. Deforma el silencio, para introducir presunciones arbitrarias acerca de su significado. Porque nada puede quedar por fuera del poder, e incluso la resistencia al poder esta prevista dentro del sistema de poder enemistando al sujeto silencioso con el poder judicial.

2.3.2 La Anomalía del Silencio

El silencio como saber es un saber anormal, porque si el poder normaliza al discurso como medio de comunicación, como medio de respuesta y de interrogación. Entonces hay un ejercicio disciplinario sobre el silencio, una suerte de micropoder, una micropenalidad al silencio. Daniel Toscano López refiere que,

Con respecto a la sanción normalizadora, el poder disciplinario no sólo se apoya en un ojo vigilante al que nada puede sustraerse, sino en una “micropenalidad” que da movimiento al dispositivo disciplinario en tanto se castiga el comportamiento que no se ajusta a la norma⁴⁷

En este caso, no existe un ojo vigilante, pero existe un oído atento a la escucha, un oído sancionador, un oído que regula los discursos permitidos y los discursos anormales. Asimismo, establece disciplinariamente lo que se considera normal. Y ante una pregunta lo normal es una respuesta, no un silencio. Es aquí donde reside el carácter anormal del silencio frente al interrogatorio, el silencio entonces se constituye como una resistencia anormal al poder. Pero el poder debe asegurar un significado al silencio, y ese aseguramiento es precisamente distinto a la ley, como bien dice Foucault

la seguridad a diferencia de la ley que trabaja en lo imaginario y de la disciplina que trabaja en lo complementario de la realidad, va a trabajar en esta misma, para lo cual

⁴⁶Michel Foucault. *Entrevista sobre la prisión: El libro y su método en Microfísica del Poder*, Madrid: Editorial La piqueta, 1980 pp.34-35

⁴⁷Daniel Gihovani Toscano López. *Un estudio del Biopoder en Michel Foucault*. Tesis magistral de filosofía. Universidad Javeriana. Bogotá, 2008, p. 93

intentará, en virtud y a través de toda una serie de análisis y disposiciones específicas, hacer que sus elementos actúen unos con respecto a otros⁴⁸

El poder, no judicial, asegura entonces la exclusión de ciertos discursos, trabaja en lo imaginario, no en la ley, y entonces queda excluida la posibilidad de una defensa al interrogatorio que sea un silencio, porque ante la pregunta la anomalía es el silencio y lo normal es la respuesta. Por eso los dispositivos de seguridad busca “una media considerada como óptima y por otra límites de lo aceptable, más allá de los cuales ya no habrá que pasar.”⁴⁹ El silencio, por su parte queda relegado afuera de esos límites, porque no constituye un discurso, y por tanto el poder que se constituye a través de discursos lo excluye. Como lo establece Foucault “de los tres grandes sistemas de exclusión que afectan al discurso, la palabra prohibida, la separación de la locura y la voluntad de verdad (...)”⁵⁰, y así el silencio queda excluido porque no otorga ninguna verdad. Queda excluido de la posibilidad de poder-saber-discurso por no contener una voluntad de la verdad.

Frente a la prohibición del silencio, a la prohibición de ciertos discursos,

se perfila una técnica muy distinta: no obtener la obediencia de los súbditos a la voluntad del soberano, sino influir sobre cosas aparentemente alejadas de la población, pero que, según hacen saber el cálculo, el análisis y la reflexión, pueden actuar en concreto sobre ella⁵¹

es entonces cuando entramos en el campo de la Biopolítica. De la influencia de las decisiones de la vida diaria, mediante la influencia sobre cosas aparentemente alejadas de la población. Podríamos ahondar en la cantidad de discursos populares como “El que calla otorga” pero parece que es evidente la construcción social que se genera alrededor del silencio. Se regula la biopolítica, se regula la manera discursiva social que se encuentra permitida. Y aunque intentemos modificar el sentido del saber-silencio mediante la ley, los saberes sociales, y sobre todo la base estructural del silencio se impone sobre cualquier superestructura que se pueda construir.

⁴⁸ Michel Foucault. *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 69.

⁴⁹ Michel Foucault. *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 21.

⁵⁰ Michel Foucault. *El orden del discurso*. Barcelona: editores Tusquets, 2002, p. 23.

⁵¹ Michel Foucault. *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 95

2.3.3 Biopoder: El Sujeto Anormal

La Biopolítica entonces se encarga de regular como se debe vivir, como se debe morir, como se debe ser frente al poder, es el mecanismo por el cual nos autorregulamos a las necesidades del poder.

La vieja potencia de la muerte, en la cual se simbolizaba el poder soberano, se halla ahora cuidadosamente recubierta por la administración de los cuerpos y la gestión calculadora de la vida. Desarrollo rápido durante la edad clásica de diversas disciplinas - escuelas, colegios, cuarteles, talleres; aparición también, en el campo de las prácticas políticas y las observaciones económicas, de los problemas de natalidad, longevidad, salud pública, vivienda, migración; explosión, pues, de técnicas diversas y numerosas para obtener la sujeción de los cuerpos y el control de las poblaciones. Se inicia así la era de un "bio-poder".⁵²

El silencio entonces es regulado mediante la vida cotidiana, se regula por la manera en que exigimos a los niños respuestas en las clases. Pasa por la necesidad de que el paciente confiese lo que le sucede para mantenerlo con vida. La necesidad del migrante de reconocerse como extranjero, el control total del discurso, la exclusión de la posibilidad de resistirse al discurso, la imposibilidad de resistirse al poder. La imposibilidad de ser declarado enemigo en el sistema judicial.

La población va a dejar de presentarse como un conjunto de sujetos de derecho, un agrupamiento de voluntades sometidas que deben obedecer la voluntad del soberano por intermedio de los reglamentos, las leyes, los edictos, etc. Se la considerará como un conjunto de procesos que es menester manejar en sus aspectos naturales y a partir de ellos.⁵³

La población entonces pasa a ser un conjunto de procesos discursivos que deben ser regulados, la necesidad de su verdad, de su confesión pasa entonces a un primer plano. Toma relevancia regular el discurso, clasificar las posibilidades discursivas, y exigir una confesión de los sujetos, se torna entonces necesaria la palabra del sujeto como obligación y no como libertad. La Biopolítica y el Biopoder obligan a que en el día a día las personas se confiesen, y queda excluida la posibilidad de guardar silencio, tanto en la interrogación profesional como en la interrogación social del sujeto en su propio hogar. No existe la posibilidad de resistir, en algún momento tendrá que confesar, normalizando el discurso, a tal punto que cuando el sujeto guarda silencio la culpa lo obliga a autorregularse y a confesar o a tener un discurso. El Biopoder entonces

⁵² Michel Foucault. *Historia de la Sexualidad I. La voluntad de saber*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1998, p.84.

⁵³ Michel Foucault. *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 93.

diferencia lo normal, el discurso, de lo anormal, el silencio, y excluye la posibilidad de que los sujetos guarden silencio.

La nueva tecnología, al articular poder y saber a través de la tecnología disciplinaria, hace que nazca un arte del cuerpo humano que no tiende únicamente al aumento de sus habilidades, ni tampoco a hacer más pesada su sujeción, sino a la formación de un vínculo que, en el mismo mecanismo lo hace tanto más obediente cuanto más útil.⁵⁴

La disciplina de la vida diaria entonces hace que nazca un control total, una sociedad disciplinaria, una sociedad de control, sobre el discurso del sujeto. Le atribuye entonces valor al discurso del sujeto y extingue la posibilidad del silencio, porque constituye a quien guarda silencio como un no-sujeto, como un sujeto ajeno al poder. Como si quien no tuviera un discurso resulta en nada, o en nadie, como si la ausencia de un discurso lo dejara al margen, bajo una coacción absoluta del poder. El sujeto anormal entonces queda excluido y por tanto sus derechos se ven mermados, como si efectivamente no fuera parte de la sociedad.

Entonces el discurso es lo que hace que una persona se convierta en enemigo dentro del “Derecho Penal del Enemigo” lo que se traduce en que no es la norma la que nombra enemigos, sino la sociedad la que decide con quien se enemista. Jakobs define diciendo

Es enemigo no sólo el que de manera casual en su comportamiento (...) en su ocupación profesional, el que está inmerso en la delincuencia organizada y, especialmente, en el tráfico de drogas o en el antiguo concierto para cometer asesinato. Es decir, se trata de aquel que en forma presuntamente verdadera ha abandonado el derecho, que no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de su comportamiento personal, y lo manifiesta explícitamente con su conducta.⁵⁵ Punto que desarrollaremos en el siguiente capítulo a mayor profundidad, explicando la realidad ecuatoriana frente al “Derecho Penal del Enemigo”.

3 CAPÍTULO II: DERECHO COMPARADO

Como hemos establecido, el derecho al silencio es en esencia una construcción que cada sociedad da a un discurso jurídico, que está ampliamente influenciado por la tradición filosófica de esa sociedad. Por lo cual creo justo comparar el derecho al silencio en los distintos países con sus distintas tradiciones jurídicas, pero como nuestro análisis se limita a la filosofía continental y en especial del siglo XX y XXI, limitaremos

⁵⁴Michel Foucault. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI. 2009, p. 160

⁵⁵Günther Jakobs, *Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico*. Obra citada en Alejandro Apronte. *Derecho Penal del Enemigo Vs. Derecho Penal del Ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho Penal de la enemistad. En Derecho Penal Del Enemigo: El Discurso Penal De La Exclusión. Vol 1*. Montevideo: B De F, 2006. p.177

al derecho occidental, con sus tradiciones de derecho continental y derecho común. También abordaré el tema desde la óptica del derecho internacional público tanto desde el derecho procesal penal como desde los Derechos Humanos. Finalmente haré un análisis evolutivo de Estados Unidos como un sistema ideal para la regulación del derecho, y de los riesgos que se corre con dicho sistema.

3.1 Estándares Internacionales que rigen el derecho a acogerse al silencio

El derecho a acogerse al silencio ha sido ampliamente desarrollado y se encuentra amparado en todos los sistemas jurídicos de una u otra manera. Deviene de la necesidad de proteger la vida como valor supremo, y la libertad de los individuos de la sociedad, y por tanto es a su vez es un derecho humano. Se encuentra a su vez recogido dentro del ordenamiento internacional como un núcleo duro de todos los sistemas de Derecho Internacional. Por ejemplo, se encuentra en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), y en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el plano político internacional, es parte de la esfera de lo indecible en una democracia, es decir que no se puede someter a voto el derecho de alguien a acogerse al silencio, y es esencial para garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso.

Vale la pena recalcar que nuestra Constitución reconoce un valor superior a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, y prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público, como lo reconoce el artículo 424 de nuestra constitución.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.⁵⁶

⁵⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Además los convenios internacionales se encuentran justo por debajo de la constitución y se encuentran por encima del resto del ordenamiento jurídico, como encontramos en el artículo 425 de nuestra constitución

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.⁵⁷

Por esta razón vale la pena una revisión general de la protección al derecho a acogerse al silencio en los estándares internacionales, ya que se encuentran incorporados en nuestro bloque de constitucionalidad.

3.1.1 Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) como instrumento regional nos rige y aunque no garantiza de manera directa, si contiene en su artículo 8, numeral 2, literal g, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, el principio de prohibición de autoincriminación. De este principio deviene como consecuencia necesaria que el procesado pueda acogerse al silencio.

Artículo 8.- Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.⁵⁸

Es necesario recalcar a su vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ha desarrollado en su jurisprudencia el principio de inocencia. Sin embargo, de las fuentes consultadas para el presente trabajo no se desprende el desarrollo del derecho al silencio. Pero al referenciar al “Derecho Penal del Enemigo”

⁵⁷ Ibídem Art. 425.

⁵⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 8.

se habla de un derecho en el cual las garantías del debido proceso se ven comprometidas por el riesgo inminente que representa ese enemigo ante la sociedad. Por lo que cabe analizar dos casos en los que se establecen los límites a ese debido proceso, como veremos en el último capítulo uno de los derechos vulnerables es el doble conforme.

El primer caso que cabe analizar es el de Herrera-Ulloa en el cual se establece que además de tener el derecho a apelar a una corte superior, dicha corte superior debe tener la jurisdicción, en sentido legal, de conocer tanto los hechos como el derecho.⁵⁹ Esto es extremadamente importante, ya que si no existe la oportunidad de revisar tanto los hechos como el derecho, y solo se podría apelar los hechos, no cabe la posibilidad de apelar la mala aplicación del derecho a acogerse al silencio.

El segundo caso que cabe analizar es el caso de Norín-Catrimán et al. c. Chile, también conocido como Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche c. Chile, ya que de este caso se desprende como se debe estructurar un recurso de apelación que cumpla con los Derechos Humanos. La corte en este caso establece que el recurso de apelación tiene que ser accesible, ordinario, y eficaz, que permita un examen de revisión del fallo recurrido, esté al alcance de toda persona condenada y respete las garantías procesales mínimas.⁶⁰

Estas dos dimensiones de la apelación se han reiterado en diferentes fallos como Mendoza y otros c. Argentina, Barreto Leiva c. Venezuela, Vélez Loor c. Panamá, Mohamed c. Argentina, y Liakat Ali Alibux c. Suriname. Esto resalta la importancia que tiene que un proceso de apelación se rija bajo los Derechos Humanos.

3.1.2 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Si bien es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), solamente es referencial para nuestra región, creo que nos puede servir como una referencia para el desarrollo del derecho. Es cierto que la Unión Europea se rige bajo un derecho distinto al nuestro, y existe un esfuerzo consciente de una legislación unificada que por lo menos llega a acuerdos mínimos. Por eso creemos que es una referente que a lo mejor parece más una utopía que una realidad para el Ecuador. Sin embargo,

⁵⁹ Corte IDH. Caso Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia. de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 157-159.

⁶⁰ Corte IDH. Caso Norín-Catrimán et al. v. Chile. Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia. de 2 de julio de 2004. Serie C No. 279, párr. 270.

consideramos necesario revisar la propuesta que ellos tienen frente al derecho a acogerse al silencio meramente para ilustrar su opción.

En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso *John Murray c. Reino Unido*, el Tribunal determinó que el derecho a acogerse al silencio durante respecto a la interrogación es un estándar internacional de reconocimiento general, que tiene como base el debido proceso.⁶¹ En el mismo proceso determina que la inmunidad del silencio es absoluta, entiéndase que cuando un procesado se acoge a su legítimo derecho al silencio, éste nunca puede ser considerado como una autoincriminación, ni puede ser usado en su contra durante el juicio.⁶² Establece además que, si el acusado es informado que su silencio podría tener una consecuencia negativa, esto es mal visto bajo estándares internacionales y podría considerarse incluso como coacción.⁶³ El TEDH establece entonces que para que se pueda considerar la excepción a este derecho, se tiene que valorar caso por caso, y si cabe duda sobre la excepción o la aplicación del derecho a acogerse al silencio, se debe preferir el derecho a acogerse al silencio.⁶⁴ Sin embargo, establece una salvedad, que es el testimonio voluntario del procesado mediante el cual incluso podría obtener beneficios de reducción de pena. Lo mismo se reitera en el caso *Magee c. Reino Unido* donde el Tribunal recalca que extraer conclusiones del silencio podría significar un dilema en el interrogatorio.⁶⁵

Además, los María de la Colina argumenta que

En el marco de un proceso penal, el derecho a no contribuir con la propia incriminación presupone, junto al derecho a permanecer callado, que la acusación busque sus fundamentos sin recurrir a elementos de prueba obtenidos por la coacción o presiones en contra de la voluntad del acusado.⁶⁶ Lo que se refuerza por el fallo del TEDH en el caso de *Kolu c. Turquía* en la cual se establecen los límites a la autoincriminación. Y sobre todo queda claro que se prohíbe de manera estricta la autoincriminación forzada.⁶⁷ Otro caso que ha reforzado esta corriente de la existencia de este derecho así como del privilegio de no testificar en

⁶¹ Corte EDH. Caso *John Murray v. Reino Unido*. Sentencia de 8 de febrero de 1996. Reporte 1996-I, 49. párr. 45.

⁶² *Ibidem*, 49, párr. 46.

⁶³ *Ídem*.

⁶⁴ *Ibidem*, 49-50, párr. 47

⁶⁵ Corte EDH. Caso *Magee v. Reino Unido*, de sentencia de 6 de junio de 2000. Reporte 2000-V, (Sección 3).

⁶⁶ María de la Colina. *El Acceso a la Justicia y las Garantías Judiciales en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/viewFile/27/17> (acceso: 03/10/2019)

⁶⁷ Corte EDH. Caso *Kolu c. Turquía*, de sentencia de 2 de agosto de 2005, (Sección 4). párrafo 58.

contra de sí mismo, conformando así la médula de la noción de proceso equitativo es el caso Coëme y otros c. Bélgica.⁶⁸

3.1.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Como ya hemos visto del derecho a la no autoincriminación se deriva el derecho al silencio, como método para no auto incriminarse. Si bien hemos revisado el sistema regional de Derechos Humanos, existen precedentes de países que denuncian la convención o hacen una reserva a ciertos artículos, como el caso de Trinidad y Tobago frente a la pena de muerte. Consideramos, por tanto, que vale la pena revisar el Sistema Universal de Derechos Humanos, donde uno de sus instrumentos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina igual como una garantía del debido proceso la prohibición de autoincriminación del cual deviene el derecho a acogerse al silencio.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce este derecho en su artículo 14 “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”⁶⁹

Por tanto, aunque pudiésemos querer denunciar la Convención Americana, siempre nos veremos en la necesidad de respetar este derecho ya que se encuentra en el Sistema Universal de Derechos Humanos. Lo cual solo ratifica lo importante que resulta el derecho ante el proceso penal en todos los países. Por lo que se entiende que el derecho a acogerse al silencio no es meramente un derecho del proceso penal, sino que es un derecho humano, por lo que es un derecho inalienable de todas las personas.

3.1.4 Tribunales Penales Internacionales

Si bien es meramente referencial, vale la pena revisar el caso de la Corte Penal Internacional, el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ya que el núcleo duro del proceso es similar, y funciona como un lugar procesal común al cual el Ecuador puede regresar a ver y del cual aprender.

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en su artículo 21 expresa: “Derechos del acusado (...) 4. Toda persona contra la cual pese una acusación en virtud del presente Estatuto tiene derecho, en uso del principio de plena

⁶⁸ Corte EDH. Caso Coëme y otros c. Bélgica, sentencia de 22 junio 2000 (Sección 2), Reporte 2000-VII, párrafo 126.

⁶⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Artículo 14.

igualdad, de al menos las siguientes garantías: (...) g) De no ser forzada a testimoniar en contra de sí misma o de declararse culpable”⁷⁰.

Por su parte el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda regula el derecho en su artículo 20: “Derechos del acusado (...) 4. Toda persona contra la cual pese una acusación en virtud del presente Estatuto tiene derecho, en uso del principio de plena igualdad, de al menos las siguientes garantías: (...) g) A no ser obligada a testimoniar en contra de sí misma o declararse culpable”⁷¹

Ambos Estatutos de dichas cortes, que tienen un periodo de vigencia y que son cortes condenadas a morir, no reconocen directamente el derecho al silencio. Sin embargo, reconocen el derecho a no auto incriminarse, y de este principio o derecho deviene el del silencio como ya ha sido establecido previamente.

En las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda se reconoce en su Regla 42: “Derechos de los Sospechosos Durante la Investigación. A) Un sospechoso quien va a ser interrogado por el Fiscal, debe tener los siguientes derechos, de los cuales se le informará por parte de Fiscalía antes del interrogatorio, en un lenguaje que hable y entienda: (...) (iii) el derecho a permanecer en silencio, y ser advertido que cualquier cosa que diga debe grabarse [registrarse] y puede considerarse como evidencia.”⁷²

El Estatuto de la Corte Penal Internacional expresa que: “Derechos de las personas durante la investigación. (...) 2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: (...) b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia”⁷³

La Corte Penal Internacional entonces difiere del criterio establecido por el TEDH, y no pone límites al derecho a acogerse al silencio, y además se encuentra dentro del Estatuto de Roma. Resulta entonces más protector de los derechos del

⁷⁰ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (1993). Artículo 21.

⁷¹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994). Artículo 20.

⁷² Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (2015). Regla 42. Traducción Libre.

⁷³ Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998). Artículo 55.

procesado y más garantista que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Resulta irónico que este derecho se encuentre mejor resguardado en un estatuto que juzga los crímenes más graves como lo son los Crímenes de Guerra, Lesa Humanidad o el mismo Genocidio, que la protección conferida por el TEDH. Lo que nos demuestra que se debe garantizar el acceso a este derecho al procesado siempre. Lo que resultaría interesante es si en el TEDH alguna defensa argumentase que siendo el Estatuto de Roma un instrumento internacional, si se podría aplicar las normas de procedimiento del mismo ya que son más protectivas de los derechos humanos bajo el principio pro homine, donde se aplica la norma más beneficiosa en derechos humanos.

En el sistema internacional los enemigos genocidas, criminales de lesa humanidad, y criminales de guerra tienen una mayor protección, demostrando que el derecho internacional es un derecho garantista. Haciendo que la tesis de Jakobs pierda vigor frente al Derecho Internacional, y demostrando que se el trato al enemigo es nuevamente una construcción dependiente de cada sociedad, o en este caso Comunidad de Naciones.

3.2 Legislación Nacional de Otros Países

3.2.1 Australia

Australia no contempla en su constitución expresamente el derecho a acogerse al silencio, esto no sorprende ya que sigue la tradición jurídica del CommonLaw. Por esta razón el desarrollo jurisprudencial es lo que usualmente lleva a la construcción de nuevos derechos o al desarrollo general del derecho. Aunque su Constitución no contempla norma expresa, sus códigos federales si lo hacen, y uno de los casos es el CrimesActs and Codes conocido como Federal Anti-terrorism and VictorianOrganizedCrimeAct (Código Federal Victoriano Contra el Terrorismo y el Crimen Organizado).

Sin embargo, el rol de los testigos es esencial, no pueden acogerse al silencio aunque su respuesta pudiera incriminarlos de alguna manera. Así lo establece el código criminal de Queensland.

644A Testigo quien al testificar se incrimina

(1) Quien sea llamado como testigo en cualquier proceso por una ofensa a las secciones 59, 60, 87, 98C, 101, 118, 120, 121, 122, 127 o 133A no puede ser excusado de responder ninguna pregunta con relación a la ofensa sustentando que su respuesta puede resultar en una autoincriminación.

(2) La respuesta al interrogatorio durante un proceso al cual esta sección aplica no es admisible como evidencia contra el testigo que ha pasado a ser procesado excepto en el proceso en el que sea testigo o si ha cometido el delito de perjurio con respecto a su respuesta.⁷⁴

Es decir, que la autoincriminación solamente aplica para quien es procesado, quien es testigo, tiene una obligación legal de testificar en el proceso de otro aunque esto pudiese incriminarlo. Queda claro que la ley restringe esta obligación de testificar solo a ciertos tipos o artículos, sin embargo, podría vulnerar los derechos humanos de los testigos.

Australia tiene una larga historia con respecto al derecho al silencio, así se dilucida en el artículo de Barbara Ann Hocking y Laura Leigh Manville. Explican claramente una tendencia que se repite en los sistemas de derecho común o anglosajón acerca del origen del derecho a guardar silencio.

El derecho al silencio, que ha emergido tanto en la etapa prejudicial como en la etapa judicial, ha sido apuntalado por el privilegio o prohibición de autoincriminación y la noción más amplia del imperio de la ley casado con la tradición liberal. La consecuencia de este derecho es que no se puede obligar a contestar un interrogatorio que podría autoincriminar al procesado. La presunción de inocencia ha sido construida para requerir que la fiscalía pruebe la culpabilidad. De esto, deviene que en teoría, el Sistema de justicia criminal no debería tolerar métodos de interrogación obligatorio que alguna vez se pudieron asociar con la Cámara Estrellada. El derecho a guardar silencio es una protección procesal para el individuo ante el poder del Estado con orígenes en tiempos revolucionarios que siguieron a la abolición de los restos del estado con tintes de monarquía absoluta y estado religioso en medio del siglo XVII. En su encarnación moderna este derecho ha sido visto como fundamental para otros principios de la evidencia. Aronson y Hunter comentan:

“Es el derecho que provee las bases fundamentales para que el derecho común pueda validar la recepción y admisibilidad de la evidencia confesional.”

Las visión de las libertades civiles es que el derecho al silencio es fundamental al principio por el cual la fiscalía debe probar la culpabilidad del procesado más allá de la duda razonable. Debido a esta obligación, el procesado debe tener la libertad de permanecer en silencio para que sus acusadores prueben su culpabilidad.⁷⁵

Establecen que este es un derecho meramente de las personas naturales y que del cual las personas jurídicas no se ven beneficiadas. Este tema se podría prestar a otra investigación acerca de la capacidad penal de las personas jurídicas y acerca de la posibilidad de que sus representantes expresen su voluntad de acogerse al silencio. En todo caso, queda claro que en Australia las personas jurídicas no pueden acogerse al silencio haciendo de este derecho una prorrogativa de las personas naturales.

El derecho al silencio ha sido descrito como un derecho humano, particularmente por Murphy J en la trilogía de casos *Pyneboard Pty Ltd v Trade Practices Commission*, *Sorby v*

⁷⁴ Criminal Code Act 1989. (Australia). Artículo 664 A. 1989. Traducción Libre.

⁷⁵ Barbara Ann Hocking y Laura Leigh Manville. “What of the Right to Silence: Still Supporting the Presumption of Innocence, or Growing Legal Fiction?”. *Macquarie Law Journal* Vol. 1 No. 1 (2001) p. 65. Traducción Libre.

Commonwealth y Controlled Consultants Pty Ltd v Commissioner of Corporate Affairs. En casos más recientes, en Environmental Protection Authority v Caltex Refining Company Pty Ltd la Corte Suprema ha sostenido que el derecho a acogerse al silencio es un reflejo de los requisitos procesales para asegurar el privilegio contra la autoincriminación y la protección de las personas naturales en el derecho penal en el cual no caben métodos inquisitoriales. De manera similar, en Pyneboard Mason ACJ, Wilson y Dawson JJ sostuvo que la regla del derecho común era un baluarte fundamental de la libertad que se extiende más allá de su existencia aparentemente simple como una regla de evidencia aplicable a procesos judiciales y cuasi-judiciales. Sin embargo, la exclusión de corporaciones de su aplicación refuerza el objetivo original del derecho, siendo la protección de individuos sospechosos del estado. Asimismo recalca la esencial razón de ser un privilegio.⁷⁶

Cuando se refieren al silencio, refieren a este como un derecho, sin embargo el principio de prohibición de autoincriminación que para nosotros es un derecho, en el sistema australiano lo refieren como un privilegio. Sin embargo, existen diferencias entre un silencio absoluto y un silencio parcial. En el caso Petty & Maiden v. R. el tribunal establece que no se puede denegar la credibilidad de un acusado por un silencio antes de juicio, ya que es parte del privilegio de no autoincriminación.⁷⁷ Sin embargo, en el caso Weissensteiner v. R. la Corte Suprema tomó una posición pragmática donde aceptó que el juez puede indicar al jurado que si los hechos pueden hacer que infieran la culpabilidad del acusado, siendo cosas que el acusado sabía o debía saber, y decidió guardar silencio respecto de las mismas, el jurado puede decidir si ese silencio es incriminatorio.⁷⁸

3.2.2 Canadá

Canadá consagra el derecho a permanecer en silencio en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

11. Cualquiera persona acusada de un delito tiene derecho a
 - (a) ser informado del delito sin retardo injustificado;
 - (b) ser juzgado en un tiempo razonable;
 - (c) no ser obligado a testificar en un procedimiento en el que se encuentre acusado;⁷⁹

El derecho canadiense contempla en su derecho la posibilidad de que un acusado guarde silencio para evitar su autoincriminación. Es evidente que esto no implica las declaraciones voluntarias que se rinden ante la policía, que si son admisibles como evidencia. La persona capturada debe ser advertido de su derecho a un abogado

⁷⁶ *Ibidem*. p.66. Traducción Libre.

⁷⁷ *Ibidem*. p.68.

⁷⁸ *Ídem*.

⁷⁹ Canadian Charter of Rights and Liberties. (Canadá). Artículo 11 (c). 17 de Abril de 1982. Traducción Libre

defensor, y que cualquier declaración que haga se presume como involuntaria, lo que significa que es inadmisibles en el juicio.

Si el imputado llega a rendir declaraciones involuntarias, estas declaraciones solo pueden afectar el proceso de un tercero, y bajo ningún concepto puede tener incidencia en su proceso penal. Existe también la excepción igual que en el derecho ecuatoriano del cónyuge del acusado que no puede ser obligado a declarar en contra de su pareja.

3.2.3 Francia

El Código de Procedimiento Penal francés, establece de manera amplia la posibilidad de acogerse al derecho al silencio. Sin embargo, los únicos límites que propone son que sea en presencia de un abogado y que el abogado puede presentar observaciones al juez de instrucción.

El juez de instrucción advertirá a continuación a dicha persona de la posibilidad bien de guardar silencio, de declarar o bien de ser interrogada. En el acta se hará constar esta advertencia. Sólo se podrá dar el consentimiento para ser interrogado en presencia de un abogado. El abogado de la persona podrá presentar igualmente sus observaciones al juez de instrucción.⁸⁰

Del texto se desprende la posibilidad de que el acusado se acoja al derecho a guardar silencio, pero no se dice nada de la interpretación de ese silencio. El acusado puede ser obligado a rendir declaración durante la etapa de juicio pero esa declaración no se encuentra sujeta a juramento. Se incluye la posibilidad al cónyuge del acusado y cualquier otro familiar cercano que puede obviarse por acuerdo entre la fiscalía y el acusado. Lo más grave se encuentra luego en el mismo código, porque abre la puerta a la arbitrariedad.

Antes de que la Cour d'assises se retire, el presidente dará lectura de la instrucción siguiente, que será, además, anunciada en letras destacadas, en el lugar más visible de la sala de las deliberaciones. "La ley no preguntará a los jueces sobre los medios por los que han alcanzado el convencimiento, no podrá prescribir las reglas de las que harán depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; les ordenará que se pregunten a sí mismos en el silencio y el recogimiento y que busquen, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión les han causado, en su razón, las pruebas esgrimidas contra el acusado, y los medios de su defensa. La ley sólo les hará una pregunta, que reúne la totalidad de sus deberes: "¿Tiene usted una íntima convicción?"⁸¹

Es lamentable este último artículo, porque da paso a una valoración arbitraria por parte del juez, donde no puede ser cuestionado el método por el cual llegó a tener una *íntima convicción*. Donde se confía a la buena conciencia del juez la vida de las

⁸⁰ Código de Procedimiento Penal. (Reforma)(Francia). Artículo 116. 15 de Junio de 2000.

⁸¹ *Ibidem*. Artículo 353.

personas, lo que no quiere decir que no tenga que motivar su sentencia, pero si quiere decir que no se cuestiona el razonamiento que ha llevado al convencimiento.

El Código de Procedimiento Penal Francés data de 1808 aunque su entrada en vigencia fue en 1811. Pero lo esencial es que ha sido constantemente reformado y cuestionado desde múltiples perspectivas. La reforma que nos importa ocurre en el año 2000 donde se regresa a ver a los derechos del procesado y se abandona un derecho penal inquisitivo por uno garantista de derechos del procesado. Así lo afirma Zunilda Carvajal, en su artículo *Reformas Procesales Penales en Francia* al decir que:

El carácter inquisitivo de la detención policial va a ser suavizada por una reforma del 15 de junio del 2000. Esta ley refuerza los derechos del detenido, instaurando un derecho al silencio, obligando a que las horas de alimentación se consignen en el registro de detención y aumentando los derechos a la información del detenido. La ley de 2000 también suprime toda posibilidad de detener a un testigo y pone al código conforme con el artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales según el cual "nadie puede ser privado de su libertad, salvo que existan indicios racionales de que ha cometido una infracción".⁸²

Sin embargo, este aparente avance no dura mucho, y en el año 2003 Francia deroga las disposiciones del año 2000 respecto al silencio⁸³, y así se consagra en un sistema que se podría catalogar como inquisitivo. Es lamentable, pero bajo la situación actual Ecuador se podría encontrar más cerca a Francia que a otros países como lo dilucidaré a fondo en el siguiente capítulo.

3.2.4 Alemania

En Alemania el derecho se encuentra bajo el Código Procesal Penal de acuerdo con el artículo 136 del Strafprozessordnung (Código Procesal Penal). El imputado sin importar si se encuentra privado de la libertad debe ser instruido de su derecho a guardar silencio antes de cada interrogatorio. Establece también que no se puede establecer ninguna inferencia respecto del ejercicio del derecho al silencio en cualquier etapa del proceso penal.

136 Primer interrogatorio

(1) Al comienzo de la primera audiencia, el acusado será informado del delito del que se le acusa y de las disposiciones de la ley penal. Se le debe recordar que, según la ley, es libre de testificar sobre la acusación o no testificar, y de cuestionar en cualquier momento, incluso antes de su audiencia, a un abogado defensor que él elija. Si el acusado desea hablar a un abogado defensor antes de su interrogatorio, se le debe facilitar información que le facilite ponerse en contacto con un abogado defensor. Debe señalarse que servicios legales de emergencia existentes.

⁸² Zunilda Carvajal. "Reformas Procesales Penales en Francia". *Revista de Derecho y Ciencias Penales* N° 15. (2010) p. 31.

⁸³ Idem.

(...)

En todo caso, el acusado también debe poder expresarse por escrito, así como la posibilidad de una compensación del perpetrador a la víctima.

(2) La audiencia dará al acusado la oportunidad de remediar las sospechas en su contra y afirmar los hechos en su favor.

(3) En la primera audiencia del acusado, también se debe considerar la determinación de sus circunstancias personales.⁸⁴

El profesor chileno Christian Ramirez ha establecido que la necesidad de recordar el derecho al silencio bajo el derecho alemán se vuelve un imperativo categórico. Sin ese recordatorio cualquier testimonio se vuelve inadmisibles, y si el objeto del interrogatorio cambia en el transcurso del mismo, se debe informar del derecho a acogerse al silencio nuevamente.

En Europa, encontramos en la regulación procesal alemana (§136), que el inculpado deberá ser informado sobre su derecho a declarar o no. Esta información deberá ser repetida cada vez que se presente a distintos órganos persecutorios (policía, fiscal, juez instructor) e incluso existe el deber de informar nuevamente de este derecho cuando el objeto del interrogatorio ha cambiado o se ha ampliado.⁸⁵

El maestro Claus Roxin, ha establecido que a pesar de todo lo garantista que resulta en apariencia el derecho alemán, reconoce que:

“Sin embargo, la jurisprudencia alemana ha optado por relativizar este principio y admite evaluar la pasividad del imputado en el caso de un ‘silencio parcial’, es decir, que se haya hecho uso del derecho a defensa, prestando declaración, no obstante, guarda silencio respecto a puntos particulares, o se niega a responder determinadas preguntas. En estos casos la jurisprudencia ha entendido que en ejercicio de su derecho a defensa, la exposición de una declaración admite la apreciación de sus vacíos e inconsistencias como medio de prueba por parte del tribunal”.⁸⁶

Esto quiere decir en último término que si el silencio es parcial, se establece que se puede hablar de un silencio contextual, es decir contextualizar el silencio con lo que el procesado ha dicho, y sin hacer una interpretación extensiva darle un significado al silencio. Al hablar de interpretación extensiva se restringe a preguntas hechas con relación al mismo delito, no se pueden interpretar preguntas no conexas con el mismo delito porque no guardaría congruencia el silencio con el nuevo delito del cual no ha habido pronunciamiento alguno. Se incluye a su vez el derecho o la prohibición, durante el interrogatorio, a autoincriminarse o a incriminar a cualquiera de sus familiares.

⁸⁴ Strafrechtprozessordnung (Código Procesal Penal) (Alemania). Artículo 136. 30 de Octubre de 2017. Traducción Libre.

⁸⁵ Cristian Ramirez Tagle. *Nemo Tenetur Se Ipsum. El Derecho a Guardar Silencio*. <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/2007-2-Ramirez.pdf> (acceso: 20/09/2018)

⁸⁶ Claus Roxin. *La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42340.pdf> (acceso: 20/09/2018)

3.2.5 Inglaterra

En Inglaterra, el derecho a guardar silencio se encuentra codificado, a pesar de pertenecer a la tradición del Derecho Común, donde los fallos jurisprudenciales son la base del ordenamiento jurídico. En 1912 se codificó el Judges' Rules (reglas de los jueces), y en este código se incluye el derecho a permanecer en silencio. La norma establece que el acusado puede entregar o no evidencia durante el juicio oral.

Antes del cambio el derecho al silencio, las reglas de 1912 establecían que el procesado no se encuentra obligado a decir nada, pero cualquier cosa que diga se anotará y será usada como evidencia. Sin embargo, con el cambio de 1994 en el Criminal Justice and Public Order Act, se establece más bien que no se encuentra obligado a decir nada, pero su defensa se puede ver perjudicada si no menciona algo que durante el interrogatorio usted confiese a la corte. Cualquier cosa que diga puede ser usada como evidencia.

En 1994 se introdujo el Criminal Justice and Public Order Act 1994, en el que se establece el método de inferir conclusiones a partir del derecho a guardar silencio, donde existen excepciones a la protección absoluta que solía tener este derecho.

34. Efecto del hecho de que el acusado no menciona los hechos cuando es interrogado o acusado.

(1) Cuando, en cualquier proceso contra una persona por un delito, se presenta evidencia de que el acusado-

a) en cualquier momento antes de ser acusado del delito, al ser interrogado con cautela por un agente que trata de descubrir si se cometió o por quién se cometió el delito, no mencionó ningún hecho invocado en su defensa en esos procedimientos; o

(b) al ser acusado del delito o informado oficialmente de que podría ser procesado por ello, no mencionó ningún hecho de ese tipo, o

(c) en cualquier momento después de ser acusado del delito, al ser interrogado de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Lucha contra el Terrorismo de 2008 (interrogatorio posterior a la acusación), no mencionó ningún hecho de ese tipo, como es un hecho que en las circunstancias existentes en el momento en que razonablemente se podía haber esperado que el acusado lo mencionara cuando fue cuestionado, acusado o informado, según sea el caso, se aplica la subsección (2) a continuación.

(2) Donde se aplica esta subsección-

(b) un juez, al decidir si otorga una solicitud presentada por el acusado conforme al párrafo 2 del Anexo 3 de la Ley de Crimen y Desorden 1998

(c) el tribunal, al determinar si hay un caso para responder; y

(d) el tribunal o el jurado, al determinar si el acusado es culpable del delito acusado, puede sacar tales inferencias de la falla como parece apropiada.

(2A) Cuando el acusado estaba en un lugar autorizado de detención en el momento de la falla, las subsecciones (1) y (2) anteriores no se aplican si no se le ha permitido la

oportunidad de consultar a un abogado antes de ser interrogado, se le cobrará o informado como se menciona en la subsección (1) anterior.⁸⁷

Estas conclusiones inferidas a partir del silencio se podrían clasificar en cuatro grandes grupos o situaciones. La primera es cuando todavía no es acusado, pero en la investigación previa no menciona un hecho que posteriormente se prueba, de manera que se podía tener una expectativa razonable que era necesario que el investigado mencione el hecho. La segunda ocurre cuando el acusado se niega a entregar evidencia durante el juicio oral, o cuando no responde preguntas que luego se prueban aplicando la misma lógica de la primera situación. La tercera ocurre cuando en flagrancia el acusado niega la existencia de objetos, sustancias, marcas dejadas en su cuerpo o vestimenta que estaban en su posesión en el lugar donde lo capturaron. Finalmente, la cuarta situación es cuando en flagrancia el acusado niega su presencia en la escena del crimen. De todas estas situaciones se podría inferir que la persona participó o tuvo que ver con el cometimiento del delito, y en esos casos el silencio no se encuentra protegido.

3.2.6 Colombia

La razón por la que escogí analizar el caso colombiano es porque maneja un esquema normativo similar al Ecuador. Enmarca el derecho dentro de su constitución, y luego lo desarrolla en la normativa penal pertinente. La Constitución colombiana establece en su artículo 33 que “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”⁸⁸ que es el marco general de la prohibición de autoincriminación, del cual hemos establecido deviene el derecho al silencio.

La ley que rige el derecho al silencio por debajo de la constitución es la ley 906 aprobada en el año 2004, en la cual se regula el derecho a acogerse al silencio. Existen tres artículos que cabe recalcar de dicha ley donde se desarrolla a profundidad el derecho a permanecer en silencio. El primer artículo a analizar es el 282 que indica que el investigado tiene “derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.”⁸⁹ De la misma manera

⁸⁷ Criminal Justice and Public Order Act 1994. (Inglaterra). Artículo 34. 1994. Traducción Libre.

⁸⁸ Constitución Política. (Colombia). Artículo 33. 20 de Julio de 1991.

⁸⁹ Ley 906. (Colombia). Artículo 282. 31 de Agosto de 2004.

una vez capturado ya sea por prisión preventiva o a causa de flagrancia, el artículo 303 dispone, acerca del procesado, que “las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad”⁹⁰ Finalmente, en su artículo 367 establece que

Una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros.

De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados.

Si el acusado no hiciere manifestación, se entenderá que es de inocencia. Igual consideración se hará en los casos de contumacia o de persona ausente. Si el acusado se declara inocente se procederá a la presentación del caso.⁹¹

Estos artículos lo que hacen es develar que el silencio previene la autoincriminación, y que está estrechamente vinculada con el principio de inocencia. Es evidente que es una ley sumamente garantista, y que busca de manera absoluta proteger el derecho a acogerse al silencio. Pero además es una ley que siempre presume la inocencia del acusado, y si bien permite la renuncia a la prohibición de autoincriminación, es decir aceptar los cargos alegados, esto se entiende como un beneficio en la pena y no como una violación a los derechos del procesado. Es más, la ley establece en su artículo 131 que el juez debe “verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado”⁹²

Lo que impresiona aún más, es que la Corte Constitucional colombiana ha establecido precedentes más proteccionistas acerca del derecho a guardar silencio. Cuando se puso en tela de duda la comparecencia del procesado como testigo como lo establece el artículo 394 de la misma ley, que permite que comparezca bajo su propio juicio a rendir declaraciones o ser interrogado bajo gravedad de juramento, la corte establece que ese juramento no puede tener efectos penales adversos. La Corte ha dicho al respecto que:

Así, si se entiende que el juramento que se exige al acusado y coacusado que ofrecieren declarar en su propio juicio, es una formalidad previa a la declaración, pero de la cual no se puedan derivar consecuencias jurídicopenales adversas al declarante cuando su

⁹⁰ Ibídem. Artículo 303.

⁹¹ Ibídem. Artículo 367.

⁹² Ibídem. Artículo 131.

declaración verse sobre su propia conducta, desaparece entonces la coacción que priva de libertad y espontaneidad a su dicho y, en tales circunstancias, queda entonces libre ya del temor a incurrir en otro delito a propósito de haber prestado el juramento y rendido su propia versión sobre los hechos que se le imputan, aun en el caso de que calle total o parcialmente si así lo considera necesario en pro de su defensa material. Es entonces el juramento, un llamamiento solemne a que declare la verdad, pero sin que se pueda entender en ningún caso como una coacción con consecuencias penales. Siendo ello así, aunque subsista esa formalidad, se garantiza la plena vigencia de las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación. No es suficiente, sin embargo, con despojar al juramento así prestado como formalidad previa a la declaración, de sus consecuencias jurídico-penales para garantizar el amparo que la Constitución otorga al derecho de defensa, a la libertad y a la dignidad de la persona que se juzga por el Estado. Es necesario que el sindicado sea plenamente enterado por el juez de que podrá declarar con entera libertad y sin el temor de incurrir en otro delito con motivo de su declaración respecto de su propia conducta (...) Por ello, para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente a quien ofreció su declaración como acusado o coacusado en su propio juicio, que ese juramento queda desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al sindicado le asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquella, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio.⁹³

Es evidente que el desarrollo constitucional colombiano supera abismalmente al ecuatoriano en el tema del derecho al silencio, sin embargo, esto podría quedarse en un plano teórico, sin la debida aplicación del derecho. Pero esto se refuta cuando vemos en varias sentencias de la Corte Suprema colombiana se reitera la importancia del derecho a acogerse al silencio. La Corte Suprema, se ha pronunciado diciendo:

Sin embargo, también es posible que el procesado renuncie a su derecho a guardar silencio, y acceda a rendir diligencia de descargos, evento en el cual, una vez advertido y consciente del derecho a no autoincriminarse, los contenidos de su versión pueden ser confrontados, y si bien es cierto no puede ser constreñido, de ninguna manera, a decir la verdad, y por esta razón se le exime de juramento, ello no se traduce en que si falta a la misma, su actitud no pueda ser tenida como indicio de responsabilidad en el hecho investigado cuando se cumplen las exigencias de orden fáctico y jurídico en su deducción.⁹⁴

Es realmente envidiable el sistema colombiano, ya que vemos que cuando la ley falla, o no cumple con los estándares constitucionales existe una corte que efectivamente ejerce control sobre la ley. También creo que es envidiable que no quede solamente un

⁹³ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia Interpretativa C-782/05, 28 de Julio de 2005. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-782-05.htm> (acceso: 20/09/2018)

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia Sala de Casación Penal, Sentencia Resolutoria. 16183, 16 de mayo de 2007.

derecho en papel, sino que al decidir, la Corte Suprema, su sala de Casación Penal, reconozca la importancia práctica que debe tener el silencio.

3.3 El Caso de Estados Unidos

Estados Unidos consagra en su Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, el derecho a no auto incriminarse. La Quinta Enmienda deviene de lo que se conoce como Bill of Rights, donde están las primeras diez enmiendas y establece varios derechos constitucionales, lee de la siguiente manera:

Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la 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 de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le forzará a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.⁹⁵

De esta manera se establecen los siguientes derechos: El derecho de acusación por parte del gran jurado ante cualquier acusación penal por delitos graves, la prohibición de doble incriminación, el derecho contra la autoincriminación forzosa, la garantía de que todos los acusados tengan un juicio justo, y una garantía de que el gobierno no puede apoderarse de la propiedad privada sin hacer una compensación debido al valor de mercado de la propiedad. Estos derechos los obtuvieron de la Carta Magna, de las cláusulas de Grandes Jurados y la del Debido Proceso, que fueron redactadas en 1912.

Sin embargo el derecho a guardar silencio no se encuentra explícito dentro la Quinta Enmienda, sino que más bien, deviene de la prohibición de autoincriminación. Así la parte de la enmienda que nos interesa en el presente trabajo es “ni se le forzará a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal;”⁹⁶ Esta enmienda sin embargo, aplicaba solamente a las cortes federales, no es sino hasta que se pasa la enmienda 14 sobre el debido proceso, que la Corte Suprema de los Estados Unidos incorpora parcialmente. Sin embargo, lo único que no se incorpora dentro de la enmienda 14 es el derecho a un gran jurado, donde los únicos estados que siguen sin manejar un esquema de gran jurado son Connecticut y Pennsylvania. Sin embargo, el texto no explicita el derecho al silencio, el cual ha sido desarrollado a través de la jurisprudencia.

⁹⁵ Constitución de los Estados Unidos de América. (Estados Unidos de América) Quinta Enmienda. 15 de Diciembre de 1971.

⁹⁶ Idem

3.3.1 Miranda c. Arizona

El caso emblemático donde se desarrolla el derecho de acogerse al silencio es el caso *Miranda v. Arizona*.

La Corte Suprema de los Estados Unidos extendió las protecciones de la Quinta Enmienda para abarcar cualquier situación fuera del tribunal que implique la restricción de la libertad personal. Por lo tanto, cada vez que la policía pone bajo custodia a un sospechoso, la policía debe informar al sospechoso de todos los derechos. Conocidos como derechos Miranda, estos derechos incluyen el derecho a guardar silencio, el derecho a tener un abogado presente durante el interrogatorio y el derecho a tener un abogado designado por el gobierno si el sospechoso no puede pagarlo.⁹⁷

Este procedimiento policial en el que se le informa al detenido de los derechos que lo salvaguardan se conoce como *Miranda Warnings* o Advertencias Miranda ya que a partir de este caso se establece que para la validez de un proceso se requiere que las personas sepan que derechos los socorren.

Vale la pena resumir brevemente los hechos relevantes del caso Miranda para entender la necesidad del precedente, y la protección de los derechos del procesado. Ernesto Miranda en 1963 fue acusado de secuestrar y violar a una mujer de 18 años, que tenía un retraso mental leve. Fue interrogado por la policía y confesó su crimen. Como en ese momento no existían los Miranda Warnings, nadie le advirtió que podía permanecer en silencio y tener un abogado presente. En el juicio, el abogado de Miranda trató de que la corte desestime la confesión del crimen hecha por Miranda por obtenerse bajo coerción, pero le negaron la moción. Sin embargo, en 1966 el caso pasó a la Corte Suprema de los Estados Unidos, y la corte sostuvo que el testimonio hecho ante la policía no podía constituir evidencia, ya que a Miranda no se le habían leído sus derechos.⁹⁸

Desde entonces, antes de cualquier interrogatorio, la policía requiere recitar al detenido la Advertencia Miranda. Existe una versión extendida de la Advertencia, pero basta con mencionar la versión abreviada que aparece en las películas de Hollywood, siempre que detienen a alguien para interrogarlo. Los elementos fundamentales son el derecho a permanecer en silencio y el derecho a un abogado. Cuando se lee sus

⁹⁷Jonathan Kim. *Fifth Amendment*. https://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment(acceso: 20/09/2018) Traducción Libre.

⁹⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Miranda v. Arizona*, Sentencia de Fondo. 13 de Junio de 1966. <https://www.oyez.org/cases/1965/759> (acceso: 20/09/2018)

“Derechos Miranda” a los detenidos, se considera en la jerga policial que han sido “mirandizados.”

Sin embargo, las Cortes han puntualizado los derechos Miranda, estableciendo que los interrogatorios policiales que ocurren antes de la custodia no se enmarcan dentro de los “Derechos Miranda”. Por lo que la policía no está obligada a leer las advertencias Miranda antes de detener al sospechoso, por lo que su silencio en ciertas circunstancias puede entenderse como una admisión de culpabilidad.⁹⁹

Este ejercicio de acortar los derechos Miranda, haciendo que los interrogatorios policiales que ocurren antes de que el sospechoso entre en custodia ha generado mucho debate acerca de si realmente se está protegiendo al detenido. Sin embargo, existe a su vez una discusión amplia en los diferentes sistemas del Derecho Común acerca de qué significa que el sospechoso entre en custodia de la policía. En Estados Unidos han zanjado esto en el arresto, una vez arrestado entra en custodia de la policía, pero si una persona se acerca voluntariamente a la policía luego de cometer un crimen, y no existe un arresto, no se considera entrar en custodia.

Los primeros agujeros a *Miranda*, como destacan acertadamente *Israel et. al.* (op. cit., p. 381) fueron los casos *Harris v. New York* (1971) y *Oregon v. Hass* (1975) donde, con ciertos matices, la Corte decidió aceptar que en aquellas hipótesis donde no se había dado cumplimiento a las advertencias de *Miranda*, las confesiones del imputado igualmente podían ser usadas en su contra como medios de impugnación a su testimonio, si éste decidía tomar el estrado y declarar. La protección de no autoincriminarse, entonces, ya no era una garantía a todo evento que pretendía desincentivar, en todo caso, la actuaciones ilegítimas de las policías, sino que servía únicamente para que -si el imputado declaraba voluntariamente- pudiera ayudar a “fundar” la acusación. (...)

Y es así que la Corte ha entendido, por ejemplo en *Berkemer v. McCarty* (1984), que un interrogatorio realizado por un policía a un sospechoso al lado de la vía -cuando es conminado a detener el auto- no es un “custody” para los efectos de *Miranda* o en *Oregon v. Mathiason* (1977) y *California v. Beheler* (1983) en donde se decidió que si el imputado concurría voluntariamente a la estación de policía o bien por su propia voluntad “aceptaba” acompañar a los policías a la estación, esos interrogatorios podían no considerarse “custodial” conforme a *Miranda*. O, por último, como en otro caso conocido, a saber, *Yarborough v. Alvarado* (2004), que se refería al interrogatorio de un menor de 17 años y medio, sospechoso de colaborar en un robo cometido por otra persona y que terminó en un homicidio. En efecto, Alvarado fue “invitado” por la policía -a través de sus padres- a que concurriera al cuartel policial para interrogarlo. Cuando los padres lo llevaron, a ellos se les prohibió ingresar a la sala de interrogatorio, la detective no le leyó sus derechos al menor y finalmente, después de dos horas, logró una confesión autoincriminatoria del adolescente. Alvarado fue luego condenado por homicidio e intento de robo y sancionado a una pena de 15 años a presidio perpetuo. La Corte también consideró, en ese caso, que Alvarado no estaba en un interrogatorio bajo custodia y por lo tanto -como no estaba dentro del marco de *Miranda*- no era obligación que la policía le instruyera, ni siquiera tratándose de un menor sin experiencia criminal,

⁹⁹Jonathan Kim. *Fifth Amendment*. https://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment(acceso: 20/09/2018) Traducción Libre.

que tenía derecho a guardar silencio y que podía requerir la presencia de un abogado defensor.¹⁰⁰

Todos estos casos son la viva evidencia de que los derechos Miranda no son un imperativo categórico, sino más bien se aplican dependiendo mucho de la situación. Se nota que los Miranda Warnings, tienen un elemento de resistencia, es decir que solo cuando una persona se resiste a testificar voluntariamente aplican los Miranda Warnings, contrario a lo dispuesto en el propio caso *Miranda v. Arizona*.

Si la policía no respeta estas garantías, los tribunales a menudo reprimirán cualquier declaración del sospechoso que viole la protección de la Quinta Enmienda contra la autoincriminación, siempre que el sospechoso no haya renunciado realmente a sus derechos. Una renuncia real ocurre cuando un sospechoso ha hecho la renuncia a sabiendas, de manera inteligente y voluntaria. Para determinar si se ha producido una renuncia consciente, inteligente y voluntaria, un tribunal examinará la totalidad de las circunstancias, que considera todas las circunstancias y eventos pertinentes. Si un sospechoso hace una declaración espontánea mientras se encuentra bajo custodia antes de conocer los derechos de Miranda, la policía puede usar la declaración contra el sospechoso, siempre que el interrogatorio policial no haya provocado la declaración. El derecho de la Quinta Enmienda no se extiende a los documentos comerciales preparados voluntariamente de una persona porque falta el elemento de compulsión. Del mismo modo, el derecho no se extiende a la evidencia potencialmente incriminatoria derivada de informes obligatorios o declaraciones de impuestos.¹⁰¹

Es evidente que lo único que protege el derecho a guardar silencio, es en esencia la prueba testimonial del acusado. Es necesario entender que la prueba pericial y documental no se encuentra protegida bajo este derecho, y así el precedente solo aplica cuando bajo la custodia de la policía no se han leído los Derechos Miranda. La corte en consideración a una respuesta obtenida por coerción dice que esta debe haber coerción “substantial y real, y no un mero peligro imaginario o superfluo por parte de la prosecución criminal, ya sea policial o fiscal.

3.3.2 Dickerson c. Estados Unidos

Posteriormente cuando el Congreso aprobó el Crime Control and Safe Streets Act, una buena parte de la academia pensó que se había reemplazado los requerimientos de los derechos Miranda, y que en su capacidad constitucional el Congreso había ejercido su poder porque sentía que el caso *Miranda* representaba un tema de política judicial más que una manifestación de la Quinta Enmienda.

¹⁰⁰ Ignacio Castillo Val. *El Derecho a no Autoincriminarse y las Advertencias de "Miranda"*. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200015 (acceso: 20/09/2018)

¹⁰¹ Jonathan Kim. *Fifth Amendment*. https://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment (acceso: 20/09/2018) Traducción Libre.

Sin embargo, en el caso *Dickerson c. Estados Unidos*, en el cual se discutía si los Derechos Miranda habían sido anulada por la ley que había aprobado el congreso. Una mayoría de la corte decidió que el Congreso no había sido anulado, sino que confirmaba y ampliaba sobre la base de los Derechos Miranda, y que el fallo *Miranda c. Arizona* seguía siendo un fallo vigente en el derecho estadounidense.

El único voto salvado fue, como de costumbre, el del juez Scalia, quien sostuvo que *Miranda* no era un caso de precedente constitucional, ya que en muchos otros casos a lo largo del tiempo se habían vulnerado las garantías de los Derechos Miranda, y la evidencia había sido receptada por parte de la corte. Sostuvo que el caso *Miranda* solo estaba basado en la constitución pero que no constituía un imperativo constitucional, y que era evidente que el Congreso de Estados Unidos de América sí podía anular un precedente judicial de la Corte Suprema de Estados Unidos, como lo había hecho en *Marbury v. Madison* en 1803.¹⁰²

3.3.3 Griffin c. California

El caso de Edward Dean Griffin se enmarca dentro de una acusación de asesinato a Essie Mae Hodson ante un jurado en California. Griffin fue invitado al apartamento compartido por Hodson y su novio, Eddie Seay. Eddie Seay dice que cuando estaba dormido, se despertó por un ruido raro, y al despertarse vio a Griffin y Hodson luchando, y Hodson dijo que Griffin había tratado de violarla. Después de que Seay sacó a Griffin del apartamento, este entró de nuevo y golpeó a Seay, quien iba en busca de ayuda. Cuando regresó, Griffin y Hodson se habían ido. En la mañana, un testigo dice haber visto a Griffin abrochándose los pantalones saliendo de una caja de basura muy grande, a trescientos metros del apartamento de Hodson. El testigo dice haber encontrado a Hodson en la caja de basura, sangrando y en shock, ella murió en el hospital al día siguiente por las heridas.¹⁰³ Griffin se acogió al silencio, y la parte acusadora, en su intervención final dijo: “Essie Mae esta muerta. Ella no puede contaros su lado de la historia. La defensa no lo hará.”¹⁰⁴

En la Constitución de California en la cláusula de no-comentario se establece en su artículo 1 que: “En cualquier caso penal, si el procesado testimonia o permanece en silencio, su fracaso en dar una explicación o negar a través de su testimonio la evidencia

¹⁰²Corte Suprema de los Estados Unidos. *Dickerson v. Estados Unidos*, Sentencia de Fondo. 26 de Junio de 2000 <https://www.oyez.org/cases/1999/99-5525> (acceso: 20/09/2018)

¹⁰³ Corte Suprema de los Estados Unidos. *Griffin v. California*, Sentencia de Fondo. 28 de Abril de 1965. <https://www.oyez.org/cases/1964/202> (acceso: 20/09/2018)

¹⁰⁴ Ídem

o los hechos en el caso que se presenta frente a él, puede ser comentado por la corte y los abogados, y puede ser considerado por la corte o el jurado.”¹⁰⁵

Antes de Griffin, en dos sentencias, *Twining v. New Jersey* (1908) y *Adamson v. California* (1947), la Corte Suprema sostuvo que aun cuando las leyes estatales que permiten comentarios adversos al silencio, estos comentarios no violan la quinta enmienda, la quinta enmienda no era obligatoria para los estados. La Corte entonces cambia de parecer en *Malloy v. Hogan* el derecho o prohibición a la autoincriminación de la quinta enmienda, eran aplicables a la enmienda catorce. Por lo tanto el caso Griffin debería ser gobernado por el precedente de *Malloy v. Hogan* que toma la posición de proteger el silencio, es decir que si el procesado se acoge al silencio, no se puede inferir lo que ese silencio quiso decir, es decir, interpretarlo.

La corte falla a favor de Griffin, pero establece que de la Quinta Enmienda no se desprende la cláusula de no-comentario, o la posibilidad de inferir interpretaciones del acusado. El Juez Douglas, dijo respecto al comentario de la parte acusatoria y el juez, que “es una reminiscencia del ‘sistema inquisitorial penal’, que la Quinta Enmienda prohíbe. Es una pena impuesta por los tribunales por ejercer un privilegio constitucional. Reduce el privilegio al hacer que su afirmación sea costosa.”¹⁰⁶

La Corte observó que la consecuencia lógica de las declaraciones del juez podría ser que un jurado puede considerar como “natural e irresistible” inferir la culpabilidad de un acusado que se negó a declarar mientras poseía hechos sobre las pruebas en su contra. Pero que la afirmación del juez “magnificó esa inferencia en una pena por afirmar un privilegio constitucional”¹⁰⁷; sin embargo, reconoce que el comentario del juez sobre la negativa a declarar “solemniza el silencio del acusado como evidencia contra él.”¹⁰⁸

3.3.4 Salinas c. Texas

El caso de Genovevo Salinas, es que en Diciembre de 1992 se descubrieron dos asesinatos en Houston. Salinas voluntariamente fue a la policía, y después de responder consistentemente las preguntas de la policía por una hora, al preguntarle acerca de si la evidencia balística de la escena del crimen podría encajar con la escopeta que guardaba

¹⁰⁵ Ídem

¹⁰⁶ Ídem

¹⁰⁷ Ídem

¹⁰⁸ Ídem

en su casa, Salinas se acoge al derecho al silencio. El análisis balístico demuestra que hay una coincidencia perfecta entre los restos de bala hallados en la escena y la escopeta. Además un testigo reconoce haber visto a Salinas en la escena del crimen y como autor del delito.

El Estado de Texas encuentra culpable del asesinato a Salinas en 1993, pero no lo pudieron capturar hasta el 2007. La corte permitió introducir evidencia del silencio de Salinas desde el primer interrogatorio policial, a pesar de las objeciones de la defensa acerca del privilegio de la Quinta Enmienda contra la autoincriminación, esté bajo custodia o no al momento del interrogatorio. Salinas argumentó en la apelación que la corte había errado cuando admitió evidencia de su pre-arresto, que se encontraba bajo la protección del silencio pre-Miranda, pero la corte de apelación no reconoció dicho error y sostuvo la condena por asesinato. La Corte de Apelación sostuvo que ni el más alto tribunal de Texas ni la Corte Suprema habían revisado la admisibilidad de silencio pre-arresto, o pre-Miranda, y que las cortes estatales se encuentran divididas sobre el tema, pero tomó la posición de las cortes estatales que aceptan dicho silencio como admisible.¹⁰⁹

La Corte Suprema en una decisión de 5 a 4, es decir reñida, en la que el voto dirimente fue el de Anthony Kenedy que optó por el bando conservador de la corte, decidió que si la Quinta Enmienda, el privilegio a no autoincriminarse, no se invoca específicamente por la defensa, el silencio puede usarse en su contra en una corte. Es decir, que el derecho a permanecer estrictamente en silencio ya no es aplicable. Esto pone en duda todo el esquema jurisprudencial que han manejado históricamente. Ya que incluso en el caso de acogerse al silencio, el derecho debe ser verbalizado como tal.¹¹⁰

Esto parecería anunciar que poco a poco hay un retroceso en los derechos, y sobre todo hay un retroceso en el derecho al silencio. Siendo un Derecho Humano, cada vez que se restrinja o limite el derecho los jueces deben tener una conciencia plena de que sus sentencias podrían reforzar la conciencia de que el derecho al silencio es un Derecho Humano o en su defecto devaluar el derecho, a tal punto que el silencio se pueda usar en contra del acusado.

¹⁰⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos. Salinas v. Texas, Sentencia de Fondo. 17 de Junio de 2013. <https://www.oyez.org/cases/2012/12-246> (acceso: 20/09/2018)

¹¹⁰ Idem.

El defecto del sistema anglosajón se presenta cuando se eligen jueces, “Justices”, que tienen tendencias regresivas en Derechos Humanos. Esto, porque un fallo actual puede revocar decisiones anteriores que puedan haber tenido otros jueces de la Corte Suprema. Es triste pensar que el sistema que mejor se puede acoplar al cambio puede terminar siendo cooptado por un grupo conservador que no busque un progreso en los derechos de los procesados. Este fallo evidencia que la tendencia Norteamericana es la regresión de derechos, incluso los contenidos en su Constitución como es la Quinta Enmienda, dejando en claro que los jueces al decidir son más políticos que juristas.

4 CAPÍTULO III: EL CASO ECUATORIANO

4.1 Doctrina, legislación y jurisprudencia aplicables

4.1.1 El principio de inocencia, la no-autoincriminación, el derecho al silencio

Como ya se ha establecido en los diversos casos del derecho común anglosajón, el derecho al silencio nace a partir del derecho a la no-autoincriminación, que a su vez nace del principio y presunción de inocencia. En el caso ecuatoriano, estos derechos no resultan extraños y más bien se encuentran en nuestro sistema como piedras angulares de un sistema de derecho penal que se denomina garantista.

El principio de inocencia nace de la necesidad de un sistema que pueda afirmar con certeza que el reo ha cometido en efecto el delito del cual se lo imputa. Nace del cambio de esquema de acusación de un sistema inquisitorial a un sistema acusatorio donde se reconoce a un sujeto de derechos. Como bien lo establece Xavier Andrade “No se olvide que en un proceso inquisitorial era considerado y se configuraba como un objeto y no parte procesal, sujeto de derechos, como lo es en el sistema acusatorio, por lo que lograr su confesión era el fin a llegar.”¹¹¹ El principio de personalidad del acusado “que tiene básicamente sustento en el reconocimiento y tutela constitucional a su estado de inocencia y defensa en juicio (...)”¹¹² se reconoce como piedra angular del sistema acusatorio. Debemos referir a Alvaro Pérez Pinzón, que va más allá y plantea que este principio requiere “impedir la creación de estigmas y etiquetas que socioculturalmente

¹¹¹ Xavier Andrade. “A propósito de la autoincriminación en un proceso penal”. *Revista Novedades Jurídicas de Ediciones Legales*, Año VIII, Número 55, (2011), p. 56.

¹¹² Eduardo Jauchem. *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2007. p.68

puedan marcar a una persona.”¹¹³ Ya que al hacerlo de cierto modo se estaría creando un juicio social paralelo al juicio en sentido jurídico como bien lo establece Andrade.¹¹⁴ José Eduardo Vásquez Rossi va más allá y establece que “El principio deriva del estado de inocencia, pero también del fundamental reconocimiento de la dignidad personal y del principio de humanidad y reacciona contra los antecedentes del proceso inquisitivo, que hacía de la confesión la ‘reina de las pruebas’ y preveía el uso legal del tormento para arrancarla (...)”¹¹⁵. El contrapunto a la presente tesis sería la noción socialmente aceptada de que cuando una persona se acoge al silencio es porque no tiene palabras para defenderse como en el dicho “El que calla otorga”.

Respecto a la prohibición de autoincriminación, es una prohibición de autoincriminación vale la pena revisar cuando esta prohibido y cuando no. Xavier Andrade establece que

(...) la mayoría de posturas frente al tema son unánimes en apuntalar que la autoincriminación será válidamente admitida, siempre y cuando sea libre y voluntaria, esto es, sin vulneración de la libertad física o psíquica del acusado, vale decir, será jurídica y procesalmente valorada si es hecha sin coacción de naturaleza alguna.¹¹⁶

Así nuestro código premia con una reducción de la pena la confesión del delito, este tipo de procesos se conoce en nuestra legislación como proceso abreviado donde hay un premio en la reducción de la pena por abreviar el proceso. Nace del latín *nemotenetur se ipsum accusare* (nadie tiene que acusarse a sí mismo)¹¹⁷ y se constituye como una de las garantías fundamentales en el derecho penal en los diversos sistemas. Lo que coloca la carga de probar más allá de la duda la culpabilidad del procesado a quien acusa, en este caso la fiscalía o la acusación particular. Esto refiere a otro aforismo *Actore non provente, reus absolvitur* (Si el actor de un juicio no prueba, se absuelve al demandado). Esto ratifica a su vez que este principio deviene de la presunción de inocencia.

En otros sistemas, como el de Australia, se considera al derecho de no-auto incriminación como privilegio y no como derecho, nuestra constitución lo incluye

¹¹³ Álvaro Pérez Pinzón. *Los principios generales del proceso penal*. Bogotá: Gigiprint Editores EU, 2008. p.55

¹¹⁴ Xavier Andrade. “A propósito de la autoincriminación en un proceso penal” *Revista Novedades Jurídicas de Ediciones Legales*, Año VIII, Número 55, (2011), p. 56.

¹¹⁵ Jorge Eduardo Vásquez Rossi. *Derecho procesal penal, La realización penal. Conceptos generales, Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 282

¹¹⁶ Xavier Andrade. “Consecuencias jurídicas de los derechos del procesado derivadas de su operatividad constitucional.” *Revista Iuris Dictio*, Año 2013, Número 15, (2013), p. 137

¹¹⁷ Carlos Alberto Carboné. “Medidas coercitivas ‘En el cuerpo y alma’ del imputado frente a la prueba ante la prohibición de autoincriminación”. *Revista de Derecho Procesal Penal*. (2006), p.190

textualmente como un derecho. Esta diferencia, aunque pueda parecer insignificante es absolutamente relevante, porque es lo que nos permite entender hasta donde se puede exigir una obligación correlativa. Hohfeld, ha hecho un análisis del sistema legal estructurando donde correlaciona los deberes con los derechos y los privilegios o libertades con no-deberes. La tabla de Hohfeld los correlaciona de la siguiente manera:

Derecho	Privilegio o libertad	Potestad	Inmunidad
Deber	No-Deber	Sujeción	Incompetencia

Las posiciones jurídicas subjetivas correlativas de “derecho subjetivo” (en sentido propio) y “deber” (en sentido propio) del primer grupo se fundamentan en normas regulativas. Un individuo tiene un derecho subjetivo cuando, con fundamento en una norma jurídica regulativa, otro u otros se encuentran a su respecto en el deber de realizar o de abstenerse de realizar una acción

c.- La relación de “libertad-no derecho” del primer grupo y la relación de “inmunidad-incompetencia” del segundo grupo connotan, respectivamente, la ausencia de normas regulativas y la ausencia de normas de competencia. En consecuencia, las situaciones de “libertad”, “no derecho”, “inmunidad” e “incompetencia” no son posiciones jurídicas subjetivas adscritas a los sujetos por normas.¹¹⁸

Esto quiere decir que, en el sistema anglosajón, no se habla de un derecho subjetivo, se habla más bien de un espacio no regulado, de una libertad o privilegio. Es decir, que lo que existe es una no regulación sobre la posibilidad de acogerse al silencio, permitiendo que se acoja siempre que su libertad no vulnere la esfera de libertad del otro, lo que permite otorgarle por otro lado al juez una potestad de evaluar cuando es necesario una confesión por parte del acusado. Es decir, de cierto modo en el sistema anglosajón hay una sujeción del sujeto procesal ante el juez, mientras que en nuestro sistema al consagrarse como derecho, hay un deber judicial de respetar el derecho a no auto incriminarse lo que incluye el derecho a guardar silencio. Nuestro sistema en todo caso garantiza un mayor respeto al silencio, busca en esencia que el derecho a guardar silencio se pueda encontrar limitado únicamente por la ley. Lo reconoce como derecho subjetivo no como privilegio procesal, que ante una situación determinada puede retirarse por una potestad judicial.

En la práctica este ejercicio de correlativos presenta algunos problemas como en la mayor parte de Latinoamérica se hace la crítica de que ante los Derechos Humanos, derechos subjetivos los correlativos tienden a confundirse, a no aplicarse. Por esto, no

¹¹⁸Wesley Newcomb Hohfeld: *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, en Walter Wheeler Cook. (ed.). *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, London: Yale University Press, 2010.pp. 65-114.

extraña la posibilidad de que, en Ecuador, aunque en teoría tengamos un derecho que protege de mejor manera estas garantías procesales, en la práctica nos encontremos con el problema de su aplicación. Por otro lado, tiene sentido que el sistema anglosajón se lo plantee como una libertad o privilegio ya que la principal fuente de su derecho es la jurisprudencia que se va adaptando a las necesidades legales de la sociedad. Al ser un privilegio la práctica judicial puede modificar ese privilegio, ya que no consta necesariamente como derecho subjetivo.

4.1.2 Legislación aplicable

Nuestro sistema legal reconoce una jerarquía normativa superior a la constitución y los instrumentos de Derechos Humanos que sean más favorables, que hemos denominado bloque de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad reconoce tanto en los instrumentos de Derechos Humanos que hemos ratificado, como en nuestra constitución el principio o presunción de inocencia. La Constitución Ecuatoriana en su artículo 76 se estipula:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.¹¹⁹

Establece el principio de inocencia por el cual hasta que se demuestre lo contrario el procesado debe permanecer en su estatus de inocencia. Garantía fundamental de un sistema penal subjetivo y no objetivo como el que existía en La Inquisición.

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: (...)

4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. (...)

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye: (...)

b) Acogerse al silencio.

c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.¹²⁰

Por otro lado, encontramos el derecho a guardar silencio y el derecho a no-auto incriminarse dentro del llamado derecho a la defensa del procesado. Se encuentran en la constitución como garantías básicas. Son garantías del ejercicio del derecho a la defensa

¹¹⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹²⁰ Ibidem. Artículo 77.

y como tales se encuentran por encima de la legislación orgánica. En el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 508 reconoce que:

Art. 508.- Versión de la persona investigada o procesada.- La persona investigada o procesada deberá rendir su versión de los hechos, previa comunicación de su derecho a guardar silencio, de conformidad con las siguientes reglas:

1. En ningún caso se le obligará, mediante coacción o amenaza física, moral o de cualquier otra índole, a que declare sobre asuntos que puedan ocasionarle responsabilidad penal o inducirlo a rendir versión contra su voluntad ni se le hacen ofertas o promesas para obtener su confesión.¹²¹

Correspondiendo las reglas acerca de la no autoincriminación así como el derecho al silencio que se encuentran en nuestra constitución. Sin embargo, estos derechos deben ser comunicados una vez la persona se encuentre procesada, posteriormente, se establece que:

Art. 533.- Información sobre derechos. La o el juzgador deberá cerciorarse, de que a la persona detenida se le informe sobre sus derechos, que incluye, el conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordena, los agentes que la llevan a cabo y los responsables del respectivo interrogatorio. También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de una o un defensor público o privado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.¹²²

Estableciendo que en el momento de la detención debe informarse el derecho a guardar silencio, lo que llamamos antes “Miranda Warnings” y que en caso de que no se le haya informado el juzgador debe cerciorarse de que se le informe de sus derechos. Se evidencia los Derechos Miranda tanto antes de ser procesado, al momento de la detención, como al momento del proceso, el interrogatorio.

Al momento del interrogatorio, se incluye incluso el derecho a objetar los comentarios acerca del silencio del procesado. En su artículo 569, el COIP reconoce que: “Art. 569.- Objeción.- Las partes podrán objetar con fundamento aquellas actuaciones que violenten los principios del debido proceso, tales como: 3. Comentarios relacionados con el silencio de la persona procesada.”¹²³ Lo cual afirma la característica de que ese silencio no se puede usar en contra del procesado, y que es su derecho, imponiendo una obligación correlativa de respetarlo. El derecho entonces contempla en distintas partes del ordenamiento jurídico el derecho al silencio y no lo limita de ninguna manera, es decir no permite hacer inferencias con respecto al silencio en ningún

¹²¹Código Orgánico Integral Penal. Artículo 508. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

¹²²Ibidem. Artículo 533.

¹²³Ibidem. Artículo 569.

caso como el derecho inglés. Parece ser un silencio absoluto, ni hace distinción entre el silencio antes y durante el proceso.

Uno de los casos que presenta complicaciones es cuando el silencio es parcial, cuando el acusado da una versión ante la fiscalía, y luego decide acogerse al silencio. No encontramos ninguna guía dentro de nuestro ordenamiento para este tipo de casos, pero ya que la versión no es prueba, y la prueba debe practicarse en la audiencia, el acusado que rindió una versión puede decidir acogerse al silencio durante el proceso. Pero por otro lado si el acusado ha rendido testimonio en la audiencia de juicio, no puede acogerse al silencio en las preguntas del fiscal, o dicho silencio si debería poder ser interpretado en el contexto de lo que dijo previamente. Así lo reitera Xavier Andrade cuando dice

Si un procesado decide declarar en etapa de investigación podrá acogerse al derecho al silencio en el futuro, si así lo decide, en la audiencia de juicio. Pero si decide declarar en la audiencia ya no podrá acogerse al silencio en el supuesto caso que el fiscal decida conainterrogar, por dos motivos. El primero de carácter formal, porque el testimonio es indivisible (medio de defensa material) y el segundo, más de carácter psicológico, porque al requerir información el fiscal sobre el imputado, al negarse, dejará el sabor en el juzgador de que se oculta “algo”.¹²⁴

Por lo tanto, solo en el caso de haber declarado durante la audiencia de juicio, debe darse una interpretación del silencio del procesado, porque hay un contexto legal del cual podemos sacar conclusiones. Pero en caso de que ese silencio sea autoincriminatorio, es una estrategia absurda ya que mediante la aceptación verbal de la comisión del delito hubiera obtenido el premio de la reducción de la pena como veremos luego.

4.1.3 El Caso de la Jurisprudencia Obligatoria

Las potestades de la Corte Constitucional respecto a los dictámenes interpretativos que constituyen jurisprudencia obligatoria se encuentran en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En su artículo 159 estipula: “Naturaleza y efectos del dictamen interpretativo. Los dictámenes interpretativos de la Corte Constitucional tienen carácter vinculante general desde el momento de su publicación en el Registro Oficial.”¹²⁵ En nuestro estudio de la Corte Constitucional así como en diversos libros que dedican varias páginas a los fallos

¹²⁴ Xavier Andrade. “Consecuencias jurídicas de los derechos del procesado derivadas de su operatividad constitucional.” *Revista Iuris Dictio*, Año 2013, Número 15, (2013), p. 138

¹²⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 159. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

interpretativos de la Corte Constitucional, no se encontró referencia a un fallo que amplíe o modifique el entendimiento con respecto al derecho a acogerse al silencio. Sin embargo, es muy complejo descartar que no exista alguna, por lo que nos remitimos a la experticia en materia penal del penalista Xavier Andrade que refiere que “[En Ecuador] no existe pronunciamiento jurisprudencial al respecto que se conozca.”¹²⁶

Por otro lado, la otra fuente jurisprudencial es la Corte Nacional de Justicia mediante sus fallos de triple reiteración con la misma opinión sobre un mismo punto de derecho. Aquí se podría entrar en la discusión de si el silencio en nuestro ordenamiento constituye un hecho o un derecho, ya que si fuere un hecho el fallo de la Corte no podría modificar la interpretación de los hechos solo del derecho. Pero a todas luces podemos decir que lo que se encuentra en discusión es el derecho a acogerse al silencio, como derecho, y no el silencio como hecho. La Constitución de la República contiene esta facultad en su artículo 185 al enunciar:

Art. 185.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.¹²⁷

Para el presente trabajo se consultó distintas gacetas judiciales y libros que recopilan los fallos de triple reiteración, pero no encontramos nada respecto al derecho al silencio. Sin embargo, en la posibilidad de que existiesen tres fallos sobre un mismo punto de derecho que todavía no hayan sido sistematizados por la Corte Nacional de Justicia, buscamos sentencias de la Corte Nacional que fallaran en torno al silencio con un mismo criterio. Exponemos en la siguiente parte el análisis correspondiente de dichas sentencias. Pero en la experiencia que hemos tenido podemos concluir que por el momento el Pleno de la Corte no se ha reunido a discutir un mismo punto de derecho, y que tampoco ha reiterado en ocasiones anteriores jurisprudencia vinculante respecto al derecho a acogerse al silencio.

¹²⁶ Xavier Andrade. “A propósito de la autoincriminación en un proceso penal”. *Revista Novedades Jurídicas de Ediciones Legales*, Año VIII, Número 55, (2011), p. 56.

¹²⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 185. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

4.2 Análisis cuantitativo y cualitativo de sentencias ecuatorianas

4.2.1 Sentencias

Para el presente trabajo hemos hecho una búsqueda tanto física como virtual en las herramientas que la Universidad nos brinda, acerca de las sentencias de casación donde se menciona la palabra silencio. El resultado de la búsqueda nos arrojó 2000 sentencias de las cuales solo en trece los procesados se acogieron al silencio.¹²⁸ En las otras el juez cumpliendo con el mandato constitucional informaba a los procesados acerca de su derecho a guardar silencio. Por lo tanto, nuestro análisis se limita a esas trece sentencias y las estadísticas por tanto son de este reducido número de sentencias. Todas sentencias de casación, y todas sentencias que en primera instancia eran condenatorias. De las sentencias de primera instancia se casan nueve, es decir, casi dos tercios de las sentencias. Pero la razón por la que se casan no es por una indebida aplicación del derecho al silencio o por una indebida motivación, sino por otras razones como mala aplicación de tipos penales o violaciones a la ley subjetiva y no a la ley procesal. De las nueve casadas solamente una se casa por una indebida aplicación del silencio, y de las ocho restantes solo en una se revierte la pena. El resto de las sentencias mantienen la condena, pero la reducen o modifican de alguna manera. En el caso de las otras cinco, donde los sujetos se acogen al silencio, no se casa la sentencia aunque hayan violaciones directas al debido proceso y a los principios de la ley penal.

La manera en que los jueces deciden acerca de los casos no es muy clara, y muchas veces parece que no llegan a un convencimiento. En la exposición de las

¹²⁸ Los números de las causas son los que siguen:

1. Juicio no.828-MB-2010 de la Gaceta Judicial 12 de 30 de Abril de 2012
2. Juicio no.61-2010 del Expediente de casación 61 del Registro Oficial de Edición Especial 1
3. Juicio no.54-2007 del Expediente de casación 54 del Registro Oficial 585 de 7 de mayo de 2009
4. Juicio no.10-2006 del Expediente de Casación 742 del Registro Oficial 742 de 7 de agosto de 2007
5. Juicio no.982-09-OR del Expediente de Casación 982 del Registro Oficial Edición Especial 375
6. Juicio no.388-2006 del Expediente de Casación 388 del Registro Oficial Suplemento 132 de 19 de febrero de 2010
7. Juicio no.85-09 del Expediente de Casación 85 del Registro Oficial Edición Especial 360
8. Juicio no.81-04 del Expediente de Casación 659 del Registro Oficial 119 de 6 de octubre de 2005
9. Juicio no.582-2013-VR de la Gaceta Judicial 13 de 14 de noviembre de 2011
10. Juicio no.0035-2012 de la Gaceta Judicial 12 de 26 de abril de 2012
11. Gaceta Judicial 3 Serie 16 de 24 de enero de 1995 (Delito de Tráfico de Estupefacientes)
12. Juicio no.270-2012 de la Gaceta Judicial 12 de 8 de junio de 2012
13. Juicio no.498-03 del Expediente de Casación 646 del Registro Oficial 102 de 13 de septiembre de 2005.

razones usualmente enumeran las pruebas y las corresponden a los hechos, pero nunca analizan a profundidad si esos argumentos se corresponden ni le atribuyen un valor procesal al silencio. El silencio queda fuera de los considerandos por los cuales el juez falla a favor o en contra de una de las partes. En un proceso de accidente de tránsito que resulta en la muerte de uno de los involucrados, el sujeto se acoge al silencio y en el fallo la Corte Nacional se limita a decir

se acepta el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía, por indebida aplicación del Art.121 literales b) y d) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestres, Tránsito y Seguridad Vial, así como la indebida aplicación del Art.73 del Código Penal; por lo que se casa la sentencia impugnada, reparando los errores de derecho y se declara a Alejandro López Tamayo como autor y responsable del delito tipificado y sancionado por el Art.127 literal d) de la Ley orgánica de Transporte Terrestres, Tránsito y Seguridad Vial, imponiéndole la pena de tres años de prisión suspensión de su licencia de conducir por igual tiempo y multa de veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general.¹²⁹

En otro proceso similar, se muestra en cambio una buena motivación pero se elude mencionar el silencio del procesado al decir,

En el presente caso no existe contradicción entre la parte resolutive de la sentencia y las partes motiva y expositiva, así mismo del texto de la sentencia no aparece alguna equivocación al valorar la prueba sino existe concordancia en el detalle y análisis de la misma, pues con precisión establece la existencia de la infracción de tráfico de drogas contempladas en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, con los correspondientes análisis químicos y testimonios propios de los respectivos peritos, de la especie incautada el 17 de septiembre de 2001; y en cuanto a la responsabilidad de los encausados, ésta se encuentra justificada con las respectivas pruebas materiales y testimoniales ya detalladas.¹³⁰

Sin embargo, este tipo de motivaciones no son la norma dentro de los procesos la mayoría solo afirma vagamente que no le queda duda del cometimiento del ilícito y que las pruebas son suficientes. Por ejemplo cuando establece

La sanción aplicada por (...) el inferior no viola la ley y está aplicada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, aplicando justamente la pena impuesta al procesado por el delito pesquisado. En cuanto al recurso interpuesto por el acusado, se observa que la sentencia recurrida si reúne todos los requisitos establecidos en los Arts. 304A y 309 del Código de Procedimiento Penal.”¹³¹

Donde no explica por qué aplicó bien las reglas de la sana crítica ni por qué la pena impuesta es justa. Parece que es como ese pasaje del derecho francés citado antes donde al juez lo único que hay que preguntarle es si tiene la convicción de culpabilidad del procesado. La motivación supone una explicación racional del fallo, no supone un

¹²⁹ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Causa No. 270-2012, de 8 junio de 2012.

¹³⁰ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Causa No. 498-03, de 29 de Septiembre de 2004.

¹³¹ Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Causa No. 85-09, de 3 de Mayo de 2011.

método exhaustivo de análisis de todas las pruebas y hechos del caso, pero supone un análisis de los argumentos relevantes como bien establece la norma. Enunciar que se ha comprobado que no existe equivocación al momento de valorar la prueba, sin fundamentar racionalmente qué pruebas, ni qué hechos han llevado al juzgador a esa conclusión demuestra una motivación deficiente.

Sin embargo, la corte parece tener muy claro incluso de manera doctrinaria el recurso de casación, no hay un error en conceptos, sino en el ejercicio de la casación. Esto se evidencia cuando dice:

Olivia Santos define ‘El recurso de casación es un recurso devolutivo extraordinario ante el grado supremo de la jerarquía judicial. Por su carácter extraordinario procede únicamente si concurren los supuestos y requisitos especiales determinados en la ley’ (...) ‘la revisión o control de aplicación de la ley hecha por los Tribunales de instancia (función monofilática) y la unificación de criterios jurisprudenciales. A esta doble función clásica se ha añadido una tercera: la de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales (...) la casación penal cumple también la función de velar por el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido.’ (...) En el segundo supuesto, cabe la violación indirecta cuando se ha producido una inadecuada admisibilidad de un medio de prueba, como cuando se valora una prueba ilícita; o cuando este medio de prueba siendo admisible no ha sido admitido; y, cuando ha mediado un error de derecho en la aplicación de las reglas de valoración de la prueba, como el admitir una prueba no anunciada y perdida, no ordenada y no practicada en la audiencia de juzgamiento; o cuando se ha omitido la valoración de pruebas que jamás fueron presentadas; (...) también cabe en éste motivo de impugnación la defectuosa omisión del fallo de instancia o la insuficiente motivación, así como la incongruencia que se produce por los vicios de petición tales como la ultra petita, la extra petita y la citra petita.¹³²

La corte de casación parece tener muy claro los casos en los que aplica el recurso de casación y tienen una disquisición teórica muy rica. Pero al momento de ejecutar su decisión fundamentada en casación no motivan adecuadamente, y con un argumento simple y de cierto modo arbitrario, justifican que el tribunal en cuestión aplicó bien las reglas de la sana crítica y la justificación de su decisión respecto al delito cometido.

4.2.2 Sentencia de casación sobre un punto del derecho

Quisiera detenerme en el análisis de una sentencia del 14 de septiembre de 2006 que si aplica bien los preceptos legales de la casación. De la cual sostendré un análisis de lo que podría hacerse con un triple fallo sobre el mismo punto de derecho. La antigua Corte Suprema de Justicia en su Segunda Sala de lo Penal, conoce un caso donde hay una flagrante violación a la ley en un caso de Accidente de Tránsito. La Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Chimborazo, el 5 de septiembre de 2005 resuelve la

¹³² Idem

apelación de la causa, y revoca el fallo absolutorio o ratificatorio del estado de inocencia de la corte inferior y dicta sentencia condenatoria en contra de Marcelo Toledo Ortiz, a quien imputa el delito del Artículo 74 de la Ley de Tránsito y Transporte terrestres, le impone la pena atenuada de tres años de prisión correccional. Marcelo Toledo Ortiz somete a casación la sentencia sosteniendo que se han vulnerado varias normas tanto constitucionales, garantías del debido proceso y otras normas contenidas en la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres.¹³³

La sala realiza ciertas puntualizaciones

1.- Dos son los presupuestos necesarios para que se dicte sentencia condenatoria en un proceso penal: a) Que se compruebe conforme a derecho la existencia material del delito objeto del mismo; y b) Que se establezca la culpabilidad del acusado y por ende su responsabilidad penal. Presupuestos que se han de comprobar, por cualesquiera de los medios de prueba establecidos en la ley procesal penal, que han de ser pedidos, ordenados, practicados e incorporados en el juicio. (...) 2.- En relación a la existencia material de la infracción grave de tránsito, lo juzgadores con certeza la declaran estar probada, efectuando un extenso y detallado análisis y valoración de la prueba que la consignan en el considerando segundo (...) 3.- En el considerando tercero se hace referencia a las versiones de María Rafaela Lema Quegla, Violeta Garcés Méndez, Paúl Tello Amores, pero en definitiva no las valora el juzgador, pues en el considerando cuarto de la sentencia de segunda instancia, dicen: ‘Cierto que en la audiencia de juzgamiento no aparece que se ha presentado la madre de la agraviada y ningún testigo de cargo, pero esto no quiere decir que el delito grave de tránsito deba quedar en la impunidad; porque la perpetración del ilícito y que fue este quien manejaba su vehículo, el día y hora de los hechos, justificándose con la prueba material ratificada en la audiencia y que no ha sido desvirtuada de falsa, que el imputado se encontraba completamente embriagado (...) prueba material idónea con la que por sí solo es suficiente para condenar por más que no se hayan presentado testigos a declarar en la audiencia de juzgamiento’ Sobre estas afirmaciones cabe resaltarse que: a) Que el testimonio de la ofendida, en este caso, conforme lo estipula el Art.140 del Código de Procedimiento Penal no es obligatorio ni imprescindible, por no haber comparecido como acusadora particular; b) La afirmación de los juzgadores en el sentido de que al haberse acogido al silencio el acusado, ‘implícitamente y de alguna manera está aceptando la perpetración del ilícito y de que fue este quien manejaba su vehículo, el día y hora de los hechos.’¹³⁴

Este caso ilustra perfectamente el rol de una corte de casación y no porque le de la razón al procesado que se acoge al silencio, sino porque justifica sus decisiones, motiva sus razones para tomar una decisión, y resuelve conforme al derecho. El recurso entonces se otorga, y se encuentra una vulneración no a la motivación sino a la garantía procesal de acogerse al silencio. El juez vulnera el derecho del procesado al decir que ‘implícitamente y de alguna manera está aceptando la perpetración del ilícito y de que

¹³³ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Causa No. 10-06, de 14 de Septiembre de 2006.

¹³⁴Ídem

fue este quien manejaba su vehículo, el día y hora de los hechos.’¹³⁵ ya que está prohibido interpretar el silencio del procesado. La Corte Suprema establece que

se acepta el recurso de casación interpuesto por el acusado Marcelo Cristóbal Toledo Ortiz (...) se revoca la sentencia condenatoria dictada en su contra y se lo absuelve porque toda la prueba de cargo sobre su autoría en el delito de tránsito objeto del juicio se practicó con vulneración de las garantías del debido proceso que rigen la obtención y práctica de la prueba y consecuentemente, carecen de eficacia probatoria en observancia de la garantía del debido proceso contemplada en el numeral 14 del artículo 24 de la Constitución Política.¹³⁶

Lo que no deja de sorprender del caso es que, aunque la vulneración es evidente existe un voto salvado por parte de Luis Abarca Galeas. Pero este caso es atípico, porque un juez influenciado por el silencio, usualmente, no va a justificar abiertamente su decisión en el silencio del procesado. Este caso abre la puerta a que la Corte Nacional de Justicia en otros casos donde se acojan al silencio, falle sobre el mismo punto y desarrolle el derecho al silencio en el sistema ecuatoriano, dándole no solo una norma legal sino una práctica jurisprudencial reiterada que efectivice el derecho.

De cierto modo, se podría demandar una Acción Extraordinaria de Protección por la vulneración de un derecho constitucional mediante una sentencia o actuación judicial. En ese caso la Corte Constitucional podría dar una Sentencia Interpretativa que desarrolle el silencio y se establezca si la protección es antes o solamente durante el proceso, y que efectos o consecuencias tiene el vulnerar este derecho antes o durante el proceso, si causa su nulidad absoluta, o si es subsanable. Incluso se podría plantear una consulta en abstracto a la Corte Constitucional para que esclarezca el derecho al silencio, y lo que significa una motivación adecuada frente a este derecho. Sin embargo, todas estas opciones, aunque son realistas y no utópicas, presentan dificultades, sobre todo en el plano social.

4.3 Los problemas que presenta el silencio en la práctica ecuatoriana

4.3.1 La construcción de un enemigo a través del silencio

Como hemos intentado establecer en el capítulo uno el silencio trasciende las barreras del derecho y se instala de cierta forma en el imaginario colectivo de la sociedad. Desarrollamos una amplia discusión acerca de la existencia o inexistencia del silencio desde un punto de vista fenomenológico y existencialista. De la cual deviene la

¹³⁵Ídem

¹³⁶Ídem

teoría de que el silencio se constituye por la negatividad, es decir como negación de la palabra. Al negar la palabra se constituye por tanto como una negación propia del discurso, como una negación de tener un discurso. El procesado que se acoge al silencio por tanto maneja un no-discurso, que no por su existencia en el plano de la negación se encuentra fuera de las redes de poder. Pero el no-discurso se constituye como un discurso anormal, lo cual es respaldado por el hecho que de dos mil sentencias solo catorce se acojan al silencio. Donde predomina el proceso abreviado en el cual el sujeto acepta su culpabilidad. De esto se colige que en el biopoder queda excluido del ejercicio del poder, y tiene que someterse a las relaciones de poder propias de un proceso oral. Como Foucault bien ha establecido, el poder del sujeto se ejerce en principio a través del discurso, y el sujeto silencioso que maneja un no-discurso, entonces queda sometido a la trama del poder discursivo de quienes manejan un discurso normal, un discurso oral.

El discurso penal entonces toma un carácter de peligro, y como bien lo establece Emiliano Borja Jiménez

(...) pero existen otros sujetos que con su comportamiento pretenden destruir el sistema político, jurídico e institucional del Estado o persiguen acabar con toda una civilización. Se situarían así fuera del sistema por voluntad propia, y ello determinaría que no merecieran la condición de ciudadanos, llegándose incluso a afirmar que no tendrían la consideración de personas (...) De este modo, el sistema penal se articularía de dos formas distintas atendiendo a un tipo y a otro tipo de sujetos.¹³⁷

La peligrosidad del individuo entonces se juzga de manera social, y no jurídica como pretendía Jakobs. Porque el discurso anormal del silencio pone en riesgo el ordenamiento jurídico que requiere una respuesta a su sistema donde la oralidad es la normalidad. Es decir que optar por un discurso silencioso, o un no-discurso constituye al sujeto procesal como enemigo.

4.3.2 La disminución de las garantías procesales adecuadas.

La motivación es un ejercicio esencial de la administración de justicia, hace que la sentencia sea razonada y no arbitraria. En la corte de casación los jueces demuestran un conocimiento profundo de lo que es la casación, pero muchas veces cometen los errores que están llamados a encontrar en los jueces de instancias inferiores. El problema esencial se encuentra en que muchas veces lo que hacen es enumerar las pruebas, los hechos, y las normas, pero no los relacionan para sacar una conclusión

¹³⁷ Emiliano Borja Jiménez. "Globalización y Concepciones del Derecho Penal". *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXIX. (2009). p. 22

lógica. Esto no es una motivación adecuada ya que no se justifica racionalmente, sino que solo son elementos que parece que no estuvieren interrelacionados.

El Código Orgánico de la Función Judicial reconoce que:

Art. 130.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

1. Cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios;
2. Velar por una eficiente aplicación de los principios procesales;
3. Propender a la unificación del criterio judicial sobre un mismo punto de derecho;
4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;¹³⁸

Por lo que se establece lo que antes se argumentaba, que los hechos y las normas deben estar debidamente relacionados, y esos mismos hechos debidamente probados. Es necesario que se respeten las garantías procesales en los juicios y que se apliquen los principios procesales como el principio de inocencia del cual deviene la prohibición de autoincriminación. Las resoluciones no motivadas son nulas, o mas bien dicho anulables, ya que la nulidad debe ser reclamada por la parte interesada.

De las sentencias que recopilamos se encuentran además otras inconsistencias y vulneraciones a otros principios del proceso. Por ejemplo, un proceso donde se declara inocente en primera instancia a un procesado, luego se revoca la sentencia y se condena por robo calificado, y finalmente en casación se sostiene que no hay congruencia entre los hechos y el acto acusado y se caza parcialmente la sentencia encontrando culpable de robo, no calificado, al procesado. Esto vulnera el principio de congruencia, ya que el delito por el cual se le acusó fue robo calificado y no robo.¹³⁹ En la misma sentencia establece que

Toda resolución o sentencia debe ser debidamente motivada (...) Por la motivación de la sentencia se asegura la publicidad de la conducta de los jueces y el control del pueblo sobre el desempeño de sus funciones, lo que es de la esencia del régimen republicano. Por ella podrán también los interesados conocer las razones que justifican el fallo y resolver su aquiescencia con él o su impugnación; el tribunal que servirá, en fin, para crear jurisprudencia, entendida como el conjunto de enseñanzas que derivan de las sentencias judiciales.¹⁴⁰

En otro de los casos al final de la sentencia estipula

¹³⁸ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 130. Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009.

¹³⁹ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Causa No. 452-2012, de 30 de Abril de 2002.

¹⁴⁰ Ídem

Por estas consideraciones y haciendo una ponderación constitucional de la proporcionalidad de la pena, de las circunstancias como se cometió el delito y de los demás factores antes enunciados (...) declara parcialmente procedente el recurso presentado y reformando la pena impuesta, les impone a los procesados (...) la pena de dos años de prisión correccional (...)¹⁴¹

Donde no se motiva como hizo la ponderación constitucional ni de donde sale su análisis de proporcionalidad de la pena. Es evidente que no hay una justificación, no conecta la conclusión a las reglas, sino que, en un ejercicio abstracto, por no decir arbitrario, aplica una pena al procesado que no se encuentra debidamente motivada. No hay ningún examen de proporcionalidad para la reducción de la pena, ni un examen donde se dilucide la lógica del juez en la ponderación constitucional.

Esto concuerda con el “Derecho Penal del Enemigo” cuando Díez Ripollés dice El Derecho penal que ha de regir para ellos debe ser sustancialmente distinto al vigente para los ciudadanos, ha de ser uno militante, encaminado a neutralizar su peligrosidad, y en el que las garantías son reducidas y la pena ya no busca reafirmar la vigencia de la norma, sino asegurar el mantenimiento extramuros de la sociedad de estos individuos.¹⁴²

Donde se evidencia que el Derecho Penal del Enemigo cuenta con garantías reducidas, entre esas el derecho a que se motiven adecuadamente sus resoluciones.

4.3.3 El proceso Abreviado: ¿“Derecho Penal del Amigo”?

Frente al “Derecho Penal del Enemigo” existe un sistema análogo que para el presente trabajo he decidido denominar como “Derecho Penal del Amigo”, no “Derecho Penal del Ciudadano” como Jakobs pretendía llamar a un derecho garantista. El “Derecho Penal del Amigo” se caracteriza por el incentivo tanto judicial como fiscal de conseguir confesiones que hagan que el proceso sea lo más breve posible. De aquí se desprende la necesidad de un Proceso Abreviado, donde el fiscal hace un trato con el procesado para reducir la pena. Frente a un sistema que desconoce el silencio como discurso válido y por tanto lo relega al “Derecho Penal del Enemigo”, y reconoce en cambio la contradicción de la acusación fiscal como “Derecho Penal del Ciudadano”, se encuentra a su vez el colaborador del fiscal, quien confiesa haber cometido el delito enmarcado en lo que denomino “Derecho Penal del Amigo”.

Aboso establece que

¹⁴¹ Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Causa No. 61-2010, de 19 de Noviembre de 2010.

¹⁴² José Luis Díez Ripollés. “De la Sociedad de Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado” en *Derecho Penal del Enemigo: El Discurso Penal de la Exclusión. Vol. I*. Montevideo: (2006). p.554

(...) el fomento del procedimiento de juicio abreviado como instrumento optimizante del sistema procesal, grafica de manera inequívoca que el legislador acepta un debilitamiento de los derechos y garantías constitucionales de las personas con el propósito de tornar más operativo el sistema, y desterrar para siempre la sensación de impunidad que transmite dicho funcionamiento en la práctica.¹⁴³

Al hacer mi investigación acerca del derecho al silencio, uno de los pocos jueces dispuesto a ayudarme con mi investigación, Fernando Gonzalez Ortiz, juez de lo penal en Sangolquí, me comentó que un 80% de los casos se resuelve en Procedimiento Abreviado, lo cual es una cifra alarmante. Ya sea porque la fiscalía es tan diligente que en un 80% de los casos que persigue los procesados son culpables o porque los procesados frente a un largo y tortuoso proceso prefieren admitir su culpabilidad y así obtener una reducción en su condena. Por esta razón, soy un escéptico del proceso abreviado, me parece que más que lograr eficiencia procesal, es un mecanismo para que los fiscales logren convicciones, rebajando la pena.

Sin embargo, mi opinión no es compartida por todos, y en este punto Xavier Andrade es muy claro al estipular que,

De lo dicho, la autoincriminación funciona como medio de defensa, esto es, como herramienta de ayuda a la justicia en el esclarecimiento de la verdad material, denota arrepentimiento y además beneficia en la aplicación de una pena, ya que funciona como atenuante de comportamiento. Sin embargo, la autoincriminación no viola el principio de inocencia, ya que éste solo puede ser puesto en duda por elacusador oficial y en juicio debe ser quebrantado por la sentencia en firme, todo ello sustentado en la piedra angular llamada principio de congruencia.¹⁴⁴

El COIP establece las clases de procesos en el artículo 634, y regula el procedimiento abreviado en el artículo 635,

Art. 634.- Clases de procedimientos.- Los procedimientos especiales son:

1. Procedimiento abreviado
2. Procedimiento directo
3. Procedimiento expedito
4. Procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal.¹⁴⁵

Art. 635.- Reglas.- El procedimiento abreviado deberá sustanciarse de conformidad con las siguientes reglas:

1. Las infracciones sancionadas con pena máxima privativa de libertad de hasta diez años, son susceptibles de procedimiento abreviado.
2. La propuesta de la o el fiscal podrá presentarse desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio.
3. La persona procesada deberá consentir expresamente tanto la aplicación de este procedimiento como la admisión del hecho que se le atribuye.

¹⁴³Gustavo Eduardo Aboso. “El llamado “Derecho Penal del Enemigo” y el Ocaso de la Política Criminal Racional: El Caso Argentino” en *Derecho Penal del Enemigo: El Discurso Penal de la Exclusión. Vol. 1.* Montevideo: (2006). p.62.

¹⁴⁴ Xavier Andrade. “Consecuencias jurídicas de los derechos del procesado derivadas de su operatividad constitucional.” *Revista Iuris Dictio*, Año 2013, Número 15, (2013), pp. 137-138

¹⁴⁵Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

4. La o el defensor público o privado acreditará que la persona procesada haya prestado su consentimiento libremente, sin violación a sus derechos constitucionales.
5. La existencia de varias personas procesadas no impide la aplicación de las reglas del procedimiento abreviado.
6. En ningún caso la pena por aplicar podrá ser superior o más grave a la sugerida por la o el fiscal.¹⁴⁶

Sin embargo, el artículo 636 establece en su tercer párrafo que “La pena sugerida será el resultado del análisis de los hechos imputados y aceptados y de la aplicación de circunstancias atenuantes, conforme lo previsto en este Código, sin que la rebaja sea menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal.”¹⁴⁷ Lo que significa que la rebaja siempre será más de un tercio de la pena, y ahí donde entra el poder de negociación de la defensa particular con la fiscalía. Por esta razón llamarlo “Derecho Penal del Amigo” parece adecuado frente a la premiación de la confesión del cometimiento de un delito.

5 CONCLUSIONES

1. Como lo demuestra el estudio comparado, la piedra angular del derecho al silencio deviene en primer lugar de la presunción o principio de inocencia, en segundo término como consecuencia del principio de no autoincriminación y se cimienta en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales.
2. El derecho a acogerse al silencio es tanto un derecho procesal del derecho penal, como un derecho humano, por lo que bajo el principio pro homine, y principio de favorabilidad, se debe aplicar la legislación más favorable al procesado en materia del derecho al silencio.
3. El derecho internacional contempla más garantías del debido proceso respecto del derecho al silencio que el derecho ecuatoriano y transnacional.
4. Es necesaria una mayor regulación del derecho al silencio, ya que la actual legislación y práctica judicial permite un cierto margen de arbitrariedad en cuanto al silencio. Esta regulación tiene dos oportunidades, una de ellas es a través de una iniciativa legislativa que regule el silencio y establezca dentro de la motivación una necesidad de referirse y justificar como se evalúa ese silencio. La otra es que la Corte Nacional dicte dos fallos más reiterando el mismo punto de derecho respecto al silencio o la Corte Constitucional dicte una sentencia interpretativa regulando el derecho a permanecer en silencio.

¹⁴⁶ Íbidem Art. 635

¹⁴⁷ Íbidem Art. 636

5. Asegurar que nuestro sistema jurisprudencial vaya regulando los espacios donde el poder legislativo no ha regulado. Adoptar un modelo mixto, tomando a Colombia y al derecho anglosajón como modelos.
6. Esta regulación debe ir acompañada de una conciencia social de como pensamos el silencio, una conciencia filosófica de como constituimos su análisis en oposición a un análisis lingüístico. Es necesaria una deconstrucción de la manera en que pensamos el silencio, una lucha contra el inconsciente colectivo, contra los lugares comunes, los refranes que establecemos en el silencio.
7. Si no se pudiere deconstruir el silencio, se podría resignificar la manera en que entendemos el silencio. El silencio se puede entender de otra manera, como un límite del razonamiento humano, como si estuviere fuera del alcance de la razón humana. El silencio se constituye como intocable.
8. Se debe asegurar que la corte a cargo de juzgar la mala motivación motive sus propias sentencias de manera adecuada. Que la casación sea un recurso efectivo, y que las faltas al debido proceso sean reconocidas.
9. El “Derecho Penal del Enemigo” más que una categoría netamente jurídica es una construcción social, y como tal cada sociedad aprende a nombrar a sus enemigos, desmontando la teoría de que las instituciones frente a la limitación garantista del “Derecho Penal del Ciudadano” generan un derecho análogo para sus enemigos.
10. Al ser el “Derecho Penal del Enemigo” una categoría social más que jurídica, el ámbito jurídico haría bien en alimentarse de ramas diversas como la filosofía, antropología, o sociología.
11. Es necesario aprender de la experiencia francesa que dejar la aplicación del derecho al buen saber y entender del juez, la “sana crítica”, puede resultar en arbitrariedades, que pueden comprometer los derechos del procesado.
12. Que el modelo anglosajón, en especial el de Estados Unidos, permite herramientas para adaptar del derecho a las sociedades modernas, con sus fallos que van revirtiendo el derecho que queda obsoleto. Pero que a su vez se corre el riesgo de que esas nuevas sentencias sean regresivas en derechos dependiendo de como se compone la corte.

6 BIBLIOGRAFÍA

Doctrina Filosófica

Ana María García Raggio. *Del poder del discurso al discurso del poder*. Buenos Aires: Eudeba, 2002.

Daniel Gihovani Toscano López. *Un estudio del Biopoder en Michel Foucault*. Tesis magistral de filosofía. Universidad Javeriana. Bogota, 2008.

Edmund Husserl, *La Idea de la Fenomenología*. Barcelona: Herder, 2012.

Frederich Nietzsche. *El Anticristo*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1895.

Gilles Deleuze, *Michel Foucault, Filósofo*, Barcelona: Editorial Gedisa, 1990.

Gilles Deleuze. *Foucault*. Buenos Aires: Paidós, 1987.

Jaques Derrida. *De la gramatología*. Mexico: Siglo XXI Editores, 1971.

Jean Paul Sartre. *El ser y la nada*. Buenos Aires: Editorial Iberoamericana, 1954.

Martin Heidegger. *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta, 2009.

Martín Heidegger. *Introducción a la metafísica*. Buenos Aires: Nova, 1956

Michel Foucault. *Arqueología del Saber*.

www.medicinayarte.com/img/foucault_a_arqueologia_del%20_saber.pdf
(acceso: 03/10/2018) p. 233.

Michel Foucault, *El pensamiento del afuera*, Valencia: Editorial Pre-Textos, 1989

Michel Foucault. *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 38.

Michel Foucault. *Discurso y verdad en la antigua Grecia*. Barcelona: Ediciones Paidós, 2004, p. 36-37.

Michel Foucault. *El orden del discurso*. Barcelona: editores Tusquets, 2002.

Michel Foucault. *Entrevista sobre la prisión: El libro y su método en Microfísica del Poder*, Madrid: Editorial La piqueta, 1980.

Michel Foucault. *Historia de la Sexualidad I. La voluntad de saber*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1998.

Michel Foucault. *La verdad y las Formas Jurídicas*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1988.

Michel Foucault. *Obrar Mal Decir la Verdad*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014, p.28

Michel Foucault. *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

Michel Foucault, *Tecnologías del yo*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1996.

Michel Foucault. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI. 2009.

Noam Chomsky. *Aspectos de la Teoría de Sintaxis*. Madrid: Editorial Aguilar, 1970.

Theodor Adorno. *Dialéctica Negativa, la Jerga de la Autenticidad*. Madrid: Editorial Akal, 2005.

Doctrina Jurídica

Álvaro Pérez Pinzón. *Los principios generales del proceso penal*. Bogotá: Gigiprint Editores EU, 2008.

Gustavo Eduardo Aboso. “El llamado “Derecho Penal del Enemigo” y el Ocaso de la Política Criminal Racional: El Caso Argentino” en *Derecho Penal del Enemigo: El Discurso Penal de la Exclusión. Vol. 1*. Montevideo: (2006).

Barbara Ann Hocking y Laura Leigh Manville. “What of the Right to Silence: Still Supporting the Presumption of Innocence, or Growing Legal Fiction?”. *Macquarie LawJournal* Vol. 1 No. 1 (2001). Traducción Libre.

Carlos Alberto Carboné. “Medidas coercitivas ‘En el cuerpo y alma’ del imputado frente a la prueba ante la prohibición de autoincriminación”. *Revista de Derecho Procesal Penal*. (2006).

Claus Roxin. *La protección de la persona en el Derecho Procesal Penal alemán*.
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42340.pdf>
(acceso: 20/09/2018)

Cristian Ramirez Tagle. *Nemo Tenetur Se Ipsum. El Derecho a Guardar Silencio*.
<http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/2007-2-Ramirez.pdf>
(acceso: 20/09/2018)

Eduardo Jauchem. *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2007.

Emiliano Borja Jiménez. “Globalización y Concepciones del Derecho Penal”. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXIX. (2009).

Felipe Rodríguez Moreno. *La Bipolaridad del Derecho Penal*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2014.

- Günther Jakobs, *Criminalización en el Estadio Previo a la Lesión de un Bien Jurídico*. Obra citada en Alejandro Apronte. *Derecho Penal del Enemigo Vs. Derecho Penal del Ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho Penal de la enemistad. En Derecho Penal Del Enemigo: El Discurso Penal De La Exclusión. Vol 1*. Montevideo: B De F, 2006.
- Gustavo Eduardo Aboso. “El llamado “Derecho Penal del Enemigo” y el Ocaso de la Política Criminal Racional: El Caso Argentino” en *Derecho Penal del Enemigo: El Discurso Penal de la Exclusión. Vol. 1*. Montevideo: (2006).
- Ignacio Castillo Val. *El Derecho a no Autoincriminarse y las Advertencias de “Miranda”*. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200015 (acceso: 20/09/2018)
- Jonathan Kim. Fifth Amendment. https://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment (acceso: 20/09/2018) Traducción Libre.
- Jorge Eduardo Vázquez Rossi. *Derecho procesal penal, La realización penal. Conceptos generales, Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- José Luis Díez Ripollés. “De la Sociedad de Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado” en *Derecho Penal del Enemigo: El Discurso Penal de la Exclusión. Vol. 1*. Montevideo: (2006).
- Luis Gracia Martín. *Crítica al Derecho Penal del Enemigo*. Quito: Editorial Universitaria, 2008.
- María de la Colina. *El Acceso a la Justicia y las Garantías Judiciales en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/viewFile/27/17> (acceso: 03/10/2019)
- Wesley Newcomb Hohfeld: *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, en Walter Wheeler Cook, (ed.). *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, London: Yale University Press, 2010. Traducción Libre.
- Xavier Andrade. “A propósito de la autoincriminación en un proceso penal”. *Revista Novedades Jurídicas de Ediciones Legales*, Año VIII, Número 55, (2011).
- Xavier Andrade. “Consecuencias jurídicas de los derechos del procesado derivadas de su operatividad constitucional.” *Revista Iuris Dictio*, (2013), Número 15.
- Zunilda Carvajal. “Reformas Procesales Penales en Francia”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales* N° 15. (2010).

Jurisprudencia Nacional

Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Causa No. 61-2010, de 19 de Noviembre de 2010.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. Causa No. 452-2012, de 30 de Abril de 2002.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Causa No. 270-2012, de 8 junio de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Causa No. 10-06, de 14 de Septiembre de 2006.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Causa No. 498-03, de 29 de Septiembre de 2004.

Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Causa No. 85-09, de 3 de Mayo de 2011.

Jurisprudencia Regional

Corte IDH. Caso Norín-Catrimán et al. v. Chile. Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia. de 2 de julio de 2004. Serie C No. 279.

Corte IDH. Caso Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia. de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Jurisprudencia Transnacional

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia Interpretativa C-782/05, 28 de Julio de 2005. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-782-05.htm> (acceso: 20/09/2018)

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia Resolutoria. 16183, 16 de mayo de 2007.

Corte Suprema de los Estados Unidos. Dickerson v. Estados Unidos, Sentencia de Fondo. 26 de Junio de 2000 <https://www.oyez.org/cases/1999/99-5525> (acceso: 20/09/2018)

Corte Suprema de los Estados Unidos. Griffin v. California, Sentencia de Fondo. 28 de Abril de 1965. <https://www.oyez.org/cases/1964/202> (acceso: 20/09/2018)

Corte Suprema de los Estados Unidos. Miranda v. Arizona, Sentencia de Fondo. 13 de Junio de 1966. <https://www.oyez.org/cases/1965/759> (acceso: 20/09/2018)

Corte Suprema de los Estados Unidos. Salinas v. Texas, Sentencia de Fondo. 17 de Junio de 2013. <https://www.oyez.org/cases/2012/12-246> (acceso: 20/09/2018)

Corte EDH. Caso John Murray v. Reino Unido. Sentencia de 8 de febrero de 1996. Reporte 1996-I, 49.

Corte EDH. Caso Coëme y otros c. Bélgica, sentencia de 22 junio 2000 (Sección 2), Reporte 2000-VII, párrafo 126.

Corte EDH. Caso Kolu c. Turquía, de sentencia de 2 de agosto de 2005, (Sección 4).

Corte EDH. Caso Magee v. Reino Unido, de sentencia de 6 de junio de 2000. Reporte 2000-V.

Plexo Normativo Nacional

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009.

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Tratados Internacionales y Reglamentos de Cortes Internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 8.

Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998). Artículo 55.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (1993). Artículo 21.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994). Artículo 20.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Artículo 14.

Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (2015). Regla 42. Traducción Libre.

Plexo Normativo Transnacional

Canadian Charter of Rights and Liberties. (Canadá). Artículo 11 (c). 17 de Abril de 1982. Traducción Libre

Código de Procedimiento Penal. (Reforma)(Francia). Artículo 116. 15 de Junio de 2000.

Constitución de los Estados Unidos de América. (Estados Unidos de América). 15 de Diciembre de 1971.

Constitución Política. (Colombia). Artículo 33. 20 de Julio de 1991.

Criminal Code Act 1989. (Australia). Artículo 664 A. 1989. Traducción Libre.

Criminal Justice and Public Order Act 1994. (Inglaterra). Artículo 34. 1994. Traducción Libre.

Ley 906. (Colombia). Artículo 282. 31 de Agosto de 2004

Strafprozessordnung (Código Procesal Penal) (Alemania). Artículo 136. 30 de Octubre de 2017. Traducción Libre.