

SEÑOR JUEZ QUINTO DE LO PENAL DEL GUAYAS

Por: Dr. Alfonso Zambrano Pasquel

Ing. ..., en el proceso penal que ilegal, injusta e improcedentemente se sigue en mi contra y en contra de otros ciudadanos, contratistas privados **de IETEL R-2** y funcionarios y servidores de dicha entidad comparezco para exponer:

ANTECEDENTES DE HECHO Y VULNERACION DE DERECHOS.-

La Dirección de la Regional 1 de la Contraloría General dispuso un examen especial de Ingeniería a EME-TEL R-2 para el período de 1 de enero de 1990 a 31 de diciembre de 1992.

Durante el proceso del examen se ha coartado el derecho constitucional de defensa de los cosindicados previsto en el literal d, del numeral 17 del Art. 19 de la Constitución Política invocada, que dice que: "Nadie podrá ser penado sin juicio previo ni privado del derecho de defensa en cualquier estado y grado del proceso..." pues se ha violado en forma flagrante e indubitable la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en su Art. 296 y el Art. 1 del Reglamento para la aplicación del Artículo precedentemente invocado, que fue expedido por el propio Contralor General del Estado.

Como es de su debido conocimiento señor Juez de lo Penal y en su calidad de versado jurista y hombre de derecho, guardando coherencia y sindéresis con el prin-

cipio constitucional de la inocencia, coexiste **el de la presunción de corrección en** el buen manejo de los dineros y recursos del Estado que es una garantía para el servidor público, lamentablemente en el caso que motiva esta queja y comparecencia se ha fracturado cualquier principio de racionalidad y **de** legalidad; y negándose el derecho a ser escuchados se ha presentado un informe parcial de examen final de ingeniería, que causa un severo y hasta el momento irreparable gravamen ético, moral, social y legal, pues con el mismo se pretende el enjuiciamiento por abusos de dineros públicos de casi veinte ciudadanos entre funcionarios actuales de EME-TEL R-2 y contratistas y ex-contratistas.

Violaciones a la LOAFYC.- En el informe de la Dirección Regional 1 de la Contraloría se ha irrespetado el Art. 296 de la Ley especial sobre la materia que nos permitimos transcribir:

"Art. 296.- Comunicación.- En el transcurso de una auditoria o examen especial, los auditores gubernamentales mantendrán constante comunicación con los servidores de la entidad u organismo de que se trate, dándoles oportunidad para presentar pruebas documentadas, así como información verbal pertinente a los asuntos sometidos a examen. Sin perjuicio de cumplir lo que ordenan los artículos 278, 286 y 342 de esta ley, darán a conocer los resultados provisionales de cada parte del examen, tan pronto como se los concrete, a los funcionarios que corresponda, con las finalidades siguientes:

1. Ofrecerles oportunidad para que presenten sus opiniones;

2. Hacer posible que los auditores gubernamentales dispongan de toda la información y de las evidencias que haya durante sus labores;

3. Evitar que se presente información O evidencia adicional, después de la conclusión de las labores de auditoría;

4. Facilitar el inicio inmediato de las acciones correctivas necesarias por parte del titular y funcionarios responsables, incluyendo la implantación de mejoras a base de las recomendaciones, sin esperar la emisión del informe;

5. Asegurar que las conclusiones resultantes del examen sean definitivas;

6. Posibilitar la restitución o recuperación inmediata de cualquier faltante de recursos financieros o materiales durante el curso del examen; y,

7. Identificar los campos en que hay diferencia concreta de opinión entre los auditores y los funcionarios de la entidad, que no sean susceptible de solución durante el curso de las labores de auditoría.

El Art. 1 del Reglamento que también ha sido violado, dice: "**Art. 1.-Comunicación de Resultados.-** Durante la realización de un examen los auditores gubernamentales harán conocer a los interesados ordinariamente por escrito y en forma verbal, oportunamente los resultados que se obtengan a fin de que presenten las pruebas que estimaren pertinentes, para el esclarecimiento de los hechos examinados, y consecuentemente la inicia-

ción de las acciones correctivas necesarias, sin esperar la emisión del informe".

Involucramiento a personas naturales y a funcionarios.- En el informe parcial del Examen Especial de Ingeniería efectuado a EMETEL R-2 se involucra a personas naturales y jurídicas en calidad de contratistas de servicios y a funcionarios actualmente en ejercicio de cargos públicos y sin que muchos de ellos hubiesen manejado dineros o recursos del Estado con ocasión del ejercicio del cargo. Esto se viene a convertir en un funesto precedente para el sector de la construcción y de los profesionales de la Ingeniería que con facilidad pueden llegar a ser víctimas de enjuiciamientos penales como el pretendido, no obstante que no han manejado dineros del Estado con ocasión del ejercicio del cargo o cumpliendo funciones propias y específicas como administradores de bienes del Estado.

Existe un sólido precedente jurisprudencial que excluye de responsabilidad penal por abuso de dineros públicos a aquellas personas que no han tenido el manejo de los mismos con ocasión del cargo o en el ejercicio de funciones propias.

Petición y queja.- Con los antecedentes expuestos comparecimos para demandar formalmente su intervención a efectos de que la Dirección Regional 1 de la Contraloría General del Estado se someta al cumplimiento de la LOAFYC permitiendo el ejercicio constitucional del derecho a la defensa y a ser escuchados todos y cada uno de los mencionados en el Informe Parcial que reposaba en el Juzgado Quinto de lo Penal del Guayas como causa 516-93.

En su condición de juez de la causa mediante providencia de 10 de diciembre de 1993 dictada a las 08h55 ordenó que se dé cumplimiento a los Arts. 296 de la LOAFYC y 1 del Reglamento para su aplicación, cumplimiento del que hizo caso omiso la Dirección Regional 1 de la Contraloría.

Expresamos igualmente nuestra justificada preocupación porque la Dirección Regional 1 de la Contraloría ha solicitado la intervención de efectivos policiales para que se proceda a la detención de los mencionados en el Informe Parcial que contiene errores de apreciación y de valoración técnica, para concluir presumiendo la comisión de actos delictivos, impidiendo previamente el derecho de defensa de los funcionarios y contratistas identificados.

INSISTENCIA EQUIVOCADA DE LA CONTRALORIA.-

En forma equivocada el señor Director Regional 1 de la Contraloría General del Estado insistió oficial y extraoficialmente para ejercer mecanismos de presión en su contra y conseguir un enjuiciamiento penal que tiene como origen un acto de violación por omisión de la LOAFYC y del Reglamento para aplicar el Art. 296 ibidem. Este acto de los Auditores de la Regional 1 es abiertamente lesivo del principio constitucional de inocencia y del derecho de defensa previstos en el Art. 19 de la Constitución Política de la República, desconociéndose que para guardar sindéresis con ese respeto constitucional el Estado autolimita al mínimo su intervención penal frente al ciudadano.

Una actitud como la que se pretende, tratando de legitimar una inequívoca fractura del procedimiento de

auditoría durante el cual no hemos sido requeridos de manera escrita y verbal conforme determinan los Arts. 296 de la LOAFYC y 1 del Reglamento para su aplicación, hace tabla rasa además del principio de inocencia como del de mínima lesividad del proceso penal al que se trata de acceder de manera fraudulenta colocando a los mencionados en el Informe Parcial del Examen Espedal, en situación de extrema vulnerabilidad frente al sistema penal, con Ln pretendido proceso de criminalización que es violatorio de la propia Ley que norma los procedimientos de auditoría.

Su posición de exigir que la unidad de auditoría cumpla con la LOAFYC honra a la magistratura y constituye un buen ejemplo del escrupuloso respeto por las garantías individuales consagradas en la Constitución de la República y en los pactos internacionales de derechos humanos, que como el de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos (1969) tiene la jerarquía de ley suprema de la Nación por haber sido ratificada por nuestro país.

Las normas constitucionales tuitivas del derecho a la libertad, a la defensa y del principio de inocencia no pueden estar sujetas a la arbitrariedad de un organismo de control en un Estado de Derecho, pues de ocurrir tal situación se entronizaría la arbitrariedad y el abuso del derecho. La hermenéutica controladora de la constitucionalidad, en caso de conflicto, hace primar a la normativa de rango superior (la Constitución) e impone una interpretación de la norma procesal y de cualquier otra ley subalterna como la LOAFYC, que son restrictivas en orden a las medidas de coerción en el proceso.

De la propia Constitución se infiere la excepcionalidad de las medidas de aseguramiento que lesionan garantías constitucionales, siendo la ley procesal penal reglamentaria de los principios, derechos y garantías reconocidos por la ley suprema, por lo que sería ilógico pretender que el uso arbitrario de la ley procesal pueda alterar esas garantías.

Sin mayor esfuerzo hay que admitir que la interpretación restrictiva se haya expresamente impuesta respecto de las normas que coarten la libertad personal, limiten el ejercicio de un derecho o establezcan sanciones procesales, en el primer de los supuestos se haya el carácter excepcional de toda limitación a la libertad del imputado durante el proceso, quien pese a ser sospechoso de un ilícito penal goza de su derecho a la libertad y de su status jurídico de inocencia, impidiendo a los órganos estatales de persecución la restricción de sus derechos como sanción anticipada.

Este carácter excepcional de las restricciones que deviene del peligro de obstaculizar el descubrimiento de la verdad, impedir la continuación del proceso o el cumplimiento de una eventual pena en caso de condena, imposibilita interpretar las normas que le autorizan, más allá de lo que literalmente expresan, ni atrapar en su contexto otras situaciones de hecho no contempladas expresamente como merecedoras de tales medidas de aseguramiento. En el presente caso S.S. había resuelto un incidente previo, que es la falta de cumplimiento de la LOAFYC por parte de la unidad de auditoría de la Dirección Regional 1 de la Contraloría como acto necesario para calificar la procedibilidad del enjuiciamiento penal planteado, por lo que mientras no se modificaran

los hechos que habían dado motivo a su proveimiento, era impertinente insistir sobre el mismo enjuiciamiento.

Breve comentario a una absurda interpretación.- Se ha publicitado hasta los niveles del escándalo el equivocado criterio de algunos voceros de la Contraloría General del Estado en el sentido de que basta la petición contenida en una denuncia de ese organismo del Estado para que un Juez de lo Penal de conformidad con el Art. 342, num. 3 de la LOAFYC, se encuentre obligado a ordenar la detención del indiciado. Tal afirmación es falsa pues ignora o pretende desconocer que lo que el Juez de lo Penal no puede ejercer es la facultad discrecional de ordenar o no la prisión preventiva que está consignada en el Art. 177 del Código de Procedimiento Penal, cuya aplicación queda librada al criterio subjetivo y discrecional del Juez, en tanto que cuando se trata de un caso por ej. de Peculado carece de tal discrecionalidad.

Lo racional y lógico es admitir que de acuerdo con la LOAFYC el Juez de lo Penal carece de la facultad discrecional para ordenar o no la prisión, pero no se encuentra librado de la responsabilidad y obligación de examinar previamente si existen suficientes indicios que le permitan presumir razonablemente que se ha cometido un delito de aquellos a los que se refiere la LOAFYC. Admitir una tesis contraria daría paso no sólo al ejercicio del abuso en el Estado de Derecho sino que además institucionalizaría la desaparición de las obligaciones del Juez y la independencia de la magistratura, que se convertiría en una mera tramitadora o legitimadora de los expedientes que le envíe la Contraloría, sin facultad legal *de* examinar el contenido de sus informes y menos

aún de valorarlos a la luz de la sana crítica, tal como ordena el Art. 64 del Código de Procedimiento Penal, que transcribo:

"Art. 64.- Toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica".

¿O es que ha desaparecido tal sistema de valoración con una Ley que fue dictada por una Dictadura Militar y publicada en el R.O. 337 de 16 *de* mayo de 1977, antes de la vigencia de la Constitución Política de la República de 1979 y del Código de Procedimiento Penal de 1983?

Petición de defensa.- En ejercicio del derecho a la defensa que me asiste como garantía constitucional, en cualquier estado de una imputación o de un proceso, le solicité que se dignara ampliar su providencia de 10 de diciembre de 1993, para pedir que la Dirección Regional 1 de la Contraloría General del Estado remita a Ud. copias debidamente certificadas de las actas que contengan las lecturas de los borradores a todos y cada uno de los funcionarios de EMETEL R-2 mencionados en el informe parcial de Examen Especial puesto en su conocimiento con Oficio No. 9842 suscrito por el mencionado funcionario. Igualmente demandé que se remitieran a Ud. copias certificadas de las contestaciones que se hubiesen dado a la lectura de los indicados borradores por los funcionarios y más personas requeridas. Como se puede apreciar de la lectura de los autos tales requerimientos no han sido cumplidos por la Dirección Regional 1 de la Contraloría.

LA NEGACION DE UN ENJUICIAMIENTO PENAL DE GARANTIAS Y LA PRISION PREVENTIVA FRENTE A LA CRISIS DEL SISTEMA PENAL.-

Viviendo en un sistema democrático y de legalidad, hoy ha tomado carta de naturalización un movimiento jurídico mayoritario y profundo que propende a repensar las consecuencias reales de la operatividad de los sistemas penales, y a hacer efectivos los valores superiores relativos a la dignidad de la persona humana.

Las investigaciones criminológicas modernas desde la sociología norteamericana del siglo que agoniza y su recepción y amplificación reciente tanto en Europa como en el contexto latinoamericano, ponen en evidencia y de cuerpo entero la irracionalidad en el funcionamiento y la aplicación concreta de los sistemas penales, que por su elevado grado de selectividad, desigualdad, represividad excedente, violaciones sistemáticas a la legalidad, no solucionan conflictos sino que los realimentan, incrementando incluso los niveles de violencia social por *el* poder demoledor que tiene una trituradora como la maquinaria judicial, que ha dado origen a lo que se denomina ya con propiedad victimización judicial.

No so¹o la pena de prisión sino incluso la prisión preventiva (que debe admitirse como una forma de pena anticipada) que en casos como el presente es manifiestamente violatoria de cualquier presupuesto de política criminal y de racionalidad, son formas preponderantes de coerción penal que producen como principales efectos los desintegradores de la personalidad (despersonalización, prisionización, etiquetamiento) que funcionan como operadores de futuras conductas desviadas en el caso de la pena de prisión, y como reforzadores de estigmatización cuando se trata de la prisión preventiva. Sobre esto hay suficiente material de información