UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

“FALENCIAS JURIDICAS DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN FISCAL”

Tesis previa a la obtención del
Título de abogado

AUTOR: Luis Enrique Casa Aluisa

DIRECTOR: Dr. Augusto Astudillo Ontaneda

LOJA — ECUADOR

2015

CERTIFICACIÓN

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda, Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

C E R T I F I C A:

Que el presente trabajo de investigación, previo a la obtención del Título de Licenciado en Jurisprudencia y título de Abogado, titulado "FALENCIAS JURIDICAS DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN FISCAL", ha sido dirigido, supervisado y revisado en todas sus partes, el mismo que cumple con los requisitos legales que exige la Institución. Por lo que queda autorizada su presentación.

Loja, Enero de 2015

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda, Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **Luis Enrique Casa Aluisa,** declaro ser el autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional Biblioteca Virtual.

Autor: Luis Enrique Casa Aluisa

Firma: .....

Cédula: 1706280227

Fecha: Loja, Enero 23 del 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, **Luis Enrique Casa Aluisa,** declaro ser autor del presente trabajo de tesis titulada: **"FALENCIAS JURIDICAS DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN FISCAL",** como requisito para optar al grado de: Abogado, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para con fines académicos; muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio con la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 23 días del mes de Enero del 2015, firma el autor.

Firma:

Autor: Luis Enrique Casa Aluisa

Cédula: 1706280227

Dirección: Machala 556 y Av. Occidental - Quito

Correo electrónico: luchoenriquecasa@gmail.com

Teléfono: 0999341238

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda

Presidente del Tribunal: Dr. Sc. Mg. Mario Alfonso Guerrero González

Miembro del Tribunal: Dra. Mg. María Antonieta León Ojeda

Miembro del Tribunal Dr. Mg. Gonzalo Iván Aguirre Valdivieso

AGRADECIMIENTO

Dentro de mis años de preparación académica, he recibido el apoyo incondicional de los seres que forman parte de mi existir sin los cuales no podría culminar mi preparación y los objetivos como profesional en la rama del derecho por lo tanto debo manifestar mis agradecimientos; de igual forma al todopoderoso, que forma parte de mi espiritualidad y ser.

El presente trabajo investigativo está dirigido a mis profesores, a mi hija, a mi familia y amigas (os) y en especial a la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, parte fundamental en esos días de tesón y esfuerzo, que me ha permitido culminar en estos años de preparación académica para de esta forma ser útil a la sociedad y a mi familia, de igual forma lo dedico al doctor Augusto Astudillo, en su calidad de Director de Tesis quien supo inculcarme sus conocimientos para la terminación de la presente tesis, por lo que le doy las gracias debidas por apoyo incondicional.

EL AUTOR

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico en especial a mi familia los mismos que son parte fundamental dentro de estos años de preparación académica, de igual forma lo dedico a la Carrera de Derecho, que forman parte de la nueva generación, y son el manantial del cual nace y se fructifica el derecho y la sociedad.

Luis Enrique Casa

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. Abstract.

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.3. MARCO JURÍDICO

5. MATERIALES Y MÉTODOS

6. RESULTADOS

7. DISCUSIÓN

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Propuesta de reforma jurídica

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO

“FALENCIAS JURIDICAS DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN FISCAL”

2. RESUMEN

La presente investigación se analiza la inquietud actual y de interés jurídico social; como es, el establecer las falencias que se verifican en el proceso de investigación penal, como la fase de “Indagación Previa” y la eminente investigación denominada Etapa de “Instrucción Fiscal” de nuestra Legislación Penal Ecuatoriana, debiendo la Fiscalía de manera obligatoria, velar por el cumplimiento de las normas constitucionales que rigen las garantías del Debido Proceso, y otras leyes que rigen el proceso penal, conforme lo determina el sistema acusatorio recientemente adoptado en nuestra legislación, de conformidad con lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, que separa las funciones de: investigación y acusación a cargo del Fiscal, y la función de juzgar que es competencia asignada al Juez de Garantías Penales; así como la necesidad de la existencia de la Acusación para que pueda iniciase el juicio penal.

Especial interés hemos puesto en la importancia por desentrañar y conocer las diversas diligencias investigativas que debe realizar la Fiscalía, a través de los Fiscales con el auxilio de la Policía Judicial especializada, sobre todo en aquellas diligencias que son medulares para establecer los indicios que permitan fundamentar las presunciones de la existencia material de la infracción y la responsabilidad del imputado, por un lado; y, por otro, las falencias de la misma ley procesal penal e incluso la inmoralidad del elemento policial, y de los mismos Fiscales que contribuyen directa o

indirectamente al éxito o fracaso de la investigación, que conlleva a determinar la acusación para un futuro juicio o el sobreseimiento, condiciones jurídicas que pueden verse afectadas por las conductas irregulares o las falencias que se cometan en la Etapa de Instrucción Fiscal.

2.1. Abstract.

This researchcurrentlegal interestand socialconcernis analyzed; as it is,to establishthe shortcomingsthatare verifiedin the process ofcriminal investigation,as the phase of"preliminary inquiry" andeminentresearch calledStage"Tax Instruction" from ourEcuadorianCriminal Law, the prosecutionmustcompulsorily, ensurecompliance withconstitutional standardsgoverningthe guaranteesof due processandother laws governingcriminal proceedings,as determined under therecently adoptedin our lawadversarial system, in accordance with the provisions of the Code of Criminal Integral Ecuador, which separate functions: investigation and prosecution by the Prosecutor, and the role ofcompetitionjudgeisassigned to Judgeof CriminalGuarantees; and the needfor the existenceof the indictmentso that you caninitiate thecriminal trial.

Specialinterestshave puton the importanceto unraveland understand thevariousinvestigative proceduresto be performed bythe Office,throughprosecutorswiththe aid ofspecializedjudicial police, especially in thoseproceedings thatare central toestablishany evidence tosubstantiateassumptionsof material existenceof the infringement andthe liability of thedefendant,on the one hand; and, second, the failures of the same procedural criminal law and even the police element of immorality, and the same prosecutors that directly or indirectly contribute to the success or failure of the investigation leading to the prosecution todeterminea future judgment or dismissal, legal conditions that maybe affected by the failures or misconduct committed in the preliminary investigation.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, aborda un problema importante dentro de la realidad jurídica actual, cual es, un jurídico crítico sobre las falencias de la investigación del delito, en la etapa de instrucción Fiscal.

Para su tratamiento se determina con certeza las causas para que se den las falencias en la Etapa de la Instrucción Fiscal, y se establece la necesidad que se den reformas al Código Orgánico Integral Penal, en lo que tiene relación a la instrucción del Fiscal.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo que es: un marco conceptual que abarca: Acción penal, investigación, delito, indagación previa, instrucción Fiscal, causas, falencias, fiscalía, policía judicial, sistema acusatorio, juicio, imputación, detención; Marco Doctrinario: El fiscal y la participación del ofendido en el proceso, falencias en la etapa de instrucción fiscal, aplicabilidad de las garantías del debido proceso en el sistema acusatorio; Marco Jurídico: Constitución de la República del Ecuador y Código Orgánico Integral Penal.

Después de la revisión de literatura, se especifican los métodos y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, seguidamente se expone los resultados de la investigación de campo con la aplicación de encuestas y entrevistas. Luego se realizó la discusión con la comprobación de objetivos,

contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta. Para finalmente terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Acción penal

Fernando Quiceno Álvarez expresa que acción penal "*Con arreglo a nuestra legislación es punible la acción que comete el autor. De tal manera, nuestro derecho penal es, fundamentalmente, un Derecho penal de hecho, y no un Derecho penal del autor. Si, dentro de tal derecho, se trata especialmente del autor, la interpretación a dar sólo puede ser en el sentido de que el derecho en vigor, como ocurre en el caso del delincuente habitual peligroso, tiene también en cuenta, en el marco de la apreciación del hecho, la persona del autor.*"[1]

El que comete un delito, es objeto de sanción y por ello se sigue una acción para determinar su culpabilidad o inocencia, de la cual deben guiarse a las garantías del debido proceso, evitando que no se vulneren los derechos de las partes, por lo tanto la acción penal determina el ejercicio del fiscal como organismo del estado y un derecho a la tutela para los ciudadanos que sufren las consecuencias de un delito cometido contra su persona.

A fin de comprender mejor la definición de acción penal, el tratadista Leonardo Prieto Castro respecto del tema manifiesta "Se lo puede

[1] QUICENO ÁLVAREZ, Fernando:Diccionario Conceptual de Derecho Penal, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito, 2004, p. 20

considerar como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación del derecho penal" Luego añade "La acción penal domina y da carácter a todo proceso, lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta (sentencia). [2]"

Si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico procesal penal establece los caminos y el procedimiento en virtud del cual se ha de hacer efectivo nuestro derecho a ejercer la acción penal cuando nuestro derecho ha sido lesionado, pero el mismo ha de tener el motor que impulse tal cometido, esto es, lo que viene a constituir la acción penal como lo califica este autor, motor sin el cual no puede existir un proceso investigativo, y peor a un debido proceso, es por ello que dice que la acción penal domina y da carácter a todo proceso, lo inicia y lo hace avanzar hasta cumplir con su cometido, cual es la sentencia, la misma que puede ser condenatoria o absolutoria, todo depende si se han cumplido con los dos presupuestos indispensables a saber: la existencia material de la infracción y la responsabilidad de su cometimiento.

Este poder jurídico no puede tener otro origen sino por medio del Estado, el cual de manera legal da vida y promueve todo proceso penal ante los jueces y tribunales penales, buscando como único propósito la represión del delito y el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.

[2] PRIETO, Castro Leonardo. "Elementos del Derecho Procesal Penal".Pg. 514

Nuestro concepto personal de acción penal la determinamos como un acto jurídico encaminado a determinar la existencia de un hecho considerado en la Ley Penal como punible y la responsabilidad de su autor. Debiendo indicar que dicho ejercicio de este derecho le corresponde por mandato legal exclusivamente a la Fiscalía.

4.1.2. Investigación

Sobre la investigación Paul Carvajal Flor señala que "*En esta fase la policía tiene una actuación importante, debe buscar al órgano de prueba, es decir quienes tiene conocimiento de la comisión del delito. Esto es, donde están los elementos de convicción y una vez que conozca donde hay elementos de convicción, debe comunicar al fiscal que se encuentra a cargo de la investigación para proceder a receptar las versiones*"[3]

El fiscal es el encargado de investigar los delitos de acción pública, para lo cual fundamenta su acción y a través de la instrucción fiscal acusa al procesado ante el Juez de Garantías Penales, y es el encargado de indicar la responsabilidad, y solicitar las medidas cautelares para garantizar la comparecencia del procesado al proceso, con los elementos de convicción y una vez que conozca donde hay elementos de convicción, debe comunicar al fiscal que se encuentra a cargo de la investigación para proceder a receptar las versiones

[3] CARVAJAL FLOR, Paúl: Manual Práctico de Derecho Penal, primera edición, Quito – Ecuador, 2008, p. 149

4.1.3. Delito

Alfonso Reyes Echandía en su obra titulada Derecho Penal, manifiesta que "*En la preparación de los delitos no siempre se da la situación de la intervención de un solo sujeto, produciéndose en más de una ocasión la intervención de un concurso de voluntades con identidad criminosa. En determinados tipos penales la colaboración de más de uno es necesaria como antecedente con el duelo y la bigamia, en otros ese concurso es eventual.*"[4]

La ley establece los actos por las cuales son considerados delitos, entre ellos tenemos los de acción pública y los de acción privada, siendo los primeros los que son ejercidos por el fiscal; y, los segundo se llevan cabo entre las partes.

Eugenio Zaffaroni en su Tratado de Derecho Penal, manifiesta que "*Desde el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero íntimo del sujeto, hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor. A este proceso se denomina iter criminis o "camino el*

[4] REYES ECHANDÍA, Alfonso: **Derecho Penal,** Universidad Externado de Colombia, 1980, p. 183

crimen", significando así al conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito"[5]

El que comete un delito, es objeto de sanción penal, para lo cual tiene una condena por el ilícito cometido, el cual siendo uno de acción pública da inicio a un proceso, en la que se investiga el camino del crimen y se fundamenta para su acusación por parte del fiscal.

4.1.4. Indagación previa

Para el doctor Carlos Arrobo Rodas, sobre la indagación previa señala que: "*Ya no vamos a tener durante la etapa de investigación una judicialización de las evidencias o una etapa neta de recolección de evidencias que nuestro Código ha consagrado*."[6]

La indagación previa no es considerada como una etapa procesal, pero se concede al fiscal para previo a resolver el inicio de la instrucción fiscal inquirir sobre los hechos presumiblemente constitutivos del delito. Pero si ya tiene las suficientes sospechas con las cuales imputar a una persona, resultaría innecesario efectuar la indagación previa y directamente podría dar inicio al proceso penal dictando instrucción fiscal.

[5] ZAFFARONI, Eugenio Raúl: **Tratado de Derecho Penal,** Tomo IV, EDITAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiero, Argentina- 1999, p. 409.
[6] ARROBO RODAS, Carlos y otros: Sistema Acusatorio y Juicio Oral, Primera Edición, Editorial Autora, Editorial Jurídica de Colombia Ltda., 2005, p. 262

Ricardo Vaca Andrade, en su Manual de Derecho Procesal Penal, señala que la investigación previa "*se la conoce como preprocesal o preparatoria, está constituida por los actos que se cumplen antes de la iniciación del proceso penal y que sirven para dar sustento o firmeza a la iniciativa o decisión de ejercer la acción penal*."[7]

Walter Guerrero Vivanco, sobre la investigación previa señala que "*llamamos a esta fase con el nombre de 'investigación preliminar', porque quisimos diferenciarla de la anterior 'indagación policial' y evitar que se convierta en la primera etapa del proceso penal, anterior a la etapa de instrucción fiscal, lo cual sería gravísimo porque atentaría en contra de los principios del debido proceso y prolongaría el tiempo de la tramitación de la causa. Sin embargo, en alguno de los diferentes cambios que se introdujeron al proyecto inicial, se sustituyó el nombre de 'indagación preliminar' por el de 'indagación previa', tal como consta en la norma pertinente del nuevo Código de Procedimiento Penal*"[8]

La indagación previa es la primera parte de la instrucción fiscal, es donde se conoce el hecho y el fiscal se cerciora e investiga el ilícito, para luego fundamentar su instrucción fiscal y poder sustentar su acusación, esto se realiza en atención a las garantías del debido proceso.

---

[7] VACA ANDRADE, Ricardo: Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Segunda Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2003, p. 245

[8] GUERRERO VIVANCO, Walter: Los Sistemas Procesales Penales / Nuevo Código de Procedimiento Penal, 2da edición, Pudeleco Editores S. A., Marzo del 2002, Quito Ecuador, p. 228, 229.

4.1.5. Instrucción Fiscal

Sobre la instrucción fiscal Ramiro López Garcés indica que "*Hay una corriente general en América Latina, que intenta implementar el sistema acusatorio oral con la intervención cada vez más importante del fiscal. En este sistema, por regla general, la policía informa al fiscal la noticia del cometimiento de un delito de acción pública; y este, de haber mérito para ello, abre la etapa de instrucción, si los resultados de la instrucción prestan mérito para ello, el Fiscal presenta su acusación ante los jueces correspondientes. Luego de la etapa intermedia, de ser procedente, se abre la etapa del juicio. De esta forma se eliminan las confusiones y ambigüedades que embargan al actual Ministerio Público que no sabe qué hacer.*"[9]

La instrucción fiscal es la etapa que inicia y desarrolla el representante de la Fiscalía General del Estado, que tiene por objeto la investigación de los elementos de convicción que permitan deducir la existencia del delito, así como las presunciones de participación de los procesados.

Para entender mejor lo que entraña la Instrucción Fiscal dentro del proceso penal, primeramente exponemos la definición de Fiscal, así diremos que:
Fiscal es la figura y órgano judicial, que en Derecho Penal, tiene como misión, promover la acción de la justicia en defensa del Derecho, el orden

[9] LÓPEZ GARCÉS: Ramiro: Procedimientos y técnicas del juicio oral, primera edición, Alianza servicios gráficos, 2010, p. 21

jurídico y la legalidad vigentes. Protegiendo por tanto los derechos de los ciudadanos y el interés público.

Por ello aunque la víctima de un delito no formule la correspondiente denuncia, el Fiscal es el responsable de iniciar el procedimiento, pues aunque a la víctima no le convenga o no le interese que el autor del delito sea procesado, la sociedad rechaza que tales conductas ilícitas tengan lugar.

Guillermo Cabanellas al referirse al Fiscal, lo define diciendo: "Que es el funcionario público que actúa independientemente en las jurisdicciones civil y criminal" [10].

Una vez expuesto la decisión de Fiscal, nos compete exponer la definición conceptual de la instrucción Fiscal como una etapa eminentemente investigativa.

La instrucción fiscal "es la primea etapa penal, lleva también el nombre de período investigativo, porque está constituida por los actos procesales dirigidos a la comprobación del delito, a la producción y verificación de pruebas y a la identificación de los imputados".

Para el tratadista Mario Oderigo, la etapa de Instrucción Fiscal lo define como: "el conjunto de actos realizados desde el momento que se dispone la instrucción, hasta aquel en que se decreta su clausura, se ordena el pase de las actuaciones al Juez correccional o se dicta un auto de sobreseimiento" [11].

[10] CABANELLAS Guillermo "Diccionario Jurídico Elemental" p.135

[11] ODERIGO Mario. "Derecho Procesal Penal" Tomo II Editorial Desalma, 1980 P. 427

Una definición personal de Instrucción Fiscal, la considero como la etapa eminentemente investigativa, de suma y trascendental importancia, que por disposición de la propia Ley, se constituye en el acopio de los elementos de convicción, que luego adquirirán la calidad de prueba ante los tribunales Penales en procura de la consecución de la pena al infractor de la ley penal, por un lado, y, por otro, en su tarea de identificar e individualizar a los partícipes del hecho delictivo. Atribuciones que estarán a cargo de la Fiscalía, como ente representante de la sociedad, a través del Fiscal, y con el auxilio de la Policía Judicial.

4.1.6. Causas

Para Galo Espinosa Merino causa es "*Fundamento de la pretensión deducida en juicio*"[12]

La pretensión deducida es el fundamento de la causa, es así que la causa, por ejemplo de las obligaciones y contratos tiene que ser verdadera, lícita y no opuesta a la moral y a las buenas costumbre.

Guillermo Cabanellas indica que causa es "*Antecedente necesario que origina un efecto. Título en virtud del cual se adquiere un derecho o se contrae una obligación. El motivo que induce a ejecutar el acto o celebrar el*

[12] ESPINOZA MERINO, Galo: La más práctica enciclopedia jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, instituto de informática legal, Quito- Ecuador, 1986, p. 80

contrato. Fundamento de la pretensión deducida en juicio. Conjunto de actuaciones judiciales instruidas en un juicio; contienda judicial".[13]

Se indica que la causa es el antecedente necesario que origina un efecto, a esto se adiestra, el accionar de los fiscales que en todo proceso de delito que investigan solicitan medidas cautelares, indicando que tiene como fin la comparecencia del procesado al proceso, sin que tomen en cuenta que estas medidas son de mínima intervención o de última ratio, que son aplicables como última medida, ya que como sujeción a los procesos, los fiscales ejercerán su acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal. Dentro de esta investigación el accionar del fiscal que en todo proceso que investigan, solicitan medidas cautelares de carácter personal, son las causas de las falencias jurídicas de la investigación del delito en la etapa de instrucción fiscal, lo cual va en contra de las garantías del debido proceso, en protección a los derechos fundamentales de las personas y en lo principal en protección a la presunción de inocencia, garantizado a las personas que se investigan el cometimiento de un delito de acción penal pública, ya que la solicitud de prisión preventiva ha sido considerada por el fiscal como una medida general para todos los delitos.

[13] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p.80

4.1.7. Falencias

Víctor de Santo indica que falencia es "*Engaño o error sufrido en afirmar alguna cosa. Situación de hecho en que se halla el comerciante que ha cesado en sus pagos*"[14]

Las falencias deben entenderse en función, en función a la mala aplicación de la norma, como es el accionar de los fiscales en su función de investigador en los delitos de acción penal pública en general. A esto especial interés hemos puesto en la importancia por desentrañar y conocer las diversas diligencias investigativas que debe realizar la Fiscalía, a través de los Fiscales con el auxilio de la Policía Judicial especializada, sobre todo en aquellas diligencias que son medulares para establecer los indicios que permitan fundamentar las presunciones de la existencia material de la infracción y la responsabilidad del imputado, por un lado; y, por otro, las falencias de la misma ley procesal penal e incluso la inmoralidad del elemento policial, y de los mismos Fiscales que contribuyen directa o indirectamente al éxito o fracaso de la investigación, que conlleva a determinar la acusación para un futuro juicio o el sobreseimiento, condiciones jurídicas que pueden verse afectadas por las conductas irregulares o las falencias que se cometan en la Etapa de Instrucción Fiscal.

Todas estas circunstancias evidencian que existen falencias en la norma procesal penal que tiene relación con las investigaciones que se realizan en

[14]DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Buenos Aires – Argentina, 2008, p.463

la fase de Indagación Previa y de Instrucción Fiscal, que aunque no son una etapa probatoria, sino eminentemente investigativa, acarrean consecuencias como privación de la libertad, de orden psicológico, y hasta económico en los casos que haya que cancelar una caución, así como la pérdida de su empleo o trabajo por estas circunstancias, por lo que se justifica las falencias jurídicas existentes en las disposiciones legales analizadas.

Si bien es cierto no ocurren todas estas circunstancias en todos los casos a investigarse, pero si se debería reformar la norma penal, exigiendo que la misma sea más explícita y clara, a fin de procurar la certeza de las presunciones de la existencia material de la infracción y la responsabilidad del imputado en el hecho delictivo investigado, y la misma conlleve al fiscal a fundamentar de mejor manera su dictamen acusatorio o desestimatorio, siendo como es la labor del Fiscal aquella que se encuentra enmarcada en un período muy corto para la investigación y considerando la cantidad de procesos que deben evacuar, los mismos que a posteridad pueden causar errores por negligencia y algún otro factor que no permita cumplir con el objetivo de juzgar apegados estrictamente a la Ley.

Finalmente señalaremos que todas estas falencias se vienen arrastrando desde tiempo atrás, a pesar de que se ha mejorado bastante ya que se han hecho numerosas enmiendas a estas leyes, pero nos falta mucho por hacer para que el sistema penal sea más rápido, eficaz y justo.

4.1.8. Fiscalía

Manuel Ossorio enuncia que agentes de la autoridad es "*Personas que ejercen funciones por delegación de las autoridades de cualquiera de las ramas representativas de los poderes estatales, aun cuando generalmente se aplica a quienes, dependientes de organismos gubernamentales, tienen a su cargo el mantenimiento del orden público y la defensa de las personas y de sus bienes."*.[15]

El fiscal es el funcionario público que lleva a cabo la investigación preprocesal y procesal penal, en la que ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas.

Mabel Goldstein en su Diccionario Jurídico Elemental sostiene que fiscal es "*Calificativo de lo perteneciente al fisco, o al oficio del Fiscal. Funcionario público encargado de defender el patrimonio del Estado y es parte legitima en los juicios contencioso-administrativos y en todos aquellos en que se controviertan intereses del Estado"*.[16]

El fiscal es la persona, encargada de parte de Estado de llevar a cabo, entre otras, los delitos de acción penal pública, el que investiga con colaboración de la Policía Judicial, el cometimiento de un delito, y teniendo las pruebas

[15] OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, 2008, p.70
[16] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Colombia, 2008, p. 281

pertinentes, sirve de fundamento para su acusación fiscal ante el Juez de Garantías.

Además señalaremos que si el fiscal estima que los resultados de la investigación que se ha realizado ha cumplido consciente y debidamente además proporcionan datos relevantes sobre la existencia de la infracción y fundamento grave que le permita presumir que el imputado es autor o participe de la infracción, debe emitir un dictamen acusatorio, y en el requerir por escrito que el juez penal dicte auto de llamamiento a juicio.

Por otro lado al fiscal no solamente le corresponde acusar al emitir su dictamen acusatorio, ya que a más de que en la investigación previa juega un papel importante. La Fiscalía a través de los fiscales no solamente debe cumplir con las facultades contempladas en el Código Orgánico Integral Penal, sino que a fin de cumplir con su cometido cual es precautelar los intereses colectivos, debe emitir un pronunciamiento, el mismo que la ley lo denomina “dictamen fiscal” el mismo que se enmarca en un pronunciamiento, un dictamen acusatorio, o absteniendose de acusar.

4.1.9. Policía Judicial

Para Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental manifiesta que policía es “*Buen orden, tranquilidad o normalidad en la vida de una ciudad o Estado, limpieza, aseo, Cortesía, urbanidad, Cuerpo que mantiene el orden material externo y la seguridad del gobierno y de los ciudadanos a*

quienes ampara la legislación vigente. Más particularmente, la organización no uniformada que investiga la comisión de los delitos y trata de detener a los autores, para ponerlos a disposición de los tribunales componentes, agente que pertenece a este cuerpo".[17]

Se considera policía judicial, al personal encargado, de prestar los servicios al poder judicial y al ministerio público, para la investigación de delitos de acción pública y ejecución de sentencias.

Para Rodrigo Borja Cevallos, en su Enciclopedia de la Política, al referirse de la policía indica "*Las matrices etimológicas de esta palabra se encuentran en el griego politeia, que en el pensamiento clásico se refería al ordenamiento global de la polis, y en el latino medieval tardío politia, que entonces designaba el buen orden en la vida de la ciudad. Posteriormente, en el pensamiento escolástico de santo Tomás la politíaordinata era el ordenamiento de la vida terrenal en el contexto del dualismo del mundo cristiano entre la esfera religiosa y la mundana. Con la revolución francesa la policía fundada en la pura arbitrariedad de los gobernantes fue sometida a regulaciones jurídicas*"[18]

La policía judicial es el órgano policial que sirve por completo bajo las órdenes de los fiscales, en llevar a cabo la investigación de un delito de acción penal público, siendo auxiliar de la función de los fiscales.

[17] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 309

[18] BORJA CEVALLOS, Rodrigo: Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económica México, Tercera Edición, 2003, México, p. 1104

Por lo indicado, la función de la Policía Judicial en el proceso penal tiene una especial importancia por ser el órgano de control penal más cercano a la población.

Desarrolla las investigaciones sobre la existencia del delito y la responsabilidad del imputado. Una tendencia analizada es precisar su independencia funcional en el desarrollo de la investigación bajo las órdenes de la Fiscalía, del cual constituye en un órgano auxiliar.

La Policía Judicial es un órgano auxiliar de la justicia, a quien se le faculta practicar todas las diligencias que conduzcan al establecimiento del delito.

Según el Código Orgánico Integral Penal, la Policía Judicial es un cuerpo auxiliar de la Fiscalía, encargado de realizar las investigaciones de los delitos de acción pública de instancia oficial, y de instancia particular, bajo la dirección y control de la Fiscalía, a fin de reunir o asegurar los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos.

La Policía Judicial debe ser un órgano especializado de carácter técnico, científico que de manera regular aporta con pruebas de medicina legal, dactiloscopia, balística, fotografía forense, etc.

De las facultades atribuidas a la Policía Judicial como cuerpo auxiliar de la Fiscalía se puede determinar su importante papel en el desarrollo de la investigación procesal penal, por ende, debe ser un órgano altamente capacitado y especializado, integrado por un personal altamente técnico, calificado en ciertas áreas científicas, a fin que contribuyan científicamente

en la investigación y que permitan conducir a un mínimo margen de error y a establecer la existencia material de la infracción y la responsabilidad de sus autores, cómplices y encubridores.

4.1.10. Sistema acusatorio

Este sistema se sustenta en los principios rectores de esta tendencia procesal penal los mismos que son: la oralidad, la inmediación, la publicidad, la contradicción.

Existen dos áreas que dan cuenta de lo crucial que resulta la Fiscalía para el nuevo sistema. La primera es que esta Institución es clave para lograr una desformalización de la investigación criminal, lo cual ha demostrado ser uno de los aspectos más desprovistos de los modelos inquisitivos, en donde la investigación se caracteriza por ser burocrática, ritualista y excesivamente formalista; el nuevo sistema exige que la Fiscalía sea capaz de dinamizar la investigación criminal dotando de mayor flexibilidad, desarrollando trabajos en equipos en plena coordinación con la policía judicial.

La segunda área radica en que la actuación de la Fiscalía es fundamental para el diseño de una política de control de la carga del trabajo, que no solo posibilite a la institución funcionar con agilidad, calidad y eficiencia, sino que permita un sistema de justicia criminal ágil y eficiente. De ahí que se entregaron importantes facultades discrecionales a los fiscales para que aplicaren diversas manifestaciones del principio de oportunidad y que

permitan el empleo de mecanismos de simplificación procesal.

4.1.11. Juicio

Sobre el juicio Manuel Ossorio cita a Escriche, quien indica que es "*La controversia y decisión legítima de una causa ante y por el juez competente: o sea, la legítima discusión de un negocio entre el actor y el reo ante el juez competente, que lo dirige y termina con su decisión o sentencia definitiva*."[19]

Juicio es la contienda que se someten las partes para solucionar un inconveniente jurídico que se lo tramita ante y por el juez competente y de la materia, en la que éste última decide mediante resolución o sentencia de la controversia a solucionarse.

Juicio es la contienda, sometido a la resolución de un juez, siendo aquella una controversia que se suscitan entre dos personas, y que sus indiferencias o inconvenientes acuden a la función judicial para que el juez resuelva de acuerdo a la norma y a las reglas de la sana crítica la resolución de dicho inconveniente.

4.1.12. Imputación

La imputación para Víctor de Santo es "*La atribución, a una persona determinada, de haber incurrido en una infracción penal sancionable*"[20]

[19] OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, 2008, p.477, 982, p. 517.
[20] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 536

La imputación surge en el momento que una persona es señalado como partícipe de un hecho delictivo, sin que con ello deba darse la auto incriminación, prohibido constitucionalmente, un imputado puede ser absuelto o sobreseído, con lo que desaparece la imputación.

Manuel Ossorio, expresa que "*En el conocimiento de los fenómenos jurídicos, la imputación es una operación mental consistente en atribuir una determinada consecuencia jurídica de un hecho o situación condicionante*"[21]

La imputación es el conocimiento y las pruebas necesarias, para fundamentar la acusación que se le hace a una persona, por el cometimiento de un delito de acción penal pública, ya que los delitos de acción penal privada se someten a las acciones e investigaciones que las partes deben aportar.

4.1.13. Detención

Jorge Zavala Baquerizo, cita a Fenech quien manifiesta que detención es "un acto por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad de carácter provisional, y que tiene por fin ponerla a disposición, mediata o inmediatamente, del Instructor del proceso penal para los fines de éste, en expectativa de su posible prisión provisional".

[21] OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Nuenos Aires – Argentina, 2008, p. 474

La detención es una limitación de la libertad cuya finalidad es la de entregar al detenido al fiscal para los fines de éste, cuando, como se sabe la detención tiene un fin en sí misma, cual es la de facilitar la investigación de un delito y conocer las personas que intervinieron en su comisión.

Como señala el doctor Jorge Zavala Baquerizo en su Tratado de Derecho Procesal Penal que la detención "*Se trata de un plazo fatal, vencido el cual el juez de lo penal que ordenó su detención debe también ordenar su libertad, si es que del informe que presenta el fiscal en donde conste el resultado de la investigación, no se desprenden indicios suficientes que relacionen al detenido con el delito sobre el cual se lo investigó, en cuyo caso el fiscal deberá iniciar la instrucción fiscal y, si lo cree procedente, solicitar al juez que dicte el auto de prisión preventiva*"[22]

La detención es una medida cautelar de carácter personal, en que se ordena la privación temporal de una persona, solicitada por el fiscal o llevada a cabo por la autoridad policial o los ciudadanos en los delitos flagrantes, esto cumplida por las personas en el cometimiento de la infracción, que se determina la investigación para establecer la responsabilidad del detenido.

[22] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI, Editorial EDINO, Guayaquil-Ecuador, 2002, p. 55

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. El fiscal y la participación del ofendido en el proceso.

Fernando Albán Escobar, indica que "*Para imputar a una persona el único medio constitucional y legal es a través de una investigación preprocesal técnica y científica. El sostén de la acusación del agente fiscal es el acopio de todos los datos que permitan descubrir la existencia de delito y sus participantes. La frase empleada por el legislador "por cualquier otro medio" no ayuda al fiscal para sustentar a futuro y con éxito la causa penal*."[23]

El fiscal en la intervención de los proceso, es parte fundamental del sistema acusatorio, ya que esa potestad no es exclusiva de las partes del proceso, como es en los delitos de acción privada, donde quienes se encargan de comprobar el cometimiento del delito son los sujetos procesales como el querellante y querellado; sino, que en los delitos de acción pública el ejercicio de la atribución de investigar le corresponde al fiscal, en atención al interés público y a los derechos de las víctimas.

Jorge Zavala Baquerizo manifiesta que "*El motivo que puede dar lugar al auto de detención es la sospecha de que una persona ha intervenido activamente en la comisión de un delito. La sospecha no es una presunción. La sospecha es un estado mental al que se llega a base de elementos*

[23] ALBÁN ESCOBAR: Fernando: **Estudio Sintético sobre el Código de Procedimiento Penal**, Tomo I, Editorial Torres, Quito Ecuador, 2001, p. 77, 78

dispersos, inciertos, algunas veces equívocos, aparentes. La sospecha no tiene premisas ciertas. No se trata de indicios, pues éstos dan lugar a la presunción; se trata de incoherentes apreciaciones o interpretaciones de ciertas circunstancias fácticas que pueden hacer creer que una persona está relacionada con la comisión de una infracción penal."[24]

La intervención del fiscal en el proceso es la de investigar el cometimiento de la infracción, y la del ofendido de aportar con las pruebas que se han llevado cabo, sin que con ello signifique la acusación de la persona, sino que persiguen la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el delito cometido por el infractor. La acusación se lleva a cabo en función a las garantías del debido proceso, en la que ejercerá la función pública en sujeción a los principios de oportunidad y de mínima intervención penal.

4.2.2. Falencias en la etapa de instrucción fiscal

Cuando el fiscal solicita la detención de una persona, para investigar un delito de acción pública, lo solicita para todos los delitos, lo cual constituye una falencia del sistema acusatorio, porque la persona debe ser detenida cuando se declare su culpabilidad, pero al decretarse la detención en la instrucción fiscal se viola la presunción de inocencia. Para Carlos Roberto Gómez Mera, señala que "*Cuando dice que toda persona será tratada como inocente hasta que no se declare lo contrario, nos pone a pensar mucho*

[24] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI, Editorial EDINO, Guayaquil-Ecuador, 2002, p. 41

sobre la situación de todos aquellos presos que tienen orden de prisión preventiva, que en realidad es un anticipo de pena, como así lo reconoce el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal. En este cuerpo legal debe establecerse claramente el porqué de esta medida cautelar de carácter personal, y se la debe limitar al máximo, y de manera muy severa, para evitar abusos por parte de jueces y fiscales, y la consiguiente burla de esta garantía."[25]

La presunción de inocencia es un derecho constitucional, que protege la integridad del procesado de su dignidad de ser libre, el mismo que dura hasta que una sentencia o resolución ejecutoriada lo quebrante o destruya. La medida cautelar personal se justifica, para asegurar la presencia del procesado y para asegurar los fines del proceso penal.

Jorge Zavala Baquerizo indica que "*Que en nuestro ordenamiento jurídico existe una desubicación en relación con la situación jurídica de inocencia y la presunción de inocencia, pues la primera es la que debe estar concretada en la Constitución, y la segunda, esto es, la presunción, en la ley de procedimientos penal; y no como sucede actualmente en que los enunciados están invertidos: lo que debe ser constitucional es legal, y lo que debe ser legal es constitucional. Se ratifica la verdad de lo que acabamos de exponer, si se piensa que la sentencia absolutoria como el auto de sobreseimiento- no declaran inocente al justiciable, sino que reconocen la situación jurídica de*

[25] GÓMEZ MERA, Carlos Roberto: Lecciones de Derecho y Ciencia Penal, editores Edilexa S.A., Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 76

inocencia al haber desaparecido la presunción de inocencia al concluir el proceso penal"[26].

EL criterio de este autor es que la inocencia es un derecho constitucional y la presunción de inocencia es una principio legal a través del proceso penal, bueno como se lo considere estimo que debe respetarse la inocencia de la persona en todo proceso que se lleva a cabo en su contra, en defensa de las garantías del debido proceso. En este sentido a una persona que se le sigue un proceso, no debe considerársele imputado, sino procesado, porque lo primero da a entender que se investiga a una persona que ya cometido un delito, mientras que la segunda palabra, esto de procesado, se considera que se está investigando el accionar de la persona procesada.

LuiggiFerrajoli, manifiesta que "*La misma admisión en principio de la prisión ante iudicium, sea cual fue el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en no poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sobre la base de un juicio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial y tal vez ningún acto de poder público que suscite tanto miedo e inseguridad y socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso*"[27].

[26] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: El debido proceso penal, 2004 Tomo 1.- Ed. Edino, Guayaquil- Ecuador, 2005, p. 14
[27] FERRAJOLI, Luiggi: Derecho y Razón, Editorial Tottra, Segunda edición 2009, Madrid – España, p. 56

Si el fiscal fundamenta su instrucción fiscal, que debe ser detenido y declararse la prisión preventiva, en casos excepcionales no es todos los casos, como sucede en nuestro medio, no así de última ratio, o de última aplicación, esto va en contra de la culpabilidad de las personas, por ello UrsKimdhäuser señala: "*También un sistema jurídico justo requiere de sanciones para salvaguardar su propia estabilidad. Puesto que lo específico de la pena criminal se halla en un reproche ético-jurídico, esta forma de sanción ha de ser ético-jurídicamente legítima, esto es, justa tanto como institución cuanto como consecuencia jurídica concreta. Más la pena sólo puede ser justa si ella sirve a la retribución de culpabilidad por un comportamiento que expresa una falta grave de humanidad*"[28]

La prisión preventiva solicitada por el fiscal, para asegurar la comparecencia del procesado al proceso es una medida de aplicación general, con lo cual es visto aquello como un tipo de sanción, no como una medida cautelar, ya que el procesado debe estar privado de la libertad una vez que haya sido sentenciado condenatoriamente, con lo cual debe el fiscal solicitar medidas alternativas a la prisión preventiva, para que ésta última no sea vista como una pena, porque aún no se determina la culpabilidad.

UrsKimdhäuser manifiesta que "*No se puede encontrar en la ampliación de las competencias de las autoridades de la investigación un sustento para la tesis de que determinados autores -con más precisión: los sospechosos-*

[28] KINDHÄUSER, Urs: Pena y Culpabilidad, en el Estado democrático, Editorial IB de F, Montevideo – Uruguay, p. 2

deban ser tratados como "no personas". Por una parte, hay una serie de nuevas regulaciones procesales que también son controversiales precisamente porque afectan a terceros -la búsqueda a través de un perfil Rasterfahndung, la vigilancia telemática, etc., en particular en lo tocante a su autonomía informativa. Por otra parte, según una jurisprudencia ya consolidada, las intervenciones en la esfera íntima de una persona, esto es, en el núcleo de la configuración de su vida privada, son siempre inadmisibles. También va en esta dirección la clara tendencia jurisprudencial a fortalecer los derechos del acusado en el proceso -por ejemplo, frente a los deberes de declaración que recaen sobre él"[29].

La prisión preventiva, en la investigación de los delitos de acción pública, se ha convertido en una regla general por parte del fiscal, lo cual es contradictorio a la norma constitucional, por estar en contra de las garantías del debido proceso, por cuanto como se observa en los procesos, por lo general el fiscal solicita esta medida cautelar, que esto afecta la integridad de la persona, por cuanto esta medida se torna en una pena, cuando su solicitud y aplicación es de tipo general, y no de última ratio. Esta medida se aplica para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso, con lo cual debe buscarse otras medidas de tipo real, en la que no signifique la detención de una persona, y su solicitud, por parte del fiscal, es únicamente cuando considere que no existe garantías para que el procesado se presente al juicio.

[29] KINDHÄUSER, Urs: Pena y Culpabilidad, en el Estado democrático, Editorial IB de F, Montevideo – Uruguay, p. 176

4.2.3. Aplicabilidad de las garantías del debido proceso en el sistema acusatorio

Hernando Devis Echandía, manifiesta como principio del derecho procesal "*El principio de que las sentencias no crean, sino declaran derechos. Los derechos subjetivos se originan en el derecho positivo y principalmente en la ley, su fuente formal más común, en el mundo moderno. Los procedimientos sirven para obtener su tutela, su ejecución, su garantía para permitir, en ocasiones, su ejercicio, pero no para crearlos. De ahí que Ugo Rocco considere que una de las características del derecho procesal es la de ser un derecho medio.*"[30]

El derecho procesal penal es un medio para llevar a cabo el proceso por un delito de acción penal pública, que el fiscal y el juez deben garantizar el debido proceso del sistema acusatorio. Si el fiscal lleva a cabo las investigaciones, los procedimientos deben sujetarse a lo determinado en la Constitución y la ley, caso contrario el proceso conlleva a la nulidad de todo lo actuado, pues como se indica anteriormente, los procedimientos sirven para obtener su tutela, su ejecución, su garantía para permitir que el ejercicio se lleve a cabo en respeto a los derechos constitucionales y legales de los procesados, como de las partes afectadas, ya sean víctima u ofendidos en los delitos que se investigan.

[30] ECHANDÍA, Hernando Devis: Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2009, p. 56

Jorge Zavala Baquerizo expresa que: "*Toda persona desde que nace es libre e inocente. La libertad y la inocencia son bienes naturales que están ínsitos en la persona, los cuales, al igual que la vida, el honor y la integridad física, son bienes que generan los respectivos derechos que el Estado, al reconocerlos expresamente, se obliga a garantizarlos, como en efecto los garantiza.*"[31]

La libertad y la inocencia como bienes naturales, son parte fundamental de la dignidad de la persona, porque sus derechos se han convertido de protección internacional, al ser considerados derechos humanos, que ello conlleva la igualdad de otros derechos como el honor, la vida y la integridad, por cuanto la afectación de uno de ellos constituye la afectación de los otros, es por ello que el Estado garantiza como derechos fundamentales de las personas.

Jorge Zavala Baquerizo manifiesta que "*El derecho de defensa es el escudo de la libertad, el amparo del honor y la protección de la inocencia. Lo dicho exalta la grandeza de la institución que entramos a estudiar, y nos ahorra más palabras para comprender la importancia que tiene dentro del ordenamiento jurídico del Estado. La defensa, desde el punto de vista procesal, se la puede clasificar en general y en restrictiva. La defensa general es el derecho subjetivo que el Estado entrega a toda persona para que, en un momento determinado, pueda exigir la protección para sus*

[31] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI, Editorial EDINO, Guayaquil-Ecuador, 2002, p. 37

bienes jurídicos e intereses antes y durante el desarrollo de un proceso. La defensa en sentido restringido es aquella que le corresponde al demandado en un proceso civil, o al acusado en un proceso penal, para oponerse a las pretensiones que se exhiben en dichos procesos por parte del demandante o del acusador, sea oficial, particular o privado, respectivamente"[32]

La etapa de instrucción fiscal es una de las primordiales del debido proceso, en la cual se debe investigar el cometimiento de infracciones, y uno de los derechos primordiales es el derecho a la defensa, es un derecho a la dignidad en protección a la inocencia de la persona. Cuando se le sigue un proceso a una persona por el presunto cometimiento de un delito, a éste se le debe considerar inocente desde el instante mismo del proceso, es por eso que a esta persona ya no se lo considera imputado sino procesado, en respeto a su libertad como tal.

La unidad jurisdiccional según Zavala Egas "*es el principio aplicable al ejercicio de la potestad jurisdiccional por el cual le compete sólo a los órganos -jueces y tribunales- judiciales, en su función aplicativa, determinar lo que es Derecho en caso concreto y en forma irrevocable, esto es, con fuerza de cosa juzgada, a través del proceso y dentro del ámbito constitucionalmente demarcado. Es, además, un principio de máximo grado, pues se encuentra como una prescripción constitucional, lo cual implica dos extremos: es tan inconstitucional que órganos no judiciales pretendan ejercer*

[32] ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: El debido proceso penal, 2004 Tomo 1.- Ed. Edino, Guayaquil- Ecuador, 2005, p. 15

la potestad jurisdiccional, aun en forma concurrente, como que los órganos judiciales actúen fuera del ejercicio de la potestad jurisdiccional que les ha sido atribuida. El primer extremo es conocido como de exclusividad positiva, el segundo como exclusividad negativa."[33]

La unidad jurisdiccional es la competencia que tienen los órganos jurisdiccionales de administrar justicia, solo la función judicial puede llevar a cabo un proceso, y éstos deben hacerlo en su condición de juez natural, que a través de su jurisdicción y competencia procesan a una persona por el cometimiento de un delito, lo realizan en vista del sistema acusatorio que existe en nuestro país, donde ellos no acusan, sino a través de los fiscales, conocen del caso y vigilan las garantías del debido proceso, y una vez conocida la acción como medio de la etapa del juicio, deciden y sentencian en mérito de los autos, ya sea absolviendo o condenando al proceso por la acusación fiscal.

"*El principio de la verdad procesal. Entiéndase por verdad procesal la que surge del juicio; la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos. Esta puede ser diferente de la verdad real. ¿Qué significa este principio? Que para el juez lo importante y único es la verdad procesal; que su decisión tendrá que ceñirse a ella, y que entonces será recta y legal, aunque en ocasiones la realidad sea diferente. Nos lleva lo anterior a concluir que no siempre la justicia procesal está acorde con la*

[33] ZAVALA EGAS, Jorge: La unidad jurisdiccional, www.revistajurídicaonline.com

realidad de los derechos que la ley consagra, y que si esto acontece por descuido o negligencia o torpeza de la parte interesada, la rectitud del fallo no se afecta por ello."[34]

De ahí que pueda afirmarse que en derecho procesal no es la existencia del derecho, sino su evidencia o demostración en el juicio, lo que importa. Y que tanto vale no tener un derecho como no poder demostrarlo. El juez tiene que fallar conforme a lo probado en el juicio, y por eso la trascendencia de darle facultades para exigir las pruebas y tomar la iniciativa que estime necesaria, a fin de poder pronunciarse con absoluto conocimiento de causa y convencimiento pleno de estar obrando conforme a la justicia.

Como último principio del derecho procesal, es "*El principio de la cosa juzgada. Este principio se deduce del carácter absoluto de la administración de justicia. Significa que una vez decidido, con las formalidades legales, un litigio entre determinadas partes, estas deben acatar la resolución que le pone término, sin que les sea permitido plantearlo de nuevo. De lo contrario, la incertidumbre reinaría en la vida jurídica y la función del juez se limitaría a la de buen componedor, con la consecuencia de que esa intervención o determinación no podría imponerse como obligatoria definitivamente. El proceso estaría siempre sujeto a revisión o modificación, lo que haría imposible la vida jurídica.*"[35]

[34] ECHANDÍA, Hernando Devis: Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2009, p. 57
[35] ECHANDÍA, Hernando Devis: Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2009, p. 57

La sentencia solo obliga como cosa juzgada a las partes respecto de las cuales se dictó, con excepciones de algunos casos de efectos erga omnes, expresamente consagrados en la ley; únicamente se aplica para el mismo objeto o relación jurídico-material que fue controvertida y respecto de la cual se surtió la litis, y no impide que se debata sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, pero con fundamento en una causa distinta, o sea, en un título o motivo jurídico diferente.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

El Art. 66 numeral 29 literal a) de los derecho de libertad garantiza "*El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.*"[36]

La libertad consiste en la autodeterminación del hombre para poder organizar su vida de acuerdo a su personalidad. Desde el punto de vista jurídico es un bien, esto es, un valor que permite satisfacer las necesidades individuales y sociales para el natural desarrollo de la persona durante su vida de acuerdo con las normas jurídicas imperantes. Éste es un derecho de hacer lo que las leyes permitan.

El Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, señala "*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"*[37]

Toda persona puede exigir los derechos de protección, de los cuales son sus titulares, cuando un derecho subjetivo reconocido por el Derecho le es

[36] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 66 numeral 29 literal a)
[37] IBIDEM, Art. 75

afectado y así poder reaccionar mediante acciones administrativas o judiciales. Tales derecho de protección que viabilizan las acciones reaccionales son el derecho a la jurisdicción o a la tutela administrativa o judicial efectiva.

El Art. 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe que "*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*"[38]

La inocencia es una situación natural y jurídica por la cual el hombre está libre de toda culpa. El hombre nace inocente y se incorpora al medio familiar y social como una persona sin culpa, esto es, independiente de la culpa o de la culpabilidad de sus antecesores. La inocencia es general, la culpa es concreta. Se es generalmente inocente y concretamente culpable. Dentro de la situación jurídica de inocencia general surge la situación jurídica de culpabilidad en razón de una conducta concretamente establecida y probada. De esa manera se explica el mandato constitucional por la cual proclama la inocencia de toda persona hasta que no se haya declarado su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

[38] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 76 numeral 2

El Art. 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe que "*En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:*

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley."[39]

La prisión preventiva implica privación de la libertad y las garantías en estos casos como excepción, señalados en el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución vigente determinan los delitos flagrantes, disposición que justifica las acciones apresuradas de fiscales y Policía Judicial, por lo que se considera conocer los requisitos para la existencia del delito flagrante.

La prisión provisional o prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal que afecta el derecho de libertad personal durante un lapso más o menos prolongado, la cual sólo procederá cuando las demás

[39] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 77 núm. 1

medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento penal.

Cuando se dicta la prisión provisional, en nuestro país, el imputado o acusado de un delito es obligado a ingresar en prisión, durante la investigación criminal, hasta la celebración del juicio.

El Art. 77 numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador señala que "*La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.*"[40]

La prisión preventiva es una decisión de excepción, y solo debe dictársela cuando el sujeto sobre el que recae es una persona peligrosa o hay razones para temer que evada la acción de la justicia. Cuando estas situaciones no se presentan, no debería dictarse orden de prisión contra el individuo implicado en la investigación de un delito. En nuestro país sucede lo contrario; la prisión preventiva ha sido la regla y, la excepción, el raro caso de un imputado que pueda en plena libertad ejercer su derecho a la defensa.

Paradójicamente, en la práctica se invierte la presunción de inocencia. Como buena nueva, para abonar contra este abusivo arbitrio, la nueva constitución,

[40] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 77 núm. 11

en uno de sus aciertos (Art. 77 N,. 11), estatuyó que prioritariamente, los jueces apliquen medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad; de manera que tendrían que analizar otras opciones antes de ordenar prisiones con la liberalidad que siempre lo han hecho.

El Art. 77 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta que "*Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.*

La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley."[41]

El Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador expresa que. "*La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y*

[41] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 77 núm. 9

procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley."[42]

La Policía Judicial se constituye en auxiliar del fiscal, y por lo tanto a pedido de cualquier Fiscal, ésta puede intervenir en la investigación de los hechos denunciados. Aún más tiene competencia para aprehender a las personas sorprendidas en delito flagrante, facultad ésta que inclusive la puede ejercer cualquier persona. Ante este hecho de detención, el Fiscal está obligado a poner inmediatamente al detenido a órdenes del juez competente para que confirme o revoque la detención. Sólo a un juez de derecho le corresponde ordenar o revocar la detención o prisión preventiva de una persona. El Fiscal no puede ordenar ninguna medida cautelar real (prohibición de enajenar, bienes, secuestro, retención ni embargo) ni personal (detención salvo el

[42] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 195

caso de delito flagrante y prisión preventiva) ya que para hacerlo debe solicitarlo al juez de derecho, y es éste quien ordena tales medidas.

La separación entre las funciones de investigación y de juzgamiento constituye una de las características básicas del sistema acusatorio, consecuencia de ello es que la Fiscalía sea dueña del procedimiento preparatorio e instructorio y el Juez aparezca como dueño del procedimiento principal.

Esta es sin duda el punto de mayor importancia que presenta el sistema acusatorio oral en el que la persecución penal es tarea exclusiva del Estado a través de la Fiscalía como un principio de obligatoriedad de averiguación de la verdad material, en tanto que la actividad del Juez se cifra en juzgar, transformándose esta separación en actos típicos de investigación y de juzgamiento.

El punto de mayor influencia es el debate oral con la presencia del Tribunal, las partes y sus defensores, el mismo que no tiene otra finalidad que la de constituir el estadio propicio para que la acusación y la defensa desplieguen sin restricciones, la prueba y debate permitiendo la posibilidad al juzgador de adquirir el conocimiento completo y objetivo de los hechos que deben ser valorados, pues una sentencia presupone ante todo un debate contradictorio y público.

El sistema acusatorio exige un esquema de subdivisión funcional, entre la Fiscalía como ente investigador, y el juzgador como organismo encargado de adoptar la decisión, apareciendo, de esta forma, la necesaria imparcialidad del Juez para resolver la controversia suscitada, pero esta identificación comporta ante todo la necesidad de un órgano que exponga una acusación, la pruebe y la mantenga en la fase de juzgamiento, acentuándose el principio material de que no hay juzgamiento sin acusación, convirtiendo al Ministerio Público en un sujeto procesal que tiene la carga de demostrar tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad penal ante un Juez, obligado a garantizar al máximo el derecho a la defensa y reservado para valorar las pruebas, emitir las medidas preventivas sobre las personas y los bienes del imputado y acusado así como con la finalidad de administrar justicia de manera imparcial .

Se ha reservado al Fiscal como garantía de su actuación, la que debe alcanzarse por evidencias dejando intacta las garantías que le asisten al acusado, y al Juez como quien decide el proceso en una labor de juzgamiento en forma autónoma e independiente.

4.3.2. Código Orgánico Integral Penal.

El Art. 442 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta: "*La Fiscalía dirige la investigación preprocesal y procesal penal e interviene hasta la*

finalización del proceso. La víctima deberá ser instruida por parte de la o el fiscal sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa."[43]

Quienes están al frente en los procesos en los delitos de acción penal pública son los fiscales, quienes investigan el cometimiento de las infracciones, y quienes acusan para que en sentencia se declare su responsabilidad penal, siempre en vigilancia con las garantías del debido proceso en las personas procesada, y en vigencia de la protección de los derechos de los ofendidos.

El Art. 410 del Código Orgánico Integral Penal indica: "*El ejercicio de la acción penal es público y privado.*
El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa.
El ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima, mediante querella."[44]

Amparado en lo dispuesto por el Código Orgánico Integral Penal, corresponde a la fiscal o al fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública además el fiscal intervendrá como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública, esto es en la instrucción fiscal, en la etapa intermedia y en la etapa del Juicio.

[43] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 20|4, Art. 442
[44]CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 20|4, Art. 410

La fiscalía es el funcionario que se encarga conjuntamente con la Policía judicial para el esclarecimiento del delito y responsabilidad del infractor durante la indagación previa y sigue actuando durante todas las etapas del proceso penal de acción pública pero no tiene participación en los juicios de acción privada.

La fiscalía es la parte procesal encargada de garantizar los derechos de los ciudadanos, no obstante, con las nuevas atribuciones que tiene por mandato del actual Código de Procedimiento Penal, el fiscal como representante de la fiscalía, en ejercicio de la potestad que tiene para iniciar la acción penal cuyo ejercicio es público, es el único que mediante una investigación llevada a efecto por él, debe determinar la existencia de una infracción y la responsabilidad de la persona a quien se le haya imputado el cometimiento de un delito, por lo tanto le corresponde llevar su acusación ante el juez e impulsar el proceso para el juzgamiento del procesado. En esta perspectiva, el fiscal ya no tiene el único rol de defender los derechos de las personas, también los puede vulnerar en cualquier momento en que éste se extralimite en sus funciones.

El fiscal tiene las atribuciones suficientes para dirigir y promover las investigaciones preprocesal y procesal, destinadas a establecer la existencia del delito e identificar a los presuntos infractores y, si encuentra elementos de convicción, acusarlos ante los jueces de garantías penales y tribunales de

garantías penales competentes. Además le corresponde impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal.

El Art. 519 del Código Orgánico Integral Penal sobre la finalidad de las medidas cautelares señala: "*La o el juzgador podrá ordenar una o varias medidas cautelares y de protecciónprevistas en este Código con el fin de:*

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.

2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.

3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.

4. Garantizar la reparación integral a las víctimas."[45]

El juez puede ordenar una o varias medidas cautelares con el fin de proteger los derechos de las víctimas, para garantizar la comparecencia del procesado al proceso, evitar que se destruyan las pruebas y para garantizar la reparación integral a las víctimas, pero aquello no significa que se aplique la prisión preventiva como medida cautelar para todos los procesos que se siguen, sino que la aplicación de la prisión preventiva sea de última ratio, y que se apliquen medidas alternativas a la prisión preventiva para hacer viable la reparación del daño causado.

[45]CÓDIGO ORGÁNICO INTREGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 20|4, Art. 519

El Art. 520 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta "*Reglas generales de las medidas cautelares y de protección.- La o el juzgadorpodrá ordenar medidas cautelares y de protección de acuerdo con las siguientes reglas:*

1. Las medidas cautelares y de protección podrán ordenarse en delitos. En caso de contravenciones se aplicarán únicamente medidas de protección.

2. En delitos, la o el juzgador dispondrá únicamente a solicitud fundamentada de la o el fiscal, una o varias medidas cautelares. En contravenciones, las medidas de protección podrá disponerlas de oficio o a petición de parte.

3. La o el o el [sic] juzgador resolverá de manera motivada, en audiencia oral, pública y contradictoria. De ser el caso, se considerará las solicitudes de sustitución, suspensión y revocatoria de la medida, u ofrecimiento de caución que se formule al respecto.

4. Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios denecesidad y proporcionalidad de la medida solicitada.

5. Deberán cumplirse en forma inmediata después de haber sido ordenadas y se notificará a los sujetos procesales de conformidad con lo previsto en este Código.

6. La interposición de recursos no suspenderá la ejecución de las medidas cautelares o medidas de protección.

7. En caso de incumplimiento de la medida cautelar por parte de la persona procesada, la o el fiscal solicitará su sustitución por otra medida más eficaz.

8. La o el juzgador vigilará el cumplimiento de las medidas cautelares y de protección con intervención de la Policía Nacional."[46]

El orden de las medidas cautelares buscan alcanzar una imputación suficientemente seria y sólida que permita vislumbrar la realización de un juicio y la imposición de una sentencia.

El Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta: "*La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidascautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicaráde forma prioritaria a la privación de libertad:*

1. Prohibición de ausentarse del país.

2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.

3. Arresto domiciliario.

4. Dispositivo de vigilancia electrónica.

5. Detención.

6. Prisión preventiva.

La o el juzgador, en los casos de los numerales 1, 2 y 3 de este artículo,podrá ordenar, además, el uso de un dispositivo de vigilancia electrónica."[47]

[46]CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 20|4, Art. 520

[47]CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 20|4, Art. 522

Como regla general se aplicará la privación de la libertad en la imposición de las medidas cautelares, lo cual mi parecer ha sido el causante de grandes arbitrariedades por parte de los administradores de justicia, quienes olvidan el carácter excepcional de la prisión preventiva mandado por la Constitución y por los tratados internacionales. El hecho de que se pueda privar a una persona de su libertad, y que se aplique de forma prioritaria por el hecho de asegurar la persona procesada al proceso, no significa que debe solicitarse la prisión preventiva, porque esta es de mínima aplicación. Nuestra legislación tiene que ser más exigente y drástica en los presupuestos a cumplirse para poder interponer esta medida, no podemos aceptar tan campantemente que los jueces tengan puertas abiertas para dar paso a arbitrariedades que puedan tener como consecuencia la privación de la libertad de una persona aún inocente.

El Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal indica: "*Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y elcumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.

2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado esautor o cómplice de la infracción.

3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares noprivativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.

4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad."[48]

Por el hecho que un delito sea superior a un año de la pena como sanción, conlleva a irregularidades por parte del fiscal al solicitar como medida cautelar la prisión preventiva, sin que se mire las garantías del debido proceso, y se respete el derecho al inocencia, que tenemos las personas en el proceso penal, con lo cual conlleva a que el fiscal por el hecho que el delito sea superior a un año de sanción, no debe ser la regla general sino que la solicitud de medida cautelar sea de última aplicación.

El Art 580 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta: "*En la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa.*

[48]CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 20|4, Art. 534

Las diligencias investigativas practicadas por la o el fiscal, con la cooperación del personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses o del personal competente en materia de tránsito,tendrá por finalidad determinar si la conducta investigada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, la existencia del daño causado, o a su vez, desestimar estos aspectos."[49]

Lo dicho significa que antes que se inicie oficialmente un proceso pueden y deben cumplirse importantes actos de investigación o de aseguramiento de elementos de convicción o de prueba, que antes con la indagación previa, en la que se ha previsto que antes de resolver la apertura de la instrucción, vale decir antes que se inicie el proceso penal, fiscal y policía de considerarlo necesario, deben investigar los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que hubiere llegado a su conocimiento por algunas de las formas mencionadas en el Art. 581 del Código Orgánico Integral Penal.

El Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses al igual que la Fiscalía pueden y deben cumplir todo tipo de actuaciones investigativas no oficiales y que, por tanto, pueden ser ignoradas de manera absoluta por el ciudadano sospechoso, ya que pueden cumplirse sin su consentimiento, sin su conocimiento y sin su intervención o participación, más allá de que resulta altamente peligroso que la noticia del

[49]CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 20|4, Art. 580

delito no sea calificada previamente cuando se permite que, llegada a conocimiento del fiscal, por cualquier medio, sin descartarse anónimos, se proceda a una investigación que puede complicar seriamente y afectar la vida de una persona. Así, si al fiscal le llega la noticia de que una persona está lavando dinero proveniente del narcotráfico, dato que puede ser fundamentado o no, cierto o falso, tanto el fiscal como el Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses pueden iniciar por propia decisión - sin conocimiento del Juez, o de algún órgano jurisdiccional - las investigaciones que consideren necesarias para establecer si tal imputación es o no verdadera, y todo esto, antes de que se dicte ningún auto judicial o resolución del fiscal, para instruir la causa. Si el fiscal es ágil, diligente y con iniciativas, se revisarán las cuentas del sospechoso, se investigarán sus ingresos y gastos, sus viajes, sus antecedentes personales de trabajo y ocupación, todas sus operaciones bancarias, mercantiles o contractuales; en general, se seguirán sus pasos y se averiguará la identidad y actividades de sus relacionados, amigos y familiares. Y todo este cúmulo de actuaciones delicadas y complejas, sin que aquel tenga ni la más mínima sospecha de la investigación de que está siendo objeto, a menos que se le convoque a rendir su versión o para que informe y aporte ciertos datos indispensables para la investigación previa.

El Art. 584 del Código Orgánico Integral Penal indica ”*Reserva de la investigación.- Las actuaciones de la Fiscalía, de la o el juzgador, del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal*

y ciencias forenses, la Policía Nacional, y de otras instituciones que intervienen en la investigación previa, se mantendrán en reserva, sin perjuicio del derecho de la víctima y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados a tener acceso inmediato, efectivo y suficiente a las investigaciones, cuando lo soliciten.

Cuando el personal de las instituciones mencionadas, los peritos, traductores, intérpretes, que han intervenido en estas actuaciones, divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o las difundan, atentando contra el honor y al buen nombre de las personas en general, serán sancionados conforme con lo previsto en este Código."[50]

El fiscal puede actuar por su cuenta disponiendo todo tipo de acciones que considere convenientes y pertinentes para descubrir la verdad, pero, siempre dentro del marco constitucional y legal. Únicamente cuando fuere necesario adoptar medidas para las cuales se requiere autorización judicial, el fiscal deberá obtenerla previamente del Juez penal, como en los casos en los que sea indispensable intervenir o interceptar comunicaciones telefónicas u ocupar la correspondencia del sospechoso, o allanar una vivienda.

Menos mal que queda claro que sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa estas actuaciones de la Fiscalía General del Estado, de la Función Judicial, de la Policía Judicial y de otras instituciones y funcionarios que intervengan en la Investigación previa; que

[50]CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 20|4, Art. 584

pueden ser perfectamente necesarias para poder verificar si, efectivamente, existen elementos de prueba o, por lo menos, indicios de que se ha cometido un delito y una persona es responsable de él, deben mantenerse en reserva de terceros ajenos a ésta y del público en general, sin perjuicio del derecho del ofendido, y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados, de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones, al menos hasta que sean actuaciones públicas durante la etapa de la instrucción, que es una etapa del proceso penal que ya es público. Por ello, advierte la ley que el personal de las instituciones mencionadas que hubieren intervenido en estas actuaciones serán sancionados cuando las divulgaren y hubieren puesto, de cualquier otro modo, en peligro el éxito de la investigación o las difundan atentando contra el honor y el buen nombre de las personas en general, considerando que bien podrían llegara serencubridores de un delito o bien sancionados por un delito autónomo de obstrucción a las actividades judiciales.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Métodos

En el proceso de investigación socio-jurídico se aplicó el método científico, entendido como camino a seguir para encontrar la verdad a cerca de una problemática determinada. Es válida la concreción del método científico hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta, pues partiendo de la hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se comenzócon el análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinemos el tipo de investigación jurídica que queremos realizar, en el presente caso me propuse realizar una investigación socio-jurídica, que se concreta en una investigación del Derecho tanto en sus características sociológicas como dentro del sistema Jurídico, esto es, relativa al efecto social que cumple la norma o a la carencia de ésta en determinadas relaciones sociales o interindividuales, de modo concreto buscare las falencias que se suscitan en la investigación del delito en la etapa de instrucción fiscal.

El método inductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido. El método inductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el racionamiento para llegar a conclusiones particulares. El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. Con el método histórico, se hará una recopilación de información del proceso penal en leyes que anteriormente regía en la materia, como una forma de comparar para realizar su análisis.

5.2 Procedimientos y técnicas.

Fueron los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y entrevista. El Estudio de casos judiciales reforzó la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática. La investigación de campo se concretó a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas se plantearon cuestionarios derivados de la hipótesis.

Los resultados de la investigación se presentan en tablas, barras o gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirvieron para la verificación de objetivos e hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de la encuesta

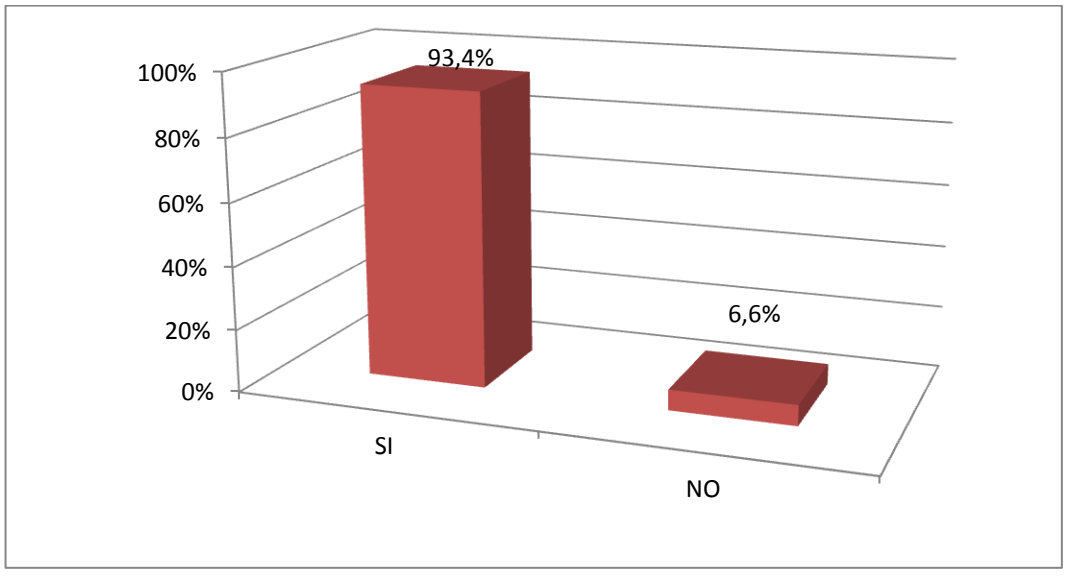
Pregunta 1. ¿Está usted de acuerdo que la medida cautelar de la prisión preventiva, solicitada en la instrucción fiscal, afecta el bien jurídico de la libertad?

Cuadro 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	2	6. 6 %
SI	28	93.4 %
Total	30	100 %

Autor: Luis Enrique Casa
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 1



INTERPRETACIÓN

En cuanto a esta pregunta, dos personas que comprende el 6.6% indicaron que al aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva, no se encuentra afectando el bien jurídico de la libertad; mientras tanto, veintiocho personas que significa el 93.4% manifestaron que al aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva, si se encuentra afectando el bien jurídico de la libertad

ANÁLISIS

Al aplicar la medida cautelar se encuentra afectando al bien jurídico de la libertad, porque al procesado se lo encierra por el espacio de noventa días, que en la práctica son más, olvidando que la libertad es la más preciada de las cosas. Y tan elevado es su precio, ya que la libertad no se puede pagar con dinero; tampoco se la puede conceder temporalmente. Porque esa amenaza de retornar a la esclavitud de la cárcel, amarga, como simple condena a la libertad, la transitoria liberación. No obstante, en la realidad procesal y como atenuación penitenciar, se conoce esa libertad revocable o en cuotas que representan instituciones como libertad provisional de los procesados y libertad condicional de los condenados de ejemplar comportamiento ulterior.

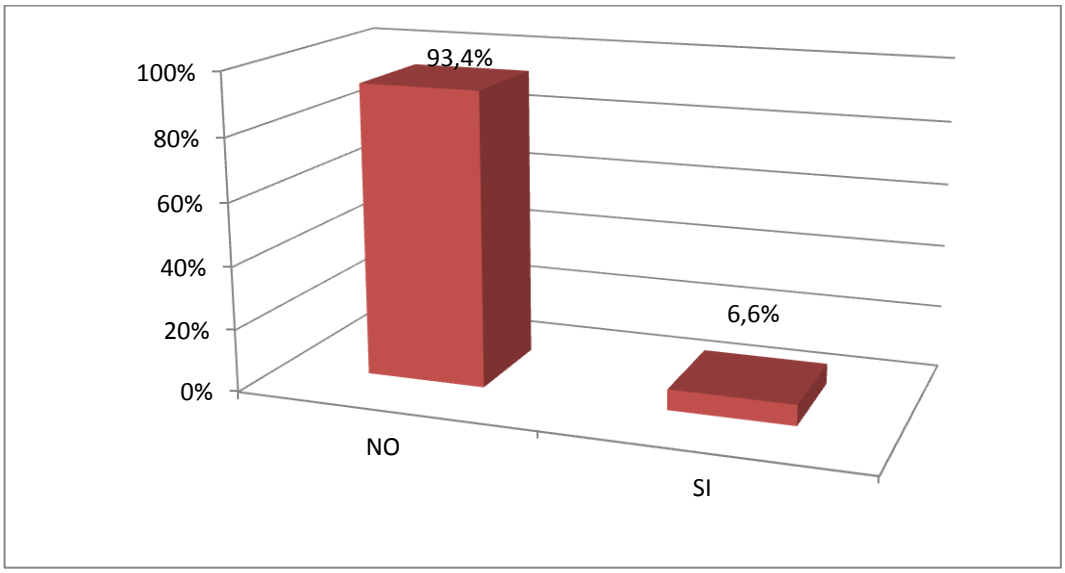
Pregunta 2. ¿Piensa usted que la prisión preventiva es el único mecanismo que garantiza la inmediación del procesado al proceso?

Cuadro 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	6. 6 %
NO	28	93.4 %
Total	30	100 %

Autor: Luis Enrique Casa
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 2



INTERPRETACIÓN

En la tercera pregunta, dos personas que corresponde el 6.6% expresaron que la prisión preventiva si es el único mecanismo que garantiza la inmediación del procesado al proceso; en cambio, veintiocho personas, que comprende el 93.4 manifestaron que la prisión preventiva no es el único mecanismo que garantiza la inmediación del procesado al proceso.

ANÁLISIS

La prisión preventiva no es el único mecanismo que garantiza la inmediación del procesado, sino la última de los 13 numerales del Art. 160 del Código de Procedimiento Penal expresadas como la detención, la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo, es de esperar que ya no se disponga otras medidas que dictan, con alguna frecuencia, jueces penales que no han alcanzado a entender que sólo pueden disponer aquellas medidas cautelares previstas en la ley procesal penal.

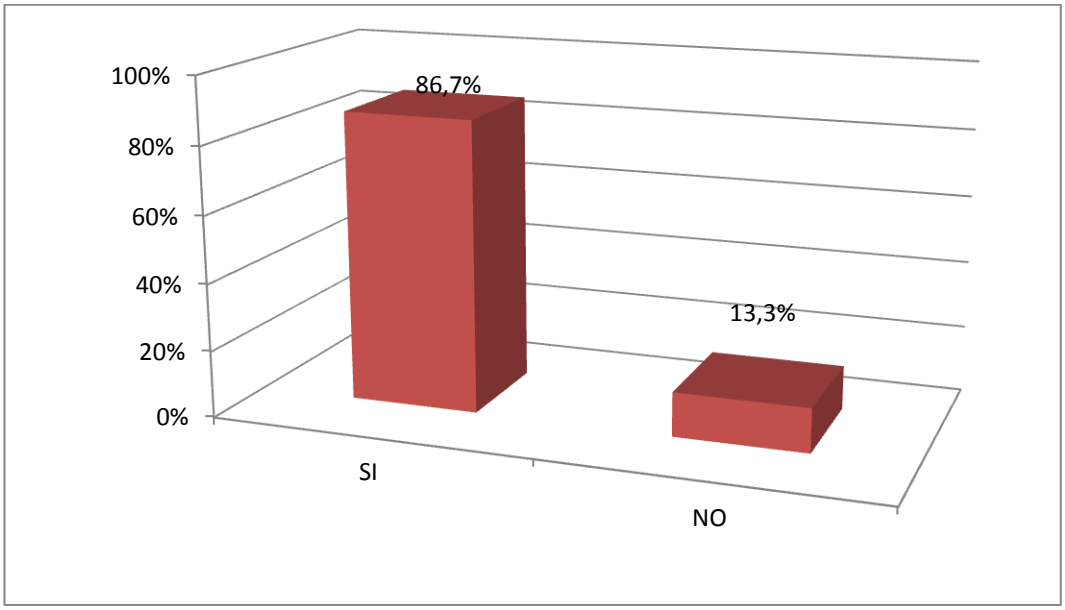
Pregunta 3. ¿Está usted de acuerdo, que la aplicación de la prisión preventiva, se está anticipando la imposición de una pena, antes de dictarse sentencia?

Cuadro 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	4	13. 3 %
SI	26	86.7 %
Total	30	100 %

Autor: Luis Enrique Casa
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 3



INTERPRETACIÓN

En esta pregunta cuatro personas que corresponde el 13.4% señalaron que no al aplicarse la prisión preventiva, se estaría anticipando la imposición de una pena, antes de dictarse sentencia; en cambio veintiséis personas que engloba el 86.7% manifestaron que al aplicarse la prisión preventiva, si se estaría anticipando la imposición de una pena, antes de dictarse sentencia

ANÁLISIS

Al aplicarse la prisión preventiva se está anticipando la imposición de una pena antes de dictarse sentencia, porque la ordena también el Tribunal, como señala el Art. 167 y cuando el proceso suba por apelación a conocimiento y resolución de la Corte Provincial, aunque el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución, mande: "La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y por las formalidades establecidas en la ley.

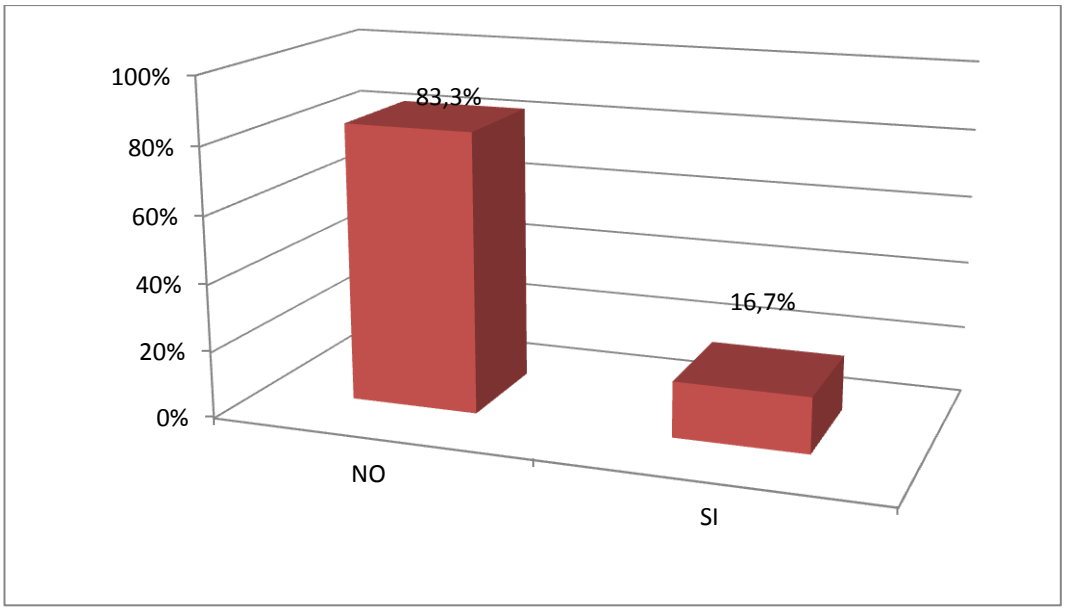
Pregunta 4. ¿Está usted de acuerdo que el actual Código Orgánico Integral Penal establezca para que se proceda el procedimiento abreviado debe el procesado admitir el acto atribuido?

Cuadro 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	16. 7 %
NO	25	83.3 %
Total	30	100 %

Autor: Luis Enrique Casa
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 4



INTERPRETACIÓN

De esta representación se observa que cinco encuestados que equivale el 16.7% expresaron estar de acuerdo que el actual Código Orgánico Integral Penal establezca para que se proceda el procedimiento abreviado debe el procesado admitir el acto atribuido. Pero veinticinco encuestados que corresponde el 83.3% manifestaron no estar de acuerdo que el actual Código Orgánico Integral Penal establezca para que se proceda el procedimiento abreviado debe el procesado admitir el acto atribuido, porque admitir el hecho fáctico significa que el procesado se declare culpable de un hecho delictivo.

ANÁLISIS

Cuando un procesado admite el acto atribuido del cometimiento de un delito, significa que se declara culpable de ese hecho que se le imputa, lo que va en contra de los señalado en la Constitución y en la Ley que ninguna persona podrá declarar en contra de sí mismo, lo que conlleva a violar el proceso penal de contradicción de la pruebas en lo que tiene que ver a la culpabilidad, en donde, de manera pública, oral y contradictoria se juzgue su conducta en un juicio de atribibuibilidad. Desde el momento que se atribuye el cometimiento de un delito y se le siga un proceso abreviado, se violenta el derecho de defensa y se impone una condena inconstitucional pues solamente la persona que ha sido juzgada por los órganos jurisdiccionales siguiendo el procedimiento previamente establecido en la ley es la que puede ser constitucionalmente reconocida como culpable.

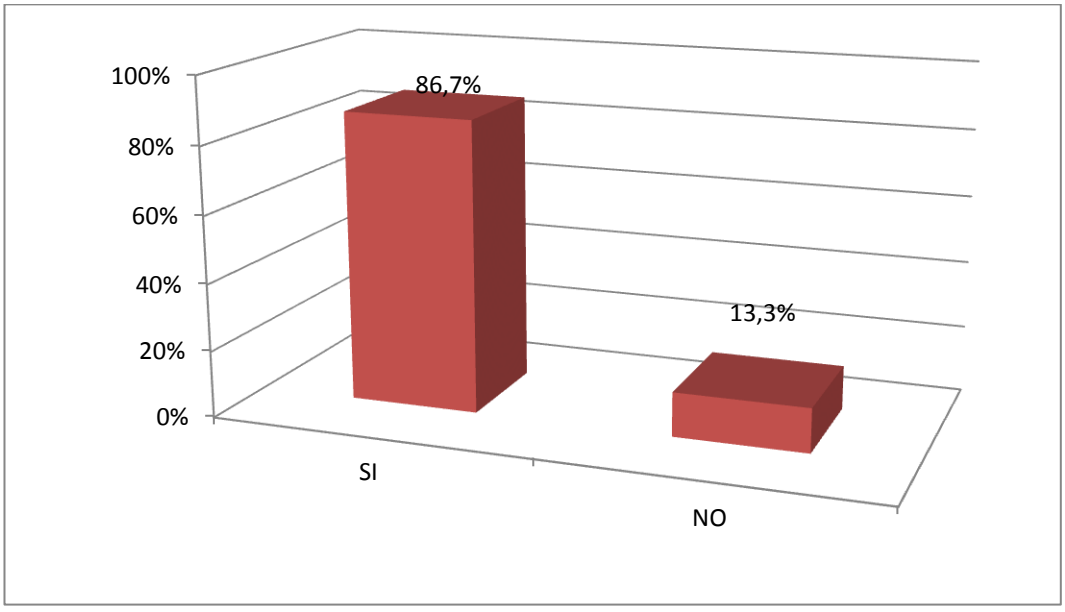
Pregunta 5. ¿Considera usted que admitir el acto atribuido por parte del procesado viola principios que protegen el debido proceso penal, como son la presunción de inocencia, la exigencia del sistema oral, público, contradictorio, el no ser conminado de manera alguna a autoincriminarse y, en fin, el principio de legalidad al negociar penas no previstas en la calidad y cantidad respectivas?

Cuadro 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	4	13. 3 %
SI	26	86.7 %
Total	30	100 %

Autor: Luis Enrique Casa
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 5



INTERPRETACIÓN

De esta interrogante, cinco encuestados que equivale el 16.7% manifestaron que admitir en un proceso el acto atribuido por parte del procesado no es incongruente que se viole principios que protegen el debido proceso penal, como son la presunción de inocencia, la exigencia del sistema oral, público, contradictorio, el no ser conminado de manera alguna a autoincriminarse y, en fin, el principio de legalidad al negociar penas no previstas en la calidad y cantidad respectivas. En cambio veinticinco encuestados que corresponde el 83.3% señalaron que admitir en un proceso el acto atribuido por parte del procesado si es incongruente al violentar principios que protegen el debido proceso penal, como la presunción inocencia del procesado, la exigencia del sistema oral, público, contradictorio, el no ser conminado de manera alguna a autoincriminarse y, en fin, el principio de legalidad al negociar penas no previstas en la calidad y cantidad respectivas.

ANÁLISIS

En el procedimiento abreviado, admitir el cometimiento de un delito significa declarar contra sí mismo, lo cual la ley prohíbe como testimonio del procesado obligar a declarar contra sí mismo. Como se puede apreciar, el legislador ha mantenido el principio in dubio pro reo dentro del Derecho Adjetivo Penal, pues en la etapa de instrucción fiscal, en la etapa intermedia y en la etapa del juicio el procesado tiene la oportunidad de rendir su

testimonio, naturalmente que no puede ser declarado contra sí mismo. La decisión entonces será reflejo de la voluntad del acto judicial y por lo mismo, el legislador ha sido generoso al considerar que el testimonio del ofendido rendido en la etapa del juicio constituye un medio de defensa y de prueba a su favor.

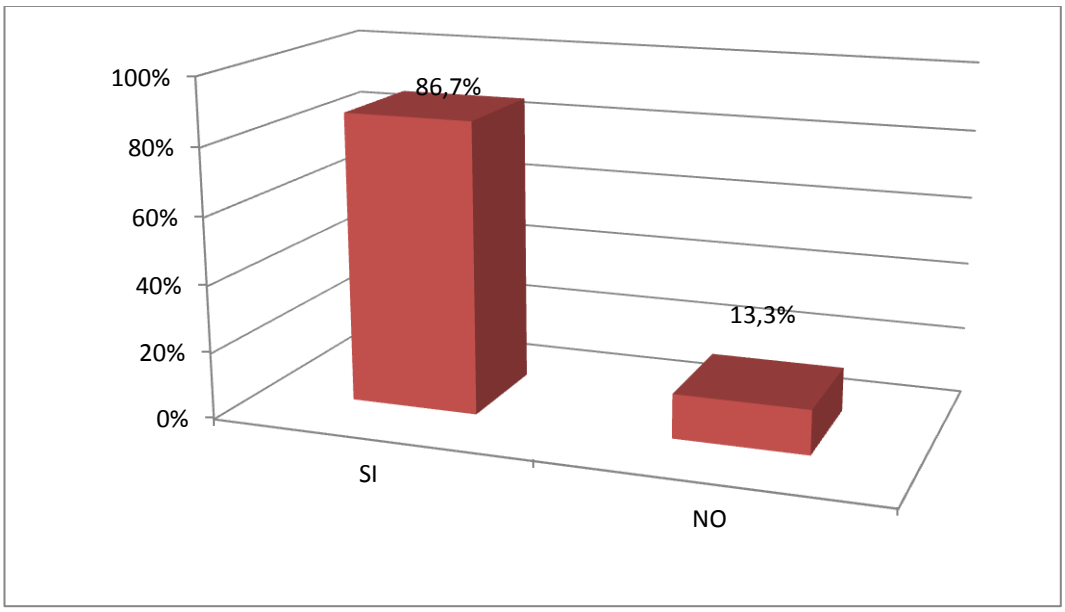
Pregunta 6. ¿Estima usted que para proceder al procedimiento abreviado debe procederse una vez concluido la instrucción fiscal con el dictamen acusatorio?

Cuadro 6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	4	13. 3 %
SI	26	86.7 %
Total	30	100 %

Autor: Luis Enrique Casa
Fuente: Abogados en libre ejercicio

Gráfico 6



INTERPRETACIÓN

En cuanto a esta pregunta, cuatro encuestados que corresponde el 13.3% señalaron que para proceder al procedimiento abreviado no debe procederse una vez concluida la instrucción fiscal con el dictamen acusatorio, porque hay un acuerdo, que admitiendo el hecho atribuido no es necesario que exista acusación; pero veintiséis encuestados que corresponden el 86.7% indicaron que para proceder al procedimiento abreviado debe procederse una vez concluido la instrucción fiscal con el dictamen acusatorio, porque en todo proceso debe existir culpabilidad caso contrario no se puede llegar a un acuerdo de un hecho que se supone que no se ha cometido

ANÁLISIS

Toda personas que se encuentra sometida a un proceso, especialmente al proceso penal, tiene derecho a ser sometida a un juicio de culpabilidad, en donde, de manera pública, oral y contradictoria se juzgue su conducta en un juicio de atribuibilidad incluye los juicios de imputabilidad y de culpabilidad

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

OBJETIVOS GENERALES.

Realizar un estudio jurídico crítico sobre las falencias de la investigación del delito, en la etapa de instrucción Fiscal.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Determinar con certeza las causas para que se den las falencias en la Etapa de la Instrucción Fiscal.

- Establecer la necesidad que se den reformas al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, en lo tiene relación a la integración del Ministerio Público.

7.2. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

El Art. 66 numeral 29 literal a) de los derecho de libertad garantiza "*El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.*"

El Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, señala "*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"*

El Art. 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe que "*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*"

El Art. 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe que "*En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:*

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de

veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley."

El Art. 77 numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador señala que "*La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.*"

El Art. 77 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta que "*Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.*

La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o

servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley."

El Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador expresa que. "*La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.*

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley."

El Art. 442 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta: "*La Fiscalía dirige la investigación preprocesal y procesal penal e interviene hasta la finalización del proceso. La víctima deberá ser instruida por parte de la o el fiscal sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa.*"

El Art. 410 del Código Orgánico Integral Penal indica: "*El ejercicio de la acción penal es público y privado.*

El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa.

El ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima, mediante querella."

El Art. 519 del Código Orgánico Integral Penal sobre la finalidad de las medidas cautelares señala: "*La o el juzgador podrá ordenar una o varias medidas cautelares y de protección previstas en este Código con el fin de:*

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.

2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.

3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.

4. Garantizar la reparación integral a las víctimas."

El Art. 520 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta "*Reglas generales de las medidas cautelares y de protección.- La o el juzgador podrá ordenar medidas cautelares y de protección de acuerdo con las siguientes reglas:*

1. Las medidas cautelares y de protección podrán ordenarse en delitos. En caso de contravenciones se aplicarán únicamente medidas de protección.

2. En delitos, la o el juzgador dispondrá únicamente a solicitud fundamentada de la o el fiscal, una o varias medidas cautelares. En

contravenciones, las medidas de protección podrá disponerlas de oficio o a petición de parte.

3. La o el o el [sic] juzgador resolverá de manera motivada, en audiencia oral, pública y contradictoria. De ser el caso, se considerará las solicitudes de sustitución, suspensión y revocatoria de la medida, u ofrecimiento de caución que se formule al respecto.

4. Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada.

5. Deberán cumplirse en forma inmediata después de haber sido ordenadas y se notificará a los sujetos procesales de conformidad con lo previsto en este Código.

6. La interposición de recursos no suspenderá la ejecución de las medidas cautelares o medidas de protección.

7. En caso de incumplimiento de la medida cautelar por parte de la persona procesada, la o el fiscal solicitará su sustitución por otra medida más eficaz.

8. La o el juzgador vigilará el cumplimiento de las medidas cautelares y de protección con intervención de la Policía Nacional."

El Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta: "*La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad:*

1. Prohibición de ausentarse del país.

2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.

3. Arresto domiciliario.

4. Dispositivo de vigilancia electrónica.

5. Detención.

6. Prisión preventiva.

La o el juzgador, en los casos de los numerales 1, 2 y 3 de este artículo, podrá ordenar, además, el uso de un dispositivo de vigilancia electrónica."

El Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal indica: "*Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y elcumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.

2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.

3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares noprivativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.

4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad."

El Art 580 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta: "*En la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa.*

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

El Art. 584 del Código Orgánico Integral Penal indica "*Reserva de la investigación.- Las actuaciones de la Fiscalía, de la o el juzgador, del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, la Policía Nacional, y de otras instituciones que intervienen en la investigación previa, se mantendrán en reserva, sin perjuicio del derecho de la víctima y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados a tener acceso inmediato, efectivo y suficiente a las investigaciones, cuando lo soliciten.*

Cuando el personal de las instituciones mencionadas, los peritos, traductores, intérpretes, que han intervenido en estas actuaciones, divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o las difundan, atentando contra el honor y al buen nombre de las personas en general, serán sancionados conforme con lo previsto en este Código."

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: La medida cautelar de la prisión preventiva, solicitada en la instrucción fiscal, afecta el bien jurídico de la libertad.

SEGUNDA: La prisión preventiva no es el único mecanismo que garantiza la inmediación del procesado al proceso.

TERCERA: La aplicación de la prisión preventiva, se está anticipando la imposición de una pena, antes de dictarse sentencia.

CUARTA: El actual Código Orgánico Integral Penal establece para que se proceda el procedimiento abreviado debe el procesado admitir el acto atribuido.

QUINTA: Admitir el acto atribuido por parte del procesado viola principios que protegen el debido proceso penal, como son la presunción de inocencia, la exigencia del sistema oral, público, contradictorio, el no ser conminado de manera alguna a autoincriminarse y, en fin, el principio de legalidad al negociar penas no previstas en la calidad y cantidad respectivas.

SEXTA: Es necesario que para proceder al procedimiento abreviado debe procederse una vez concluido la instrucción fiscal con el dictamen acusatorio.

9. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Que la Comisión Especializada de la Asamblea Nacional analice que la medida cautelar de la prisión preventiva, solicitada en la instrucción fiscal, afecta el bien jurídico de la libertad.

SEGUNDA: Que los fiscales al investigar un delito de acción pública, no soliciten únicamente la prisión preventiva como medida cautelar, porqueno es el único mecanismo que garantiza la inmediación del procesado al proceso.

TERCERA: Que los Jueces de Garantías Penales, analicen la motivación que realice el fiscal para solicitar la prisión preventiva, y que sea ordenada para garantizar los fines del proceso y que no se anticipe a la imposición de una pena, antes de dictarse sentencia.

CUARTA:Que las personas procesadas, se exija que se respeten las garantías del debido proceso, ya que el actual Código Orgánico Integral Penal establece para que se proceda el procedimiento abreviado debe el procesado admitir el acto atribuido.

QUINTA: Que el Consejo de la Judicatura, proponga que en los tribunales penales, al admitir el acto atribuido por parte del procesado no se viole principios que protegen el debido proceso penal, como son la presunción de

inocencia, la exigencia del sistema oral, público, contradictorio, el no ser conminado de manera alguna a autoincriminarse y, en fin, el principio de legalidad al negociar penas no previstas en la calidad y cantidad respectivas.

SEXTA: Es necesario que para proceder al procedimiento abreviado debe procederse una vez concluido la instrucción fiscal con el dictamen acusatorio.

9.1. Propuesta de reforma jurídica

ASAMBLEA NACIONAL

Considerando

Que el Art. 66 numeral 29 literal a) de la Constitución de la República del Ecuador, de los derecho de libertad garantiza el reconocimiento de que todas las personas nacen libres.

Que el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador, señala toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Que el Art. 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe que 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.

Que el Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador expresa que. la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Que especial interés hemos puesto en la importancia por desentrañar y conocer las diversas diligencias investigativas que debe realizar la Fiscalía, a través de los Fiscales con el auxilio de la Policía Judicial especializada, sobre todo en aquellas diligencias que son medulares para establecer los indicios que permitan fundamentar las presunciones de la existencia material de la infracción y la responsabilidad del imputado, por un lado; y, por otro, las falencias de la misma ley procesal penal e incluso la inmoralidad del elemento policial, y de los mismos Fiscales que contribuyen directa o indirectamente al éxito o fracaso de la investigación, que conlleva a determinar la acusación para un futuro juicio o el sobreseimiento, condiciones jurídicas que pueden verse afectadas por las conductas irregulares o las falencias que se cometan en la Etapa de Instrucción Fiscal..

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRALPENAL

Art. 1.- Refórmese el Art. 635 del Código Orgánico Integral Penal por el siguiente:

El procedimiento abreviado deberá sustanciarse de conformidad con lassiguientes 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 en la aplicación de este procedimiento.

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.

Art. 2.- En la parte final del Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal agréguese el siguiente inciso:

El Juez de Garantías Penales, considerará necesario recurrir a otros medios menos severos que al mismo tiempo que permitan resguardar eficientemente los fines del procedimiento, eviten el encarcelamiento, cumpliendo así con el principio de subsidiariedad

La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la Ciudad de San francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Ecuador, a los…… días del mes de……. del año dos mil catorce

Firma para constancia.-

LA PRESIDENTA LA SECRETARIA

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁN ESCOBAR: Fernando: Estudio Sintético sobre el Código de Procedimiento Penal, Tomo I, Editorial Torres, Quito Ecuador, 2001, p. 77, 78

- ARROBO RODAS, Carlos y otros: Sistema Acusatorio y Juicio Oral, Primera Edición, Editorial Autora, Editorial Jurídica de Colombia Ltda., 2005, p. 262

- BORJA CEVALLOS, Rodrigo: Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económica México, Tercera Edición, 2003, México, p. 1104

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 80, 309

- CARVAJAL FLOR, Paúl: Manual Práctico de Derecho Penal, primera edición, Quito – Ecuador, 2008, p. 149

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 66, 75, 76, 77, 195

- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2014, Art. 410, 442, 519, 520, 522, 534, 580, 584

- DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 536

- ECHANDÍA, Hernando Devis: Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2009, p. 56, 57

- ESPINOZA MERINO, Galo: La más práctica enciclopedia jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, instituto de informática legal, Quito-Ecuador, 1986, p. 80

- FERRAJOLI, Luiggi: Derecho y Razón, Editorial Tottra, Segunda edición 2009, Madrid – España, p. 56

- GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Colombia, 2008, p. 281

- GÓMEZ MERA, Carlos Roberto: Lecciones de Derecho y Ciencia Penal, editores Edilexa S.A., Guayaquil – Ecuador, 2010, p. 76

- GUERRERO VIVANCO, Walter: Los Sistemas Procesales Penales / Nuevo Código de Procedimiento Penal, 2da edición, Pudeleco Editores S. A., Marzo del 2002, Quito Ecuador, p. 228, 229.

- LÓPEZ GARCÉS: Ramiro: Procedimientos y técnicas del juicio oral, primera edición, Alianza servicios gráficos, 2010, p. 21

- KINDHÄUSER, Urs: Pena y Culpabilidad, en el Estado democrático, Editorial IB de F, Montevideo – Uruguay, p. 2, 176

- OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, 2008, p.70, 474, 517

- QUICENO ÁLVAREZ, Fernando: Diccionario Conceptual de Derecho Penal, Editorial Jurídica Bolivariana, Bogotá, Caracas, Panamá, Quito, 2004, p. 20

- REYES ECHANDÍA, Alfonso: Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 1980, p. 183

- VACA ANDRADE, Ricardo: Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Segunda Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2003, p. 245

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, EDITAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiero, Argentina-1999, p. 409.

- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: El debido proceso penal, 2004 Tomo 1.- Ed. Edino, Guayaquil- Ecuador, 2005, p. 14, 15

- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI, Editorial EDINO, Guayaquil-Ecuador, 2002, p. 37, 41, 55

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

Señor abogado: En calidad de egresado de la Carrera de Derecho, con la finalidad de desarrollar mi investigación intitulada “FALENCIAS JURIDICAS DE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN FISCAL”, le solicito se sirva contestarme las siguientes preguntas:

1. ¿Está usted de acuerdoque la medida cautelar de la prisión preventiva, solicitada en la instrucción fiscal, afecta el bien jurídico de la libertad?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....

.....

2. ¿Piensa usted que la prisión preventiva es el único mecanismo que garantiza la inmediación del procesado al proceso?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....

.....

3. ¿Está usted de acuerdo, que la aplicación de la prisión preventiva, se está anticipando la imposición de una pena, antes de dictarse sentencia?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....

.....

4. ¿Está usted de acuerdo que el actual Código Orgánico Integral Penal establezca para que se proceda el procedimiento abreviado debe el procesado admitir el acto atribuido?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....

.....

5. ¿Considera usted que admitir el acto atribuido por parte del procesado viola principios que protegen el debido proceso penal, como son la presunción de inocencia, la exigencia del sistema oral, público, contradictorio, el no ser conminado de manera alguna a autoincriminarse y, en fin, el principio de legalidad al negociar penas no previstas en la calidad y cantidad respectivas?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....

.....

6. ¿Estima usted que para proceder al procedimiento abreviado debe procederse una vez concluido la instrucción fiscal con el dictamen acusatorio?

SI ( ) NO ( )

¿Por qué? .....

.....

ÍNDICE

Certificación……………………………………………………..…………ii

Autoría…………………………………………….……………….iii

Carta de Autorización…………………………………………………… iv

Agradecimiento …………………………...……………….………… v

Dedicatoria..………………………….……………………..………..vi

Tabla de contenidos……………..………………………..…………..vii

Título……………………………………………………………………...1

Resumen ………………………...……………………….……....……2

Abstract ………………………..……………………….……..........4

Introducción……………………..…………………….……………..5

Revisión de Literatura……………………..……………………………..7

Marco Conceptual…………………………………………………......7

Marco Doctrinario……………………………………………….……...27

Marco Jurídico ……………………………………………………39

Materiales y Métodos…………………………………………………58

Resultados……………………………………………….……….61

Discusión……………………………………………………………....73

Conclusiones…………………….………………………………...…....82

Recomendaciones…………………………………………….........83

Propuesta de reforma Jurídica………………………………………85

Bibliografía………………………………………………….………..89

Anexos…………………………………………………….…………93

Índice……………………………………………………...…..........95