



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO



TITULO:

“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL COIP ECUATORIANO, UNA DISPOSICIÓN NORMATIVA QUE REGULE EL CASO EN EL QUE EL FISCAL EN LA AUDIENCIA DE JUICIO SE ABSTENGA DE ACUSAR AL PROCESADO ANTE EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES”

**TESIS PREVIA A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO.**

Autor:

Wilmer Ramiro Tapia Pinta.

Director de Tesis:

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez. Mg. Sc.

LOJA-ECUADOR

2016

CERTIFICACIÓN

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS.

CERTIFICO:

Que he dirigido y revisado durante todo el proceso de su elaboración el trabajo de tesis presentado por el señor Wilmer Ramiro Tapia Pinta, con el Título: **“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL COIP ECUATORIANO, UNA DISPOSICIÓN NORMATIVA QUE REGULE EL CASO EN EL QUE EL FISCAL EN LA AUDIENCIA DE JUICIO SE ABSTENGA DE ACUSAR AL PROCESADO ANTE EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES”**, por lo que una vez que el estudio cumple con los requisitos de fondo y de forma exigidos para el efecto, se autoriza la presentación del mismo para la respectiva sustentación y defensa.

Loja, Septiembre de 2016



Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Wilmer Ramiro Tapia Pinta declaro ser 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: Wilmer Ramiro Tapia Pinta

Firma:



Cédula: 1103824528

Fecha: Loja, Septiembre del 2016

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

Yo, Wilmer Ramiro Tapia Pinta declaro ser autor de la tesis titulada: **“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL COIP ECUATORIANO, UNA DISPOSICIÓN NORMATIVA QUE REGULE EL CASO EN EL QUE EL FISCAL EN LA AUDIENCIA DE JUICIO SE ABSTENGA DE ACUSAR AL PROCESADO ANTE EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES”** Como requisito para optar el Grado de: Abogado, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que 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 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 Septiembre del dos mil dieciséis, firma el Autor:

Firma:

Autor: Wilmer Ramiro Tapia Pinta

Cedula: 1103824528

Dirección: Loja, Calles: Bernardo Valdivieso y Lourdes..

Correo Electrónico: wilmer_tapia@hotmail.com

Teléfono: 2570196 – 2580607 – 0997431913

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de Tesis: Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez. Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Mg. Sc.	PRESIDENTE
Dr. Sebastián Díaz Páez Mg. Sc.	VOCAL
Dr. Marco Ortega Cevallos Mg. Sc.	VOCAL

DEDICATORIA

A Dios, quien me dio la fe, la fortaleza, la salud y la esperanza para caminar cada día y poder cumplir mis objetivos.

A mi padre Wilmer Ramiro por sembrar en mi la vocación de ser un profesional del Derecho, que estoy seguro que desde donde Dios lo puso el seguirá guiando mi camino, a mi amada hija Guadalupe Valentina por ser mi alegría, mi motivación y razón de ser mejor cada día, por darte un futuro mejor, a la compañera de mi vida, mi esposa Biviana, por su paciencia, apoyo y generosidad, a mis Abuelitos Olmedo y Luz María por sus sabios consejos, por escucharme y apoyo incondicional, a mi madre y hermana por motivarme a salir adelante. A mis tíos Vicente y Yomar que han sido como mis padres y a mi familia política.

Sin el soporte de todos ustedes no hubiera sido posible la culminación de este trabajo de investigación, los llevo eternamente en mi corazón gracias mi querida familia.

Wilmer Ramiro Tapia Pinta

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de Loja, por haberme permitido realizar mis estudios en esta prestigiosa institución, por haber logrado en mí su visión y misión; Y haberme orientado cultural y académicamente. De manera especial a los guías de mi camino, mis docentes, quienes que con su gran sabiduría lograron impulsarme hasta el final de mis estudios, y; quienes no tan solo cumplieron con el papel de educadores sino que también se convirtieron en grandes amigos y ejemplos de progreso, a quienes siempre les recordare y con quienes estos profundamente agradecido.

Finalmente quiero agradecer a mi familia biológica y política, quienes, siempre han compartido mis sueños y por quienes no he dejado de luchar en ningún momento, a mis padres, mis abuelitos, tíos, hermana, hermanos políticos, a mi amada hija y esposa que son la fuente de inspiración y recordarme lo que soy y lo quiero ser muchas gracias, a ellas quienes con su amor, cariño y dedicación han sido mis compañeras de viajes y deberes, de aventuras y de logros todos con la bendición de Dios que siempre estuvo conmigo. Y en fin a todos y cada una de las personas que de una manera directa o indirecta me apoyaron para culminar este trabajo.

Wilmer Ramiro Tapia Pinta

1. TITULO.

“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL COIP ECUATORIANO, UNA DISPOSICIÓN NORMATIVA QUE REGULE EL CASO EN EL QUE EL FISCAL EN LA AUDIENCIA DE JUICIO SE ABSTENGA DE ACUSAR AL PROCESADO ANTE EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES”

2. RESUMEN.

El presente trabajo de Tesis se refiere a la problemática derivada de la falta de normativa procesal en el Código Orgánico Integral Penal, que regule el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, lo que ocasiona que en la práctica jurídica los jueces y fiscales no cuenten con un marco legal adecuado para la solución de este problema, generando así, afectaciones al principio acusatorio-adversarial, al principio dispositivo, principio de oportunidad, principio de imparcialidad, el principio de autonomía constitucional y legal del fiscal de acusar, derechos del debido proceso como: el derecho a la defensa que incluye varias garantías, a la seguridad jurídica entre otros.

Por ello, para el desarrollo de esta investigación se realizó una revisión de las normas procesales referentes a la etapa de juicio del procedimiento ordinario contenidas en el COIP, así como también se presentó la opinión de la doctrina sobre la problemática planteada, se hizo asimismo una revisión de la normativa procesal sobre el caso propuesto de la legislación comparada de: Perú, Venezuela Chile, Colombia y Argentina, normativa contenida en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, para finalmente con los resultados obtenidos en la investigación de campo realizar una reforma procesal en el COIP que determine de manera adecuada y eficiente las normas aplicables en el caso de que el agente fiscal

se abstenga de acusar al procesado en la audiencia de juicio ante los tribunales de garantías penales.

La presente tesis contiene un estudio de la realidad socio jurídica ecuatoriana, en cuanto se refiere a la **“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL COIP ECUATORIANO, UNA DISPOSICIÓN NORMATIVA QUE REGULE EL CASO EN EL QUE EL FISCAL EN LA AUDIENCIA DE JUICIO SE ABSTENGA DE ACUSAR AL PROCESADO ANTE EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES”** En tal virtud considero conveniente el analizar el Código Orgánico Integral Penal puntualmente en el procedimiento penal ecuatoriano, el identificar los delitos de acción pública, el análisis del Procedimiento Penal Ordinario en su etapa de juicio, ya que nos dará un mayor conocimiento y comprensión de la legislación penal y permitirá al Ministerio Público como a los profesionales del derecho normativa que regule la abstención fiscal y las consecuencias jurídicas que esta produce para el fiscal como para el procesado; tomando como base la Constitución de la República, los Tratados Internacionales con relación al Derecho Penal aceptados por nuestro país, la legislación comparada, el Código Orgánico Integral Penal, y finalmente como postulante de la presente tesis sugeriré la incorporación de una normativa que regule este problema legal en materia penal.

Para la realización de este trabajo se utilizó la recopilación y consulta de fuentes bibliográficas, como procedimiento metodológico.

El trabajo teórico y de campo de la presente investigación nos permitió obtener criterios, con fundamentos claros y precisos, de bibliografía muy reconocida, que aportaron a la verificación de objetivos, y contrastación de las hipótesis planteadas, permitiendo apoyar los cambios propuestos.

El contenido de la presente tesis constituye un esfuerzo intelectual del postulante en el ámbito jurídico, científico y metodológico, que aborda teórica y empíricamente, a lo referente al rol de la fiscalía en el caso de la abstención de acusar por parte del fiscal al procesado ante el tribunal de garantías penales, los efectos jurídicos que representan para la fiscalía y el procesado y finalmente su repercusión en la sociedad actual.

2.1. ABSTRACT.

This thesis work concerns the problems arising from the lack of procedural rules in the Code of Integral Criminal governing the case where the prosecutor in the trial hearing refrain from accusing the defendant before the court of criminal guarantees , resulting in legal practice judges and prosecutors do not have an adequate legal framework for solving this problem, thus generating affectations accusatory - adversarial principle , the principle device , principle of opportunity , principle of fairness, principle of constitutional and legal autonomy of the prosecutor accused , due process rights such as the right to a defense that includes several guarantees, legal certainty and others.

Therefore, for the development of this research a review of the procedural rules relating to the trial stage of the ordinary procedure contained in the COIP was performed , as well as presented the opinion of the doctrine of the issues raised, was also made a review of procedural rules on the case proposed legislation comparative: Peru, Venezuela Chile, Colombia and Argentina, rules contained in international instruments ratified by Ecuador, and finally with the results obtained in the field research that a procedural reform the COIP determined appropriately and efficiently the rules applicable in the event that the prosecutor refrain from accusing the defendant in the trial hearing criminal court guarantees.

This thesis contains a study of the social and legal reality Ecuador, as it refers to the " need to incorporate CODE ORGANIC INTEGRAL CRIMINAL COIP ECUATORIANO, a legislative provision regulating IF THE TAX IN THE HEARING OF JUDGEMENT ABSTAIN TO ACKNOWLEDGE THE PROCESSING BEFORE THE COURT OF CRIMINAL WARRANTIES. " As such therefore propose to analyze the Code of Integral Criminal promptly in the Ecuadorian criminal procedure , identifying crimes of public action , analysis of the Ordinary Criminal Procedure in its trial stage, as we give you a greater knowledge and understanding of the criminal law and allow the Public Ministry and professionals of regulations governing tax law abstention and the legal consequences it produces for the prosecution and for processing ; based on the Constitution of the Republic , international treaties relating to criminal law accepted by our country , comparative law , the Code of Integral Penal , and finally as a postulant of this thesis suggest the incorporation of a regulation governing this problem legal in criminal matters.

Collection and consultation of bibliographical sources , as a methodological procedure was used to carry out this work.

The theoretical and field research of this work allowed us to obtain criteria , with clear and precise foundations , well known literature , which contributed to the verification of goals , and testing of the hypotheses , enabling support the proposed changes.

The content of this thesis is an intellectual effort of the applicant in the legal , scientific and methodological level, which deals theoretically and empirically , to respect the role of the prosecution in the case of abstaining accused by the prosecutor to processed before guarantees criminal court , the legal effects posed to the prosecution and processing and finally its impact on today's society.

3. INTRODUCCIÓN.

La presente Tesis aborda la **“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL COIP ECUATORIANO, UNA DISPOSICIÓN NORMATIVA QUE REGULE EL CASO EN EL QUE EL FISCAL EN LA AUDIENCIA DE JUICIO SE ABSTENGA DE ACUSAR AL PROCESADO ANTE EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES.”** El Código Orgánico Integral penal ecuatoriano, vigente desde el 10 de agosto de 2014, contiene en su normativa legal, tres libros entre los cuales tenemos: la parte sustantiva, la procesal y la ejecución de penas.

Sin embargo, en la práctica jurídica, al presentarse el caso en el que el fiscal se abstiene de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales y al no existir la normativa procesal que regule dicho caso, surge la necesidad de proponer de manera adecuada y eficiente una reforma procesal en el COIP para la solución de este problema, en base a los tratados y convenios reconocidos por nuestro país, acorde también a la normativa constitucional vigente y a la legislación comparada.

Esta problemática se encuentra señalada en la Constitución de la República del Ecuador en los Artículos 80, 82, 194 y 195, que establecen los Derechos de Protección; y las atribuciones de la Fiscalía General del Estado; en concordancia con lo establecido en los Artículos 3; 409; 412 numeral 2; 439; 580 y 600 del Código Orgánico Integral Penal, donde se tipifican los

principios de mínima intervención, además los delitos de acción pública, el principio de oportunidad, los sujetos procesales entre otros.

La presente tesis se encuentra estructurada de la siguiente manera: Revisión de Literatura, conformada por un Marco Conceptual, lo investigado se ha enmarcado en temas como conceptos de: Derecho Penal, Disposición Jurídica, Disposición, Norma Jurídica, Fiscal, Abstención, Acusar, Procesado y Tribunal.

En lo concerniente al Marco Jurídico, he prestado atención al estudio de algunos artículos relacionados a la problemática tipificados en la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal y el Código Orgánico de la Función Judicial; así mismo he realizado un estudio comparado entre las Legislaciones de algunos países tales como: Perú, Venezuela Chile, Colombia y Argentina;. Es importante hacer la descripción de los materiales, métodos, procedimientos y técnicas que utilice en el transcurso de la investigación jurídica. En lo relacionado a los resultados obtenidos en la investigación de campo consta la aplicación de encuestas a treinta profesionales del derecho, basado en un cuestionario de seis preguntas, fue también imprescindible la aplicación de entrevistas a un número de cinco jueces del tribunal de garantías penales de la ciudad de Loja con un banco de seis preguntas; y para concluir con el acopio realice el estudio de dos casos judiciales. Con esta recolección teórica y con los resultados de la investigación de campo desarrolle la discusión de la

problemática, con un análisis reflexivo y crítico, concretándose en argumentos válidos para la verificación de los objetivos planteados y la contrastación de la respectiva hipótesis, para luego proceder a la fundamentación del proyecto de reforma necesaria en el campo penal. Con todos los argumentos expuestos queda el presente trabajo investigativo a consideración de las autoridades, comunidad universitaria, y del H. Tribunal de Grado, aspirando que el mismo sirva como medio de consulta para los profesionales y estudiantes del Derecho de la Universidad Nacional de Loja y del Ecuador.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. Concepto de Principios.

Entendido como una norma moral, el principio es un **valor** que dirige el accionar de un sujeto de acuerdo a aquello que dicta su **conciencia**. Está vinculado a la libertad individual, ya que un principio es fijado sin una obligación que llega del exterior aunque es influido por la **sociedad**.¹

Un principio es una ley o regla que se cumple o debe seguirse con cierto propósito, como consecuencia necesaria de algo o con el fin de lograr un propósito. Las leyes naturales son ejemplos de principios físicos, en matemáticas, algoritmia y otros campos también existen principios necesarios o que se cumplen sin más o que deberían cumplirse si se pretende tener cierto estado de hechos.²

Otra manera de concebir los principios inherentes a un sistema o una disciplina es como un reflejo de las características esenciales de un sistema, que los usuarios o investigadores asumen, y sin los cual no es posible trabajar, comprender o usar dicho sistema.³

Etimológicamente *principio* deriva del latín *principium* 'comienzo, primera parte, parte principal' a su vez derivado de *prim-* 'primero, en primer lugar'

¹ <http://definicion.de/principio/>

² <http://www.significados.com/principio/>

³ Alpa, Guido (1994) "General Principles of Law," Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 1: Iss. 1, Article 2

y *cap(i)*- 'tomar, coger, agarrar', por lo que literalmente *principium* es 'lo que se toma en primer lugar'. Se le puede llamar principio a los valores morales de una persona o grupo.

A mi criterio puedo decir que los **principios** pueden considerarse un reflejo de nuestro comportamiento social. Estos comportamientos sociales son definidos por la enseñanza de una **determinada cultura y/o religión, nacen desde la base fundamental de la sociedad que es el hogar.**

4.1.2. Concepto de Derechos.

La palabra **derecho** proviene del término latino *directum*, que significa “**lo que está conforme a la regla**”. El derecho se inspira en **postulados de justicia** y constituye el **orden normativo e institucional** que regula la conducta humana en sociedad. La base del derecho son las **relaciones sociales**, las cuales determinan su contenido y carácter. Dicho de otra forma, el derecho es un conjunto de normas que permiten resolver los conflictos en el seno de una sociedad.⁴

A la hora de hablar de derecho es fundamental que establezcamos cuales son sus fuentes, es decir, las ideas y los fundamentos en los que se basa aquel para poder desarrollarse y establecer sus principios básicos. En este sentido, tenemos que subrayar que sus citadas fuentes pueden determinarse, de manera general, en tres grandes categorías:

⁴ <http://definicion.de/derecho/>

Las reales, que son las que vienen a establecer lo que es el contenido de una ley en cuestión.

Las históricas, que son todos aquellos documentos antiguos que se emplean para referirse a los que tienen el contenido de una ley.

Las formales, que son las que se definen como todas aquellas acciones realizadas por distintos entes (individuos, Estado, organismos...) para proceder a crear lo que es la ley. Dentro de dicha categoría nos encontramos a su vez con la jurisprudencia, los tratados internacionales, la costumbre...⁵

A mi criterio el Derecho es el conjunto de leyes, resoluciones, reglamentos creadas por un Estado, que pueden tener un carácter permanente y obligatorio de acuerdo a la necesidad de cada una y que son de estricto cumplimiento por TODAS las personas que habitan en esa comunidad para garantizar la buena convivencia social entre estas y que la resolución de los conflictos de tipo interpersonal lleguen a solucionarse para la convivencia efectiva en sociedad.

4.1.3. Concepto de Garantías.

El diccionario de la **Real Academia Española (RAE)** define a la **garantía** como el efecto de afianzar lo estipulado. Se trata de algo (simbólico o concreto) que protege y asegura una determinada cosa.⁶

⁵ <http://www.definicionabc.com/derecho/derecho.php>

⁶ <http://definicion.de/garantia/>

Es una institución *de Derecho Publico* de seguridad y de protección a favor del individuo, la sociedad o el Estado que dispone de medios que hacen efectivo el goce de los derechos subjetivos frente al peligro o riesgo de que sean desconocidos. Es una protección frente a un peligro o riesgo. Es un medio que ofrece la CPE los derechos que ella consagra.

Entonces, una garantía, puede proteger al individuo de la potestad de castigo del Estado, o puede también proteger a la sociedad o al Estado de las actitudes del individuo que pudieran perturbar el régimen establecido. De ahí una garantía puede ser: una garantía individual, una garantía social y una garantía estatal.

Una garantía no es un **principio**. Un principio es el fundamento, es la base de una garantía.

Una garantía no es un derecho subjetivo, ya que éste es una facultad o poder reconocido a una persona por la ley vigente y que le permite realizar o no ciertos actos.⁷

En términos generales las Garantías son un medio jurídico-institucional, un instrumento que la propia ley señala para hacer posible la vigencia de los derechos y libertades reconocidos y otorgados.

4.1.4. Concepto de Derecho Penal.

El **Derecho penal** es el conjunto de disposiciones jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado relacionando hechos, estrictamente

⁷ https://jorgemachicado.blogspot.com/2013/07/que-es-una-garantia_4536.html

determinados por la ley con una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia de realizar un determinado acto, su objetivo de asegurar los valores elementales para la sana convivencia de los individuos de una sociedad. Este conjunto de normas jurídicas se refiere siempre al delincuente, al delito y a las penas.

Podemos distinguir una **clasificación** dentro del derecho penal: El Derecho penal sustantivo, y por otro lado, el Derecho penal adjetivo o procesal penal. El **Derecho penal sustantivo** es el que conocemos como código penal o leyes penales , y en este se encuentran las normas promulgadas por el Estado, establece los delitos y las penas, mientras que el **Derecho Procesal Penal** es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación de aquellas.⁸

El Derecho Penal es la Ciencia que estudia el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como infracciones (delitos o faltas) y dispone la aplicación de sanciones (penas y medidas de seguridad) a quienes lo cometen.

El Derecho Penal aparece como el medio de control más drástico, al cual se debe recurrir en última instancia cuando todos los demás medios de solucionar el problema han fracasado (ultima ratio).

El Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o medida de seguridad.⁹

⁸ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Nueva Edición. Editorial Heliasta S.R.L

⁹ <http://cvalladolidrivera.galeon.com/>

Por lo expuesto desde mi punto de vista el Derecho Penal es la rama del derecho público que regula la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia. El Derecho penal es el saber jurídico que establece los principios para la creación, interpretación y así ejecutar la aplicación de las leyes penales (aún a los casos privados); propone a los jueces un sistema orientador de sus decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho.

4.1.5. Concepto de Disposición Jurídica.

Precepto de la autoridad que tiene eficacia jurídica y forma parte del ordenamiento jurídico. Generalmente impone deberes o concede derechos y debe ser cumplida por todos aquellos a quienes es de aplicación. También se denomina norma, norma jurídica o precepto jurídico.¹⁰

Considero que Son las directrices que se dan para cumplir una norma. Es la Acción o efecto de disponer o de disponerse para dar cumplimiento un fin, en este caso lo que dice la normativa jurídica.

4.1.6. Concepto de Disposición.

Acción o efecto de disponer o de disponerse. Aptitud para cumplir un fin. Medios para emprender un negocio. Artículo, precepto de una ley o

¹⁰ <http://tribbius.com/terminos/terminos-juridicos/disposicion-juridica/>

reglamento. Orden o mandato. Prevención o preparativos. Colocación o situación de las cosas. Resolución, fallo o decisión de un tribunal. Facultad de enajenar o gravar los bienes. Acto de distribuir los bienes propios y tomar otras determinaciones mediante testamento. En Derecho Procesal, acto de las partes al cual reconoce la ley influencia en la resolución de algún punto del juicio.¹¹

Precepto legal o reglamentario, deliberación, orden y mandato de la autoridad.¹²

4.1.7. Concepto de Norma Jurídica.

La norma jurídica es una regla u ordenación del comportamiento humano dictado por la autoridad competente del caso, con un criterio de valor y cuyo incumplimiento lleva a una sanción.

Generalmente, impone deberes y confiere derechos. Se trata de una regla o precepto de carácter obligatorio, emanado de una autoridad normativa legitimada, la cual tiene por objeto regular las relaciones sociales o la conducta del hombre que vive en sociedad. Como ejemplo podemos encontrar los códigos Civil, Mercantil o Militar.¹³

Desde mi análisis y opinión la Norma Jurídica en sentido general, es una regla de conducta.

¹¹ <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>

¹² <http://www.derecho.com/c/Disposici%C3%B3n>

¹³ Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica.

Es decir por ejemplo los hechos propios de la naturaleza aparecen descritos y explicados por las leyes naturales, la actividad de los hombres aparece regulada por un conjunto de disposiciones que tienen por objeto encauzar la conducta de los hombres en algún sentido. La norma jurídica es una regla imperativa de conducta, cuya violación acarrea la posibilidad de imposición de una sanción por parte del órgano competente del Estado.

4.1.8. Concepto de Fiscal.

Palabra susceptible de diversas acepciones. Por una parte, hace referencia a todo lo concerniente al erario o tesoro público (fisco) y al funcionario encargado de promover sus intereses. | En otro sentido, funcionario que representa los intereses de la sociedad y del Estado ante los tribunales de justicia, principalmente en las causas criminales para mantener, si lo estima procedente, frente al abogado defensor, la acusación pública contra aquellas personas a las que considera incurso en un acto delictivo o contravención punibles. En el fuero civil tiene también intervención para velar por los derechos de los incapacitados para hacerlo por sí mismos (menores, deficientes mentales, ausentes).

Se emplea como adjetivo en las expresiones **ministerio fiscal**, **abogado fiscal** y **agente fiscal**. En algunas legislaciones es llamado **ministerio público** (v.) y suele ser el órgano de relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.¹⁴

¹⁴ Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica.

El fiscal (agente fiscal, agente del ministerio público, procurador fiscal o promotor fiscal) es el funcionario público (magistrado en algunos países), integrante del Ministerio Público, que lleva materialmente la dirección de la investigación criminal y el ejercicio de acción penal pública; es decir, es a quien corresponde desempeñar directa y concretamente, en un proceso penal, las funciones y atribuciones del ministerio público, en los casos que conoce.

Es un abogado del estado, no de la víctima. Si bien el Ministerio Público es responsable de otorgar protección de víctimas y testigos, ello no implica que el fiscal sea su abogado.

Debido a que el Ministerio Público suele estar constituido por un gran número de agentes o fiscales, la mayoría de las legislaciones establecen como principio básico el de *unidad de actuación*, que pretende evitar la duplicación o interferencia de estos en sus tareas y funciones.

A su vez, su asignación territorial (en distritos, circunscripciones o comunas) está establecida en la ley, aunque habitualmente bajo un esquema de flexibilidad y adecuación a las necesidades fluctuantes de persecución criminal, en que intervienen las máximas autoridades del ministerio.¹⁵

Luego de la revisión de varias acepciones en torno a lo que respecta al Fiscal puedo decir que es quien representa la autoridad judicial del gobierno en los juicios y su función es demostrar que el acusado es culpable del delito que se le imputa.

¹⁵ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Nueva Edición. Editorial Heliasta S.R.L.

Es el quien va a demostrar la responsabilidad de la persona y el delito, solicitara medidas cautelaras y justificarlas y exigirá las penas y medidas de seguridad aplicables al caso previo a la respectiva sustentación de pruebas y argumentación jurídica.

4.1.9. Concepto de Proceso Penal.

Desde el punto de vista objetivo, externo y estático -cuando se analiza ese instrumento estatal en conjunto y en sus distintas fases- el proceso penal puede definirse como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva.¹⁶

El **Derecho procesal penal** es el conjunto de normas jurídicas correspondientes al derecho público interno que regulan cualquier proceso de carácter penal desde su inicio hasta su fin entre el estado y los particulares.

Tiene un carácter primordial como un estudio de una justa e imparcial administración de justicia: la actividad de los jueces y la ley de fondo en la sentencia. Tiene como función investigar, identificar y sancionar (en caso de que así sea requerido) las conductas que constituyen delitos, evaluando las circunstancias particulares en cada caso y con el propósito de preservar el

¹⁶ VÉLEZ MARICONDE, A., Derecho Procesal Penal, tomo II, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba SRL, 3º Ed., 2º Reimpresión, 1986, p. 114)

orden social. El derecho procesal penal busca objetivos claramente concernientes al orden público.

4.1.10. Concepto de Abstención.

Es la obligación que tiene un juez o magistrado por su propia iniciativa de inhibirse en el conocimiento de un litigio por entender que carece de imparcialidad para juzgar.

La abstención también puede afectar a los fiscales, secretarios judiciales, peritos y funcionarios del órgano judicial.¹⁷

Efecto que provoca el desistimiento de una cosa o acto.¹⁸

Desde mi punto de vista la abstención es el renuncia a hacer algo, en el caso de la presente tesis la abstención la enfoco de manera particular en la que el fiscal se abstiene de acusar, vare recalcar que esta figura jurídica es de carácter voluntario que en el derecho acarrea una serie de efectos jurídicos para el procesado.

4.1.11. Concepto de Acusar.

Poner querrela en justicia contra alguno, haciéndole reo de algún delito y pidiendo su castigo.¹⁹

Imputar a alguno algún delito. Exponer en juicio los cargos contra el acusado y las pruebas de los mismos.²⁰

¹⁷ <http://www.redes-cepalcala.org/inspector/DERECHO/DICCIONARIOS/DICCIONARIO-1.htm>

¹⁸ Rombola, Nestor Darío y Reboiras, Lucio Martin. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Edición 2005.

¹⁹ Rombola, Nestor Darío y Reboiras, Lucio Martin. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Edición 2005.

En el análisis del termino Acusar puedo decir que es el señalar a una persona como responsable de algo, por lo general un delito o alguna conducta que es condenable. Aquel individuo al que se acusa se lo llama acusado.

4.1.12. Concepto de Procesado.

Sujeto contra el cual se ha dictado un *auto de procesamiento* (v.), ante la evidencia o prueba suficiente de un delito y de su presunta responsabilidad. De acuerdo con las circunstancias, esta condición es compatible con la libertad del acusado o impone su *prisión preventiva* (v.), esencialmente revocable durante el procedimiento.²¹

Persona formalmente acusada de un delito en un proceso penal.²²

Procesado según lo que indican muchos tratadistas es la denominación que se le da a la persona sobre la que se dirige una investigación por la presunta responsabilidad en la comisión de un delito. Es uno de los sujetos más importantes y activos del delito.

4.1.13. Concepto de Tribunal.

Magistrado o conjunto de magistrados que ejercen la función jurisdiccional, sea en el orden civil, en el penal, en el laboral o en el administrativo, o en otro fuero y cualquiera que sea su categoría jerárquica Se llama *unipersonal* cuando está constituido por un solo juez, y *colegiado* cuando lo integran tres

²⁰ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno. Edición 2000

²¹ Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica.

²² <http://www.redes-cepalcala.org/inspector/DERECHO/DICCIONARIOS/DICCIONARIO-1.htm>

o más jueces. | También se llama *tribunal* el lugar en que los jueces administran justicia.²³

A mi opinión el tribunal es el organismo jurisdiccional conformado por uno o más magistrados los cuales son encargados de administrar justicia según la materia y pronunciar sentencias.

4.1.14. Concepto de Audiencia de Juicio.

La idea más difundida de audiencia es que ésta es una metodología para la toma de decisiones judiciales; las partes entregan al juez información relevante para su pretensión u oposición, para que éste tome una decisión; esta metodología opera sobre la base de reunir a las partes involucradas en un proceso y permite que entre ellos se genere un intercambio verbal de información relevante –adversarial– para la decisión que se solicita.

No obstante la aparente claridad de este concepto, debe hacerse notar que destaca sólo el carácter instrumental de la audiencia como metodología para la toma de decisiones; empero, soslaya el núcleo esencial de la audiencia como *principio-derecho*, esto es su *fundamento*; en efecto, sólo si se atiende a la centralidad del *fundamento* y a la *finalidad* de la audiencia, se tendrá un concepto claro y operativo de audiencia, evitando extravíos conceptuales generadores de problemas en su operatividad práctica.

²³ Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Reseña de la evolución histórica del Código Penal al actual Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal (COIP) ha experimentado un firme perfeccionamiento desde sus inicios en el año de 1837, por lo que a mi criterio considero importante analizar los cambios que se han realizado, ya que el principal objetivo de la presente tesis es proponer una reforma al Código Orgánico Integral Penal con la finalidad de regular los casos en el que el fiscal se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales. La legislación penal ecuatoriana nace con el Código Penal de 1837, con este cuerpo de ley se instituye la aplicación de la pena de muerte; posteriormente se expide en año de 1872 un código con mucha influencia de la legislación penal de Bélgica, inspirada en parte, por la legislación de Francia, con eso se fue eliminando la tradición española, con este Código se consagran los delitos contra la religión, y en ciertos casos se llega incluso a la sanción con pena de muerte; además se regulan los aspectos formales de la pena capital. En 1889 se modifica la forma de este código introduciendo ligeras reformas, que no afecta su fondo y estructura, en los delitos contra la religión se sustituye la pena de muerte, por reclusión mayor extraordinaria. En 1906 se hizo una nueva reforma a la parte general, cuya influencia procede de distintos códigos y de los principios que habían establecidos los famosos criminalistas europeos a fines del siglo XIX, introduciendo los nuevos postulados liberales; a consecuencia de la

Asamblea Nacional de 1897, se elimina la pena de muerte del sistema penal ecuatoriano.

El Código modificado en 1906 fue reemplazado, por el del 22 de marzo de 1938, elaborado por los doctores Andrés S. Córdova y Aurelio Aguilar Vázquez, el mismo consistían en una copia del anterior con algunas enmiendas influenciadas por la legislación italiana, y reminiscencias de la legislación española, es aquí cuando se forma el Instituto de Criminología. A través del desarrollo histórico, se ubican los presupuestos ideológicos del Código Penal actual, "...de manera que, la realidad jurídica por la que al momento atraviesa el Ecuador en esta materia, no aparece como una situación generacional aislada, sino que es la secuela obvia del desenvolvimiento jurídico penal, que no ha sido posible abandonarlo"²⁴; es así que la actual Asamblea Nacional con la aprobación del nuevo Código Integral Penal busca unificar la legislación penal sustantiva, adjetiva y de ejecución en materia penal. Regla la intervención estatal para proteger la convivencia social frente a las infracciones penales; evita la impunidad; tipifica infracciones penales; determina el procedimiento para el juzgamiento de las personas, con estricta observancia del debido proceso; promueve la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.

²⁴ BUCHELI, Rodrigo, "Justicia Penal Ecuatoriana", Editorial Jurídica del Ecuador, Quito Ecuador, 1992, Pág. 23.

El Código Orgánico Integral Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 180 del 10 de febrero de 2014, se caracteriza por ser sistemático, preciso y claro, lo que posibilita la certeza preceptiva. Está compuesto de la parte material, formal y de ejecución, producto de la necesidad de actualizar y especializar las normas para adecuarlas a los cambios sociales y la realidad actual, estableciendo la forma de concebir el Derecho y de razonar lo jurídico, sin soslayar el tratamiento especializado de los adolescentes infractores que se establece acorde a la Constitución de la República en las disposiciones reformativas que contiene el COIP al Código de la Niñez y Adolescencia.

La estructura y el estilo se subordinan al propósito del texto normativo. Así, se concibe el Código Orgánico Integral Penal como el fin de la dispersión normativa, representando la constitución de la seguridad jurídica en materia penal.²⁵

La justicia en materia penal, dados los procesos de desarrollo social a nivel regional y mundial requieren una renovación teórica y conceptual apuntalando principios como el de mínima intervención penal, oportunidad, favorabilidad, y otras figuras jurídicas como la imprescriptibilidad de ciertos delitos, penas para personas jurídicas, la suspensión condicional de la pena, entre otros, cuestiones que el Código Orgánico Integral Penal dispone con el fin de fortalecer la justicia penal en el Ecuador y como un mecanismo de contención del ejercicio abusivo del poder punitivo.

²⁵ Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición 2015.

Entendido el derecho procesal como un medio y no como un fin, es decir, un derecho de “realización”, se tiende a un modelo acusatorio adversarial y la transversalización de la oralidad en el derecho adjetivo. Las personas que se encuentran inmersas en el procedimiento penal, sea como víctimas o procesados tienen en todas sus etapas derechos y garantías, las cuales establecen como fin máximo el ideal de la justicia.

El Código Orgánico Integral Penal respecto del derecho de ejecución de penas y medidas cautelares en materia penitenciaria, garantiza un sistema de verdadera rehabilitación social, que posibilita el ejercicio de derechos y responsabilidades de las personas que cumplen una pena privativa de libertad, al ser un grupo de atención prioritaria, por lo tanto, los centros de rehabilitación social avalan el desarrollo de las capacidades, con la promoción de la reinserción social de las personas sentenciadas penalmente, con políticas de gestión en un contexto ético cuya proa visionaria es la dignidad humana.

El Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, como ente generador de políticas públicas, cumple con la misión de velar por el acceso a una justicia oportuna, independiente y de calidad, promover la paz social, la plena vigencia de los derechos humanos, el ejercicio de cultos y su regulación, mejorar los procesos de rehabilitación y de reinserción social de las personas adultas privadas de libertad y el desarrollo integral de los adolescentes en conflicto con la ley penal, mediante normas, políticas,

programas, proyectos y actividades coordinadas con las instituciones relacionadas. En tal sentido se ha previsto la publicación del Código Orgánico Integral Penal, a efectos de poner la norma a disposición de los diferentes operadores de justicia para su estudio y aplicación.²⁶

4.2.2. EL Código Orgánico Integral Penal (COIP).

Las nociones aplicables en el Código Orgánico Integral Penal COIP, se encuentran en estricta relación con los principios plasmados en la Constitución de la República del Ecuador, instrumentos internacionales y demás leyes de la república.

El principio de inocencia o presunción de inocencia es un principio jurídico penal que establece la inocencia de la persona como regla. Solamente a través de un proceso o juicio en el que se demuestre la culpabilidad de la persona, podrá el Estado aplicarle una pena o sanción.

A diferencia de la presunción de inocencia son las medidas precautorias como la prisión preventiva. En el derecho penal moderno solamente se admiten medidas precautorias cuando hay riesgo de fuga o peligro cierto de que la persona afecte la investigación del hecho de forma indebida. Según el principio general del "favor rei", se ha de aplicar la ley que sea más benigna a los intereses del acusado, contemplando dentro de su seno la posibilidad de la aplicación extractiva de la ley, al menos, en dos formas de utilización:

²⁶ Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición 2015.

la de retroactividad, para los que están siendo procesados o hayan sido condenados, por serles más favorable la ley posterior; y, la de ultractividad, para los que aún no hayan sido condenados y la ley anterior les es más benigna que la posterior.

Esta forma de concentración o continuidad es característica intrínseca del juicio oral, dado que las pruebas presentadas se registran -por así decirlo- en la memoria de los jueces y partes, lo que implica que éstas deben tomarse sin solución de continuidad entre ellas para prevenir olvidos. El principio de contradicción o principio contradictorio, en el Derecho procesal, es un principio jurídico fundamental del proceso judicial moderno. Implica la necesidad de una dualidad de partes que sostienen posiciones jurídicas opuestas entre sí, de manera que el tribunal encargado de instruir el caso y dictar sentencia no ocupa ninguna postura en el litigio, limitándose a juzgar de manera imparcial acorde a las pretensiones y alegaciones de las partes.

El principio de inmediación exige la relación directa del juez con las partes y los elementos de prueba que él debe valorar para formar su convicción. Cuando existe un intermediario, como ocurre en el proceso escrito, la convicción del juez se forma bajo influjos de comunicación preparada por un tercero

La motivación de la sentencia pronunciada en un juicio, no sólo hace a la garantía de la defensa en juicio, sino a la esencia de un régimen

democrático, pues no puede privarse a los ciudadanos que viven en el país, de conocer las razones concretas que determinaron la resolución dictada por los órganos operadores de justicia. Con la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la garantía de defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas.

La imparcialidad es un criterio de justicia que sostiene que las decisiones deben tomarse atendiendo a criterios objetivos, sin influencias de sesgos, prejuicios o tratos diferenciados por razones inapropiadas.

La objetividad es la cualidad de lo objetivo, de tal forma que es perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir (o de las condiciones de observación) que pueda tener cualquier sujeto que lo observe o considere.

4.2.3. Principios Procesales en el Código Orgánico Integral Penal.

Debemos de entender por **principios procesales** aquellos criterios que dirigen la estructura y funcionamiento de un procedimiento jurídico.

En ese sentido, los **principios procesales** son las directrices de carácter general que orientan la realización adecuada de los actos dentro del proceso.

El Código Orgánico Integral Penal en el Art. 5 dice: El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.

2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.

3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.

4. Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.

5. Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad.

6. Impugnación procesal: toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus

derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código.

7. Prohibición de empeorar la situación del procesado: al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente.

8. Prohibición de autoincriminación: ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

9. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.

10. Intimidad: toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar. No podrán hacerse registros, allanamientos, incautaciones en su domicilio, residencia o lugar de trabajo, sino en virtud de orden de la o el juzgador competente, con previamente definidos, salvo los casos de excepción previstos en este Código.

11. Oralidad: el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia; se utilizarán los medios técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales; y,

los sujetos procesales recurrirán a medios escritos en los casos previstos en este Código.

12. Concentración: la o el juzgador concentrará y realizará la mayor cantidad de actos procesales en una sola audiencia; cada tema en discusión se resolverá de manera exclusiva con la información producida en la audiencia destinada para el efecto.

13. Contradicción: los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra.

14. Dirección judicial del proceso: la o el juzgador, de conformidad con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias. En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas.

15. Impulso procesal: corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.

16. Publicidad: todo proceso penal es público salvo los casos de excepción previstos en este Código.

17. Inmediación: la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal.

18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.

19. Imparcialidad: la o el juzgador, en todos los procesos a su cargo, se orientará por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código respetando la igualdad ante la Ley.

20. Privacidad y confidencialidad: las víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como toda niña, niño o adolescente que participe en un proceso penal, tienen derecho a que se respete su intimidad y la de su familia. Se prohíbe divulgar fotografías o cualquier otro dato que posibilite su identificación en actuaciones judiciales, policiales o administrativas y referirse a documentación, nombres, sobrenombres, filiación, parentesco, residencia o antecedentes penales.

21. Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.

4.2.4. El Procedimiento Ordinario.

Señala la doctrina, que la parte sustantiva y adjetiva penal, deben estar caracterizadas por la presencia de una gama de principios y derechos fundamentales, limitadores del poder punitivo del Estado, debiendo actuar y

concentrar todos sus recursos, materiales como humanos, en los casos de ataques violentos a los bienes jurídicos más importantes como la vida, la integridad personal, la libertad sexual, entre otros; sin desmerecer los de menor cuantía o de poca relevancia social, aunque sostenemos, que el robo a celulares en forma individual, no representaba mayor impacto social, pero sumados todos los robos a celulares, si causan alarma social.

En nuestro Código Orgánico Integral Penal se han incorporado “procedimientos especiales”, en función de la gravedad de los bienes jurídicos lesionados penalmente y se han creado juicios “directos” y “expeditos”, con la finalidad de lograr procesos penales eficientes; por ello entendemos, que la creación tiene como objetivo la pronta respuesta de la justicia, para brindar seguridad ciudadana y propiciar la tutela de la víctima, ya que la prolongación de los tiempos en los procesos, siempre generó preocupación social y sobre todo impunidad e indefensión.²⁷

En el Código Orgánico Integral Penal, COIP, se reconoce para la tramitación del proceso penal, el Procedimiento Ordinario señalado en el artículo 580. “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.

²⁷<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2015/01/19/procedimiento-directo-en-el-proceso-penal--->

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.”²⁸

El procedimiento ordinario, para las causas de acción pública que se inician mediante formulación de cargos, que permite tramitar el proceso en forma secuencial, mediante tres etapas, iniciando con la instrucción fiscal; luego la evaluación y preparatoria de juicio; y concluye, con la etapa de juicio.

4.2.5. La Acción Penal: Facultades del Estado.

Esta abstracción del concepto de acción sirvió además para contribuir a otro proceso paralelo, pero en el fondo vinculado por las mismas circunstancias y razones políticas. Si se desvincula el concepto de acción de los derechos concretos que debe proteger, entonces ese concepto de acción es fácilmente utilizable por el Estado mismo. El siglo xix, así como adopta un nuevo modelo procesal denominado sistema mixto o inquisitivo reformado, el cual contiene algunos elementos de los viejos sistemas acusatorios de tipo romano-germánico, reafirma por otra parte la participación del Estado y la repotencia. Los llamados sistemas acusatorios formales, es decir aquellos

²⁸ Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición 2015.

que adoptan la dinámica de los sistemas acusatorios, pero le entregan la parte que le corresponde a la víctima al Ministerio Público para que la ejerza en nombre del Estado, reafirman la participación estatal y en el fondo son profundamente inquisitivos. El concepto de acción penal pública se convierte entonces en uno de los elementos fundamentales de soporte de la legitimación de la acción del Estado en el proceso penal. Un Estado que por un lado asume el poder de requerir y por el otro el poder de juzgar (poder requirente y poder jurisdiccional en manos del Estado); se garantiza el monopolio de la persecución penal. Se ha pretendido fundamentar este monopolio en la necesidad de reducir los niveles de violencia que el delito genera por sí mismo (v. gr. venganza, etc.). Este argumento que en un plano también abstracto puede tener una mayor fuerza, cede inmediatamente ante la simple constatación de que ha sido el Estado el mayor productor de violencia inútil en el desarrollo de los sistemas penales.²⁹

Hoy entonces nos encontramos con un Derecho penal y un Derecho procesal penal fundados de un modo casi exclusivo sobre el concepto de acción pública. Sin embargo es ese mismo concepto de acción pública el que debemos criticar y reformular conforme lo hemos señalado en el punto anterior.

Ya se trate de que adoptemos un concepto autónomo de acción o ya sea que adoptándolo asumamos la tesis chiovendana de que se trata siempre de

²⁹ Binder, Alberto. Introducción al Derecho Penal.

un poder individual, el concepto de *acción penal pública* es, como lo dice el mismo Chiovenda, *un concepto impropio*.

Justamente el sistema penal, señalaba este autor, es un ejemplo de una parcela del Derecho que puede funcionar sin el concepto de acción, porque éste es siempre el poder individual de poner en marcha los mecanismos que el Estado pone a su disposición para que la ley se cumpla efectivamente.

Desde esta perspectiva, acción en sentido propio solamente es aquella que en el ámbito del Derecho penal llamamos "acción privada", como facultad de la víctima para poner en marcha la persecución penal. Se debe utilizar otro concepto distinto del de acción para referirse a la facultad del Estado para intervenir en los procesos penales, tanto como para describirla como para fundarla.

No se puede equiparar estas facultades de la víctima, el derecho de acción que esta víctima tiene, con la simple facultad de denunciar. En primer lugar porque la facultad de denunciar la tiene todo ciudadano, y en última instancia no ejerce con ella ninguna facultad de persecución sino que simplemente pone en conocimiento de los órganos de persecución penal del Estado la noticia de un delito.

La adopción de un concepto de acción de este tipo tiene consecuencias muy importantes: en primer lugar modifica el papel de la víctima dentro del

proceso penal. Normalmente se acepta de un modo acrítico la existencia de las facultades del Estado para llevar adelante la persecución penal y se discute con precisión qué papel puede tener la víctima dentro del proceso penal. En realidad, la discusión debe ser inversa: se debe aceptar que la víctima siempre tiene el derecho de poner en funcionamiento los órganos de persecución penal del Estado y de provocar el poder jurisdiccional (sin duda con los límites que un proceso penal establezca) y lo que se debe justificar es la participación del Estado a través del Ministerio Público ya sea porque la víctima es débil en sí misma, ya sea porque se trata de una víctima comunitaria con una debilidad de gestión, o porque se trata de una víctima que es la más indefensa de todas como es la sociedad en su conjunto. Pero de todos modos siempre se debe reconocer la existencia de ese poder individual como la base de la organización de un sistema verdaderamente acusatorio.³⁰

Esta misma idea fue sostenida con absoluta claridad por Carrara, que en su *Programa* señalaba que lo que se debía justificar era cuánta participación debía tener el Ministerio Público en el proceso, y no qué participación debía tener la víctima, ya que esto resultaba de la propia naturaleza de los sistemas acusatorios.

Esta inversión del problema de la víctima dentro del proceso penal es la primera consecuencia de una redefinición de la acción, y como se advierte

³⁰ Binder, Alberto. Introducción al Derecho Penal.

fácilmente le da nuevas bases al Derecho penal y al Derecho procesal penal. Una segunda consecuencia importante es la que tiene que ver con la distribución de competencias entre la Nación y las provincias respecto de la acción penal.

Se ha aceptado también de un modo acrítico que en la medida que le corresponde al poder federal establecer los delitos y las penas también le corresponden establecer el concepto de acción. Básicamente porque se está pensando en el concepto de acción como una pura facultad del Estado vinculada a la eficacia de la persecución penal y, por lo tanto, si tiene la competencia para fijar los delitos es razonable —dice Soler— que tenga la competencia para establecer las condiciones que están estrechamente vinculadas a la eficacia de la punición.

Si la acción está vinculada al poder requirente de los ciudadanos de cada provincia, es lógico que sea cada Estado provincial el que deba establecer las condiciones que llevan a poner en marcha los órganos de persecución penal y el poder jurisdiccional que ellas han organizado. Se ha señalado que esto generaría desigualdades dentro del proceso. Sin duda en todo régimen federal el problema de la desigualdad en la aplicación de la ley es un problema intrínseco a la propia estructura federal. La existencia de regímenes excarcelatorios distintos en una provincia o en otra también genera desigualdades, o la existencia —como también ocurre en nuestro país— de procesos inquisitivos en una provincia y otros de mayor contenido

acusatorio, genera desigualdades aún mayores. Para ello existe un órgano encargado de preservar la aplicación igualitaria de las normas constitucionales y en especial de los derechos individuales, que es la Corte Suprema Nacional, y un recurso que sirve especialmente para poner en manos de los litigantes el remedio para esas situaciones, que es el recurso extraordinario. Por lo tanto el argumento de la desigualdad es aplicable a muchas otras instituciones y es un problema central de los regímenes federativos que no tiene por qué influir específicamente en la regulación de la acción.³¹

En la medida que las provincias van adoptando sistemas acusatorios que le dan al Ministerio Público un papel preponderante en la organización de la investigación y en la persecución penal se va haciendo más notorio que carece de sentido que sea el Congreso federal quien establezca, por ejemplo, las prioridades (principio de oportunidad) de esa persecución penal cuando esas prioridades están íntimamente vinculadas a las realidades locales y a las propias características y organización del derecho de los órganos requirentes y judiciales de cada provincia y sus posibilidades de actuación.

En la medida en que nuestro país estaba inmerso en sistemas inquisitivos las doctrinas que señalaban que la regulación de la acción penal, en tanto pensada exclusivamente como acción penal pública, era poder federal,

³¹ Binder, Alberto. Introducción al Derecho Penal.

parecían razonables porque el papel del Ministerio Público —y con mucha más razón el papel de la víctima— era absolutamente irrelevante.

4.2.6. Principios Constitucionales del Derecho Penal.

Concepto

Se entiende por “principios constitucionales del derecho penal” al conjunto de garantías, derechos e ideas fundamentales que rigen las actuaciones de quienes participan o toman parte en un proceso penal. Estos principios constituyen un límite al poder “punitivo o sancionador” del Estado.

Una característica fundamental y básica para conocer el tipo de Estado, es el del alcance de su poder punitivo. Entonces, podemos afirmar que un Estado con un poder punitivo ilimitado será un Estado autoritario; mientras que un Estado con un poder punitivo limitado será un Estado en donde primen principios en pro de las personas y, por lo tanto, estaremos frente a un Estado de derecho. Los principios del derecho penal, son de origen político y jurídico; son de origen político aquellos que se plasman en la constitución de la República y, de origen jurídico aquellos principios derivados de la ley.³²

Principio de la acción u omisión

La exigencia de la acción u omisión humana como antecedente para la aplicación de una pena constituye el pilar fundamental del denominado “*derecho penal de acto*” que pretende regular conductas y prevé sanciones

³²

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2012/11/19/principios-constitucionales-del-derecho-penal>

para el incumplimiento de los cuerpos normativos. En el derecho penal de acto, no son objeto de sanción la personalidad de determinado individuo, sus ideas ni sus características, puesto que se respeta la libertad y la diferencia de todos. Sólo la acción y nada más que ella puede ser desvalorada por el derecho y, consecuentemente, merecedora de una reacción punitiva.

Se contrapone al derecho penal de acto el llamado “*derecho penal de autor*”, en el cual se sanciona a modo de prevención, la peligrosidad que puede presentar para la sociedad un individuo; así, el sujeto peligroso deber ser alcanzado por la ley para evitar que cometa delitos.

El sentido político del principio de la acción es negar el derecho penal de autor, priorizando a la acción como condición indispensable para la imposición de una pena. Este principio se hace presente en los Arts. 76 num.3 y 66 num.29 lit. d) de Constitución de la República, cuya referencia a la acción es evidente y nos permite descartar de plano el derecho penal de autor y todas sus derivaciones.

El sentido penal de este principio de la acción, es la expresión del principio de igualdad y de los derechos a la existencia, personalidad e identidad individual. Para cumplir con esta función, la ley debe establecer con anterioridad al acto el tipo penal, al que se define “*como la descripción concreta y material de la conducta penalmente relevante*”. Por lo tanto, del principio constitucional de la acción se deriva el principio de tipificación o

tipicidad, según el cual, no puede haber delito sin una descripción legal de la conducta penalmente relevante.

Esta garantía es independiente de la de legalidad, pero a la vez la complementa.

Principio de legalidad

Es de aplicación universal y se fundamenta en la tríadica “*Nullum crimen, nulla poena, sine lege*”, que significa “No hay delito, no hay pena, sin ley previa”. Conforme a lo expuesto, se deduce que la ley penal debe ser *previa, escrita, formal y estricta*.

- Es *previa* cuando fue establecida con anterioridad a la infracción; la ley penal nunca puede regir hacia el pasado salvo cuando es más benigna; tampoco puede regir hacia atrás una ley penal derogatoria de una ley más benigna, en otras palabras, la ley penal más benigna es inderogable hacia el pasado;
- Es *escrita*, cuando se encuentra plasmada en un documento, mediante un uso lingüístico inamovible; no es válida la ley penal consuetudinaria, salvo como eximente no escrita;
- Es *formal* cuando fue establecida por el órgano con competencia legislativa; y,
- Es *estricta* cuando se ajusta con precisión a la conducta del infractor, sin interpretaciones que extiendan su alcance a hechos diversos al abarcado por la norma.

El principio de legalidad, se encuentra plasmado en el Art. 76 num.3 de la Constitución de la República y, en el Art. 5 del Código Orgánico Integral Penal. Del principio de legalidad se derivan diversas prohibiciones: la prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa; la prohibición de aplicación de pena sin ley formal; la prohibición de analogía; y la prohibición de indeterminación.

El principio de legalidad es una garantía contra la arbitrariedad, por cuanto impide al Estado sancionar personas mediante el simple recurso de tipificar hacia el pasado las conductas que éstas cometieron, sea mediante la promulgación de leyes retroactivas, o mediante el dictado de sentencias constitutivas de la ilegitimidad de la conducta.

Principio de lesividad

Sólo puede existir un delito cuando las acciones ejecutadas por un individuo afectan al derecho de otro; en consecuencia, el poder punitivo del Estado se manifiesta sólo cuando la conducta de un sujeto afecta a los demás. Es la consagración de la libertad como valor supremo; la libertad para hacer lo que se quiera sin más límite que la libertad de los otros. Encontramos referencia expresa a este principio en los Arts. 66 num.5 y 66 num.29 lit. d) de la Constitución de la República.

Como consecuencia del “*principio de lesividad*” y la idea de afectación a los derechos de terceros, nace lo que se constituye en la esencia del derecho

penal, esto es, la violación a un bien jurídico. Los bienes jurídicos son el conjunto de garantías, derechos e intereses que se hallan protegidos a lo largo de la Constitución de la República y en otras leyes, tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la honra, a la propiedad, en suma, todo aquello a lo tenemos derecho de disponer. Con los bienes jurídicos colectivos ocurre lo mismo, sólo que son muchos los titulares.

Cuando esa libertad, esos derechos, son afectados por la acción de otro, estamos en presencia de una conducta que menoscaba un bien jurídico, y que, por consiguiente, puede ser tipificada como delito si el legislador lo considera conveniente y si ningún otro límite constitucional se lo impide.

Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad es aquel por el cual el hombre como un ser libre y responsable, es susceptible de coerción punitiva originada por sus actos cuando sea adecuan al tipo penal descritos por la ley; en otras palabras, consiste en la voluntad libre y consciente de un individuo resuelta a menoscabar un bien jurídico protegido.

La doctrina y jurisprudencia, consideran que el principio de culpabilidad está consagrado en los textos constitucionales y que se deriva de la dignidad de la persona humana reconocida constitucionalmente. En nuestro caso, se plasman a lo largo de los 29 numerales que contempla el Art. 66 de la Constitución de la República.

Principio de reducción racional

El bien jurídico más apreciado por todo ser humano -después de la vida- es la libertad y por ella se han librado grandes guerras y sacrificado numerosas vidas. La naturaleza intrínseca del poder punitivo del Estado, se dirige a privar al individuo de su libertad, es por esta razón, que el legislador plasma en las normas diversos principios limitativos que conducen a una restricción del alcance de las leyes penales y minimizan el ámbito de injerencia del sistema penal en las libertades individuales.

La reacción punitiva del Estado es el último recurso. Cuando existen alternativas válidas y que eviten la aplicación del derecho penal, nace el principio de reducción racional, que es un principio ético-político derivado de la propia concepción de la pena como venganza y que tiene una manifestación positiva concreta en los principios de *ultima ratio* (o necesidad) y *razonabilidad*.

- *Ultima ratio o mínima intervención*, si se concibe al derecho como una herramienta racional y civilizada de solución de controversias, antes que como un instrumento habilitante de venganza, la reacción punitiva, que no sirve en general para solucionar conflictos, debe ser el último modo de reacción estatal, por lo tanto, la reacción penal es el último recurso del Estado. Por esta razón en un artículo anterior, se concluyó por ejemplo, que la injuria como delito de acción privada debe ser rechazado por el juzgador, lo que este supuesto delito puede encontrar solución mediante la acción de

“daño moral” en el ámbito civil. Este principio se halla plasmado en el primer inciso del Art. 195 de la Constitución de la República y en el 5.4 del Código Procesal Penal.

- *Razonabilidad*, se considera que las leyes no son razonables cuando son arbitrarias, esto es, cuando los medios con los que se reglamentan los derechos constitucionales no guardan relación con los fines pretendidos. En materia penal, la exigencia de razonabilidad se traduce en la limitación del alcance de los tipos y las sanciones, y otorga una herramienta efectiva para ejercer un control de constitucionalidad. Dicho en otras palabras la vigencia y aplicación de este principio, se evidencia en todas las garantías del debido proceso determinadas en los Arts. 76 y 77 de la Constitución de la República.

Principio de intrascendencia de la pena

Es el principio por el cual nadie debe ser penado por los actos de otro y debe trascender lo menos posible de su autor. Este principio se encuentra desarrollado en gran parte de las Constituciones del mundo, sin embargo al no encontrarse expresamente en la ecuatoriana, aplicamos por sucesión jerárquica a la “Convención Americana de Derechos Humanos”, la que en su numeral 3 del artículo 5 señala que *“La pena no puede trascender de la persona del delincuente”*. Al decir de *Silvestroni*, la intrascendencia de la pena debe ser en todo *casomínima*, esto porque *“el castigo de un sujeto afecta necesariamente a su grupo familiar y a las personas que le tienen afecto o que de forma estrecha se relacionan con él”*.

El sentido del principio será, entonces, evitar que la trascendencia de la pena hacia terceros exceda del marco de lo razonable y que constituya una sanción también para éstos.

4.2.7. Los Delitos de Acción Pública.

Hay autores que sostienen que en algunas sociedades primitivas y aun en las primeras épocas de Roma, el Derecho Penal tuvo un carácter privado, en los estados modernos ya nadie discute su carácter eminentemente público.

Los delitos de acción penal pública es aquella ejercida de forma exclusiva, excluyente y de oficio por el ministerio público, o el juez, según de que normativa procesal se trate, para la persecución de un delito.³³

La ley penal tiene un carácter público porque en su establecimiento y aplicación prevalece el interés general por sobre los intereses particulares que pudieren haber quedado afectados por la conducta delictiva. Cuando, por ejemplo, alguien mata o estafa a otro, se ha producido sin duda un atentado contra un bien jurídico particular; pero la sanción penal no se impone con un afán vindicatorio, ni siquiera intenta reparar el daño causado, lo cual en muchos casos es imposible.

Se sanciona, en último término, para mantener en pie la protección a la vida o a la propiedad, no sólo como un derecho individual, sino como un derecho

³³ Zafaroni, Eugenio Raúl. (2005). Tratado de Derecho Penal. Argentina: Ediar.

general, que importa al estado seguir defendiendo y manteniendo, por encima de las violaciones concretas que se hayan cometido contra esos derechos.³⁴

Lo que está en juego, entonces, es el respeto a la “vida” y no únicamente la vida de tal o cual persona. Por eso será también homicida el que mate a un condenado a muerte, que iba a ser ejecutado al día siguiente. Aunque en este caso podría sostenerse que el interés individual ha desaparecido y que el homicida ha coincidido con lo resuelto ya por el estado, sigue en pie el interés público, más allá de cualquier circunstancia o situación concreta.³⁵

Naturalmente el estado concede a los particulares agraviados por el delito el derecho de reclamar las indemnizaciones o reparaciones a las que crea ser merecedor; e inclusive la mayoría de las legislaciones le permiten al ofendido ser parte en el juicio penal como acusador particular, con el mismo objetivo ya señalado. Posiblemente el caso más extremo es aquel en el cual el estado deja en manos del ofendido o agraviado la iniciativa procesal (delitos de acción privada: Art. 36 del Código de Procedimiento Penal), a tal punto que si el ofendido no acusa no habrá juicio penal.³⁶

Las modernas concepciones tienden cada vez más a concederle facultades para convenir con el autor del hecho formas de reparación, cuyo efecto puede ser hasta la extinción de la acción para perseguir el delito, inclusive

³⁴ Alban Gomez, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Edición 2015.

³⁵ Alban Gomez, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Edición 2015.

³⁶ Alban Gomez, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Edición 2015.

los de acción pública, con anuencia de la fiscalía, en casos en que no está gravemente comprometido el interés público. Pero, aun en estos casos se mantiene el carácter público de las normas penales, y como consecuencia directa y necesaria, sólo el estado: Dicta leyes que determinan los delitos y las penas correspondientes; Establece tribunales y juzgados para la administración de la justicia penal, es decir para comprobar la existencia de conductas delictivas, determinar las respectivas responsabilidades e imponer las penas preestablecidas; Ejecuta las penas impuestas en sentencia, luego del juicio correspondiente.³⁷

4.2.8. La Audiencia Preparatoria de Juicio.

La Audiencia Preparatoria de Juicio en el Código Orgánico Integral Penal es una pieza importantísima del enjuiciamiento. Al seno de la misma se cumple el descubrimiento de elementos materiales probatorios y de evidencia física de la defensa; y no hay otra oportunidad para que lo haga, por lo cual determina muy importantemente el éxito de la defensa en el juicio oral.

Tema de la misma es la enunciación de pruebas que se harán valer en el juicio, que deben hacer la Fiscalía y la defensa; lo que es una actividad de gran precisión técnica, porque de no llevarse a cabo debidamente conlleva la exclusión, rechazo o inadmisión de las pruebas que se quieran hacer valer en el juicio. También se excluyen la práctica o aducción de medios de

³⁷ Alban Gomez, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Edición 2015.

prueba ilegales. Respecto de las pruebas aceptadas se dispondrá el orden en que serán evacuadas en el Juicio Oral.³⁸

Para la celebración de esta audiencia es necesaria la presencia del juez, fiscal y defensor. Las decisiones tomadas respecto de las pruebas pueden ser apeladas, en cuyo caso se suspende la audiencia.

Aspecto importante es que en esta audiencia se podrá solicitar la la conexidad, cuando en el delito hayan coparticipado varias personas, cuando se impute a una persona la comisión de varios delitos. Y se decide sobre incompetencias sobrevinientes en atención a las personas intervinientes, o porque el funcionario de mayor jerarquía (quien debe resolver los recursos) sea incompetente. Y en los delitos querellables, hasta antes de finalizar la Preparatoria se puede desistir de la acción penal. Y a partir de esta audiencia las víctimas ya no pueden intervenir directamente sino mediante abogado (desde el punto de vista formal, porque materialmente es importante que estén representadas técnicamente desde el principio).

Es bueno precisar que una cosa es el descubrimiento, que se agota para la Fiscalía en la Audiencia de Formulación de Acusación, y para la defensa en esta Preparatoria; otra la enunciación de las pruebas que se harán valer en el juicio, actividad en la que se fija, de manera muy precisa, lo que se pretende con cada elemento material probatorio, que debe ser pertinente y admisible, así como la forma de introducirlo en juicio.

³⁸ <http://www.garciaherreros-abogados.com/abogados-penalistas/audiencia-preparatoria/>

4.2.9. El Garantismo Penal

“El artículo 76 de la Constitución ordena que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, como en el caso de los penales, se asegurará las garantías que integran el debido proceso, garantías de la defensa para la persona procesada y garantías para las víctimas, que deben ser canalizadas a través de la ley penal”³⁹. El Código de Procedimiento Penal decía “se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos”⁴⁰. Actualmente el Art. 1 del COIP dice: “Este Código tiene como finalidad [...] establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso [...]”⁴¹. Para el autor Luigi Ferrajoli en su libro Derecho y Razón considera que sólo puede llamarse garantista a un sistema de enjuiciamiento penal cuando previo a la imposición de una condena se verifica el cumplimiento de varios principios jurídicos a los cuales ha denominado axiomas, estos tienen la función de racionalizar el poder punitivo estatal. Los diez axiomas según el autor Luigi Ferrajoli son los siguientes:

- 1.- “No hay pena sin delito;
- 2.- No hay delito sin ley;
- 3.- No hay ley sin necesidad;

³⁹ COIP, exposición de motivos.

⁴⁰ Art. 5.1 Código de Procedimiento Penal, derogado.

⁴¹ COIP, Art. 1, vigente.

- 4.- No hay necesidad sin daño;
- 5.- No hay daño sin acción;
- 6.- No hay acción sin culpa;
- 7.- No hay culpa sin juicio;
- 8.- No hay juicio sin acusación;
- 9.- No hay acusación sin prueba; y,
- 10.- No hay prueba in defensa”⁴².

Para el autor Luigi Ferrajoli “el modelo garantista presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos”⁴³. Los diez axiomas o principios han sido recogidos por nuestra Constitución. El cumplimiento de los seis primeros (retribución, legalidad, necesidad, lesividad, materialidad y culpabilidad) compete exclusivamente a la Función Legislativa; es decir que toda producción normativa que mantenga “inconformidad con las disposiciones

⁴² Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 93.

⁴³ Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 103-104.

constitucionales carecería de eficacia jurídica⁴⁴, dando lugar a la activación de los mecanismos estatales de control constitucional, ya sea a través del control abstracto ejercido por la Corte Constitucional, o el control concreto ejercido a través de los juez de garantías penales⁴⁵. Los últimos cuatro axiomas o principios (jurisdicción, acusatorio, prueba y contradicción) constituyen garantías procesales que deben ser respetadas en todo proceso judicial; cuyo cumplimiento compete exclusivamente a la Función Judicial; consiste en que todo procedimiento judicial que vulnere dicho axiomas carecen de valor probatorio, o producen la nulidad procesal, o generan la exclusión de pruebas ilegalmente actuadas. En todo caso el juez deberá resolver el caso concreto como en derecho corresponda, garantizando la vigencia de los derechos de los justiciables, y sin olvidar que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.

4.2.10. Derechos del Procesado según el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

a) Nullum crimen, nulla poena sine lege.

Estos principios han sido ampliamente reconocidos como garantías judiciales por los tratados internacionales de derechos humanos.⁴⁶ Sin

⁴⁴ Constitución del 2008, vigente, Art. 424.

⁴⁵ Art. 428 de la Constitución vigente: "Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma".

⁴⁶ Cfr., artículo 14, párr. 2º, del Pacto Internacional; artículo 7 de la Convención Europea; artículo 9 de la Convención Americana; y, artículo 7, párr. 2º, de la Carta Africana.

embargo, por lo que se refiere a los tribunales penales internacionales, solamente el Estatuto de la Corte Penal Internacional los establece explícitamente.⁴⁷ Precisamente por ello, su aplicación, particularmente el de *nullum crimen sine lege*, representa uno de los obstáculos más relevantes para la formulación de un sistema de responsabilidad penal del individuo en el derecho internacional.⁴⁸ Desde sus inicios, el derecho penal internacional hubo aceptado que el principio de irretroactividad penal no podía ser usado como una barrera para proteger a los criminales y sustraerlos de la justicia. Sin embargo, particularmente relacionado con el principio de *nullum crimen sine lege*, un Estado no puede invocar su derecho interno –por ejemplo, que el crimen no se encuentre tipificado en la legislación nacional– para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales –como sancionar a los responsables–. Es precisamente en esta situación cuando el derecho penal internacional puede actuar para establecer la responsabilidad internacional de individuos, proteger los derechos de sus víctimas y responder a las “exigencias” de la comunidad internacional sobre el combate a la impunidad. Los principios *nullum crimen*, *nulla poena sine lege*, en estrecha vinculación con el principio de irretroactividad penal, parecen encontrar una excepción que incluso en su momento justificó el establecimiento de los tribunales *ad hoc*. Como es bien conocido, éstos fueron creados no mediante tratados internacionales sino por resolución del Consejo de Seguridad de las

⁴⁷ Artículos 22 y 23.

⁴⁸ Cfr., LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena M., Martín MARTÍNEZ, La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 9-14.

Naciones Unidas.⁴⁹ Al respecto, las críticas principales se refieren no sólo a las facultades de este órgano para establecer tribunales internacionales sino también al carácter especial de éstos por su creación *ex post facto* a la comisión de los actos que les dieron origen.⁵⁰

Una aplicación rigurosa de los principios a que nos referimos no hubiera podido justificar la creación de tribunales internacionales encargados de juzgar a personas por actos cometidos con anterioridad a su establecimiento pues estrictamente no se configuran como crímenes internacionales al no estar así previamente tipificados. Aquí el principio de *nullum crimen sine lege* reconocido a nivel doméstico o en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos no tuvo la misma aplicación.⁵¹ De haber sido así, difícilmente hubiera podido sostenerse la legalidad de ambos tribunales.⁵² Sin embargo, su creación en las circunstancias ya conocidas partió de la idea de que los crímenes internacionales también pueden configurarse a partir de la violación a principios generales del derecho reconocidos por la

⁴⁹ Resolución 827 de 25 de mayo de 1993, y Resolución 955 de 8 noviembre de 1994. Sobre la historia de su creación y su contexto, cfr., Barria, Lilian A. y Roper, Steven D., "How Effective are International Criminal Tribunals? An Analysis of the ICTY and the ICTR", en *The International Journal of Human Rights*, Inglaterra, vol. 9, no. 3, septiembre 2005, pp. 350-355; y, Forsythe, David P., "International Criminal Courts: A Political View", en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Países Bajos, vol. 15, no. 1, marzo 1997, pp. 6-16.

⁵⁰ Cfr., SCHABAS, William A., "Criminal Responsibility for Violations of Human Rights", en Symonides, Janusz (comp.), *Human Rights: International Protection, Monitoring Enforcement*, Aldershot, UNESCO, 2002, pp. 296-298.

⁵¹ Cfr., sobre el principio de no retroactividad, *European Court of Human Rights, Case of Streletz, Kessler and Krenz v Germany, Judgement (Merits)*, 22 marzo 2001, párrs. 49-108.

⁵² Cfr., *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule"*, Appeals Chamber, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 October 1995, párrs. 42-47, en el que el TPIY hace un análisis sobre su propia legalidad. Sobre el mismo tema pero respecto del TPIR cfr. *The Prosecutor versus Joseph Kanyabashi, Decision on the Defense Motion on Jurisdiction*, 18 junio 1997, párrs. 9-16.

comunidad internacional.⁵³ Por lo tanto, los principios nullum crimen, nulla poena sine lege en el ámbito del derecho penal internacional se aplican no sólo con relación a los tratados internacionales sino también con los mencionados principios generales del derecho. Cabe señalar que los Estatutos de los tribunales ad hoc no establecen explícitamente ambos principios. No obstante, tampoco se ha considerado seriamente que los tribunales ad hoc estén funcionando ilegalmente. El propósito de los principios nullum crimen, nulla poena sine lege siempre ha sido el de proteger a los individuos de acusaciones y sanciones arbitrarias si los actos que se les imputan no han sido previamente tipificados como delictivos. Sin embargo, en el ámbito del derecho penal internacional ambos se redefinen y su aplicación opera de manera diversa pues sería difícil asumir que aquellos que cometen crímenes internacionales se conduzcan con total desconocimiento de la gravedad de sus actos, incluso si tales conductas no se encuentran explícitamente prohibidas por el derecho penal interno correspondiente. Sólo por mencionar, durante los hechos acontecidos en la ex Yugoslavia la categoría de “crímenes contra la humanidad” no se encontraba tipificada como tal en el derecho penal de ese país. Pero, se consideró que por esa sola circunstancia no se habría podido alegar que a aquellos que cometieron tales crímenes no podía fincárseles responsabilidad pues los elementos que integran los crímenes contra la humanidad

⁵³ Aunque esto, por supuesto, es totalmente debatible. Los Estados pueden violar principios generales del derecho y, por lo tanto, pueden incurrir en responsabilidad internacional pero, ¿los individuos?, sobre todo tratándose de la materia penal. Sólo por mencionar, aunque por supuesto no se trata de una respuesta absoluta, el Pacto Internacional y la Convención Europea establecen respecto a los principios nullum crimen, nulla poena sine lege que no se oponen al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (artículos 15, párr. 2º, y 7, párr. 2º, respectivamente).

configuraban delitos ordinarios en el ámbito interno –por ejemplo, la violación sexual, el homicidio, el saqueo, entre otros–, por lo que la naturaleza criminal de los actos debió haber sido conocida por sus perpetradores.⁵⁴

Aquí, entonces, el argumento aplicado –y aplicable– es el del combate a lo que se ha llamado la “cultura de la impunidad”, a partir de la creación de tribunales penales internacionales,⁵⁵ lo cual por sí mismo los justifica. La aplicación del principio de *nulla poena sine lege* genera más dificultades pues el derecho penal internacional no establece sanciones específicas. En cierta forma, ello se debe a que los estados deben incorporar –legislar– los crímenes internacionales en su derecho penal interno, adaptándolos a su sistema penal conforme a sus propias políticas penales. Es decir, son los estados los primeros obligados a tipificar estos crímenes y a establecer las sanciones conforme a su propio sistema jurídico. El derecho penal internacional funciona sólo de manera subsidiaria. Así, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia establece que la única sanción que puede imponer la Sala de Primera Instancia es la prisión, y que para la determinación de las condiciones en que habrá de ejecutarse debe remitirse a la práctica general relativa en los tribunales nacionales de la ex

⁵⁴ Cfr., DIMITRIJEVIC, Vojin y Milanovic, MARKO, “Human rights provisions in conventional sources of international criminal law and their effects on international criminal justice”, en *The status of international treaties on human rights*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2006, pp. 211-212.

⁵⁵ Cfr., LAUREN, Paul G., “From impunity to accountability: Forces of transformation and the changing international human rights context”, en Thakur, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.), *From Sovereign Impunity to International Accountability*, Nueva York, United Nations University Press, 2004, pp. 15-36.

Yugoslavia.⁵⁶ Una norma similar se encuentra también en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.⁵⁷

Sin embargo, en la práctica estas disposiciones no han reducido la discrecionalidad de las cortes –y, en consecuencia, la incertidumbre– en la determinación de la duración del encarcelamiento. Puede afirmarse, incluso, que ni siquiera existe una jurisprudencia internacional consistente y reiterada al respecto pues los Estatutos de los tribunales ad hoc no prescriben rangos determinados para la imposición de las sanciones.⁵⁸ Lo únicos parámetros objetivos que se señalan para determinar la duración de la pena de prisión son la gravedad del crimen y las circunstancias individuales del condenado. Habría que considerar, entonces, si ello viola el derecho a un debido proceso, más específicamente, el principio *nullum poena sine lege*.

Por otro lado, aunque el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) sí estipula dicho principio expresamente tampoco precisa las sanciones respecto a los crímenes sobre los que tiene competencia. Solamente señala que la Corte podrá imponer la pena de prisión por un número “específico” de años que no exceda a 30 o la reclusión a perpetuidad dependiendo de la

⁵⁶ Artículo 24, párrafo 1º.

⁵⁷ Artículo 23, párrafo 1º.

⁵⁸ Por ejemplo, en tanto que no se encuentra expresamente prohibido, el tribunal ad hoc para la ex Yugoslavia ha impuesto la cadena perpetua aun cuando ésta no se encontraba prevista por la legislación penal de la ex Yugoslavia. Cfr., International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Prosecutor v Milomir Stakić, Judgement of 31 July 2003, in toto.

gravedad del crimen cometido y de las circunstancias individuales del sentenciado.⁵⁹

Hay otros dos escenarios en el derecho penal internacional en el que puede incidir la aplicación del principio *nullum crimen sine lege*. El primero es aquel según la cual el Consejo de Seguridad, actuando conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede remitir a la CPI una situación en la que “parezca” haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de ese tribunal, incluso si el Estado del cual son nacionales los responsables no son parte del Estatuto,⁶⁰ como la situación actual de Sudán, específicamente respecto a los actos cometidos en Darfur. Esta opción encuentra su justificación en el intento de evitar la creación de tribunales especiales, por lo que si un Estado no es parte del Estatuto no obstante la CPI, un tribunal “previamente” establecido, podrá tener competencia sobre crímenes cometidos por sus nacionales. En segundo lugar, el Estatuto de la CPI señala que un Estado que no sea parte puede hacer una declaración expresa reconociendo la competencia de ese tribunal sobre crímenes específicos. En este caso, las obligaciones de dicho Estado –sobre todo, las

⁵⁹ Artículo 77, párr. 1º. Asimismo, además de la prisión la Corte podrá imponer multas y el decomiso de los bienes, productos y haberes que procedan directa o indirectamente de la comisión del crimen. Cfr., asimismo LAMB, Susan, “Nullum crimen, nulla poena sine lege in International Criminal Law”, en CASSESE, Antonio, et al., *The Rome Statute of the International Criminal Law: A Commentary*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 733-766; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, 2a ed., México, INACIPE, 2004, pp. 47-48.

⁶⁰ Artículo 13, inciso b). Cfr, VILLALPANDO, Santiago y Luigi, CONDORELLI, “Can the Security Council Extend the ICC's Jurisdiction?”, en CASSESE, Antonio, et al., op. cit. supra, pp. 571-582.

relativas a la cooperación con la CPI– son las mismas que si fuera parte del Estatuto.⁶¹

Con relación a lo señalado en el párrafo anterior cabe hacer algunas consideraciones. El Estatuto es un tratado internacional y, por lo tanto, su obligatoriedad se basa en la previa aceptación de los Estados Partes. Por su naturaleza, el Estatuto de la CPI no es un tratado internacional que establezca derechos y obligaciones recíprocos entre estados, a la manera de los tratados clásicos. A través del Estatuto los estados reconocen normas dirigidas a determinar la responsabilidad internacional por la comisión de crímenes internacionales no de ellos mismos sino de individuos; por lo tanto, la CPI no sancionará a estados sino a personas. Asimismo, aunque el derecho penal internacional implica la incriminación de individuos, se crea, se desarrolla y se hace cumplir por los estados.⁶²

Una primera cuestión es determinar cómo los individuos pueden ser responsables internacionalmente a través de la aplicación de tratados o convenciones de naturaleza represiva celebrados, obviamente, no por ellos mismos sino por los Estados. En segundo lugar, otro asunto es cómo los individuos pueden ser responsables por la comisión de crímenes

⁶¹ Artículo 12, párr. 3o .

⁶² Cfr., RATNER, Steven R. y Abrams, JASON S., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 10.

internacionales aun cuando los Estados de su nacionalidad no son parte de esos tratados y sin embargo su responsabilidad deriva de su aplicación.⁶³

Respecto a éste, el principio *nullum crimen sine lege* limitaría la competencia de la CPI sobre asuntos que impliquen a nacionales de Estados no parte de su Estatuto –para el caso de que sean remitidos por el Consejo de Seguridad–. Aquí, la voluntad del Estado debe ser necesaria para aceptar dicha competencia. Sin ella, el Estado no está obligado a cooperar con la CPI. Pero lo más grave es la afectación a los derechos de los individuos que se pretende juzgar. Sin la previa aceptación del Estado opera plenamente el principio *nullum crimen sine lege* no en su favor sino en el de los “criminales”. La gravedad de los actos que éstos hubieren cometido no justifica que puedan ser juzgados cualquiera sea la manera ante la CPI. De otra forma, se estarían violando derechos humanos. El hecho de que el Estatuto de este tribunal contemple esa posibilidad no la legaliza por sí misma. Ahora bien, si un Estado admite la competencia de la CPI para crímenes en particular sin ser parte de su Estatuto, la cuestión por supuesto no es la de la aceptación. En una situación así el Estado estaría aceptando la competencia de un tribunal que, si bien ha sido previamente establecido, podría pronunciarse sobre hechos ocurridos con anterioridad. El punto es que no se trata de actos cometidos por los Estados pues en esas circunstancias sería plenamente válido que aceptaran ser juzgados. Sólo por mencionar, un Estado podría reconocer la competencia de un tribunal

⁶³ Para ampliar el tema, sin duda difícil, Cfr., BROOMHALL, Bruce, op. cit. (nota 1), pp. 25-28.

internacional de derechos humanos por actos cometidos con anterioridad a la fecha de dicho reconocimiento, pues el interés debe estar no en el aparente perjuicio que pudiera tener el Estado sino en el beneficio para las víctimas. Sin embargo, en el problema planteado quienes sufren una afectación no son los estados sino los individuos a quienes se pretende juzgar. Por lo tanto, podrían violarse derechos humanos.

b) Ne bis in ídem.

Conforme al principio ne bis in idem una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo delito. Siendo una garantía judicial fundamental evidentemente se encuentra reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho penal internacional. No obstante, los Estatutos de los tribunales ad hoc y de la CPI estipulan este principio pero con una variante que si bien se ajusta a sus propósitos podría ser considerada como violatoria de derechos humanos.⁶⁴

Una de las principales razones por las que los individuos que cometen crímenes contra el derecho internacional son juzgados ante instancias penales internacionales es porque los estados frecuentemente se niegan o no se encuentran en condiciones para procesarlos ellos mismos –por ejemplo, si el conflicto que ha dado lugar a los crímenes aún continúa–. En estas situaciones la comunidad internacional ha recurrido a la creación de

⁶⁴ Artículo 14, párr. 7º, del Pacto Internacional; y, artículo 8, párr. 4º, de la Convención Americana. Asimismo, artículo 10 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; artículo 9 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y artículo 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

tribunales penales internacionales para evitar que tales actos queden impunes y que los Estados invoquen razones de soberanía para encubrir o tolerar a los responsables.

Precisamente estos fueron algunos de los principales argumentos para justificar la creación de los tribunales ad hoc los cuales, incluso, tienen primacía sobre las cortes nacionales que tendrían competencia en situaciones ordinarias. Sin embargo, el Estatuto de la CPI señala que su naturaleza es de tipo complementaria a las jurisdicciones nacionales, aunque tiene ciertas facultades que le permiten revisar si los procesos domésticos fueron llevados a cabo de manera adecuada, es decir, de forma independiente e imparcial, respetando las garantías del debido proceso reconocidas por el derecho internacional, y que por la forma en que se hayan realizado sean compatibles con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.⁶⁵

Los Estatutos de los tribunales ad hoc establecen que ninguna persona será juzgada ante un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves al derecho internacional humanitario por los cuales él o ella ya hayan sido juzgados por un tribunal internacional, y que una persona que fue juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves al derecho internacional humanitario puede ser procesada posteriormente por un tribunal internacional solamente si: a) el acto por el

⁶⁵ Artículo 1º del Estatuto. Cfr., además el artículo 20, párr. 3º, inciso b).

cual él o ella fue juzgado constituyó un delito ordinario; o b) si el proceso ante la corte nacional no se llevó a cabo de manera imparcial o independiente, fue diseñado para proteger al acusado de responsabilidad penal internacional, o el caso no fue diligentemente procesado.⁶⁶

De forma similar, el Estatuto de la CPI prescribe que: La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.⁶⁷

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, el defecto principal del artículo 20 del Estatuto de la CPI que hemos señalado consiste en que no contempla uno de los temas más importantes del derecho internacional en la actualidad ligado a la responsabilidad internacional por violaciones masivas: el conflicto entre el derecho de las víctimas a obtener justicia y a un remedio efectivo y el derecho de los estados a conceder amnistías y a otorgar el perdón. Tanto la amnistía como

⁶⁶ Artículo 10, párrs. 1º y 2º, del Estatuto del TPIY y artículo 9, párrs. 1º y 2º, del Estatuto del TPIR.

⁶⁷ Artículo 20, párr. 3º.

el perdón son cuestiones que resultan todavía más complicadas por el hecho de que, por otra parte, han servido eficazmente en procesos de reconciliación nacional. El propósito de la justicia penal internacional no es simplemente castigar sino también auxiliar en la reconciliación. Además, las amnistías también pueden instrumentarse para conducir negociaciones de paz. Sólo por mencionar, en octubre del 2005 el Fiscal de la CPI decidió no dictar cinco órdenes de aprehensión en contra de cinco de los líderes del Ejército de Resistencia del Señor –“Lord’s Resistance Army”– en Uganda pues un mediador internacional ya se encontraba facilitando un proceso de negociación entre los líderes y el gobierno de ese país. En ese momento la intervención de la CPI hubiera podido causar más descontento y problemas pues Uganda se encontraba en plena disposición para conceder la amnistía a los rebeldes.⁶⁸

Aunque en algunas ocasiones excepcionales la amnistía y el perdón pueden facilitar o crear condiciones adecuadas para lograr la paz y la reconciliación en un conflicto, la crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos es que no deben ser utilizadas como un medio para favorecer la impunidad y la injusticia. Las amnistías que tienen como único propósito proteger a quienes han cometido graves crímenes, como los de lesa humanidad, son contrarias al derecho internacional de los derechos humanos.

⁶⁸ Cfr., UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, “Uganda: ICC indictments to affect northern peace efforts, says mediator”, en GobaSecurity.org, <http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2005/10/mil-051010-irin02.htm> (consultado el 17 de febrero de 2007). Aunque, finalmente el gobierno de Uganda presentó la situación a la CPI mientras el conflicto aún continuaba.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo consideró en su sentencia sobre el caso Barrios Altos al señalar que las dos leyes de amnistía expedidas durante el gobierno del Presidente Alberto Fujimori en 1995 –las Leyes No. 26479 y No. 26492–⁶⁹ eran incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos y que, por lo tanto, carecían de efecto legal.⁷⁰

Asimismo, en el 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina anuló las dos leyes de amnistía –la Ley de Punto Final de 1986 y la Ley de Obediencia Debida de 1987– que durante años obstaculizaron el enjuiciamiento por los graves delitos cometidos bajo la dictadura militar.⁷¹

Por el tipo de crímenes sobre los que tiene competencia la CPI es muy probable que deba pronunciarse sobre casos relacionados con amnistías y perdones, no obstante, su Estatuto nada señala respecto a la forma en que habrán de tramitarse.⁷²

⁶⁹ La primera de esas leyes exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y civiles que hubieran cometido o participado, entre 1980 y 1995, en violaciones a los derechos humanos en el Perú. La segunda reafirmó que la amnistía concedida por la anterior no era susceptible de ser revisada judicialmente por lo que su aplicación era obligatoria; asimismo, amplió su alcance al conceder una amnistía general a todos los funcionarios militares, policiales o civiles que pudieran ser sujetos a proceso por violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995 aunque todavía no hubieran sido denunciados.

⁷⁰ Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) vs Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001, párrs. 41-44.

⁷¹ Cfr., la sentencia al “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etcétera — causa N° 17.768—”

⁷² Cfr., VAN DEN WYNGAERT, Christine y, Tom, ONGENA, “Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty”, en CASSESE, Antonio, et al., op. cit., nota 28, pp. 705-729.

Sin embargo, ese instrumento señala que la aplicación e interpretación del derecho por la CPI debe ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna.⁷³ Conforme lo que ya hemos mencionado, seguramente la CPI deberá tomar en cuenta si una determinada amnistía o perdón tiene un propósito legítimo o simplemente pretende sustraer de la justicia a criminales a fin de decidir si es conveniente o no proseguir con el proceso respectivo. Lo anterior, precisamente para que su criterio decisorio sea acorde con los “derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Un ejemplo de ello es la situación que señala el Estatuto al establecer que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, puede solicitar a la CPI que suspenda temporalmente una investigación o enjuiciamiento.⁷⁴ Lo anterior, porque una opción judicial, como la que representa la CPI, no necesariamente puede ser la mejor frente a otras de tipo político que faciliten en mayor medida un proceso de paz o reconciliación.

Aquí, sin embargo, es muy importante que los estados antes que pensar en el establecimiento de tribunales penales internacionales continúen apoyando política y financieramente actividades preventivas dirigidas a contener o contrarrestar las causas de los conflictos que dan lugar a la comisión de crímenes internacionales.⁷⁵

⁷³ Artículo 20, párr. 3º

⁷⁴ Artículo 16.

⁷⁵ BIDDISS, Michael D., “From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: A historical analysis of the limits of international criminal accountability”, en Thakur, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.), op. cit., nota 3, p. 53.

c) Detención provisional.

La detención provisional en el derecho penal tiene como finalidad garantizar la comparecencia del acusado y, en general, asegurar los objetivos del proceso penal. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y conforme al principio de presunción de inocencia esta medida cautelar debe ser de carácter excepcional, de duración mínima y ordenarse sólo en situaciones debidamente justificadas.⁷⁶ La Corte Europea de Derechos Humanos ha estimado que el Estado primero debe analizar otras medidas alternativas para asegurar la comparecencia o participación del acusado durante el juicio antes que ordenar su prisión preventiva.⁷⁷

Sin embargo, en los procesos penales internacionales la prisión provisional parece ser la regla más que la excepción. En el caso del TPIY las condiciones para ordenar la prisión y su duración han suscitado serios cuestionamientos relativos a la protección de los derechos humanos de quienes así se encuentran detenidos. En contraste con los estándares internacionales de derechos humanos, el Reglamento del TPIY establece que a su llegada a la sede del tribunal el acusado debe ser detenido en el lugar que provea el país anfitrión –los Países Bajos– u otro país –excepcionalmente–⁷⁸ y que sólo posteriormente podrá ser puesto en libertad provisional previa opinión tanto del país anfitrión como del país al cual el acusado busca ser enviado, y si se asegura que comparecerá durante el

⁷⁶ Cfr., CAFLISCH, Lucius, “The Rome Statute and the European Convention on Human Rights”, en *Human Rights Law Journal*, Alemania, vol. 23, no. 1-4, 30 septiembre 2002, p. 3.

⁷⁷ Cfr., European Court of Human Rights, *Case of Gąsiorowski v. Poland*, Judgement (Merits and Just Satisfaction), 17 octubre 2006, párrs. 54-59.

⁷⁸ Artículo 64.

juicio y que su libertad no representa un daño para las víctimas, testigos o cualquier otra persona.⁷⁹

En este caso, la orden de detención de un juez instructor es estrictamente necesaria, sin embargo, el juez no está obligado a valorar si existen motivos suficientes para ordenar la prisión preventiva sino que el propio Reglamento ordena emitirla automáticamente una vez que el acusado ha sido presentado ante el tribunal. Asimismo, el Reglamento no establece un límite máximo de duración de la detención, incluso, aquellos acusados que hubieren sido puestos en libertad provisional hasta que inicie el juicio eventualmente pueden ser detenidos nuevamente durante todo el proceso. El proceso de cooperación estatal con las tribunales penales internacionales por lo que respecta a la aprehensión de nacionales acusados de crímenes contra el derecho internacional comúnmente es muy complicado y acarrea muchas tensiones de tipo político, incluso intencionales.

En este sentido, no puede realmente esperarse que un tribunal penal internacional ponga en libertad provisional a una persona acusada de crímenes graves, mucho menos si ya hubiere intentado evadir su arresto o si éste se llevó a cabo en condiciones muy difíciles provocadas por el propio acusado o el Estado. Por lo tanto, es un deber del tribunal respectivo asegurarse de que existen firmes garantías por parte de ambos de que no se obstruirá el adecuado desarrollo del proceso, pues ello se relaciona también

⁷⁹ Artículo 65.

directamente con el derecho de las víctimas a obtener justicia. Aquí, entonces, podría presentarse una relación de tensión entre los derechos de los acusados y los de las víctimas, que en una situación extrema podría llegar a ser disyuntiva. No obstante, la duración excesiva de la prisión preventiva sigue siendo uno de los problemas más importantes con relación a los derechos humanos de los detenidos, como por ejemplo, en el caso de Momčilo Krajišnik quien fue arrestado en Sarajevo el 3 de abril de 2000 y transferido a la Unidad de Detención del TPIY en La Haya ese mismo día.

En dos ocasiones durante el 2001 y el 2002 le fue negada la libertad provisional precisamente porque las garantías ofrecidas por el acusado y los gobiernos de la República de Srpska y de la entonces República Federal de Yugoslavia no satisfacían los requisitos necesarios para ello. No obstante, a pesar de haber sido detenido desde el 2000, su juicio dio inicio hasta el 2 de febrero de 2004, y la sentencia donde se le encontró responsable de diversos crímenes fue dictada hasta el 27 de septiembre de 2006, es decir, Krajišnik estuvo detenido provisionalmente durante casi cuatro años antes de que comenzara formalmente su enjuiciamiento.⁸⁰ Aunque coincidimos en que la duración de la detención y la posibilidad de otorgar la libertad provisional dependen de las circunstancias específicas del caso,⁸¹ consideramos que una situación como la referida puede ser violatoria de derechos humanos conforme a los estándares internacionales aplicables en

⁸⁰ Cfr., International Tribunal for the Former Yugoslavia, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Judgement, 27 septiembre 2006, párrs. 1206, 1212, 1213 y 1235.

⁸¹ Cfr., ROBINSON, Patrick L., "Ensuring Fair and Expeditious Trials at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en *European Journal of International Law*, Italia, vol. 11, no. 3, 2000, p. 583.

la materia –se encuentra estrechamente vinculada con el concepto de plazo razonable con relación a la duración de la detención o prisión provisional–. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "se incurriría en una violación de la Convención –Americana sobre Derechos Humanos– al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida".⁸²

Otro problema con relación a este punto es el relativo a la reparación a quienes hubieren sido injustificadamente detenidos o condenados. Los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos reconocen el derecho a la indemnización en los casos de detenciones ilegales o de condenas por error judicial.⁸³

Este derecho no fue incluido en los Estatutos de los tribunales ad hoc aunque posteriormente fue establecido en el Estatuto de la CPI, que textualmente señala:⁸⁴

1. El que haya sido ilegalmente detenido o recluso tendrá el derecho efectivo a ser indemnizado.
2. El que por decisión final hubiera sido condenado por un crimen y hubiere cumplido pena por tal motivo será indemnizado conforme a la ley de ser anulada posteriormente su condena en razón de hechos nuevos que

⁸² Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero v Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77; en el mismo sentido, Caso Tibi v Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 180.

⁸³ Artículo 14, párr. 6º del Pacto Internacional; artículo 5, párr. 5º, de la Convención Europea; y, artículo 10 de la Convención Americana.

⁸⁴ Artículo 85.

demuestren concluyentemente que hubo un error judicial, salvo que la falta de conocimiento oportuno de esos hechos le fuera total o parcialmente imputable.

3. En circunstancias excepcionales, la Corte, si determina la existencia de hechos concluyentes que muestran que hubo un error judicial grave y manifiesto tendrá la facultad discrecional de otorgar una indemnización, de conformidad con los criterios establecidos en las Reglas de Procedimiento y Prueba, a quien hubiere sido puesto en libertad en virtud de una sentencia definitiva absolutoria o de un sobreseimiento de la causa por esa razón. Por lo tanto, el Estatuto de la CPI resuelve un problema endémico de los tribunales ad hoc incorporando los criterios internacionales de derechos humanos en materia de indemnización.

d) Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

Este derecho es ampliamente reconocido tanto por los instrumentos internacionales de derechos humanos como por los estatutos de los tribunales penales internacionales.⁸⁵ Como ya lo hemos mencionado, el hecho de que el acusado permanezca detenido durante todo el juicio hace aún más importante que el proceso sea conducido de manera expedita. Sin embargo, hay que reconocer que ello no siempre es posible debido a la

⁸⁵ Artículo 14, párr. 3º, inciso c), del Pacto Internacional; artículo 6, párr. 1º, de la Convención Europea; artículo 8, párr. 1º; artículo 7, párr. 1º, de la Carta Africana. Asimismo, artículo 21, párr. 4, inciso c), del Estatuto del TPIY; artículo 20, párr. 4º, inciso c), del Estatuto del TPIR; y, artículo 67, párr. 1º, inciso c) del Estatuto de la CPI.

complejidad tanto de los hechos como del trámite mismo aunado a los limitados recursos de los tribunales penales internacionales.⁸⁶

Además, el éxito de estos tribunales depende en gran medida de la cooperación de los Estados en la obtención de pruebas, recopilación de documentos y presentación de testigos así como en la aprehensión de los acusados, entre las más importantes, por lo tanto, el retraso indebido en los procesos no siempre es totalmente imputable a las cortes. Incluso también podrían incluirse las dilaciones debidas a problemas de traducción e interpretación, o aquellas derivadas de la insistencia de los propios acusados en defenderse por sí mismos.⁸⁷

Con este escenario el estándar del “plazo razonable” del derecho internacional de los derechos humanos parece ser mucho más indulgente o flexible ante los tribunales penales internacionales, por lo tanto, puede llegar a ser violatorio de garantías del debido proceso.

e) Derecho a ser asistido por un defensor y/o a defenderse personalmente.

Aunque ambos derechos se encuentran reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos,⁸⁸ el debate se presenta ante los tribunales penales internacionales quizá derivado de los diferentes enfoques

⁸⁶ Cfr., DIMITRIJEVIC, Vojin y Marko, MILANOVIC, op. cit. nota 23, p. 22.

⁸⁷ Como en el famoso caso de Slobodan Milošević ante el TPIY, al cual nos referiremos enseguida.

⁸⁸ Artículo 14, párr. 3º, inciso d), del Pacto Internacional; artículo 6, párr. 3º, inciso c), de la Convención Europea; artículo 8, párr. 2º, inciso d), de la Convención Americana; y, artículo 7, párr. 1º, de la Carta Africana.

que se aplican en los sistemas penales inquisitivos y acusatorios de los ámbitos nacionales.⁸⁹

En realidad, el derecho a defenderse por sí mismo es el que ha generado diversos criterios en cuanto a su garantía. Sólo por mencionar, la imposición de un defensor en contra de la voluntad del acusado normalmente no es permitido en un sistema acusatorio mientras que en el inquisitivo puede llegar a ser obligatorio. El caso más ejemplar sobre el tema es el de Slobodan Milošević. En un principio, el TPIY le hubo permitido defenderse personalmente aunque con la ayuda de tres “asistentes” jurídicos de su propia elección, a la vez que también hubo nombrado a tres expertos en diversos campos del derecho en calidad de amici curiae, cuya función fue supervisar, como oficiales del tribunal, el correcto desarrollo del juicio. Posteriormente, debido a los problemas de salud de Milošević el TPIY consideró necesario el nombramiento de dos abogados con amplias facultades para conducir la defensa manteniendo sólo a un amicus curiae de los nombrados inicialmente. Más adelante, el TPIY decidió nombrar a diversos defensores durante el desarrollo del proceso no obstante las fuertes objeciones de Milošević, aunque conservó en todo momento su derecho a intervenir en su propia defensa. Precisamente, su delicada salud ya había provocado numerosas dilaciones que hacían difícil un enjuiciamiento expedito. La cuestión que hubo que resolver era si el derecho a defenderse

⁸⁹ Cfr., CASSESE, Antonio, International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 365-388.

por sí mismo podía ser limitado en situaciones en que su garantía obstruyera la conducta adecuada del juicio.⁹⁰

Lo cierto es que todavía hasta poco antes de perder la vida, Milošević se encargó prácticamente de toda su defensa mientras que sus abogados jugaron un rol secundario. El tema del nombramiento de un defensor en contra de la voluntad del acusado puede ser analizado desde tres perspectivas. La primera, plantea si este derecho es absoluto o si puede estar sujeto a ciertas limitaciones. En varios países europeos, como Bélgica, Francia, Alemania –e incluso en la ex Yugoslavia– se encuentra establecida la representación legal obligatoria para ciertos delitos graves, asumiendo que el acusado en tales casos podría no ser capaz de defenderse adecuadamente por sí mismo. No obstante, existen diferencias fundamentales en la forma como opera esta institución y en el papel de los defensores durante el proceso entre los países con sistemas inquisitivos y aquellos acusatorios. En general, en los primeros el acusado tiene el derecho de intervenir activamente en su defensa aun cuando cuente con un abogado que lo represente.

En los sistemas acusatorios aunque el derecho a defenderse personalmente es absoluto una vez que el acusado ha nombrado a su defensor corresponde a éste la conducción de la defensa, mientras que el acusado

⁹⁰ Cfr., International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Slobodan Milosevic v Prosecutor, Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber's Decision on the Assignment of Defense Counsel, 1 noviembre 2004, in toto; también, del mismo tribunal, Case Information Sheet "Kosovo, Croatia & Bosnia" (IT-02-54) Slobodan Milošević, pp. 6 y 7.

tiene una casi nula participación. El artículo 21, párrafo 4º, inciso d), del Estatuto del TPIY, que se basa en gran medida en el artículo 14, párrafo 3, inciso d) del Pacto Internacional, establece que el acusado tendrá el derecho a defenderse por sí mismo pero que se le nombrará un defensor si los intereses de la justicia así lo requieren, incluso gratuitamente si el acusado no puede solventarlo. Disposiciones idénticas se encuentran en los Estatutos del TPIR y de la CPI.⁹¹

En otras palabras, el nombramiento de un defensor de oficio no se encuentra limitado solamente a situaciones donde el acusado no tenga los medios económicos para contratar a un abogado. En estrecha relación con el derecho del acusado a ser asistido por un defensor de su elección –cuando su nombramiento sea obligatorio–, en el caso Croissant la Corte Europea de Derechos Humanos señaló que aunque los tribunales deben considerar la opinión del acusado, ese derecho está sujeto a ciertos límites, sobre todo tratándose de asistencia jurídica gratuita, y que depende de la opinión del tribunal en el sentido de que los intereses de la justicia así lo demandan.⁹²

Asimismo, aunque en otro sentido, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha estimado que si los tribunales prohibieran o

⁹¹ Artículo 20, párr. 4º, inciso d), y artículo 67, párr. 1º, inciso d), respectivamente.

⁹² Cfr., European Court of Human Rights, Case of Croissant v Germany, Judgment (Merits), 25 septiembre 1992, párr. 29.

limitaran injustificadamente el derecho del acusado a nombrar a un defensor de su elección también se violaría el derecho a un juicio justo.⁹³

En segundo término, relacionado con el criterio anterior, debe determinarse si los “intereses de la justicia” hacen necesario el nombramiento de un defensor de oficio. En opinión de la Corte Europea de Derechos Humanos para determinar si los “intereses de la justicia” así lo requieren deben tomarse en cuenta la gravedad del delito, la severidad de la sentencia que amerita, la complejidad del caso y la situación personal del acusado.⁹⁴

Todos estos criterios trasladados a los procesos ante los tribunales penales internacionales podrían llegar a justificar el nombramiento de defensores aun en contra de la voluntad del acusado, lo cual en sí no es violatorio de derechos humanos, particularmente al derecho a un debido proceso. Por lo tanto, el derecho a la defensa personal no es de carácter absoluto. Un último punto a considerar no es precisamente jurídico pero de política judicial. Volviendo al caso de Milošević, aunque el TPIY tuvo la obligación de asignarle diversos defensores la cuestión era si debía hacerlo aun contra el derecho del acusado a querer defenderse por sí mismo. Aquí el principio que debió ser aplicado por ese tribunal es el que señala que la impresión pública

⁹³ Cfr., African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 48/90, 50/91, 52/91 y 89/93 Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers' Committee for Human Rights, Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa v Sudan, párr. 64; del mismo órgano, Communication 222/98 and 229/99, Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan, párr. 60.

⁹⁴ Cfr., European Court of Human Rights, Case of Quaranta v Switzerland, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 24 mayo 1991, párrs. 33, 34 y 35.

de un juicio justo es tan importante como el juicio en sí.⁹⁵ En estos términos, el TPIY pudo haber limitado la intervención de Milošević en su defensa y asignado un rol más activo y determinante a sus abogados.

4.2.11. El Debido Proceso en el Derecho Penal ecuatoriano.

La carta Magna en su Art. 424 señala: *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario carecerán de eficacia jurídica...”*. *“El principio de supremacía de la Constitución afecta la manera tradicional de concebir, interpretar y aplicar el derecho ordinario, mediante el conocido efecto de la interpretación conforme con la Constitución.”*⁹⁶ *De ahí que todos los preceptos constitucionales son de carácter obligatorio; uno de estos preceptos y al cual me referiré es el derecho que tenemos todos “al debido proceso”.*

Este derecho fundamental está garantizado por la Constitución de la República encontrándolo en el Capítulo Octavo, Derechos de Protección.

“El debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce a las personas el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones, como un derecho civil fundamental

⁹⁵ Cfr., DIMITRIJEVIĆ, Vojin, “Justice Must Be Done and Be Seen to Be Done: The Milosevic Trial”, en *East European Constitutional Review*, EUA, vol. 11, no. 1-2, 2002, pp. 59-62.

⁹⁶ Bernal Cuéllar Jaime y Montealegre Lynett Eduardo. *El Proceso Penal Fundamentos Constitucionales del Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia. Quinta Edición. 2004. Pg. 223.

*por su gran trascendencia social para que las personas como seres sociales desenvuelvan su actividad en un ambiente de seguridad y se sientan protegidos por el Estado cuando en sus múltiples interrelaciones sociales tanto con los demás asociados como con los órganos, dependencias e instituciones del poder público, surjan controversias por conflicto de intereses o por cualquier otra causa”.*⁹⁷

Es decir es un principio fundamental que advierte el derecho que tiene una persona que está siendo procesada a ciertas garantías mínimas, buscando el propósito de obtener una sentencia justa luego de haber sido escuchada ante un tribunal imparcial, competente e independiente.

Si el juez está parcializado con respecto a una de las partes o recibe alguna injerencia al momento de decidir sobre un proceso, no existiría un debido proceso, ya que el juzgador debe ser equidistante en relación a las partes que intervienen en el juicio. Esta probidad requiere que el tribunal que debe conocer el proceso haya estado conformado con anterioridad al mismo y que ninguno de los magistrados que integran dicho tribunal esté vinculado por relaciones de parentesco, amistad, negocios, etc., con alguno de los sujetos procesales.

Garantías del debido proceso:

Las garantías que concede este derecho son:

a) principio de legalidad y de tipicidad,

⁹⁷ Dr. Abarca Galeas Luis. *Lecciones de Procedimiento Penal*. Tomo 4. Corporación de Estudios y Publicaciones. Pg. 27.

- b) presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley preexistente,
- c) el principio in dubio pro reo,
- d) derecho a que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tengan validez alguna y carezcan de eficacia probatoria,
- e) proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales; y,
- f) el derecho a la defensa que incluye: contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, los procedimientos deben ser públicos, prohibición de ser interrogado sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto, ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento, ser asistido por un abogado de su elección o por defensor público.

La Constitución es la que pone límites al poder punitivo del Estado, es la que diseña el espacio dentro del que tiene validez el derecho penal y procesal penal, referente a esto, el autor Claus Roxin manifiesta “*con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal. El alcance de esos límites es, por cierto, una cuestión de la respectiva Constitución del Estado.*”⁹⁸ Este límite es el derecho al debido proceso, el

⁹⁸ Roxin Claus: *Derecho Procesal Penal*, 25.ª ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008, p. 3

cual asiste al individuo para exigir el cumplimiento de las garantías que involucra.

La Constitución por ser la norma suprema del Estado consagra ciertas garantías para que la persona que es parte en un proceso pueda salvaguardar sus derechos fundamentales y conseguir el restablecimiento de la “paz jurídica quebrantada”, es por esto que la aplicación de dichas garantías constitucionales es obligatoria aún cuando existan normas que discordaren con aquellas.

Es así, que ese conjunto de principios constitucionales “el debido proceso”, reconocido por nuestra Constitución, ofrece a las partes procesales equilibrio y seguridad jurídica.

El Debido Proceso en Materia Penal:

El proceso penal tiene su origen en la Constitución, teniendo como fin frenar los abusos que pueden darse por parte del Estado al ejercer su facultad sancionadora (ius puniendi) en deterioro de los derechos básicos de una persona.

“... se podía ser buen penalista si se dominaba el Código Penal, la dogmática penal y las disposiciones del Código de Procedimiento Penal. Hoy día con ello ya no basta, porque el entendimiento de todas estas disposiciones y de la propia dogmática penal está condicionado por la

comprensión de los derechos fundamentales y de la jurisprudencia constitucional que los interpreta, que fija sus contenidos y sus límite.”⁹⁹

El Estado debe observar y aplicar los principios que comportan el debido proceso penal, para que sea legítimo. Estos principios son: presunción de inocencia, principio de legalidad, principio de proporcionalidad, derecho a la defensa.

El derecho a la defensa:

En materia penal este derecho está más enfocado al procesado, siempre y cuando se encuentren comprometidos sus derechos, de tal suerte que deba participar para proteger dichos derechos. Radicando en el derecho que tiene toda persona de intervenir en un proceso penal desde el inicio hasta la culminación del mismo.

Esta garantía es exigible desde el inicio de la etapa preprocesal “Indagación Previa”, tal como lo señala el inciso 2do. del Art. 70 del Código de Procedimiento Penal “*El procesado y el acusado tienen los derechos y garantías previstos en la Constitución y demás leyes del país, desde la etapa preprocesal hasta la finalización del proceso.*”

⁹⁹ Bernal Cuéllar Jaime y Montealegre Lynett Eduardo. *El Proceso Penal Fundamentos Constitucionales del Sistema Acusatorio*. Universidad Externado de Colombia. Quinta Edición. 2004. Pg. 222.

Para que este derecho se haga efectivo, no es necesario que se de inicio a la instrucción fiscal, sino que basta con la imputación que se haga en contra de una persona y que dé origen a la indagación previa.

“El Derecho de Defensa es un derecho fundamental e imprescindible en un debido proceso. Es el derecho subjetivo público individual del imputado de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad; constituye una actividad esencial del proceso, integrando el triángulo formal de la justicia represiva, en cuanto nadie puede ser condenado sin ser oído ni defendido.”¹⁰⁰

En conclusión, el derecho de defensa ampara al procesado desde la etapa preprocesal hasta la sentencia que resuelve la situación del acusado.

Concluiré diciendo, que el derecho a la defensa no puede ser limitado por el órgano jurisdiccional por cuanto constituye un requisito preponderante para la plena validez del proceso.

4.2.12. El Estado de Indefensión.

Situación en la que queda una parte del proceso cuando se le impide el ejercicio de un derecho de naturaleza procesal, anulando o restringiendo, total o parcialmente, sus oportunidades de defensa.

¹⁰⁰ Vélez Mariconde, Alfredo; Derecho Procesal Penal, T.II, Editorial Córdoba, Argentina 1986. Pg. 377.

La indefensión puede dar lugar a la nulidad de lo actuado y es motivo para recurrir las resoluciones judiciales.

Es la situación en que se encuentra quien no ha sido defendido o no se ha defendido, sin culpa por su parte, en un juicio que lo afecta. Esa indefensión vulnera el principio de la inviolabilidad de la defensa, que suele presentar una garantía constitucional.

Esta norma resulta particularmente importante en materia penal, ya que ni siquiera queda librado a la voluntad del imputado el derecho de no defenderse. Si él no designa defensor, el tribunal está obligado a nombrarle uno de oficio.¹⁰¹

“indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción”¹⁰²

Por la naturaleza jurídica el derecho al debido proceso, se lo caracteriza como un derecho fundamental del hombre como ser social, interactuando en

¹⁰¹ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/indefension/indefension.htm>

¹⁰² <http://www.whitmanabogados.com/en-que-consiste-la-indefension/>

el seno de la sociedad como los demás seres sociales, estableciendo relaciones de convivencia social investida de los derechos que lo reconoce y garantiza la Constitución de la República del Ecuador, los Tratados y Convenios Internacionales; y, demás leyes de la República a condición de que se respete el derecho de los demás. El principio de supremacía de la Constitución está garantizado por la Constitución de la República.

El debido proceso contenido en el Capítulo Octavo, Derechos de Protección, consagrado en los artículos 75, 76 y 77; que reconoce a las personas el derecho a la tutela efectiva, a una justicia sin dilaciones; como un derecho fundamental por su gran trascendencia social, para que las personas como seres sociales desenvuelvan su actividad en un ambiente de seguridad y se sientan protegidos por el Estado cuando en sus múltiples interrelaciones sociales tanto con los demás asociados como con los órganos jurisdiccionales encargados de la administración de justicia, surjan controversias por conflicto de intereses o por cualquier otra causa.

4.2.13. Atribuciones de Fiscalía como Sujeto Procesal en el Código Orgánico Integral Penal COIP.

Los sujetos procesales son la esencia misma del sistema procesal penal, pues sin sujetos procesales no hay proceso. Ahí radica precisamente la importancia que tiene el tratamiento de este tema.

En el Ecuador contamos con el sistema acusatorio oral, considerándose a este como la base de nuestro procedimiento penal que permite que los sujetos procesales actúen conforme a lo que determine la ley en cuanto a sus funciones correspondientes y garantizando el principio de igualdad durante el proceso para todos.

Pues, se habla de “el desdoblamiento, de las funciones de perseguir y de juzgar en dos órganos estatales diferentes. El principio acusatorio no sería suficiente para separar los roles persecutorios y decisorios, sino se asegura una efectiva separación entre el Ministerio Público y Poder Judicial, así se mantiene el principio de oficialidad, pero juez y acusador no son la misma persona.”¹⁰³

Esto asegura una distinción y división absoluta de roles de los sujetos procesales, pues ya no pasa como en el sistema inquisitivo por ejemplo, que la misma persona es quien investiga, persigue el delito y además decide sobre los hechos, pues, conforme a las reglas del sistema acusatorio se garantiza los derechos de todos los sujetos procesales.

En base a lo señalado, es preciso indicar que el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador dice: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad

¹⁰³ Bovino Alberto, Principios Políticos del Procedimiento Penal, editorial Del Puerto, Buenos Aires 2005, p. 37

y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

Por tanto, la práctica de los preceptos constitucionales y legales en torno al sistema penal permite el reconocimiento de las pretensiones más justas que pueden tener los sujetos procesales. Sobre esto, la exposición de motivos para la promulgación del Código Orgánico Integral Penal COIP indica: “El sistema penal tiene que llegar al término medio para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social en el combate a la delincuencia.”¹⁰⁴

Es decir, que se cumpla con el deber de perseguir el delito y combatir la impunidad de diversos actos ilícitos pero contemplando siempre las garantías constitucionales del debido proceso y los derechos humanos reconocidos en los Tratados Internacionales.

Binder indica que “dotar de coherencia a este sistema podrá ser útil y hasta loable, pero no tiene el mismo valor frente a la exclusiva tarea limitadora”.¹⁰⁵

En el mismo sentido, para Rusconi “No es posible pensar en un dimensionamiento del derecho penal que, justamente dañe las relaciones sociales y, lejos de pacificar, aumente los niveles de violencia comunitaria. Es por ello, adicionalmente, que el sistema de reglas del derecho penal

¹⁰⁴ http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas_penales/Ensayo8.pdf

¹⁰⁵ Binder Alberto, Introducción al derecho penal, Editorial Ad. Hoc, Buenos Aires 2005, p.71

también debe ser entendido como una limitación del ejercicio del poder estatal al servicio del individuo infractor o imputado de haber cometido la lesión de la norma. El objetivo limitador del poder está, y debe estar presente en la totalidad del sistema”.¹⁰⁶

Para esto y conforme se ha analizado en párrafos anteriores, la Asamblea Nacional considera: “Que el derecho penal adjetivo debe garantizar la existencia de un sistema adversarial, que cuente con fiscales que promuevan el ejercicio de la acción penal dentro de los principios y fundamentos del sistema acusatorio, con defensoras y defensores públicos que patrocinen técnicamente a las personas acusadas de cometer una infracción y a las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos, y con juezas y jueces que dirijan el proceso y sean garantes de los derechos de los participantes procesales...”¹⁰⁷

Por tanto, con la formulación de reglas y delimitación de las funciones de cada sujeto procesal se propende a la eficacia del sistema penal.

En forma concordante el artículo 439 del Código Orgánico Integral Penal establece: “Son sujetos del proceso penal: 1. La persona procesada. 2. La víctima. 3. La Fiscalía. 4. La Defensa”

¹⁰⁶ Rusconi Maximiliano, Derecho Penal. Parte General, Editorial Ad Hoc, 2da Edición, Buenos Aires, 2009, p. 47

¹⁰⁷ http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas_penales/Ensayo8.pdf

4.2.14. Rol de la fiscalía como Sujeto Procesal.

En virtud de éste último artículo citado, me enfocaré al sujeto procesal de la Fiscalía, entendiendo que de acuerdo al artículo 194 de la Constitución de la República “La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derecho y garantías del debido proceso.” En concordancia con el Código Orgánico de la Función Judicial, que indica en el artículo 281: “La Fiscalía General del Estado es un organismo autónomo de la Función Judicial, con autonomía económica, financiera y administrativa. Tiene su sede en la capital de la República.”

Siguiendo la forma desconcentrada, la Fiscalía General del Estado mantiene su estructura orgánica y jerarquía de fiscales que ha seguido en la práctica a las reglas de competencia de los juzgadores, pues al Fiscal o a la Fiscal General del Estado, le compete conocer los delitos de acción pública en los que pudieren estar involucrados funcionarios que gozan de fuero de Corte Nacional de Justicia, a los o a las Fiscales Provinciales les compete conocer los delitos de acción pública en los que pudieren estar involucrados funcionarios con fuero de Corte Provincial de Justicia, y a las y a los Fiscales les compete conocer los casos de delitos de acción pública que tienen fuero común y que el Código Orgánico de la Función Judicial establece en

concordancia con los artículos 402, 403 y 404 del Código Orgánico Integral Penal.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 195 refiere que: “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, 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.”

En países como el nuestro, en el que la misma Constitución de la República indica que somos un Estado Constitucional de derechos y de justicia, el carácter imperioso para aplicar el principio acusatorio con el objeto de garantizar la plena vigencia del debido proceso persiste. La mayoría de analistas del derecho procesal penal y actores involucrados en el sistema judicial penal coinciden en indicar que la modificación más importante introducida en nuestro ordenamiento procesal penal desde el año 2000 es la

de haber puesto en manos de la Fiscalía General del Estado la etapa de instrucción del proceso penal, ya que existe la necesidad de separar las funciones de investigación y las de juzgamiento, pues de lo contrario es incompatible con el sistema acusatorio garantista por el cual ha optado nuestro ordenamiento jurídico.

El Sistema Penal Acusatorio, en la fase pre procesal, busca obtener elementos de convicción suficientes, obtenidos científicamente, para llevar a cabo la acusación y faciliten en la etapa de juicio, sancionar y reprimir debido a la afectación de los bienes jurídicos. Durante todas las fases investigativas se requiere de procesos coordinados entre quienes dirigen y quienes ejecutan los mismos. Las y los investigadores de campo y laboratorio, deben tener conocimientos amplios sobre el desarrollo de una investigación, conocer la aplicación según el tipo de conducta punible que se investiga, siendo importante también la coordinación con la o el fiscal a cargo del caso en procura de obtener resultados que aporten a la resolución de lo investigado.

El Código Orgánico Integral Penal COIP establece dentro del Título IV de la prueba la finalidad, los principios y las diferentes actuaciones y técnicas especiales de investigación, para las cuales es necesario cumplirlas con absoluta diligencia.

Es preciso indicar que la eficacia de la investigación criminal también va de acuerdo al grado de colaboración que las y los ciudadanos presten a las instituciones responsables de conducirlas, este aporte surge en un primer caso de la víctima cuando acude a la Fiscalía a denunciar el hecho criminal, o de las y los testigos quienes presentan su testimonio para probar la responsabilidad penal de las y los procesados. El grado de colaboración que las y los ciudadanos presten a las y los policías, fiscales, y juezas y jueces, está asociado al nivel de legitimidad y credibilidad del proceso penal en concreto.

4.2.15. El Tribunal de Garantías Penales.

El Código Orgánico de la Función Judicial ecuatoriano determina que:

Art. 220.- Tribunales de garantías penales.- En cada provincia habrá el número de juzgadores que determine el Consejo de la Judicatura para que integren los Tribunales de Garantías Penales. Las o los juzgadores serán competentes para conocer y resolver los procesos penales que se les asigne.

El Consejo de la Judicatura deberá determinar la localidad de la residencia y de la circunscripción territorial en la que ejercen competencia los Tribunales. En caso de no establecerlo, se entenderá que es provincial.¹⁰⁸

Art. 221.- COMPETENCIA.- Los Tribunales Penales son competentes para:

¹⁰⁸ Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador. 2015

1. Sustanciar la etapa de juicio y dictar sentencia en todos los procesos de ejercicio público de la acción, cualquiera que sea la pena prevista para el delito que se juzga, exceptuándose los casos de fuero y aquellos que deban tramitarse por el procedimiento directo, o los que determine la ley.
2. Sustanciar y resolver el procedimiento penal abreviado, cuando les sea propuesto; y,
3. Realizar los demás actos procesales previstos en la ley.¹⁰⁹

Art. 222.- Asignación de causas.- Para el conocimiento de cada causa, el Consejo de la Judicatura deberá establecer el sistema de sorteo, mediante el cual se determine las o los tres juzgadores que conformarán el Tribunal; de igual forma, por sorteo se seleccionará a la o al juez ponente quien presidirá el Tribunal y será competente para conocer las acciones por daños y perjuicios y demás atribuciones que establezca la Ley.¹¹⁰

Art. 223.- Reemplazo de miembros del Tribunal.- En caso de ausencia u otro impedimento de las o los juzgadores que conforman el Tribunal, su reemplazo será mediante sorteo entre las o los juzgadores designados por el Consejo de la Judicatura, para conformar los Tribunales de Garantías Penales.

Cuando no se cuente con el número suficiente de juzgadores para integrar el Tribunal de Garantías Penales, se determinará su reemplazo, mediante

¹⁰⁹ Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador. 2015

¹¹⁰ Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador. 2015

sorteo entre los miembros que conforman el respectivo banco de elegibles, conforme con el Sistema establecido por el Consejo de la Judicatura.¹¹¹

4.2.16. La Abstención Fiscal.

Claux Roxin define el principio de oportunidad como “aquél mediante el cual se autoriza al fiscal a votar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo - es archivando el proceso cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado con gran probabilidad, ha cometido un delito.”¹¹²

Según Pedro Miguel Angulo Arana el principio de oportunidad consiste en “la facultad que tiene el Ministerio Público como titular de la acción penal pública, de abstenerse de su ejercicio, o de solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa habiendo elementos probatorios de la perpetración del delito y acreditada la vinculación con el imputado, quien acepta su culpabilidad y está de acuerdo”. El principio en su esencia busca eliminar la iniciación de la acusación penal.¹¹³

Del texto del Art. 412 del Código Orgánico Integral Penal, se desprende lo siguiente:

- a)** Este artículo le faculta a la o al fiscal, esto es queda a su ilustrado y ponderado criterio abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

¹¹¹ Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador. 2015

¹¹² Roxin, 2000

¹¹³ Angulo, 2002

1. Que el hecho constitutivo del presunto delito no comprometa gravemente el interés público;
 2. Que el hecho constitutivo del presunto delito, no implique vulneración a los intereses del Estado; y,
 3. Que el hecho constitutivo del presunto delito, tenga una pena máxima de hasta cinco años de prisión
- b)** La o el fiscal debe tener muy en cuenta al aplicar el principio de oportunidad, utilizar la discrecionalidad (bien entendida) para la procedencia del principio antes mencionado, además debe tener en consideración que éste procede, en los siguientes delitos:
1. Donde por sus circunstancias, el infractor sufriera un daño físico grave, que le imposibilite llevar una vida normal (delito culposo); y,
 2. Cuando se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad de hasta cinco años (delito doloso).
- c)** No es procedente la aplicación del principio de oportunidad por parte de la o del fiscal, cuando se trate de los delitos señalados en el Art. 412.1 parte final e inciso final de dicha disposición legal.

4.2.17. El principio de oportunidad en la Legislación Nacional.

“El principio de oportunidad, mediación y conciliación... siendo conceptos que pertenecen a una visión global del problema de la reacción social, constitucional y legal de las agencias oficiales del Estado, ante aquellas manifestaciones problemáticas -delito y delincuencia-; es menos cierto que

la Política Criminal del Estado, como acepción general no ha de confundirse con los mecanismos y/o métodos que la pueden llegar a materializar. En efecto, un asunto es lo que significa una seria Política Criminal del Estado, tanto en su sentido amplio, histórico y político como en la estricta y práctica significación; y cosa igualmente distinta es la adecuación metódica y/o epistemológica que acerquen a dicha concepción general con su realización práctica. Ello es, se ha de distinguir entre el concepto general y su particular implementación. Por tanto, política Criminal de Estado, principio de Oportunidad y justicia restaurativa, la mediación y la conciliación no son conceptos similares, sino sustancialmente disimiles en sus significados; pero si complementados de forma o manera práctica.”¹¹⁴

Es necesario hacer referencia que en la legislación penal ecuatoriana, existen figuras jurídicas que son de trascendental importancia en la solución de los conflictos penales; para ello en el Código Orgánico Integral Penal, regula desde el punto de vista técnico jurídico los mecanismos de soluciones rápidas tales como la conciliación, medicación y fundamentalmente el principio de oportunidad, que consiste en que la institución titular del ejercicio de la acción pública, esta es la Fiscalía General del Estado, tiene la facultad en base a este último principio de abstenerse de iniciar una investigación o desistir de la ya iniciada, a pesar de la existencia de la infracción, siempre que se cumplan los requisitos que están determinados expresamente en la ley; lo cual significa que el Derecho Procesal Penal que permite la

¹¹⁴ Villanueva, 2011, pág. 505.

realización de la justicia penal, tiene que ser eficaz a fin de garantizar la tutela judicial efectiva del ofendido y procesado, así como el principio de celeridad, es decir que los conflictos de carácter penal deben ser resueltos lo más pronto posible, en un tiempo razonable, garantizado de esta forma una justicia oportuna y que permita consolidar la paz social.

La política criminal según la definición hecha por la Corte Constitucional en sentencia es: *“El conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”*.¹¹⁵

Así como también, el tratadista Jaime Granados dice: *“de ningún modo puede ser el producto intelectual de un solo organismo público sino que es indispensable la concurrencia de la inteligencia colectiva del resto de los organismos y funcionarios del Estado nacional”*.¹¹⁶

El tratadista José Fernando Mestre Ordoñez, al hacer referencia a la función que tiene la Fiscalía General de la Nación, de la República de Colombia, expresa que ha sido desviada de su función principal; si bien es cierto que la Institución antes referida en todos los países del mundo donde está vigente el sistema acusatorio oral, es la encargada de la investigación de los delitos

¹¹⁵ C-646 de 2001.

¹¹⁶ (Mestre, 2011, pág.21).

de ejercicio de la acción penal, aspecto que lo debe llevar a cabo de manera objetiva, es decir buscando elementos de convicción de cargo y de descargo, con la finalidad de descubrir la verdad de un hecho histórico llamado delito; pero es importante recalcar que a más de la función específica expresada anteriormente, también tiene la potestad constitucional y legal de buscar los mecanismos adecuados para facilitar y hacer más efectiva la labor encomendada a la indicada Institución. *“La Fiscalía General de la Nación tiene una serie de funciones procesales que han tomado un protagonismo exagerado y han desviado la atención frente a su principal función, que es la que le otorga la esencia y naturaleza a la institución: la ejecución de la política criminal. En el marco de esas funciones procesales, a la Fiscalía le corresponde asumir la posición de parte acusadora en los procesos penales, y con el fin de facilitar y hacer más efectiva su función procesal, en algunos sistemas se le han otorgado funciones de carácter judicial”*¹¹⁷

“La oportunidad para conducción del proceso penal, constituye parte esencial de la autonomía del fiscal; este, al carecer de potestad pública –que corresponde al juez-, al ejercer la representación del Estado en la causa penal, no cuenta con las facultades que le permitan el ejercicio de su responsabilidad para conducirla; es quien debe cumplir con la norma, especialmente procesal, para así adoptar medidas de distinto orden, que son propias de la naturaleza de la causa en función de su propia iniciativa; tanto es así que al elaboración de la prueba, la determinación de los indicios que

¹¹⁷ Mestre, 2011, pág. 60.

reproducen el hecho incriminado, lleva a consideración del órgano judicial las medidas que puede comprometer el debido proceso, en cuyo caso es indudable que la legalidad tiene cabida, porque el juez asume la responsabilidad de control jurídico de las medidas que en cada sentido cumple el fiscal.”¹¹⁸

Consecuentemente se considera que el principio de oportunidad es un mecanismo de solución de un conflicto de carácter penal, que no tiene ningún interés público ni del Estado, es decir que es de poca incidencia social y que le corresponde al fiscal aplicar el principio antes mencionado, cuidando siempre que no se afecte el debido proceso ni se violen los procedimientos legales para su efectivización. Personalmente considero que el principio de oportunidad en ningún caso debe ser genérico o discrecional, por el contrario el legislador debe dictar las normas jurídicas adecuadas para que solo proceda en los casos que expresamente determine la ley, a fin de no afectar de manera abierta el principio de legalidad, ya que de lo contrario no se garantizaría la seguridad jurídica, que es la parte esencial del conglomerado social por cuanto las leyes deben ser claras, sin contradicciones para que cada uno de los derechos de las personas sean concedidos o negados en igualdad de condiciones.

Es preciso considerar que el principio de oportunidad es aplicable en Ecuador, tomando en cuenta que se encuentra vigente una democracia que en los últimos siete años busca consolidarse, sin dejar de manifestar que en

¹¹⁸ Bucheli, 2009, pág.201.

décadas anteriores esta democracia se ha caracterizado por ser muy débil y que como consecuencia de ello los Presidentes de la República no han podido cumplir sus periodos para los cuales los eligió el pueblo, siendo depuestos de sus funciones por intereses de grupos de poder, tanto de índole económico, político o social. De allí la necesidad de buscar nuevas figuras jurídicas en la administración de justicia en materia penal, que es la encargada de garantizar la paz social, que permitan fortalecer la democracia en el país, siendo necesario para ello también dictar políticas de Estado, basadas esencialmente en la Política Criminal. Por ello es necesario hacer referencia a lo que manifiesta Javier Villanueva en su libro “El Principio de oportunidad” que expresamente dice: *“Por todo creemos que el principio de oportunidad ha de reputarse de sociedades con claros, precisos, consolidados, pero débiles perfiles democráticos, que el Estado tendrá y tiene inevitablemente que defender; para lo cual, ha de recurrir a todos los mecanismos que se adecuen a esas concretas y coyunturales exigencias. El principio de oportunidad es uno de ellos. Dicho principio, no tendrá cabida como excepción (vía negativa) a la legalidad instituida, en Estados, sociedades y democracias, ni abiertamente consolidadas (no débiles), ni en donde los conflictos sociales sean inexistentes y fuertes; y mucho menos en determinados conglomerados sociales en donde la aplicación de la ley sea un fin en sí mismo (culto a la ley)”*.¹¹⁹

El principio de oportunidad constituye una nueva figura jurídica en el Derecho Procesal Penal ecuatoriano; dice el tratadista Gustavo Vitale que:

¹¹⁹ Villanueva, 2011, pág.29.

*“Este principio ha sido arduamente proclamado como necesario para eliminar la hipocresía de un sistema penal que suele afirmar - engañosamente- que sirve para investigar y eventualmente penalizar todos los delitos que se cometen dentro de nuestra sociedad. Como consecuencia de haberse desenmascarado la realidad funcional selectiva de nuestro sistema penal, el nuevo instituto viene a posibilitar una mínima cuota de racionalidad en la programación de su actividad cotidiana”.*¹²⁰

Por lo antedicho, se puede ver que la aplicación correcta del principio de oportunidad en la legislación nacional permite una administración de justicia más eficaz, justa y disminuirá de manera significativa la carga laboral de los administradores y operadores de justicia penal, que consta en el artículo 195 de la Constitución de la República, cuando se hace referencia a la función o atribución específica que tiene la Fiscalía General del Estado en la administración de justicia penal y así en forma expresa manifiesta: *“la Fiscalía dirigirá de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, 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.”*

¹²⁰ Vitale, 2004, pág. 35.

Para el tratadista Mestre, dice que: *“el principio de oportunidad actúa contra el garantismo y no es un elemento propio del sistema acusatorio. Si bien hay coincidencias con gran parte de la propuesta jurídica garantista de este importante autor, en ocasiones se aleja de la fertilidad de la realidad y permanece en el terreno árido y complejo de las ideas y de una dogmática anacrónica, lo cual lo lleva, por ejemplo, a evadir el tema de la protección a las víctimas que, como se ha dicho, completamente el garantismo en el Estado Social de Derecho y lo conduce a olvidar que el derecho penal, el procesal penal y la Fiscalía tienen unas finalidades mucho más amplias en este modelo de Estado y que desbordan la arrogante y permanente medida al apego de la estricta legalidad”*.¹²¹

Entonces el principio de oportunidad surge en contraposición con el principio de legalidad, consecuentemente deja desprotegida a la víctima, sin preocuparse de sus garantías mínimas determinadas en la Constitución de la República y la ley; pero es necesario manifestar que este principio de oportunidad solo puede ser aplicado en delitos menores, cumpliéndose los requisitos y condiciones que dispone la ley e incluso el ofendido tiene derecho a que se le reparen sus daños y perjuicios, que comprenden al daño material, y el daño moral que tiene relación con el daño inmaterial, que como tal no es fácilmente cuantificable y es por eso que las legislaciones de otros países, respecto del daño moral han fijado una cantidad de dinero con un tope máximo, considerando que esta reparación no es de carácter

¹²¹ Mestre, 2001, pág. 96.

económico, por lo que se aplican mecanismos jurídicos tales como el hecho de pedir disculpas públicamente al ofendido o que se le haga un reconocimiento significativo considerando su personalidad.

El tratadista José Fernando Mestre Ordóñez en su obra “La Discrecionalidad para Acusar” al referirse al principio de oportunidad manifiesta: *“siendo la acusación un acto político de iniciación procesal, pueden equipararse- guardando distancia por diferencia esenciales- la acusación a la demanda y la Fiscalía al demandante. En consecuencia la Fiscalía General de la Nación, como cualquier demandante especialmente si está investida de calidades administrativas, diferentes a las judiciales y si su función es de naturaleza política para la consecución dinámica para los fines del estado-, debe tener un grado de discrecionalidad para formular su pretensión ante la jurisdicción e incluso para adelantar la investigación o no, obviamente, el margen de libertad de la decisión será mucho más reducido que el de un particular que debe observar únicamente su interés privado. Debe haber un rango, pero siempre en observancia del interés público. En materia penal, esta discrecionalidad política para acusar o perseguir el delito ha sido llamada por la doctrina especializada “principio de oportunidad” y se opone- según la misma doctrina- al principio de obligatoriedad o de necesidad”*.¹²²

Por lo manifestado anteriormente es necesario decir que la Fiscalía General del Estado en Ecuador, es la institución pública que por disposición de la

¹²² Mestre, 2011, Pág. 92.

Constitución de la República y de la ley, es la titular del ejercicio de la acción penal pública, es decir que por norma general tiene la facultad de iniciar una investigación, tan pronto tenga conocimiento de la noticia del delito (denuncia, parte policial, parte informativo, orden de autoridad superior, orden de un juez de lo civil en casos de prejudicialidad o cualquier otra forma que llegue a conocimiento del fiscal), en estricta aplicación del principio de legalidad, es decir si se cometió un delito del ejercicio de la acción pública, se debe iniciar una investigación previa o la respectiva instrucción por parte del fiscal asignado a esa causa; pero de manera excepcional la Fiscalía General del Estado, a través de sus fiscales tiene la facultad de no iniciar la investigación a pesar de tratarse de un delito del ejercicio de la función pública o de desistir de la ya iniciada, todo esto en base a lo que la ley dispone en estricta aplicación del principio de oportunidad. Pero es necesario analizar sobre la aplicación del principio de oportunidad, desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal y en este caso permite solucionar un problema jurídico de carácter penal de manera rápida y oportuna, pero solo respecto de delitos que no ocasionen alarma social, ni afecten el interés público ni del Estado; su aplicación permite descongestionar el trabajo en la Función Judicial y Fiscalía General del Estado, permitiendo que los fiscales se dediquen a investigar sobre hechos graves, que afecten a bienes jurídicos protegidos que son importantes para la víctima y que consecuentemente afectan al interés público o del Estado, dejando de lado los delitos menores que no tienen trascendencia social y que por ende deben ser conciliadas mediante la efectivización del principio de oportunidad.

*“De un modo concreto, el principio de oportunidad adquiere primacía es cuando el fiscal (e incluso el juez, según el sistema procesal) decide trasladar o devolver el conflicto a sus protagonistas al decretar la mediación penal, confiriendo sentido trascendente a la justicia restaurativa y a la convivencia pacífica a satisfacción de todos: víctima, victimario y la propia sociedad. Entonces, el principio de oportunidad amplifica su estructura y propósitos sobre la base de las necesidades de la persona humana para no dilatar hasta tiempos inconcebibles, generando gastos igualmente inconcebibles, a la justicia.”*¹²³

Según lo dicho por el tratadista Elías Neuman, el principio de oportunidad adquiere relevancia y cuando el fiscal o el juez, en los casos concretamente establecidos por la legislación ecuatoriana, deciden “devolver” el caso a los sujetos procesales con la finalidad de que a través de las soluciones alternativas de conflictos de carácter penal, puedan solucionarse previamente en los casos establecidos por la ley, lo que generara una solución pacífica del conflicto; además de que resulta sumamente ventajoso para descongestionar el sistema de administración de justicia penal en el país.

El legislador vio la necesidad de dictar una nueva legislación penal, considerando el avance de la ciencia jurídica, la tecnología y los nuevos conflictos existentes en la sociedad en pleno siglo XXI y una de las

¹²³Neuman Elías, 2005, pág.104.

instituciones jurídicas relevantes es precisamente el principio de oportunidad, que se encuentra regulada en el artículo 412 del Código Orgánico Integral Penal de manera expresa manifiesta: “Art. 412.- Principio de oportunidad.- la o el Fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o de desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos: Cuando se trate de una infracción sancionada con pena privativa de la libertad de hasta cinco años, con excepción de las infracciones que comprometen gravemente al interés público no vulnere a los intereses del Estado.

En aquellas infracciones culposas en las que investigado o el procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal.

La o el fiscal no podrá abstenerse de iniciar la investigación penal en los casos de delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delincuencia organizada, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos de odio, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y delitos contra la estructura del Estado Constitucional de derechos y justicia.”

De la disposición legal anteriormente transcrita, se desprende que la aplicación del principio de oportunidad en nuestra legislación, es eminentemente reglada, es decir que solo procede su aplicación en los casos que de manera expresa dispone la ley y que es facultad exclusiva del fiscal.

Es así que el tratadista Claus Roxin en su obra “Derecho Procesal Penal” al hacer referencia a este principio manifiesta: *“Su antítesis teórica (la antítesis de la “necesidad”) está constituida por el principio de oportunidad, que autoriza a la Fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible”*.¹²⁴

De la definición del tratadista Roxin, se llega a comprender de manera clara y precisa lo que realmente constituye el principio de oportunidad, donde se le atribuye a la Fiscalía General del Estado, al referirse a Ecuador, la exclusiva facultad para decidir desistir de la investigación o abstenerse de iniciar la misma, pero que según nuestra legislación será un juez de garantías penales el que luego de la audiencia oral, pública y contradictoria a petición del fiscal acepte la aplicación del principio de oportunidad, si se cumplen las condiciones y requisitos de orden legal, caso contrario tiene la competencia de negar la petición hecha por el fiscal y ordenar que se prosiga con la correspondiente investigación.

Algunos tratadistas coinciden que los fiscales pueden caer en la arbitrariedad, tanto en los casos en los que decidan acusar o en los que se abstengan de hacerlo por razones de oportunidad. Es por eso que Mestre al respecto manifiesta: *“Teniendo en cuenta que la función de la Fiscalía se*

¹²⁴ Roxin, 2000, Pág. 89.

materializa iniciando procesos judiciales (principalmente entre otras posibilidades), si y para tomar esta decisión el ente acusador atiende a criterios políticos, la conclusión obvia es que la justicia estaría siendo politizada. Así mismo, si se define a la justicia o a la jurisdicción como un instrumento para alcanzar firmas políticas, se estaría frente a la judicialización de la política. Debe advertirse entonces que, planteado de esta forma, esto no constituye un riesgo, sino una ventaja.”¹²⁵

Por lo anteriormente analizado se concluye que el principio de oportunidad no es más que un tratado irresponsable de las políticas criminales que debe adoptar el Estado, a la administración de justicia penal; pero que sin embargo de lo cual, se considera que es un mecanismo jurídico adecuado que descongestiona todo el aparato jurídico relacionado con la justicia penal, que genera una serie de ventajas como una economía procesal, una adecuada ejecución de las políticas criminales, la búsqueda de los verdaderos fines del Estado, porque los operadores de justicia no pueden estar preocupados de delitos de bagatela, sino de los delitos que alteran la paz social.

Entonces, el principio de oportunidad debe ser reglado, es decir, regulado de manera expresa por la ley con las causales muy bien determinadas, a fin de que el fiscal cumpla con su función de manera adecuada y transparente, y así evitar actos de corrupción que puede afectar en la correcta

¹²⁵ Mestre, 2011, pág. 110.

administración de justicia en materia penal. Al respecto el tratadista José Mestre dice: *“La consagración de causales taxativas para poder acudir al principio de oportunidad permite que haya un poco más de seguridad jurídica y, sobre todo, de igual ideal en la aplicación de la ley, pero los criterios son un poco más objetivos. Sin embargo, el funcionario de la Fiscalía, al encontrarse frente a una causal puede decidir discrecionalmente si acusa o se abstiene, por lo que aún existe un riesgo de desigualdad. Para estos efectos, el Fiscal General, como cabeza del ente acusador, debe generar instrumentos generados a modo de circulación de política criminal de segundo nivel, para complementar los criterios por lo cuanto se debe guiar a los diferentes funcionarios al interior de la Fiscalía”*.¹²⁶

En Ecuador el principio de oportunidad se lo puede aplicar solo en dos casos concretos, mismos que se encuentran expresamente determinados en el Código Orgánico Integral Penal, pero para evitar algún riesgo de desigualdad en su aplicación, es necesario que la Fiscalía General del Estado dicte ciertas directrices que permitan a cada uno de los fiscales tener actuaciones uniformes.

Pero también es necesario manifestar que le corresponde a la Corte Nacional de Justicia, dictar resoluciones que sirvan como precedentes jurisprudenciales para una mejor aplicación del principio de oportunidad.

¹²⁶ Mestre, 2011, pág. 123.

El tratadista Javier Villanueva en su obra “El Principio de Oportunidad” expresa su criterio respecto de la aplicación de este principio y así manifiesta: *“...en este aspecto, no creemos que fuese conveniente que se estableciera como condición o requisito a cumplir para el periodo de prueba, sino, que, hubiese sido requisito determinante para obtener el beneficio en la aplicación de dicho principio. Ya que de igual manera, consideramos que por tratarse de una clara excepción frente a la aplicación de la ley penal sustantiva, entonces se deberán establecer medios idóneos que garanticen a las víctimas, que sus derechos no van a resultar burlados ni burlados. Y una manera de lograr ello es precisamente, que establezcan requisitos para que el victimario tenga dicho legal beneficio, la directa reparación a la víctima o víctimas. Empero considerando lo que está plasmado en la ley somos del criterio que, en la eventualidad de que el victimario no responda, además de revocarse dicho beneficio, será el Estado quien asuma de forma directa el cumplimiento del respeto a los derechos fundamentales de la víctima o víctimas, a efecto le sean reparados los derechos en mención.”*¹²⁷

En la legislación ecuatoriana, se hace referencia a la reparación integral de la víctima, y ha sido elevado este derecho a la categoría constitucional que se encuentra protegido de manera expresa por el artículo 78 de la Constitución de la República y para su efectivización se prevé que deben adoptarse mecanismos adecuados para lograr tal propósito. En otras legislaciones de los demás países miembros de la comunidad mundial,

¹²⁷ Villanueva, 2011, pág.54.

fundamentalmente en los países europeos, la reparación integral en primer término debe pagarla el sujeto activo del delito, y cuando ello no ocurre, esa obligación se transfiere directamente al Estado, que es el ente jurídico que tiene la obligación de garantizar todos los derechos fundamentales de las y los ciudadanos.

El inciso cuarto del artículo 413 del Código Orgánico Integral Penal de manera expresa dispone: “La extinción del ejercicio de la acción penal por los motivos previstos en este artículo, no perjudica, limita ni excluye el derecho de la víctima para perseguir por la vía civil, el reconocimiento y la reparación integral de los prejuicios derivados del acto.” Esta disposición legal hace referencia a la reparación integral de la víctima en los casos en los que el fiscal decida aplicar el principio de oportunidad, pero que está orientado únicamente a que lo haga el sujeto activo del delito, sin hacer referencia a que esta obligación se extienda al Estado, por lo que se hace necesario ampliar dicha norma jurídica y se regule de manera clara y precisa, que en el caso de no hacer la reparación integral el victimario, lo haga el Estado como el protector de los derechos fundamentales de las personas que han sido víctimas de la comisión de un delito.

El sistema acusatorio oral, consiste en que todos los trámites en materia penal deben ser resueltos en audiencias orales, públicas y contradictorias, y es por eso que al hacer referencia a la aplicación del principio de oportunidad, el artículo 413 del Código Orgánico Integral Penal establece: “A

pedido de la o el fiscal, la o el juez convocará a una audiencia en la que las partes deberán demostrar que el caso cumple con los requisitos legales exigidos. La víctima será notificada para que asista a esta audiencia.

Su presencia no será obligatoria. En caso de que la o el juzgador no esté de acuerdo con la apreciación de la o el fiscal o constate que no se cumplen con los requisitos, enviará dentro de los tres días siguientes a la o al fiscal superior, para que ratifique o revoque dicha decisión en el plazo de diez días contados desde la recepción del expediente.

Si se revoca la decisión, no podrá solicitar nuevamente la aplicación del principio de oportunidad y el caso pasara a conocimiento de otro fiscal, para que inicie la investigación o, en su caso, continúe con su tramitación. Si se ratifica la decisión, se remitirá lo actuado a la o al juzgador para que se declare la extinción del ejercicio de la acción penal.”

En Ecuador el principio de oportunidad se aplica concretamente en dos casos: en los delitos sancionados con una pena de hasta cinco años con la pena privativa de la libertad; y, en los delitos culposos en donde el infractor sufre un daño físico grave como consecuencia de la comisión del delito. Sin embargo, es necesario manifestar que en otros países existe una gama amplia de casos, en que procede la aplicación del principio de oportunidad, entre las más relevantes podemos anotar las siguientes: En delitos cuya pena máxima no sobrepase los cinco años, con la condición de que se debe

repara de manera integral a la víctima, es decir que es aplicable para delitos menores que no alteran la paz social y en la condición de que se supere los daños ocasionados a la víctima.

Cuando el procesado o investigado colabora para evitar que se continúe cometiendo el delito o que si actitud de colaboración permita desarticular la banda de delitos internacionales o de delincuencia organizada. Cuando el procesado fuere entregado en extradición a causa de la misma conducta punible, ya sea en otro Estado, o a la Corte Penal Internacional. Cuando la persecución penal del delito cometido por el procesado o investigado, dificulte o imposibilite a la Fiscalía orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor trascendencia para la sociedad, cometidos por el mismo o por otras personas.

Dice el tratadista Granados, en el prólogo de la obra "La Discrecionalidad para Acusar", que: *"Repárese a este respecto que la idea central no es otra distinta que la de ofrecer a la Fiscalía General de la Nación, la posibilidad de ejercer un proceso de selectividad, no caprichosa ni arbitraria, sino de medio a fin, a partir de la consecuente estratificación de la mayor o menor relevancia o trascendencia para la sociedad, de un delito, y en holocausto al reconocimiento humilde de la incapacidad de nuestras sociedades contemporáneas de realizar el ideal maximista, o mejor aún, de prima ratio*

*del derecho penal, como con alguna ironía refiere Ferrajoli al hablar de la quimera panjudicialista.*¹²⁸

De lo analizado se llega a concluir que el principio de oportunidad, constituye una de las figuras jurídicas con mucha relevancia para la administración de justicia en materia penal; pues el fiscal que es el titular del ejercicio de la acción pública, tiene una responsabilidad frente a la sociedad, porque de la acusación o no que haga en una determinada investigación dependerá que los jueces competentes actúen en cada uno de los casos concretos puestos a su conocimiento y resolución, tomando en cuenta que la legislación procesal penal se basa en el principio “si no hay acusación fiscal no hay juicio”; de esta idea jurídica máxima se delimita de manera clara las funciones y atribuciones del fiscal y las competencias de los jueces y tribunales encargados de administrar justicia. Le corresponde al fiscal pedirle al juez de garantías penales la aplicación del principio de oportunidad y para ello su solicitud debe ser solo en los casos en que expresamente le faculta la ley, para evitar confrontar con el juzgador que es la autoridad jurisdiccional con capacidad jurídica de aceptar o no lo solicitado por el fiscal; de ser negativa la respuesta la ley prevé que el caso sub lite, se eleve en consulta al fiscal superior, lo cual de alguna manera garantiza la legítima aplicación del principio de oportunidad y la seguridad jurídica. *“La aplicación del principio de oportunidad, si bien se contrapone al principio de legalidad, permite que los pueblos vivan en armonía y no se altere la paz social”.*

¹²⁸ Mestre, 2011, pág. 25.

4.2.18. La prueba y la sentencia en el derecho penal.

LA PRUEBA:

En nuestro sistema procesal se han establecido ciertos parámetros para llegar a un fin, que no puede ser otro que la verdad, la misma que deberá ser establecida en base a pruebas actuadas dentro de todo proceso. Esto no solamente en materia penal, sino en todas las ramas del derecho. La importancia de la prueba dentro cualquier proceso es considerado como trascendental, ya que de ella dependerá el resultado del mismo. Podemos comenzar este punto precisando que la prueba consiste en una actividad procesal dirigida a alcanzar la certeza judicial de ciertos elementos para decidir un litigio sometido a proceso. La prueba no es el hecho mismo que se investiga. Una cosa es la prueba y otra el hecho conocido. La prueba es la reactualización, es la representación de un hecho. A medida que el Juez va observando el estado de las cosas o la conducta de las personas, esto con la reunión de elementos probatorios que irán formando su criterio hasta quedar convencido de la existencia del delito y la responsabilidad del autor. Uno de los conceptos más meticulosos es el dado por Eduardo M. Jauchen quien establece en su obra "El tratado de la prueba en materia Penal" que: *"El vocablo prueba tiene varias acepciones incluso dentro del mismo Derecho Procesal. Se utiliza como "medio de prueba" para indicar los diversos elementos de juicio con los que cuenta en definitiva el magistrado para resolver la causa, hayan sido éstos introducidos al juicio oficiosamente o por producción de parte. Se denomina con el término también a la "acción de probar" como aquella actividad que deben desplegar las partes y a*

menudo el mismo órgano jurisdiccional, tendiente a acreditar la existencia de los hechos que afirman y sobre los cuales sustentan sus pretensiones, o bien en cumplimiento de obligaciones funcionales como serán las de investigación integral en el proceso penal referente al imperativo de búsqueda de la verdad real y al que están impelidos el órgano requirente y el decisor. Con el vocablo se denomina además lo “probado”, para indicar el fenómeno psicológico o estado de conocimiento producido en el juez por los distintos elementos producidos por el proceso.”

Pietro Elliero dice en su obra “De la certidumbre de los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal”: *“llámense pruebas aquellas circunstancias sometidas a los sentidos del juez y las cuales pones de manifiesto el contenido del juicio; en otros términos, las pruebas bien a ser los atestado de personas o de cosas acerca de la existencia de un hecho. Ahora bien; así como las atestaciones y testimonios son más o menos veraces, explícitos y seguros, así las pruebas son más o menos válidas; de ahí la necesidad de añadir una palabra, que parece un pleonasma, a aquellas pruebas que demuestran el hecho de una manera plena, llamándolas pruebas perfectas.”*. Es decir que como ya dijimos, la prueba se convierte en un acto cuyo fin está dirigido a convencer al juez de una verdad, la verdad de quien la actúa, pero ¿cómo establecer cuáles son las pruebas perfectas?, o que su acto probatorio certifica plenamente la verdad que se quiere demostrar.

Es necesario que entendamos que las pruebas deben mantener ciertos parámetros para que sean tomadas en cuenta durante juicio, por ejemplo

Graicy Sierra Ospina, en su obra “El sistema acusatorio y la prueba”, indica que: *“cualquiera que sea el alcance que se le de, ha de orientarse a establecer relaciones entre lo ocurrido, lo aducido y pretendido, para crear en quien ha de decidir, el convencimiento de aquello que se pretende probar.”* Esto nos dice que serán las partes, conforme a las normas sustanciales y procesales, quienes deben hacer uso de todas las destrezas, capacidades y medios para aportarlas al proceso y conseguir el objetivo probatorio pretendido.

La prueba jurídicamente puede ser entendida según lo describe Gustavo Humberto Rodríguez como *“acción de probar esto es, como la producción de elementos de convicción, como la actividad procesal encaminada a obtener determinadas piezas judiciales dentro del proceso de verificación o representación de los hechos materia del debate. Es así como se dice, en un momento dado, que el proceso está en periodo de prueba.”*

Piero Calamndrei, afirmaba que *“...cuando en el proceso se habla de prueba, se hace siempre referencia a una prueba histórica, no a una prueba lógica o dialéctica, como la que ofrece el matemático “probando” un teorema: la prueba en sentido jurídico se dirige a suscitar en la mente del juzgador una imagen, una representación de la existencia o del modo de ser de los hechos concretos, esto es, de sucesos singulares de la vida que han tenido existencia en el tiempo y en el espacio, bien en el mundo externo de los sentidos, bien en el interior del espíritu”.*

Después de haber explicado en que consiste la prueba, y la importancia de esta dentro de un proceso, señalemos que pueden existir dos tipos de prueba:

La prueba lícita

Al indicar que la actuación de la prueba es trascendental dentro de un proceso, es innegable señalar que para que esta tenga plena validez jurídica deberá ser recabada de manera que no viole ningún precepto legal. Nuestro marco jurídico ha sabido acertadamente establecer los parámetros que deben regir a la actuación y adquisición de la prueba, así tenemos que dentro de la Constitución en el artículo 76 que habla del debido proceso, literal 4 dice: *“Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”*. De esta manera se salvaguarda la manera legítima de conseguir una prueba. Así mismo el Código de Procedimiento Penal en el artículo 80 dice: *“Toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.”*

El natural estado de inocencia del que goza toda persona trae aparejada la exigencia de que para que se pueda originar en su contra un proceso deban existir ciertos elementos probatorio que conmuevan esa posición, para que esto se lleve a cabo se debe contar con elementos que estén dirigidos a demostrar su responsabilidad. Estos elementos son las pruebas, las mismas

que deben ser obtenidas de manera lícita y apegadas a ley, Por tanto prueba lícita será la obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico.

La prueba ilícita

Como se dijo sobre el concepto de la prueba, esta debe cumplir con ciertos marcos establecidos por la Constitución y la Ley, esto para salvaguardar la obtención de pruebas que en un momento dado sirvan para culminar el proceso en contra de cualquier individuo. La Prueba ilícita como hemos visto preliminarmente tiene una apreciación jurídica evidente, es inadmisibles la prueba que provenga de una violación de derechos y garantías del ciudadano, tanto es así, que si solo se puede obtener o conocer la verdad torturando o coaccionando moralmente a una persona, el Estado renunciaría a conocer esa verdad, la razón más que simple es obvia, un Estado que consagre seguridad jurídica y debido proceso en su Constitución no puede valerse de medios ilegales e ilegítimos para condenar, dígame violación al secreto de correspondencia o trasgresión al derecho a la integridad física de las personas, o que para obtener pruebas incriminatorias sobre un imputado se viole su derecho a la intimidad, o su derecho a la inviolabilidad de domicilio por citar algunos casos posibles.

La terminología que se viene utilizando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia bastante de ser uniforme. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba

inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular o incluso de prueba clandestina.

En si se trata de terminología, nada más, ni nada menos y en eso es muy difícil, - por no decir imposible- que todos acuerden, pero tratando de dar una explicación se tendrá que tomar en cuenta que los nombres y calificativos a este tipo de prueba, la prueba ilícita propiamente dicha, encuentran su fundamento y tienen su explicación ante la variedad de circunstancias que comportan a la prueba ilícita, pues existen pruebas que son marcadamente lícitas, pero su obtención es consecuencia de mecanismos ilícitos, habrá otras veces en cambiopruebas absolutamente ilícitas y serán enteramente prohibidas, porque hay casos en que la ley procesal las declara vedadas y de hecho son en todo sentido prohibidas.

En el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal dice: *“La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito.”*

Alfonso Zambrano Pasquel en su obra la Prueba ilícita nos dice que: En doctrina se discute que no está prohibida la investigación penal por parte de particulares, que la obligación de advertencia sobre el derecho a no declarar prevista como norma constitucional se propone solamente crear

“contrapeso” al interrogatorio practicado por las autoridades oficiales, y un contrapeso de tal naturaleza no es necesario en la actividad de los particulares. Por otra parte, el concepto de “engaño” debe ser referido a la acción los policías y fiscales, pues no se prohíbe ninguna actuación encubierta o secreta en el marco de la investigación penal. El principio de “nemo tenetur” protege ante la coacción para colaborar en el proceso penal, pero no ante un error sobre el derecho de guardar silencio, aún cuando esta equivocación sea provocada por el Estado.” Así también en otra parte de su obra indica:

“El inculpado es sujeto activo y no simplemente objeto del proceso penal, su libertad de decisión y de acción son intangibles e invulnerables, razón por la cual de ninguna manera deben ser objeto de menoscabo o de manipulación. La manipulación de la voluntad libre del inculpado, por ejemplo a través de amenazas, coerción, engaño o tácticas similares, debe prohibirse y correspondientemente sancionarse. En consecuencia, las prohibiciones probatorias tienen en el resultado un componente individual y colectiva: por un lado, sirven para la garantía de los derechos fundamentales, en tanto protegen al inculpado ante la utilización de pruebas ilegalmente obtenidas en su contra-en el sentido amplio de prohibiciones de cargo- aunque, no obstante el reconocimiento de este servicio, debido al principio de culpabilidad deben permanecer siempre utilizables a efectos de exculpación; por otro lado preservan componente colectivo la integridad

constitucional, en particular a través de la realización de un proceso justo”.

Recordemos por nuestra cuenta que la ineficacia probatoria se irradia no sólo en contra de la validez de la prueba, sino a favor del ciudadano. Es decir no puede ser invocada en su contra, pero si a su favor.

Así tenemos que si como punto de referencia de la prueba ilícita nos avocamos al análisis de la prueba prohibida, las pruebas prohibidas han sido reconocidas entre tanto, como *institución de Derecho procesal alemán*, asintiendo como su descubridor a Ernest Beling, quien comenzó su estudio científico en la conferencia que publicase en 1903 bajo el título de "Los límites de la averiguación de la verdad en el proceso penal" dentro de la cual formuló la distinción-hoy todavía utilizada por algunos y criticada por otros- entre *prohibiciones de temas de prueba*, cuando ciertos hechos no pueden constituir objeto de indagación probatoria, *prohibición de medios de prueba* (Beweismittelverbote) cuando lo inadmisibile yace en el medio probatorio y *prohibiciones de métodos de prueba*, cuando lo que se prohíbe es precisamente, la utilización de ciertos métodos en la recolección de prueba.

Recordemos que hace algún tiempo se dio en Estados Unidos una discusión sobre el máximo de intensidad admisible o la “resistencia los métodos de interrogatorio prohibido de los sospechosos por terrorismo”, pues se intentó legitimar métodos como los de maltrato, fatiga, tortura, así como lo que se llamó “interrogatorio de tercer grado”. Esta expresión de barbarie y de canibalismo procesal en pleno siglo XXI, a raíz de los sucesos de las Torres

Gemelas de Nueva York del 11 de septiembre del 2001, dio paso a una confrontación perversa entre un derecho procesal penal de garantías vs. un derecho procesal penal del enemigo, que incluye recorte de garantías procesales, de beneficios de excarcelación y en suma irrespeto a las garantías del debido proceso.

En doctrina se acostumbra distinguir entre prueba irregular o ilegal, por una parte, y prueba ilícita, por la otra. La primera resulta de la inobservancia de meras normas procesales, mientras que la segunda es aquella obtenida con infracción de normas sustantivas, sean de rango constitucional o legal, que reconocen derechos fundamentales. Pero, según vimos más arriba, no puede trazarse una línea divisoria absoluta entre ambas clases de normas, ya que gran parte de las garantías procesales o derechos fundamentales relativos al proceso penal están incorporados en la misma ley procesal. Por eso es preferible designar como prueba ilegal a la que vulnera disposiciones procesales de carácter meramente formal, esto es, aquellas establecidas para la ritualidad del proceso (por ejemplo, las que fijan plazos para la práctica de determinadas actuaciones), y reservar la expresión prueba ilícita para los casos en que hay infracción de garantías procesales.

LA VERDAD (M. García Morente, Libro filosófico; 261 - 262.) *Fundamentos de Filosofía* (Madrid, 1967, 6ª ed.

El concepto más acertado para mi parecer es el entregado por el filósofo español Manuel García Morente, quien en su obra pensamientos filosóficos conceptúa a la verdad de la siguiente manera: “*Hay muchas definiciones de verdad entregadas por los filósofos, sin embargo no hay una sola verdad. La*

verdad solo existe cuando media un acuerdo entre la realidad y los pensamientos y sus propios principios racionales. Existe la verdad cuando hay evidencia, ilación, coherencia, ausencia de contradicción, lo anterior son criterios para admitir la verdad cierta. Lo que sí queda claro que la verdad depende del contexto en que estemos, también la subjetividad de la verdad (lo que siente, piense y experimente el sujeto)

La verdad de la ciencia es una verdad universal que está referida a analizar un experimento y repetirlo de acuerdo a ciertas pautas o condiciones. El fenómeno lo puedo repetir las veces necesarias, por ejemplo, la aceleración de un cuerpo en la gravedad. Lo anterior es el criterio de verdad llamado criterio de consenso, existen muchos criterios de verdad”.

En materia procesal podemos decir que la verdad es la culminación de un proceso que se sigue para establecer responsabilidad de cualquier acto imputado. Es decir que la verdad no es otra cosa que una hipótesis planteada al juzgador reforzada con pruebas que logran convencer a este del hecho que se quiere demostrar.

Aquí entonces podemos demostrar la relación entre la prueba y la verdad, ya que los estudiosos han procurado definir a la prueba como, todo lo que sirve para dar certeza acerca de la verdad de una proposición o dicho de otra manera, es la suma de motivos productores de certeza donde hay algunas expresiones que siendo extensivas no son las más adecuadas para las definiciones, sin embargo dejo constancia de que hay defensores que manifiestan que todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y el conocimiento del responsable es prueba, esto no es

verdad ya que siendo el proceso penal una manifestación normada de la agresividad del Estado en contra del imputado o acusado, resulta saludable determinar con exactitud cuáles son los medios de prueba y cómo esta prueba puede ser valorada para generar la certeza en los juzgadores. Debo también aclarar que, que no siempre la prueba concluye en el convencimiento positivo acerca del resultado, que es entregar certeza al juzgador. Si decimos que lo que se busca al final del proceso es la verdad en sí y que para ello el conductor son las pruebas presentadas, entonces también es claro indicar que esta finalidad tiene un alto componente subjetivo y valorativo, lo cual por corresponder al acto humano de valoración, indirectamente se traslada a la noción de verdad, al papel de las partes en el proceso y al acto mismo de dictar sentencia. No obstante la heterogeneidad de las respuestas, se puede establecer en un punto de conexión entre ellas, éste es el de la razonabilidad.

LA SENTENCIA:

Todo cambio normativo es un proceso complejo, por lo tanto, genera expectativas, incertidumbres y temores en la percepción colectiva; de ese modo, se vuelve imperiosa la necesidad de descubrir, comprender y poner en práctica las innovaciones jurídicas, porque, así como es usual que los nuevos institutos reconozcan derechos, lo es también el hecho de que, a la par, establezcan obligaciones para cada operador o usuario del sistema de administración de justicia.

El actual giro de paradigma que experimenta el sector constitucional no escapa a esta lógica, sino que, por el contrario, impone pautas y marca ritmos propios, distintos a los de un régimen -que pretende superarse- en el que la legalidad se acerca más a la teoría, antes que a una experiencia viva y supeditada a la Constitución, y en el que el origen del derecho no puede ser otro que la ley.

Y lo hace, entre otros medios, a través del fortalecimiento del rol de juzgar, de la ratificación de la dimensión dual de la motivación: se trata, por un lado, de una garantía derivada del derecho al debido proceso y a la defensa, y, por otro, de una obligación, dirigida a los poderes públicos, que se cumple al explicar la conexión que subyace de toda decisión, con respecto a los principios que le sirven de sustento, a la pertinencia de su aplicación y a los antecedentes del caso concreto.

Pero, en tanto sinónimo de justificación, la exigencia constitucional de motivación reviste especial importancia en el ámbito del derecho penal, en la medida en que, desde la óptica de la norma suprema del estado, las sentencias que profieren los jueces, lejos de proponerse la condena de los culpables, deben buscar, más bien, la absolución de los inocentes. Así, entonces, está claro que la motivación de las sentencias penales no está ligada únicamente a la interpretación del derecho, sino que lo está, también, -y de modo fundamental- a la argumentación en materia de hechos.

Falta de argumentación jurídica:

Parte del problema frecuente de la falta de justificación de las decisiones judiciales, al igual que de los pronunciamientos o resoluciones de las autoridades públicas no judiciales, está, no obstante, en que los déficits de las actuales teorías de la argumentación jurídica devienen, justamente, del tratamiento poco relevante que los análisis y el debate le han conferido a la argumentación en materia de hechos, mientras que sí se han ocupado, en cambio, de los aspectos inherentes a la interpretación normativa.

El resultado de esta carencia no podía reflejarse en otra cosa, ni de otro modo, que en una apreciación sesgada -y, muchas veces, errónea - que subestima la labor, profunda y responsable, que realiza el juez penal a la hora de adoptar una decisión sobre la culpabilidad o la inocencia de una persona, cuando, en realidad, si se va a poner en cuestión el trabajo judicial, se requiere, cuando menos, el aporte de una crítica inteligente, informada y propositiva; lo contrario implicaría, penosamente, ser parte de una tendencia acostumbrada al comentario improvisado, a la opinión especulativa y, en definitiva, a minar los cimientos de las instituciones democráticas.

En esa línea, parece obvio que, antes de adelantarse con la censura, el primer paso consiste en proponerse entender la estructura y el tipo de análisis, es decir, el trabajo humano que la sentencia lleva implícito; y para ello hay que ir más allá de los aspectos jurídicos, pues de lo que se trata es de ponerse en el lugar del juez y aproximarse, al igual que él, a la

justificación de los hechos. Conviene, entonces, abordar, aunque de forma breve, algunas consideraciones.

Ante todo, es preciso tener en cuenta que, en el contexto de la justicia penal, la sentencia y la argumentación, tanto en materia de derecho cuanto de hechos, son dos ejes conceptuales que, al atravesar todo el entramado del sistema, deben ser analizados desde varios niveles: la práctica judicial, la doctrina procesal y la teoría del derecho. Sin una percepción integral, prácticamente es poco lo que se puede aportar a la discusión de los grandes problemas relacionados con la seguridad ciudadana, las reformas penales y los cambios necesarios para corregir las falencias cuantitativas y cualitativas que los originan.

La motivación:

Por otra parte, antes que garantía y obligación, la motivación es un fundamento constitucional, quizá el de mayor peso en cuanto tiene que ver, en forma directa, con el ejercicio del rol de juzgar; de hecho, constituye una herramienta que, según el funcionamiento que se le provea, puede dar lugar a la arbitrariedad o, bien, a la legitimidad del orden constituido.

Asimilar este postulado significa iniciar por buen camino: la sentencia penal es un texto en el que intervienen razones internas o procesales y extrínsecas o políticas; de ahí que, al analizar los hechos, el juez penal ejerce mayor

poder que cuando interpreta las normas y, por tanto, la motivación actúa como un medio de control.

En la misma línea de reflexión, no se puede perder de vista que, a más de los hechos, el juez penal analiza proposiciones o teorías -tipos penales- que guardan estrecha vinculación con los hechos. Entonces, el examen crítico de las actuaciones judiciales será correcto si se comprende que, al momento de adoptar una decisión, el juez no cuenta -y no debe contar- con una teoría del caso prefabricada, sino que, más bien, la obtiene a partir de la información que le aporta la prueba y, claro, de una determinada postura conceptual.

En consecuencia, la argumentación en materia de hechos no debe asumirse solo como una descripción externa de hechos objetivos porque, adicional a los factores procesal y político, implica una incidencia considerable del factor psicológico; después de todo, en tanto producto humano, la sentencia penal es el corolario de una trayectoria intelectual en la que las conclusiones del juez sobre los hechos -inocencia o culpabilidad- no dejan de ser, en esencia, una probabilidad entre tantas.

Desde este punto de vista, pues, la argumentación determina la jerarquía de los valores implícitos a cada posibilidad, pero no les asigna el valor de una certeza; por eso su misión consiste en anular o, cuando menos, disminuir, en forma razonable y satisfactoria, la eventualidad de llegar a resultados no indeseables, es decir, la condena de personas inocentes. El trabajo del juez,

por consiguiente, no es nada fácil y, por el contrario, demanda un alto grado de conocimiento, técnica y destrezas.

La sana crítica:

Algo más. La motivación va de la mano con una aplicación adecuada de la sana crítica, pues, más que otra cosa, implica que, si bien el juez tiene plena libertad para valorar las pruebas y considerar qué hechos asume probados y cuáles no, los límites de esa discrecionalidad se subsumen en la obligación de justificar, de manera racional y coherente, los motivos que sustentan y explican por qué se considera probado determinado hecho. Por ello, el activismo judicial no siempre es compatible con la ponderación; y no lo es cuando se lo invoca para encubrir elementos que entran en juego y que son extraños al proceso.

En ese contexto, la redacción de la sentencia penal es un aspecto trascendental para el adecuado desempeño de la judicatura. Así, entonces, la crítica inteligente tiene razón cuando demanda el uso de un lenguaje que, sin dejar de contener los puntos técnicos pertinentes, sea fácilmente comprensible y asimilable para terceras personas; de ello depende que el juez ofrezca y cumpla su deber de explicar por qué y cómo, en el marco de la sana crítica, llegó a las conclusiones que le permitieron estimar que sobre ciertos hechos se ofreció prueba suficiente, mientras que sobre otros no.

El estilo, entonces, debe ajustarse a las exigencias de una justificación interna, a cuyo efecto debe fortalecerse la estructura en la que se identifican tres partes esenciales e interrelacionadas: fundamentos de derecho o parte expositiva, antecedentes de hecho o hechos probados -parte motiva- y parte dispositiva -decisión-.

Mas, las exigencias y expectativas de la motivación no quedan cubiertas con la sola segmentación del contenido de la sentencia, que solo es un aspecto formal, sino, sobre todo, con la cohesión interna que los argumentos contribuyan a demostrar en virtud del derecho y de los hechos.

Conclusión:

Este breve entorno busca poner de relieve que siempre es necesario cuestionar las realidades circundantes y poner en duda las certezas porque hacerlo contribuye a la vigorización de los distintos mecanismos de participación; sin embargo, toda crítica debe empezar por una aceptación sincera de las propias limitaciones, de la conciencia del daño que ocasionan las soluciones improvisadas y de la voluntad por los cambios verdaderos. Hacer justicia, o querer cambiarla, no es cuestión de demagogia.

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. La Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución de la República en su artículo innumerado 66 reconoce y garantizará a las personas:

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.
2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.
3. El derecho a la integridad personal, que incluye:
 - a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.
 - b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o

vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

- c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes.
- d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos.

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.
5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.
6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.
7. El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario.
8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos.

El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia.

9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El

Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

10.El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

11.El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica.

12.El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza.

Toda persona tiene derecho a negarse a usar la violencia y a participar en el servicio militar.

13.El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

14.El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente.

Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares

peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas.

Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados.

- 15.**El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.
- 16.**El derecho a la libertad de contratación.
- 17.**El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.
- 18.**El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.
- 19.**El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.
- 20.**El derecho a la intimidad personal y familiar.
- 21.**El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.

- 22.** El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley.
- 23.** El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.
- 24.** El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.
- 25.** El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.
- 26.** El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.
- 27.** El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza.
- 28.** El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.
- 29.** Los derechos de libertad también incluyen:

El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.

- a) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad.
- b) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.
- c) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

Art. 81.- La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.

Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y

los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

Art. 194.- La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.

Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, 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.

4.3.2. El Código Orgánico Integral Penal.

Artículo 3.- Principio de mínima intervención.- La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas.

Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.

Artículo 409.- Acción penal.- La acción penal es de carácter público.

Artículo 410.- Ejercicio de la acción.- 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 querrela.

Artículo 411.- Titularidad de la acción penal pública.- La Fiscalía, ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada. La o el fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal, cuando:

1. Se pueda aplicar el principio de oportunidad.

2. Se presente una causal de prejudicialidad, procedibilidad o cuestiones previas.

Artículo 412.- Principio de oportunidad.- La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad de hasta cinco años, con excepción de las infracciones que comprometen gravemente el interés público y no vulneren a los intereses del Estado.
2. En aquellas infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal.

La o el fiscal no podrá abstenerse de iniciar la investigación penal en los casos de delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delincuencia organizada, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos de odio, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y delitos contra la estructura del Estado constitucional de derechos y justicia

Artículo 439.- Sujetos procesales.- Son sujetos del proceso penal: 1. La persona procesada. 2. La víctima. 3. La Fiscalía. 4. La Defensa

TÍTULO VII

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

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

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

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

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

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

Si la o el fiscal superior al absolver la consulta ratifica la abstención, remitirá de inmediato el expediente a la o al juzgador para que dicte el sobreseimiento en el plazo máximo de tres días cuando exista una persona privada de libertad, caso contrario lo dictará en el plazo de hasta diez días.

En el mismo auto, revocará todas las medidas cautelares y de protección dictadas.

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

Si la o el fiscal resuelve emitir un dictamen acusatorio para unos y abstentivo para otros procesados, con respecto a la abstención, deberá elevar a consulta de acuerdo con lo establecido en el presente artículo. Y sobre los que se resuelva acusar, solicitará a la o al juzgador señale día y hora para la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio.

4.3.3. Código Orgánico de la Función Judicial.

Art. 104.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.- Las servidoras y los servidores de la Función Judicial serán sancionados por las infracciones

disciplinarias que incurrieren en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo regulado en este Capítulo, independientemente de las responsabilidades civiles o penales que hubieren lugar.

En cualquier tiempo, de presumirse motivadamente la existencia de un delito de acción pública, se remitirán los antecedentes al Fiscal General del Estado, a los fiscales distritales o agentes fiscales, según corresponda.

Art. 282.- FUNCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO.- A la Fiscalía General del Estado le corresponde:

1. Dirigir y promover, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes, en casos de acción penal pública; de hallar mérito acusar a los presuntos infractores ante el Juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal;
2. Dirigir y coordinar las actuaciones de la Policía Judicial en las indagaciones previas en las etapas del proceso penal;
3. Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria;

4. Dirigir, coordinar y supervisar las funciones de intercambio de la información y pruebas sobre nacionales o extranjeros implicados en delitos cometidos en el exterior, cuando así lo prevean los acuerdos y tratados internacionales;
5. Dirigir y coordinar el Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que contará con la ayuda de organismos gubernamentales y no gubernamentales con el fin de establecer, de manera técnica y científica, procedimientos estandarizados para la práctica de la pericia médico legal;
6. Conceder y revocar las correspondientes habilitaciones o acreditaciones, al personal de la Policía Judicial;
7. Expedir en coordinación con la Policía Nacional los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones de la Policía Judicial;
8. Apoyar técnicamente a las personas que hacen sus prácticas pre profesionales en la Fiscalía General del Estado;
9. Organizar y dirigir el sistema de protección de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal; y,
10. Las demás determinadas en la Constitución y la ley.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1. Legislación Peruana.

Constitución de la República del Perú.

Artículo 139°.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación. 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno. 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. 4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son

siempre públicos. 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. 6. La pluralidad de la instancia. 7. La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar. 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos. 10. El principio de no ser penado sin proceso judicial. 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales. 12. El principio de no ser condenado en ausencia. 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada. 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. 15. El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención. 16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.

17. La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley. 18. La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida. 19. La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad. 20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley. 21. El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados. 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Artículo 159°.- Atribuciones del Ministerio Público Corresponde al Ministerio Público: 1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. 2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. 3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad. 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. 6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla. 7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

Código Penal Peruano.

Artículo 63.- Efectos de la reserva del fallo condenatorio.- El Juez al disponer la reserva del fallo condenatorio se abstendrá de dictar la parte resolutive de la sentencia, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que procedan. La reserva del fallo condenatorio importa la suspensión de su inscripción en el Registro Judicial.

Artículo 424.- Omisión de ejercicio de la acción penal.- El Fiscal que omite ejercitar la acción penal será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Código Procesal Penal Peruano.

ARTÍCULO 2º Principio de oportunidad.- 1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria. b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo. c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14º, 15º,

16°, 21°, 22° y 25° del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. 2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido. 3. El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el Fiscal podrá determinar el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará sin que éste exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y éste consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente. 4. Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile. 5. Si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la

responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64° del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo. 6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A Primer Párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito, salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles. El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3). 7. Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento –con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)- hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnada, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si ésta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si

éstas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado. Tratándose de los supuestos previstos en el numeral 6), basta la presentación del acuerdo reparatorio en un instrumento público o documento privado legalizado notarialmente, para que el Juez dicte auto de sobreseimiento.

Ley Orgánica del Ministerio Público.

Artículo 1.- El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil.

También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Artículo 9.- El Ministerio Público, conforme al inciso 5 del Artículo 250 de la Constitución Política, vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial. Con ese objeto las Fuerzas Policiales realizan la investigación. El Ministerio Público interviene en ella orientándola en cuanto a las pruebas que sean menester actuar y la supervigila para que se cumplan las

disposiciones legales pertinentes para el ejercicio oportuno de la acción penal. Igual función corresponde al Ministerio Público en las acciones policiales preventivas del delito.

4.4.2. Legislación de la República Bolivariana de Venezuela.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley. 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser

procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto. 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente. 8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Artículo 284. El Ministerio Público estará bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal o la Fiscal General de la República, quien ejercerá sus atribuciones directamente con el auxilio de los funcionarios o funcionarias que determine la ley.

Artículo 285. Son atribuciones del Ministerio Público: 1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías constitucionales, así como a los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República. 2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración

de justicia, el juicio previo y el debido proceso. 3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores o las autoras y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración. 4. Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesaria instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley. 5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones. 6. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley. 7. Estas atribuciones no menoscaban el ejercicio de los derechos y acciones que corresponden a los o las particulares o a otros funcionarios o funcionarias de acuerdo con esta Constitución y la ley.

Código Penal de la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 253.- Los Fiscales o Representantes del Ministerio Público que, por colusión con la parte contraria o por cualquier otro motivo fraudulento, pidan indebidamente la absolución o la condena del enjuiciado o el sobreseimiento de la causa, serán castigados con prisión de tres a dieciocho meses.

Código Orgánico de Procedimiento Penal de la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 6. ° Obligación de decidir. Los jueces no podrán abstenerse de decidir so pretexto de silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad en los términos de las leyes, ni retardar indebidamente alguna decisión. Si lo hicieren, incurrirán en denegación de justicia.

Artículo 37. ° Supuestos. El Fiscal del Ministerio Público podrá solicitar al Juez de control autorización para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal, o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en cualquiera de los supuestos siguientes: 1. Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia o por su poca frecuencia no afecte gravemente el interés público, excepto, cuando el máximo de la pena exceda de los tres años de privación de libertad, o se cometa por un funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él; 2. Cuando la participación del imputado en la perpetración del hecho se estime de menor relevancia, salvo que se trate de un delito cometido por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo o por razón de él; 3. Cuando en los delitos culposos el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena; 4. Cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción, de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los

restantes hechos o infracciones, o a la que se le impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Artículo 38. ° Efectos. Si el tribunal admite la aplicación de alguno de los supuestos previstos en el artículo 37, se produce la extinción de la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso. Si la decisión tiene como fundamento la insignificancia del hecho, sus efectos se extienden a todos los que reúnan las mismas condiciones. El Juez, antes de resolver respecto de la solicitud fiscal, procurará oír a la víctima.

Artículo 280. ° Objeto. Esta fase tendrá por objeto la preparación del juicio oral y público, mediante la investigación de la verdad y la recolección de todos los elementos de convicción que permitan fundar la acusación del fiscal y la defensa del imputado.

Artículo 315. ° Archivo fiscal. Cuando el resultado de la investigación resulte insuficiente para acusar, el Ministerio Público decretará el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de la reapertura cuando aparezcan nuevos elementos de convicción. De esta medida deberá notificarse a la víctima que haya intervenido en el proceso. Cesará toda medida cautelar decretada contra el imputado a cuyo favor se acuerda el archivo. En cualquier momento la víctima podrá solicitar la reapertura de la investigación indicando las diligencias conducentes.

Artículo 316. ° Facultad de la víctima. Cuando el Fiscal del Ministerio Público haya resuelto archivar las actuaciones, la víctima, en cualquier momento, podrá dirigirse al Juez de control solicitándole examine los fundamentos de la medida.

Artículo 317. ° Pronunciamiento del tribunal. Si el tribunal encontrare fundada la solicitud de la víctima así lo declarará formalmente, y ordenará el envío de las actuaciones al Fiscal Superior para que éste ordene a otro Fiscal que realice lo pertinente.

4.4.3. Legislación Chilena.

Constitución de la República de Chile.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

Inciso:

3°. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. Nadie podrá ser juzgado

por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. 32 La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

Código Procesal Penal Chileno.

Artículo 54.- Delitos de acción pública previa instancia particular. En los delitos de acción pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía.

Tales delitos son: a) Las lesiones previstas en los artículos 399 y 494, número 5º, del Código Penal; b) La violación de domicilio; c) La violación de secretos prevista en los artículos 231 y 247, inciso segundo, del Código Penal; d) Las amenazas previstas en los artículos 296 y 297 del Código Penal; e) Los previstos en la ley N° 19.039, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad

industrial; f) La comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado hubiere estado o estuviere empleado, y g) Los que otras leyes señalaren en forma expresa. A falta del ofendido por el delito, podrán denunciar el hecho las personas indicadas en el inciso segundo del artículo 108, de conformidad a lo previsto en esa disposición. Cuando el ofendido se encontrare imposibilitado de realizar libremente la denuncia, o cuando quienes pudieren formularla por él se encontraren imposibilitados de hacerlo o aparecieren implicados en el hecho, el ministerio público podrá proceder de oficio. Iniciado el procedimiento, éste se tramitará de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública.

Artículo 166.- Ejercicio de la acción penal. Los delitos de acción pública serán investigados con arreglo a las disposiciones de este Título. Cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley.

Tratándose de delitos de acción pública previa instancia particular, no podrá procederse sin que, a lo menos, se hubiere denunciado el hecho con arreglo al artículo 54, salvo para realizar los actos urgentes de investigación o los absolutamente necesarios para impedir o interrumpir la comisión del delito.

Artículo 168.- Facultad para no iniciar investigación. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía.

4.4.4. Legislación Colombiana.

Constitución de la Republica de Colombia.

ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

4.4.5. Legislación Argentina.

Constitución de la República de Argentina.

Artículo 118.- Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

Artículo 120. El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca.

Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

Código Procesal Penal Argentino.

ARTÍCULO 195.- Objeto. La investigación preparatoria tiene por objeto establecer si existe o no mérito suficiente para abrir un juicio respecto de una o más conductas con relevancia jurídico penal.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

La metodología que se utilizará en la presente tesis se enfoca los elementos de la Constitución de la República, el Código Orgánico Integral Penal y el Código Organizo de la Función Judicial como una metodología para el análisis del tema sociopolítico y socioeconómico relacionado al Derecho Penal pretendiendo dar un ejemplo de los diversos cambios que han resultado como producto del análisis del Derecho Penal, Garantías Penales y Garantías Constitucionales que es una institución que debe proteger de forma social y legal al procesado y de organizar los principios que tutelan las garantías constitucionales de los ecuatorianos se establecerá una lectura minuciosa del por qué el Código Orgánico Integral Penal no enmarca principios que regulen las consecuencias que producen el abstenerse el fiscal de acusar y por ende la situación legal a partir de ese momento del procesado, además la protección social es la base fundamental para poder incorporar una nueva norma dentro del Código Orgánico Integral Penal .

Para lo anteriormente mencionado, he creído conveniente como postulante de la presente tesis detallar los tipos de métodos y técnicas que voy a utilizar, tomando en consideración las técnicas más adecuadas con base en la problematización y en el marco teórico que estableceré en el la presente tesis.

5.1. Métodos.

Contempla los aspectos teóricos y metodológicos bajo los cuales se va a llevar a cabo la presente tesis. Son los lineamientos metodológicos y procedimentales, que se plasmarán en el proceso de la investigación a través de las técnicas seleccionadas, que más se ajustan a la realización de esta tesis.

Luego se pasa a la ejecución de la prueba u operaciones necesarias para la obtención de los datos, registros, clasificaciones, análisis, evaluación y sistematización de los resultados.

5.2. Diseño de Investigación.

Para la realización de la presente tesis se utilizará varios tipos de investigación, básicos y necesarios, y son: Investigación descriptiva, investigación bibliográfica y documental, investigación de campo.

5.2.1. Investigación Descriptiva.

Izquierdo (1998): "Es aquella que permite describir detallar y explicar un problema, objeto o fenómenos naturales y sociales mediante un estudio temporo - espacial con el propósito de determinar las características del problema observado".

5.2.2. Investigación Documental.

Izquierdo (1998): "Es aquella que nos permite obtener información científica en todo tipo de documentos escritos, o registros de sonidos e imágenes y objetos culturales".

La investigación documental permitirá reunir la mayor cantidad de información posible para la profundización del tema a desarrollar y de aprovechamiento e interés para la sociedad.

5.2.3. Investigación de Campo.

Izquierdo (1998): “Es aquella que se realiza en el lugar de los hechos, en contacto directo con los actores del acontecimiento, y es cuando el objeto de estudio se convierte en fuente de información para el investigador, este tipo de investigación es en vivo y utiliza a la observación directa, la entrevista, la encuesta y el cuestionario como técnicas de recolección de datos”.

5.3. Técnicas.

5.3.1. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos.

La recolección de la información se puede tomar de dos fuentes:

➤ **Fuentes primarias:**

Las Fuentes primarias, es toda la información que obtenemos en forma directa y de primera mano. Es lo que tomamos directamente del hecho, de los acontecimientos y que ha sido mediado por segundas o terceras personas.

➤ **Fuentes secundarias:**

Las fuentes secundarias es toda la información que obtenemos en forma indirecta, como es la que nos llega a través de los libros, revistas, periódicos, estudios monográficos, resultados de investigaciones, T. V., cine, etc.

5.3.2. Muestra.

Con respecto al muestreo y la muestra, Leiva (1979) dice: El muestreo es un método de investigación empleado especialmente cuando se realiza investigación. Parte del principio de que las partes representan al todo; por lo tanto, una muestra, o sea una parte del todo, puede ser tomada para realizar la investigación, cuyos resultados se aplicaran como si se hubieran investigado a toda la población o universo.

LA MUESTRA NO PROBABILÍSTICO, es útil cuando se quiere cualificar, todos los casos no tienen la misma probabilidad de ser seleccionados de la muestra, el investigador elige los casos que más le interesan para una formación más rica, requieren conocimiento elevado de la población y permite hacer inferencias lógicas.

5.3.3. Diseño de Instrumentos de Investigación.

El diseño de los instrumentos, se refiere a la elaboración de los cuestionarios, encuestas, entrevistas, formularios de observación, planillas de observación, registró fotográfico. En fin, es la elaboración de los diferentes instrumentos técnicos para la recolección de datos.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de aplicación de encuestas.

Siguiendo el cronograma del proyecto presentado y aprobado por las autoridades, se aplicó a un grupo de juristas, profesionales y egresados de Derecho en un total de 30 encuestas, en la ciudad de Loja, cuyo cuestionario y resultados presento a continuación:

Primera pregunta.

1. *Considera usted que:*

- a) **¿El Código Orgánico Integral Penal ha establecido el procedimiento a seguir en el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales?**

Si ()

No ()

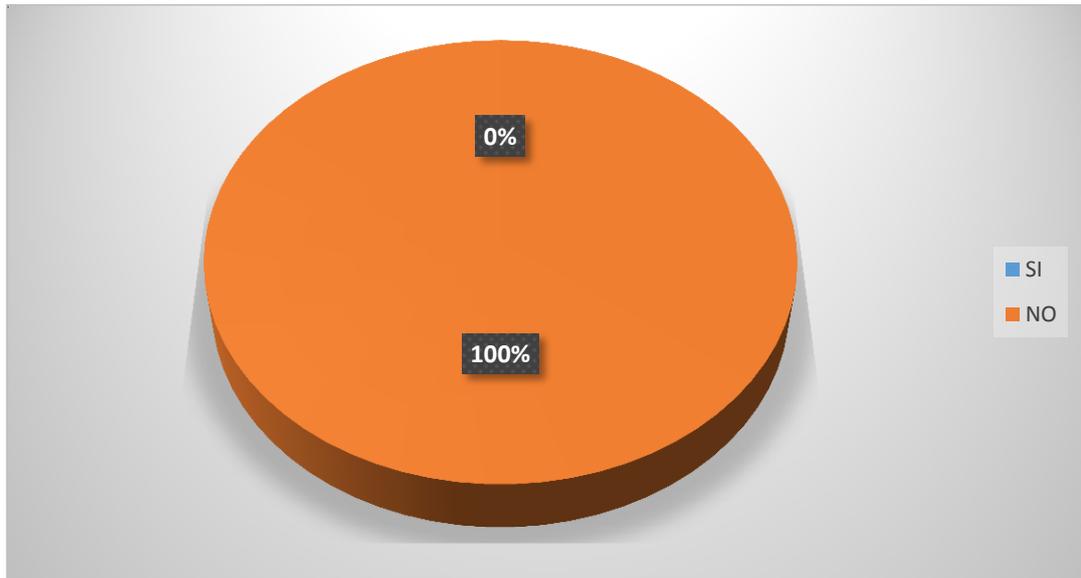
Cuadro Nro. 1

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	0	0
NO	30	100%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestados

RESPONSABLE: Wilmer Ramiro Tapia Pinta

Grafico Nro. 1



Interpretación.

De los 30 encuestados 30, que corresponden al 100% dicen que el Código Orgánico Integral Penal COIP no ha establecido el procedimiento a seguir en el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

Análisis.

El cien por ciento de profesionales del derecho encuestados manifiestan que el Código Orgánico Integral Penal COIP, tiene un vacío jurídico en el aspecto del procedimiento que se debe seguir cuando el fiscal se abstiene de acusar al procesado en la audiencia de juicio ante el tribunal de garantías penales, ante esta problemática se hace necesario que se incorpore en dicho cuerpo legal esta normativa a efectos de evitar la vulneración de derechos tanto del procesado como de la víctima.

b) Si la respuesta anterior es negativa, considera usted que la falta de un procedimiento adecuado en el COIP, que regule el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, genera violaciones

a:

- Reglas del debido proceso ()
- Principio acusatorio ()
- Principio dispositivo ()
- Principio de imparcialidad del juez ()
- Principio de congruencia ()
- Necesidad de acusación ()
- Derecho a la Seguridad Jurídica ()
- Derecho a la defensa ()

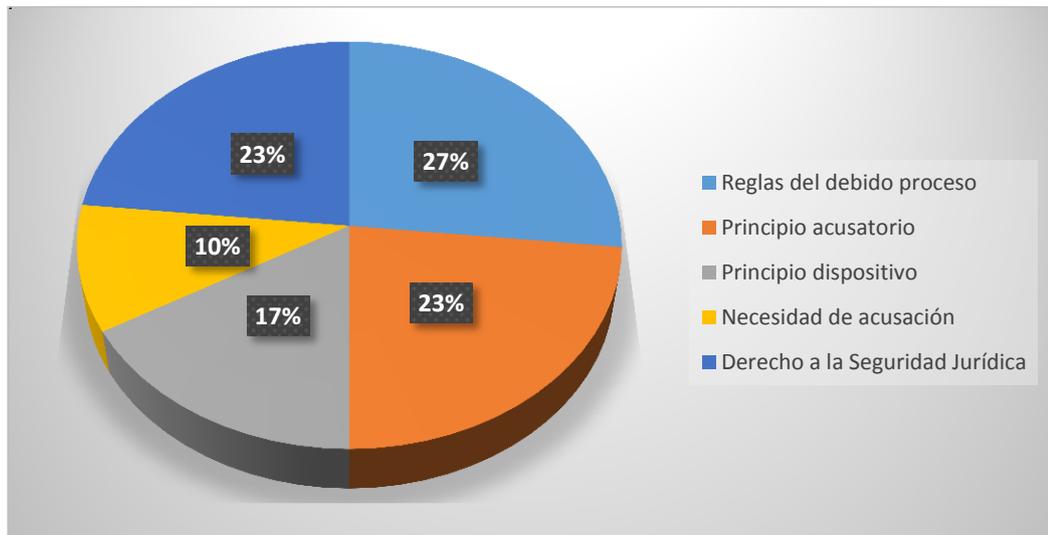
Cuadro Nro. 1.1

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Reglas del debido proceso	8	27%
Principio acusatorio	7	23%
Principio dispositivo	5	17%
Necesidad de acusación	3	10%
Derecho a la Seguridad Jurídica	7	23%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestados

RESPONSABLE: Wilmer Ramiro Tapia Pinta

Grafico Nro. 1.1



Interpretación.

De los 30 encuestados 8, que corresponden al 27% dicen que al no existir un procedimiento adecuado en el Código Orgánico Integral Penal COIP, para el caso en el que el fiscal se abstenga de acusar al procesado en la audiencia de juicio ante el tribunal de garantías penales genera violaciones a las reglas del debido proceso; por otro lado 7, que corresponden al 23% dicen que al no existir un procedimiento adecuado en el Código Orgánico Integral Penal COIP, para el caso en el que el fiscal se abstenga de acusar al procesado en la audiencia de juicio ante el tribunal de garantías penales genera violaciones al principio acusatorio; mientras que 5, que corresponden al 17% dicen que al no existir un procedimiento adecuado en el Código Orgánico Integral Penal COIP, para el caso en el que el fiscal se abstenga de acusar al procesado en la audiencia de juicio ante el tribunal de garantías penales genera violaciones al principio dispositivo; además 3, que corresponden al 10% dicen que al no existir un procedimiento adecuado en el Código Orgánico Integral Penal COIP, para el caso en el que el fiscal se

abstenga de acusar al procesado en la audiencia de juicio ante el tribunal de garantías penales genera violaciones a la necesidad de acusación y finalmente 7, que corresponde al 23% dicen que al no existir un procedimiento adecuado en el Código Orgánico Integral Penal COIP, para el caso en el que el fiscal se abstenga de acusar al procesado en la audiencia de juicio ante el tribunal de garantías penales genera violaciones al derecho a la seguridad jurídica.

Análisis.

El mayor porcentaje de encuestados manifiestan que al no existir un procedimiento adecuado en el Código Orgánico Integral Penal COIP, para el caso en el que el fiscal se abstenga de acusar al procesado en la audiencia de juicio ante el tribunal de garantías penales genera violaciones principalmente a las reglas del debido proceso, este derecho fundamental está garantizado por la Constitución de la República encontrándolo en el Capítulo Octavo, Derechos de Protección. El debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Además los profesionales examinados consideran que esta falta de normativa afecta también al principio acusatorio entendido como aquella idea base inspiradora del proceso penal según la cual el Juez no puede actuar de oficio en el ejercicio de la acción penal y el derecho a la seguridad jurídica Jorge Miles dice “La seguridad jurídica es la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando tales relaciones se hayan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado”. y finalmente afectan al principio dispositivo en cuya virtud se confía a la

actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez y a la necesidad de acusación.

Segunda pregunta.

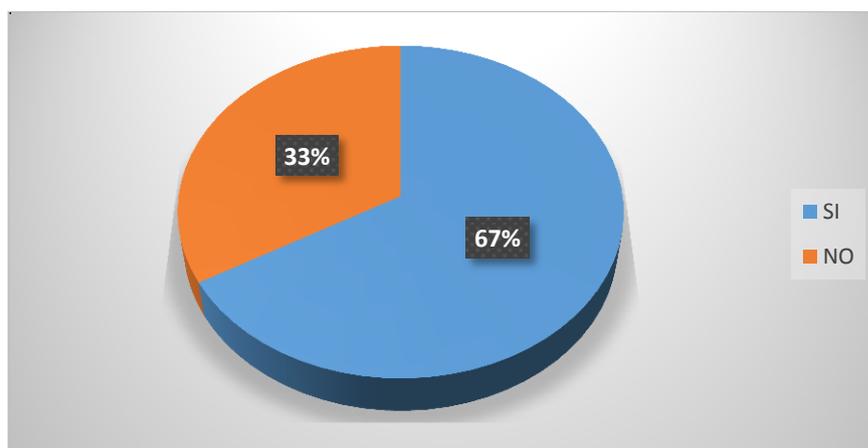
2. ¿Conoce usted, casos en los que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales?

Cuadro Nro. 2

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	20	67%
NO	10	33%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestados
RESPONSABLE: Wilmer Ramiro Tapia Pinta

Grafico Nro. 2



Interpretación.

De los 30 encuestados 20, que corresponden al 67% dicen conocer caso en los que el fiscal en la audiencia de juicio se haya abstenido de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales; mientras que por otra parte 10 encuestados que corresponden al 33% dicen no conocer caso en los que el fiscal en la audiencia de juicio se haya abstenido de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

Análisis.

El mayor porcentaje de encuestados manifiestan haber conocido casos en los que el fiscal en la audiencia de juicio se haya abstenido de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales y por otra parte un número ínfimo de entrevistados indican no conocer casos en los que el fiscal en la audiencia de juicio se haya abstenido de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

Tercera pregunta.

3. ¿Qué resolución emitieron los jueces del tribunal de garantías penales en el evento en el cual el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado?

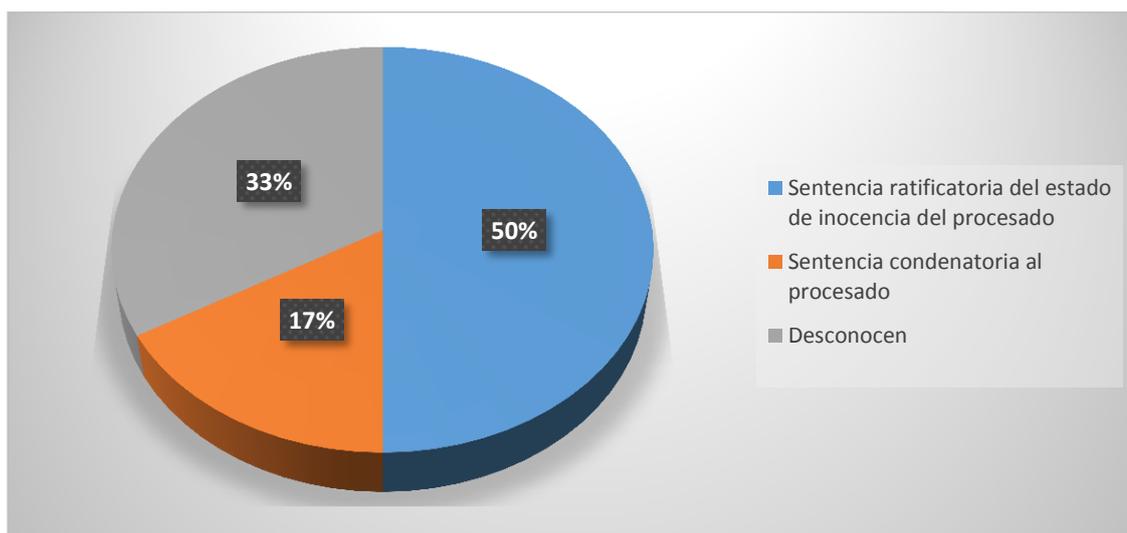
- Sentencia ratificatoria del estado de inocencia del procesado ()
- Sentencia condenatoria al procesado ()

Cuadro Nro. 3

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Sentencia ratificatoria del estado de inocencia del procesado	15	50%
Sentencia condenatoria al procesado	5	17%
Desconocen	10	33%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestados
RESPONSABLE: Wilmer Ramiro Tapia Pinta

Grafico Nro. 3



Análisis.

De los 30 encuestados 15, que corresponden al 50% dicen que de los casos que conocieron, las resoluciones que emitieron los jueces del tribunal de garantías penales en el evento en el cual el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado, el juez, emitió sentencia ratificatoria del estado de inocencia del procesado; por otra parte 5 encuestados que corresponden al 17% dicen que de los casos que conocieron, las

resoluciones que emitieron los jueces del tribunal de garantías penales en el evento en el cual el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado, el juez emitió sentencia condenatoria al procesado; finalmente 10 encuestados, que corresponden al 33% dicen desconocer este tipo de casos.

Interpretación.

El mayor porcentaje de encuestados manifiestan que los jueces del tribunal de garantías penales en el evento en el cual el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado, el juez emite sentencia ratificatoria del estado de inocencia del procesado lo que da a entender y ratifica la factibilidad de la presente tesis ya que se debe implementar una normativa jurídica para este tipo de casos, por otra parte debo indicar también que pocas han sido las sentencias que los jueces del tribunal de garantías penales en estos casos han emitido sentencias condenatorias a los procesados, y finalmente un porcentaje inferior de profesionales del derecho indican no conocer este tipo de casos.

Cuarta pregunta.

4. En base a qué criterios o fuentes del derecho los jueces del tribunal de garantías penales emitieron sus sentencias en el evento en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado?

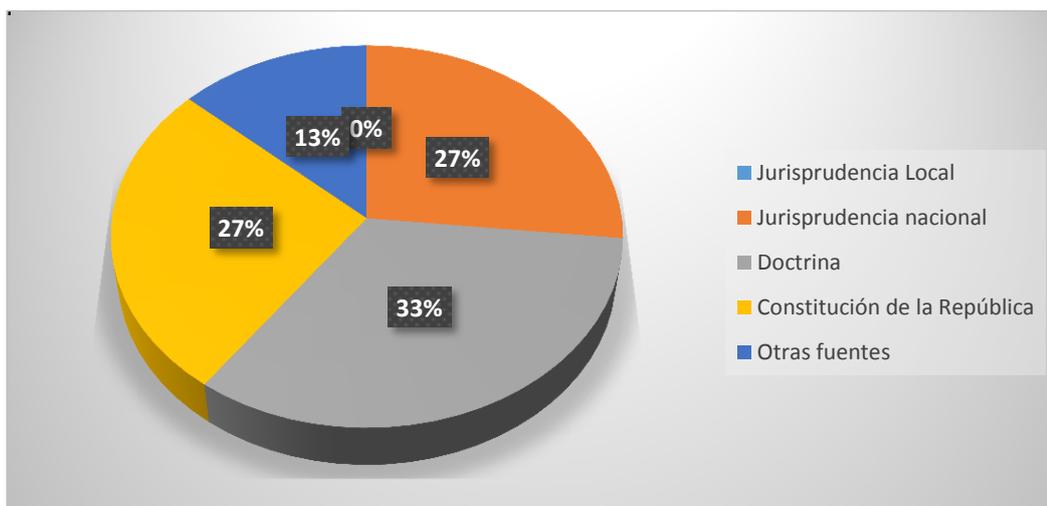
- Jurisprudencia Local ()
- Jurisprudencia nacional ()
- Doctrina ()
- Constitución de la República ()
- Otras fuentes () ¿Cuáles?.....

Cuadro Nro. 4

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Jurisprudencia Local	0	0
Jurisprudencia nacional	8	27%
Doctrina	10	33%
Constitución de la República	8	27%
Otras fuentes	4	13%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestados
RESPONSABLE: Wilmer Ramiro Tapia Pinta

Grafico Nro. 4



Interpretación.

De los 30 encuestados 8, que corresponden al 27% dicen que los jueces del tribunal de garantías penales emitieron sus sentencias en el evento en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado enmarcados en jurisprudencia nacional; por otra parte 10 encuestados, que corresponden al 33% indican que los jueces del tribunal de garantías penales emitieron sus sentencias en el evento en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado enmarcados en doctrina relacionada con esta materia; además 8 encuestados que corresponden al 27% dicen que los jueces del tribunal de garantías penales emitieron sus sentencias en el evento en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado enmarcados en principios tipificados en la Constitución de la Republica; y finalmente 4 encuestados que corresponde al 13% dicen que los jueces del tribunal de garantías penales emitieron sus sentencias en el evento en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado tomando en cuenta sentencias, doctrina como la de Claus Roxin, la misma Constitución de la Republica Arts. 76 y 77.

Análisis.

El mayor porcentaje de encuestados manifiestan que los jueces del tribunal de garantías penales emitieron sus sentencias en el evento en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado enmarcados en doctrina en materia penal como la del jurista y abogado

alemán Claus Roxin y Günther Jakobs, además se menciona también que la Constitución de la República, la Jurisprudencia Nacional y Sentencias son también criterios que los jueces toman en cuenta al momento de emitir sus sentencias.

Quinta pregunta.

5. De acuerdo a las respuestas marcadas anteriormente, indique el contenido de las fuentes del derecho citadas por los jueces para el caso planteado.

Interpretación.

En este aspecto los encuestados plantean que las fuentes que han utilizado los jueces del tribunal de garantías penales para resolver este tipo de casos son la Constitución de la República en los Arts. 76, 77, 184 y 195; además se indican también que se toman en cuenta los Arts. 186 y 141 del Código Orgánico de la Función Judicial; Artículos 5, 411 y 600 del Código Orgánico Integral Penal; Arts 8 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además mencionan un principio mancomunidad de la prueba, entre otros.

Análisis.

Los jurisconsultos encuestados manifiestan reiteradamente la normativa que aplican los jueces del tribunal de garantías penales para resolver los casos en la que el fiscal se abstiene de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales e indican que la Constitución de la República, los Tratados

Internacionales que ha suscrito nuestro país, el Código Orgánico Integral Penal, el Código Orgánico de la Función Judicial y mas legislación, a más de doctrina jurídica.

Sexta pregunta.

6. ¿Qué planteamientos sugiere usted como propuesta de reforma al COIP, para el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales? Porque?

Interpretación.

Los encuestados manifiestan como propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal para el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, que, la o el fiscal debe argumentar según los hechos su abstención, fundamentar jurídica y doctrinariamente lo actuado, a fin de evitar vulneraciones constitucionales como el debido proceso y finalmente se resuelva este tipo de casos de la abstención bajo un trámite sumario.

Análisis.

Los profesionales del derecho han indicado de manera unánime y reiterada que se debe implementar una normativa jurídica en torno al tema de que el fiscal se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales en la etapa de juicio y lo que principalmente indican que la fiscalía como titular de la acción penal pública debe argumentar y fundamentar

objetiva, detallada y jurídicamente su abstención a fin de evitar que se vulneren derechos fundamentales tanto del procesado como de la víctima y acotan finalmente que el trámite de la abstención sea sumario.

6.2. Resultados de aplicación de entrevistas

Aplique cinco entrevistas a Jueces de los Tribunales de Garantías Penales de la ciudad de Loja con el propósito de obtener criterios valederos y pertinentes a mi tema.

El cuestionario se realizó bajo las siguientes preguntas:

CUESTIONARIO:

Primera Pregunta:

1. *Considera usted que:*

- a. **¿El Código Orgánico Integral Penal ha establecido el procedimiento a seguir en el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales?**

Respuesta:

La totalidad de entrevistados en un número de cinco (5) consideran que existe el vacío legal en el Código Orgánico Integral Penal COIP, en el aspecto de que el fiscal se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

Comentario:

La finalidad de la presente tesis es poder contribuir con una normativa que permita incorporar en la legislación penal COIP un procedimiento que regule el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio ante el tribunal de garantías penales se abstenga de acusar al procesado, por lo que los jueces de los tribunales de garantías penales de Loja manifiestan que existe un vacío legal en relación a este tema.

- c) Si la respuesta anterior es negativa, considera usted que la falta de un procedimiento adecuado en el COIP, que regule el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, genera violaciones a:**

Respuesta:

La mayoría de entrevistados considera que al no encontrarse establecido en el COIP el procedimiento a seguir en el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales genera violaciones principalmente a las Reglas del debido proceso y principio acusatorio y seguido de ello al principio dispositivo e imparcialidad del juez.

Comentario:

La mayoría de entrevistados consideran que de manera categorica que al no existir un procedimiento adecuado en el Código Orgánico Integral Penal

COIP, que regule el caso en el que el fiscal se abstenga de acusar al procesado en la audiencia de juicio ante el tribunal de garantías penales genera violaciones principalmente a las reglas del debido proceso, este derecho fundamental está garantizado por la Constitución de la República encontrándolo en el Capítulo Octavo, Derechos de Protección. El debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador y Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además los jueces entrevistados consideran que esta falta de normativa afecta también al principio acusatorio entendido como aquella idea base inspiradora del proceso penal según la cual el Juez no puede actuar de oficio en el ejercicio de la acción penal y el derecho a la seguridad jurídica y finalmente afectan al principio dispositivo en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los cuales ha de versar la decisión del juez y a la necesidad de acusación.

Segunda Pregunta:

2. ¿Ha conocido usted, casos en los que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales?

Respuesta:

Más de la mitad de los entrevistados considera haber conocido un caso en el que el fiscal se haya abstenido de acusar al procesado en la audiencia de juicio ante el tribunal de garantías penales, mientras que en un número

mínimo considera no haber conocido algún caso relacionado con la abstención fiscal de acusar al procesado en la audiencia de juicio

Comentario:

La gran mayoría de entrevistados aseguran haber conocido casos en los que el fiscal se ha abstenido de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, a pesar de que son pocos los casos relacionados con esta materia jurídica y al conocer abstención fiscal por algunas sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia.

Tercera Pregunta:

3. Cuándo se han presentado casos en los que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, en base a qué criterios, los jueces han resuelto dicho evento? Cite el contenido y las fuentes del derecho empleadas por los juzgadores en estos casos.

Respuesta:

Según la mayoría de Jueces de los Tribunales de Garantías Penales de la ciudad de Loja consideran que en los casos en los que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales resolvieron según criterios que lo establece la Constitución de la Republica en el Artículo 195, jurisprudencia normal, doctrina, sentencias que ha emitido la Corte Nacional de justicia, además la doctrina habla de un principio de mancomunidad.

Comentario:

La gran mayoría de Jueces entrevistados indican que las fuentes jurídicas que se han empleado para poder resolver este tipo de casos han sido la Constitución de la República, la doctrina de algunos autores pero principalmente sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia, ya que es importante indicar que según comentarios de los mismos jueces, legislación en este aspecto jurídico es muy poca.

Cuarta Pregunta:

4. ¿Las sentencias emitidas en los casos que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, han sido ratificadoras del estado de inocencia del procesado o condenatorias?

Respuesta:

Más de la mitad de los Jueces del tribunal de garantías penales entrevistadas manifiestan que en las sentencias en las que el juez se abstuvo de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales han sido ratificados en el estado de inocencia.

Comentario:

Al conocer este tipo de respuestas por parte de los Jueces del tribunal de Garantías Penales de nuestra ciudad, confirmo que es importantísimo establecer una normativa que regule este problema jurídico, ya que al encontrarnos con que la mayoría de casos de abstención fiscal en la etapa

de juicio se ha ratificado la inocencia del procesado debemos profundizar en el tema y establecer jurisprudencia en nuestro país.

Quinta Pregunta:

5. ¿Conoce usted como han resuelto los jueces en los países vecinos, el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales? Si la respuesta es afirmativa, indique los criterios aplicados en dichos casos.

Respuesta:

La mayoría de Jueces entrevistados afirman conocer al menos un caso donde el fiscal se haya abstenido de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales en la audiencia de juicio e indica que los criterios que han aplicado en estos casos está relacionado con el COIP, que si no hay acusación fiscal no hay juicio, además las resoluciones que se han emitido en países vecinos en relación a este tema ha sido la absolución del procesado y finalmente indican que en los sistemas penales acusatorios se maneja igual forma la acusación fiscal y bajo el principio dispositivo se limita a la acusación, dejando a la vía civil para reclamación del dominio a la víctima.

Comentario:

Es muy importante los comentarios vertidos por los jueces de los tribunales de garantías penales de la ciudad de Loja en relación a este tema, y aportan

con criterios muy valederos para la fundamentar la presente tesis previo a la obtención de mi título de abogado.

Sexta Pregunta:

6. ¿Qué planteamientos sugiere usted como propuesta de reforma al COIP, para el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales? Porque?

Respuesta:

La mayoría de jueces de los tribunales de garantías penales de la ciudad de Loja, en la entrevista realizada consideran que como propuesta de reforma al COIP, para el caso en el que el fiscal se abstenga de acusar al procesado en la audiencia de juicio se tomen en cuenta algunos aspectos como: haya una disposición clara en el COIP como estaba en el CPP Art. 25, sino hay acusación fiscal no hay juicio. Además debe existir un procedimiento establecido legalmente a efecto de evitar vulneraciones constitucionales como al debido proceso.

Regular esa figura, permitiendo un control al fiscal, y en este caso el juez debe ratificar la abstención y absolver al procesado.

Finalmente acotan que la Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la función judicial encargada de llevar la investigación, la acusación, sentenciar sin que haya acusación sería violentar principios de imparcialidad y el principio dispositivo acusatorio.

Comentario:

Los jueces del tribunal de garantías penales de la ciudad de Loja, han aportado con criterios muy importantes en este problema jurídico de la abstención fiscal en la audiencia de juicio y que pretendo plantear al concluir la presente tesis y que recogerá la propuesta de reforma que planteare más adelante.

6.3. ESTUDIO DE CASOS.

Primer Caso.

Datos

Juzgado Penal: Nro. 0711 -2011 M.M
Resolución: Nro. 1165 -2012 - SALA PENAL
Delito: Violación.
Recurso: Casación.
Fecha: 03 de septiembre de 2012

Versión del Caso:

Mediante denuncia presentada por la señora Nilce Saavedra Londoño, se ha tenido conocimiento que, el día 4 de abril del 2010, su hija AEPS1 de 15 años de edad y su padrastro Orduvey Quevedo Cuchillo, han salido a divertirse a un bar en la ciudad de Nueva Loja, de nombre El Swing, lugar donde se han encontrado con una amiga de ella, de nombre Lucy Medina Limones, y unos militares de nombres Juan José Espin Castillo, Renato Fabián Ayala Bonilla y Edwin Roberto Bunce Morales; que cerca de las dos

de la mañana se han trasladado a un centro de diversión nocturna, conocido como Calle 8, donde se ha incorporado al grupo otra chica de nombre Ruth, permaneciendo hasta las 04H00, luego de lo cual, se han trasladado en un taxi, hasta una habitación en el sector de Santa Cecilia, los señores Juan José Espin Castillo, Renato Fabián Ayala Bonilla, Edwin Roberto Bunce Morales, AEPS (ofendida), Lucy Medina Limones y Ruth, para seguir ingiriendo licor, procediendo en contra de la voluntad de AEPS, a abusar sexualmente de ella. Sorteada la causa, ha correspondido su conocimiento al Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, que luego de realizar la Audiencia Oral de Juzgamiento, valora como prueba: El testimonio de la ofendida AEPS, de 15 años de edad, quien ha manifestado que el 4 de abril del 2010, cerca de las 22H00, ha salido con su padrastro Orluvey Quevedo Cuchillo, con dirección al Bar El Swing, lugar al que ha llegado su amiga, Lucy Medina, con unos militares de nombres Juan Espin, Renato Ayala y Edwin Bunce, formando un solo grupo la ofendida y su padrastro con las personas mencionadas, luego de lo cual se han dirigido a un centro de diversión denominado Calle 8, sitio donde le han brindado un vaso de cerveza, que le ha hecho sentirse desorientada; que cuando se ha dado cuenta, se ha encontrado en el sector de Santa Cecilia, acompañada de Juan José Espin Castillo, Renato Fabián Ayala Bonilla, Edwin Roberto Bunce Morales, Lucy Medina y Ruth, mientras que su padrastro se ha quedado en el centro de diversión mencionado, ingresando a un cuarto donde se ha quedado dormida, que al despertarse se ha percatado que Juan Espin, le ha bajado el short, le ha sacado su ropa interior y luego de

manosearle, ha procedido a meterle su pene en la vagina; que Renato Ayala también ha abusado sexualmente de ella, manifestando en su testimonio que todos estos actos han sido en contra de su voluntad; ya que ella no ha podido defenderse porque su cuerpo no le ha respondido, retomando la conciencia! cuando los agresores ya se han ido al cuartel, y ella ha procedido a retirarse a la casa de Ruth, hasta el día martes, que su madre la ha encontrado con los policías de la DINAPEN; reconociendo la ofendida a los militares Juan José Espin Castillo y Renato Fabián Ayala Bonilla, como las personas que han abusado sexualmente de ella, y a Edwin Bunce Morales como la persona que ha presenciado estos hechos sin haber hecho nada para impedirlos.

- El testimonio del perito médico legista, quien en relación al examen médico legal ginecológico practicado a la ofendida, ha establecido en el tórax anterior y posterior! la presencia de equimosis circular de uno a dos centímetros de diámetro, en región torácica anterior izquierda, junto a la glándula mamaria izquierda; en sus miembros inferiores la presencia de una herida o escoriación superficial, lineal, de 5 a 6 cm en el muslo izquierdo y en el muslo derecho; respecto a la vulva ha establecido a presencia de una vulvo vaginitis, zona hiperemia rojiza, sumamente inflamada, así mismo un edema vulvar notorio, lesión que según ha manifestado es producida por el ejercicio de violencia sobre la vulva, y un himen desgarrado y cicatrizado con bordes irregulares.
- El testimonio del perito, que ha practicado el examen psicológico a la ofendida, estableciendo como síntomas limitación anímica, inhibición

social, necesidad de protección, inseguridad personal y baja autoestima, e ideas obsesivas respecto a la violación.

- Testimonio del policía investigador, quien ha manifestado que en base a la denuncia presentada por la señora Niza Savedra, la madre de la ofendida, ha realizado las respectivas investigaciones, encontrado a la adolescente AEPS, el día 6 de abril, en la casa de Ruth Granda, quienes han indicado que el día anterior, unos militares le habían llevado a un cuarto, ubicado en el sector de Santa Cecilia, donde han abusado sexualmente de AEPS; por lo que se han trasladado al Cuartel 56 Tungurahua, lugar en el que han identificado plenamente a Juan José Espin Castillo, Renato Fabián Ayala y Edwin Bunce Morales. Testimonios de los acusados Juan José Espin Castillo, Renato Fabián Ayala y Edwin Bunce Morales, quienes han aceptado que la ofendida estuvo con ellos esa noche, pero que en ningún caso, abusaron sexualmente de ella. El tribunal juzgador, resolvió en sentencia declarar a Juan José Espin Castillo y Renato Fabián Ayala Bonilla autores; y, Edwin Roberto Bunce Morales encubridor, del delito previsto en el artículo 512.3, del Código Penal, y sancionado por el artículo 513, ibídem; imponiéndoles la pena privativa de libertad de dieciséis años de reclusión mayor especial a Juan José Espin Castillo y Renato Fabián Ayala Bonilla; y, dos años de prisión correccional a Edwin Roberto Bunce Morales.

Resolución que se la ha realizado, sin considerar la falta de acusación de la Fiscalía en la audiencia oral de juzgamiento, en la que ha fundamentado la acusación al señor Juan José Espin Castillo como autor del delito de

violación. Tipificado en el artículo 512.3; y, respecto a los procesados Renato Fabián Ayala Bonilla y Edwin Roberto Bunce Morales se ha abstenido de formular acusación. Sentencia que al ser apelada, ha sido resuelta por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, que ha confirmado en todas sus partes, la sentencia de 6 de julio del 2011, dictada por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos.

Resolución:

Se ha dictado una sentencia condenatoria, por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, pese a que la fiscalía, en el debate se ha abstenido de formular acusación en contra de Renato Ayala y Edwin Bunce, sin considerar que, sin acusación fiscal no hay juicio, y por ende no hay sentencia condenatoria, esto es, que no se han observado reglas del debido proceso.

De conformidad con el artículo 352, del Código de Procedimiento Penal, los vicios de la sentencia recurrida son: errónea interpretación de la ley, por cuanto la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, ha violado el artículo 304 que establecía, que para que exista una sentencia condenatoria debía existir primeramente la materialidad de la infracción, en base a ello establecer la responsabilidad del procesado para poder condenarle; en la sentencia del Tribunal Penal se ha considerado el testimonio del perito médico, quien no ha podido determinar si la vulvo vaginitis fue lo que provoco la hinchazón en la zona vaginal, o fue la penetración del miembro viril por medio de la fuerza, de uno de los

procesados; que exista por tanto contradicción en lo manifestado por la ofendida y el examen toxicológico que establecía un resultado negativo en los exámenes de escopolamina o cualquier sustancia psicotrópica.

Existe una errónea interpretación o violación expresa al texto de la ley, en la sentencia dictada por el Primer Tribunal de lo Penal, por cuanto se condena a José Espin y Renato Ayala como autores del tipo penal del artículo 512.3, y sancionado por el 513, ibídem, con reclusión mayor especial, de dieciséis a veinticinco años, pero al establecer la pena de la que trata el artículo 513, le han condenado a reclusión mayor extraordinaria, conducta que no se subsumía en el tipo manifestado por el Tribunal, en la sentencia que ha sido ratificada por la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos.

Al ser la Fiscalía el titular de la acción penal, y al no haber presentado su acusación en contra de su defendido, no se ha debido continuar con el enjuiciamiento, ya que el acta de audiencia del tribunal, constaba que la Fiscalía. se ha abstenido de acusar al señor Renato Fabián Ayala y a Edwin Bunce, acusando únicamente a Juan Espin, por lo que solicitaba se case la sentencia, y se haga extensivo este efecto de casación a su otro defendido que no ha podido fundamentar, el recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

DEL RECORRENTE JUAN JOSE ESPIN CASTILLO:

En la audiencia de fundamentación del recurso de casación, por medio de su abogado defensor Dr. Omar Santi, manifestó que: Fundamentaba su recurso, en la aplicación indebida del artículo 513. Primera parte, en la

errónea interpretación de los artículos 140, 88, 76. de la Constitución de la Republica, 88 y 140, del Código de Procedimiento Penal. 86. 85, 250 y 252, referentes a los preceptos aplicables a la valoración y de a prueba: el artículo 251, que establece, que si no hay acusación fiscal no hay juicio, y adicionalmente el artículo 144, sobre la imposibilidad de dividir los testimonios de los procesados; el artículo 146 y 84, así como el artículo 75, de la Constitución de la Republica, al no aplicar la proporcionalidad y la motivación de la sentencia: el artículo 82, respecto de la seguridad jurídica y de la debida diligencia que deben prever todas las autoridades respecto del ejercicio efectivo de los derechos de tutela, fundamentalmente la falta de aplicación del artículo 87, del Código de Procedimiento Penal, que establece que las presunciones que el juez o tribunal obtenga en el proceso, se deberán basar en indicios probados, graves precisos y concordantes.

En su testimonio la ofendida, ha manifestado que cuando se ha despertado el día de los hechos, Juan José Espin Castillo ha estado abusando sexualmente de ella, en contra de su voluntad; la construcción de la sentencia se ha basado fundamentalmente en el artículo 512.3, del Código Penal; esto es el acceso carnal con violencia, pero en ninguna parte de la audiencia, ni de la prueba actuada, ni de los elementos formados por la fiscalía, se ha establecido el elemento de violencia. En la propia declaración de la ofendida, ella dice claramente que, Juan Espin le ha bajado el interior y ella tácitamente se ha quedado sin hacer nada; en la declaración de la madre de la ofendida ha manifestado que a su hija le han obligado a irse con ellos, mientras los otros testigos y los acusados han manifestado que ella se

fue por su propia voluntad, y han estado las tres chicas, con los tres acusados, pero que el Tribunal y la Corte Provincial, han dado solo valor al testimonio de la ofendida, no a la prueba en conjunto, rompiendo los presupuestos establecidos por los artículos 87 y 88, que la prueba debe sustentarse en indicios probados, directos, y precisos y concordantes.

El médico legista, ha establecido en la pericia practicada a la ofendida, la existencia de una vulvo vaginitis, a más de eso, el examen vaginal de la ofendida ha demostrado que ella había sido desflorada antiguamente, es decir que la menor había tenido relaciones sexuales anteriormente, creando la duda del origen de la inflamación aludida.

La ofendida al momento de los hechos ha tenido 15 años, 7 meses, de edad; es decir, que era mayor de 14 años, y el Código Penal establece que se castigara con reclusión mayor especial, solamente cuando la víctima sea menor de 14 años, el Tribunal infracciona el tipo penal, e implica o aplica indebidamente el artículo 513, primera parte, debiendo ser lo correcto, la segunda parte del mencionado artículo; por lo manifestado, solicitaba se case la sentencia y se ratifique el estado de inocencia, respecto de la infracción acusada; y, si se consideraba que la valoración del Tribunal, fue justa y acertada, se aplique debidamente el artículo 513, segunda parte; y, adicionalmente, se considere el principio de proporcionalidad al momento de imponer la pena.

DEL SENOR FISCAL GENERAL DEL ESTADO:

El Dr. Arturo Donoso Castello, delegado del señor Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación señaló que: El recurso de casación tiene que circunscribirse a errores de derecho, el artículo 349, del Código de Procedimiento Penal, los establece claramente, el recurrente debe indicar dónde está la violación al derecho a través de la ley, donde está la indebida aplicación de la ley o la errónea interpretación de esta y finalmente, en donde está la contravención expresa de la ley.

Se ha pretendido por parte de los recurrentes, que esta Sala, vuelva a valorar la prueba, lo cual es ajeno al recurso de casación; en este recurso, debe valorarse las violaciones al derecho, primeramente, respecto a la materialidad de la infracción, que en la sentencia en general, tiene que demostrarse donde está la convicción, la formación de criterio de los juzgadores, para llegar a decir que existe la materialidad de la infracción; pero que si se pretende que se haga una nueva valoración de la prueba a pretexto de que los juzgadores no encontraron la materialidad de la infracción, estamos ante hechos que son distintos y ajenos a la casación.

En el presente caso, se ha dicho reiteradamente por todos los recurrentes, que sin acusación fiscal no hay juicio, obviamente, pero esto es para llegar a la etapa del juicio, si en un momento determinado durante la audiencia de juicio el fiscal, dice no encuentro motivo para acusar, ya eso es un hecho diferente al llamamiento a juicio, y el juez o tribunal considerara lo pertinente, decir que si no hay acusación, en el momento del juicio, no puede haber una

sentencia condenatoria, significaría que no necesitaríamos de jueces y solo del fiscal.

En el recurso de casación, se debe establecer, si en la sentencia recurrida, existe la sustentación y la motivación, sobre como los juzgadores han llegado al doble conforme para establecer la materialidad de la infracción; siendo en el presente caso la sentencia coherente con el fallo de primer nivel, discrepando la Fiscalía, respecto al grado de responsabilidad de los acusados, por cuanto si una persona ha estado presente en una violación a una menor de edad, y no ha hecho nada para impedirlo, no se lo podía haber declarado encubridor, por cuanto de conformidad a la comunicabilidad de las circunstancias, quien presencia un acontecimiento teniendo la obligación de impedirlo, equivale a ocasionarlo, habiendo una indebida aplicación de la ley, en la determinación de la responsabilidad.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE LA SALA PENAL.

Del recurso de casación: La Constitución de la República del Ecuador, establece en su artículo lio, que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, entendiéndose por tal al estado sustentado en un conjunto sistemático de normas jurídicas, que a más de precautelar los derechos de las personas, busca garantizar la justicia, equidad e igualdad de todos sus miembros; surgiendo así, las garantías básicas del debido proceso, como uno de los mecanismos que establece el Estado para que el jus puniendi no se convierta en el ejercicio abusivo de su potestad estatal.

El debido proceso es una garantía judicial reconocida en el artículo 76, de nuestra Carta Magna, que tiene como meta última el asegurar la materialización de la justicia y de esta manera la seguridad jurídica, como garantía de estabilidad en base a la existencia de una norma previa, clara, pública y aplicada por autoridad competente.

Una de las prerrogativas del debido proceso es “el derecho de recurrir potestad garantizada en el artículo 76.7.m), de la Constitución de la República. Como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 82 h). Que permite que la persona que se considere afectada o vulnerada en sus derechos, pueda solicitar la revisión o la reconsideración de una decisión que considere atentatoria a sus intereses, a los jueces de superior jerarquía de quien dictó el fallo que se considere atentatorio a sus derechos. Es así, que la normativa legal, establece diferentes medios procesales para ejercer este derecho, surgiendo diferentes tipos de recursos que permiten una reconsideración de hecho o de derecho de una resolución judicial, que va en materia penal, desde el recurso de apelación, nulidad, casación y revisión.

El recurso de casación, “es un derecho impugnatorio, que implica el poder jurídico formal otorgado a un sujeto procesal para deducir el recurso²”, el mismo que es de carácter extraordinario, por cuanto analiza la existencia únicamente de errores de derecho, es especial, facultativo y de efecto suspensivo, por cuanto permite romper o anular una resolución que atente con la genuina y recta aplicación e interpretación de la ley, dictada por un juzgador de instancia corrigiéndose la infracción legal, a través, de los jueces

de casación lo que permitirá reivindicar el respeto a la ley, precautelar el interés público y garantizar la uniformidad de la jurisprudencia.

Este recurso, busca defender el sistema jurídico, a través de un juicio técnico, limitado y formal que se realiza a la legalidad de la sentencia, sin convenirse en un tribunal de tercera instancia, puesto que no le está permitido realizar una nueva revisión nueva de las pruebas, ya percibidas y analizadas, a través de inmediación y contradicción por parte de los juzgadores de instancia; no existiendo por tanto una posibilidad de realizar un reexamen probatorio y menos aún terciar en temas de dialéctica del juzgador. Por tanto, este recurso tiene como fin sustancial el hacer efectivo respeto a la ley y las garantías de quienes intervienen en el proceso penal, “siendo un juicio enmarcado en la dio/o guía de legalidad y necesidad”.

De la fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocados por el recurrente Edwin Roberto Bunce Morales. La sentencia recurrida es la emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, que confirmó la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Sucumbíos, de fecha 6 de julio del 2011, que declaro la culpabilidad de Juan José Espin Castillo y Renato Fabián Ayala Bonilla en el grado de autores y a Edwin Roberto Bunce Morales, en el grado de encubridor, del delito tipificado en el artículo 512.3, del Código Penal, y sancionado en el artículo 513, ibídem.

La mencionada sentencia condenatoria que se emitió por parte del tribunal a quo y ha sido ratificada por el ad quem, no ha considerado que en la audiencia oral de juzgamiento, la fiscalía en sus alegatos finales, se ha

abstenido de formular acusación en contra de los ciudadanos Renato Fabián Ayala Bonilla y Edwin Roberto Bunce Morales, vulnerando normas procesales expresas como son: Artículo 251.- Necesidad de la acusación. La etapa de juicio se sustanciara en base a la acusación fiscal Si no hay acusación fiscal no hay juicio. Artículo 33.- Ejercicio. El ejercicio de la acción penal pública corresponde exclusivamente al Fiscal Constitución de la Republica Art. 169.-E/sistema procesal es un medio para/a realización de la justicia. La normas procesales consagraran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificara la justicia por la sola omisión de formalidades. Código Orgánico de la Función Judicial Art. 19.- Principios dispositivo, de inmediación y concentración.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo f4ado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

En base a lo señalado este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia considera, importante establecer que: “La sentencia es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción de resolver las pretensiones toda sentencia es resultado de premisas que plantean las partes ante el juzgador; en materia penal, estos planteamientos los realiza la Fiscalía, quien ejerce la acción penal publica, es decir la potestad persecutoria e investigativa del Estado: y, por otro lado, los planteamientos que formula la defensa.

Las resoluciones judiciales deben mantener concordancia entre las pretensiones de las partes litigantes y lo resuelto por el juzgador; esta identidad jurídica, se la conoce como principio de congruencia o consonancia, que es una garantía del debido proceso, y una consecuencia lógica de la jurisdicción, como derecho y deber del Estado de administrar justicia, pero limitando el poder discrecional del juez a las pretensiones de los sujetos procesales intervinientes.

La aplicación del principio de congruencia, en el sistema penal acusatorio, en primer lugar permite establecer la distinción de funciones entre las partes procesales como son juez (administrador de justicia), Fiscalía (ente investigador y acusador) y defensa; y, en segundo lugar restringe la actividad jurisdiccional a lo aportado por las partes (principio dispositivo); por tanto, la valoración y la calificación jurídica de los hechos que realiza el juzgador, se ve limitada al avance progresivo de la prueba pedida, ordenada, introducida y practicada por los operadores de justicia. La Fiscalía, es un ente autónomo de la Función Judicial, y es independiente respecto a su actuación dentro del proceso penal público, es por ello que dirige a investigación pre procesal y procesal penal, ejerciendo la acción penal publica en base a varios principios con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De haber merito acusara a los presuntos infractores ante el Juez competente, e impulsara la acusación en la sustanciación del juicio penal. "(Art. 195, de la Constitución de la República del Ecuador).

Es por ello, que los fiscales, cuando están convencidos que el hecho que han investigado constituye delito, instruyen el proceso penal, acopian elementos de convicción, y posteriormente, en la etapa del juicio los presentan como pruebas de la existencia del delito y en base a estos acusan a sus responsables, o también puede ocurrir que en base a los medios probatorios, y el principio de contradicción que opera en especial en la etapa de juicio, se abstengan de hacerlo por cuanto están convencidos que no ha habido ilícito penal que merezca una sentencia.

Es por ello, que la propia Constitución de la República, al indicar *ut supra* que "de haber mérito", les está otorgando a los fiscales, un margen de discrecionalidad que les permite en determinado momento pre procesal o procesal desistir de la acción cuando consideran que no hay pruebas suficientes, para continuar con la persecución penal, o que el hecho, es atípico, lo que equivale a decir, que el fiscal no tiene la obligación de instar una acción solo porque está ante una denuncia esto sería irracional; es por ello, que en el caso sub índice, en base a la prueba incorporada en el juicio, y al no encontrar ningún tipo de responsabilidad penal se abstiene de acusar a Renato Fabián Ayala Bonilla y Edwin Roberto Bunce Morales.

Finalmente, cabe resaltar, que un sistema como el nuestro que se sustenta en el principio dispositivo, para la sustanciación de los procesos judiciales y específicamente penal, queda en manos de la Fiscalía, la decisión de que actos deben ser investigados, y que asuntos deben llegar a juicio, es por ello que no debemos confundir que el fiscal durante la indagación previa y la instrucción fiscal produce elementos de convicción, que pueden dar paso a

una acusación en la etapa intermedia, o para solicitar un sobreseimiento, mas no son la base de una sentencia, que necesariamente declare la culpabilidad del acusado.

Puede ocurrir, como en este caso, que el fiscal que actuó en la etapa de juicio e incorporo los medios de prueba y sometió sus actuaciones a los principios inter a la de inmediación y contradicción, en lugar de acusar y pedir una pena, se abstenga de hacerlo, con lo que, eliminaría los cargos iniciales de su acusación, planteados en el debate de apertura; por lo que el juez, basándose en los principios dispositivo y de congruencia, debe dictar sentencia ratificando el estado de inocencia del ahora recurrente, en vista de que “sin acusación fiscal, no hay juicio”, acusación que no solamente se requiere para que el proceso siga su causa para llegar a la etapa de juicio - cuando existen graves presunciones de existencia del delito y sus responsables- sino también para una sentencia que declare la culpabilidad del procesado.

De considerar el juez, que la actuación del fiscal, no es acorde con la prueba incorporada al juicio, o que existió negligencia en la investigación entre otros actos que le corresponde a la Fiscalía, durante el proceso penal está en la obligación legal de consignar en la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 309.6 del Código de Procedimiento Penal.

El principio de congruencia, es una garantía judicial esencial del procesado en el ejercicio de su derecho a la defensa: al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 20 de junio de 2005, en el caso *Fermin Ramirez vs. Guatemala*, al hablar de la congruencia

de la sentencia señala que, el principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación. Por constituir el principio de coherencia o correlación un corolario indispensable del derecho de defensa, la Corte considera que aquel constituye una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, que los Estados deben observar en cumplimiento de las obligaciones previstas en los incisos b) y c) del artículo 82 de la Convención”.

En base al principio de congruencia, es obligación del juzgador mantener concordancia entre la acusación y la sentencia, y acoger la abstención de la Fiscalía, y a su vez el juzgador de conformidad al aforismo “nullum indicium sine accusatione”, ratificar el estado de inocencia de los mencionados sentenciados; contrariamente a lo manifestado, el Tribunal de Garantías Penales de Sucumbíos, declaró la culpabilidad de los indicados procesados, oponiéndose a la abstención fiscal, atentando al debido proceso, al derecho a la defensa y a la seguridad jurídica, establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Este error, en que también recayó en la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos, al ratificar la sentencia del Tribunal a quo, sin el debido sustento, y afectando las garantías constitucionales y procesales mencionadas: por cuanto la resolución recurrida atenta contra norma expresa que señala, que al no existir acusación fiscal no existirá juicio; este Tribunal de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, rectificando el error del ad quem, ratifica el estado de inocencia del recurrente Edwin

Roberto Bunce, extendiéndose esta resolución a favor del señor Renato Fabián Ayala Bonilla, de conformidad con el artículo 327, del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 82, de la Constitución de la Republica que garantiza la seguridad jurídica, artículo 11.3, que establece que los derechos y garantías son de directa e inmediata aplicación de oficio o a petición de parte, y no puede alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, es así; que pese a no haber recurrido ante la Corte Nacional, el ciudadano Renato Fabián Ayala Bonilla, de igual manera no recibió acusación en el juicio por parte de la Fiscalía; y, precautelando su derecho a la defensa se ratifica de igual manera su estado de inocencia,

Comentario:

En el presente caso que he considerado importante para justificar mi trabajo de tesis puedo analizar que la sentencia recurrida es la emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, que confirmó la sentencia dictada por el Tribunal Primero de Garantías Penales de Sucumbíos, de fecha 6 de julio del 2011, que declaro la culpabilidad de Juan Jose Espin Castillo y Renato Fabian Ayala Bonilla en el grado de autores y a Edwin Roberto Bunce Morales, en el grado de encubridor, del delito tipificado en el artículo 512.3, del Código Penal, y sancionado en el artículo 513, ibidem.

Además en este comentario debo acotar que la mencionada sentencia condenatoria que se emitió por parte del tribunal a quo y ha sido ratificada por el ad quem, no ha considerado que en la audiencia oral de juzgamiento, la fiscalía en sus alegatos finales, se ha abstenido de formular acusación en contra de los ciudadanos Renato Fabian Ayala Bonilla y Edwin Roberto Bunce Morales, vulnerando normas procesales expresas como son: Artículo 251.- Necesidad de la acusación. La etapa de juicio se sustanciara en base a la acusación fiscal Si no hay acusación fiscal no hay juicio. Artículo 33.- Ejercicio. El ejercicio de la acción penal pública corresponde exclusivamente al Fiscal. En este caso se vulneraron derechos consagrados en la Constitución de la República, en el Art. 169y 195; el Código Orgánico de la Función Judicial, en el Art. 19 y finalmente la Convención Americana de Derechos Humanos hace referencia en el Art. 8.1, literal b) y c) del principio de congruencia que significa la coherencia o de correlación entre acusación y sentencia.

Segundo Caso.

Datos

Juzgado Penal: Nro. 0804-2012
Resolución: Nro. 1596-2012
Delito: DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA
Recurso: Casación
Fecha: Quito, 19 de diciembre de 2012

Versión del Caso:

De la sentencia recurrida, consta que la Primera Sala del Tribunal Constitucional, mediante Resolución No. 1408-06-RA, de 12 de septiembre de 2007, publicada en el R.O. No. 179, de 27 de septiembre de 2007, resuelve conceder la acción de amparo, propuesta por Sandra Patricia Leon Campana, contra Jorge Alfredo Cajamarca Malucin y Ab. Jimena Calle Regalado, en calidades de Alcalde y Procuradora Sindica, del Municipio de Mera, respectivamente, devolviendo el expediente al juez de instancia para su cumplimiento, ante lo cual, la Sala de la Corte Superior de Justicia de Puyo, mediante providencias de 9 y 30 de octubre de 2007, dispone a dichos funcionarios den cumplimiento a la sentencia emitida por la Sala Constitucional, en el término de 72 horas, sin que lo hayan hecho; por este motivo, previo el procedimiento legal correspondiente, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Pastan, en sentencia de 4 de junio de 2012, a las 10h43, condena a Jorge Alfredo Cajamarca Malucin, ex Alcalde del Municipio de Mera, a la pena de diez días de prisión correccional, por considerarlo autor del delito de desobediencia a orden de autoridad competente, desacato, tipificado y sancionado en el Art. 234, del Código Penal; y, a la abogada Gladys Jimena Calle Regalado, ex Procuradora Sindica, del mismo Municipio, a la pena de cinco días de prisión correccional, por considerarla cómplice del indicado delito, dejando sin embargo, en suspenso las penas impuestas a los sentenciados, de la cual, han interpuesto recurso de casación.

ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACION DEL RECURSO

Del recurrente Jorge Alfredo Cajamarca Malucin. En el escrito de fundamentación del recurso, el abogado del recurrente, doctor Rigoberto Ibarra Arboleda, dice que el recurso se basa en que el sistema penal vigente en el Ecuador es el acusatorio, y es por ello, que el Art. 195, de la Constitución de la Republica, el fiscal dirigirá la investigación pre procesal y procesal penal; que de hallar merito acusara a los presuntos infractores, conforme a los Arts. 33, 65 y 251, del Código de Procedimiento Penal, que dice si no hay acusación fiscal no hay juicio; es por ello, que el fiscal al ser titular de la acción pública, y cumpliendo su función de forma objetiva, al haberse demostrado su no participación en el presente caso, se ha abstenido de acusarles, y, sin embargo, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, ha contravenido el texto de los artículos antes detallados, dictando sentencia condenatoria en su contra, por el delito de desacato; que al no haberse observado los preceptos constitucionales y legales, dichos jueces, han vulnerado sus derechos, entre ellos, el de presunción de inocencia, contemplado en el Art. 76.2, así como las normas básicas del debido proceso, ya que los jueces se han atribuido funciones que no les compete, tratándose de un error in iudicando, por lo que la Sala debe casar la sentencia; que otro de sus fundamentos, y por el cual, se ha contravenido expresamente el texto de la ley, es el hecho que el delito de desacato implica desobediencia a las autoridades y, en el caso, el original de la notificación en el que se pide cumplan con la resolución de la Corte Constitucional, nunca apareció en el proceso; es decir, no cumplió con la

resolución por falta de conocimiento; no obstante, al tener conocimiento ha dispuesto el reintegro de la funcionaria, por lo que, en ningún momento ha desacatado orden alguna y por ello, la Fiscalía se ha abstenido de acusarle, por lo que solicita se acepte el recurso de casación.

Resolución.-

Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, según lo que dispone el artículo 358, del Código de Procedimiento Penal, casa la sentencia dictada por la Sala Única 4e la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, enmendando la violación legal por ellos incurrida, por lo que se confirma el estado de inocencia de los recurrentes Jorge Alfredo Cajamarca Malucin y Gladys Jimena Calle Regalado. Devuélvase el proceso a la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, para los fines legales pertinentes. Dejase sin efecto las medidas cautelares personales y reales que pesen sobre los recurrentes. Actúe la doctora Martha Vilarroel Villegas, como secretaria encargada. NOTIFIQUESE.-

Comentario:

El presente caso hace referencia a un Delito contra la Administración Publica, De la sentencia recurrida, consta que la Primera Sala del Tribunal Constitucional, mediante Resolucion No. 1408-06-RA, de 12 de septiembre

de 2007, publicada en el R. O. No. 179, de 27 de septiembre de 2007, resuelve conceder la acción de amparo, propuesta por Sandra Patricia Leon Campana, contra Jorge Alfredo Cajamarca Malucin y Ab. Jimena Calle Regalado, en calidades de Alcalde y Procuradora Sindica, del Municipio de Mera.

En la sentencia el juez resuelve condenar a Jorge Alfredo Cajamarca Malucin, ex Alcalde del Municipio de Mera, a la pena de diez días de prisión correccional, por considerarlo autor del delito de desobediencia a orden de autoridad competente, desacato, tipificado y sancionado en el Art. 234, del Código Penal; y, a la abogada Gladys Jimena Calle Regalado, ex Procuradora Sindica, del mismo Municipio, a la pena de cinco días de prisión correccional, por considerarla cómplice del indicado delito, pero lo que la Sala Única de la Corte Provincial de Pastaza no toma en cuenta es que en este caso se contravienen normas expresas tipificadas en el Art. 195, de la Constitución de la República, el fiscal dirigirá la investigación pre procesal y procesal penal; que de hallar merito acusara a los presuntos infractores, conforme a los Arts. 33, 65 y 251, del Código de Procedimiento Penal, que dice si no hay acusación fiscal no hay juicio; es por ello, que el fiscal al ser titular de la acción pública, y cumpliendo su función de forma objetiva, al haberse demostrado su no participación en el presente caso, se ha abstenido de acusarles, y, sin embargo, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Pastaza, ha contravenido el texto de los artículos antes detallados, dictando sentencia condenatoria en su contra.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de objetivos.

Para el estudio de la presente problemática me he planteado un Objetivo General y cinco Específicos que a continuación los detallo, procediendo a la verificación de los mismos, en base a la doctrina y acopio empírico desarrollado durante la presente tesis:

Objetivos.

General:

- **Incorporar en el Código Integral Penal COIP ecuatoriano la normativa que regule el caso en el que el Fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.**

El objetivo general no sólo ha sido verificado, sino que lo pude desarrollar, como se puede observar en el trascurso del presente trabajo investigativo, particularmente en el desarrollo tanto de las encuestas como de las entrevistas.

En la entrevista lo verifique con la aplicación de la primera y sexta pregunta aplicadas a los Jueces de los Tribunales de Garantías Penales de Loja y con las encuestas lo verifique con la primera y sexta pregunta aplicadas a profesionales del derecho de la ciudad de Loja, donde la mayoría de los entrevistados y encuestados manifiestan que el COIP, no establece el

procedimiento a seguir en el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales y en la sexta pregunta los entrevistados sugieren propuestas de reforma al COIP para este problema jurídico.

Objetivos Específicos.

- **Analizar la normativa penal referente al procedimiento ordinario contenido en el COIP.**

El presente objetivo se verifico con el estudio del Marco jurídico, en el punto 4.3; y en el Marco Doctrinario en el punto 4.2, donde se aborda esta normativa con detalle.

- **Realizar un estudio teórico doctrinario referente a la temática propuesta.**

El presente objetivo se verifico con el estudio de doctrina de diferentes autores como del Marco Jurídico, en el punto 4.3 y los sub temas que este contiene; y en el Marco Doctrinario en el punto 4.2 y los sub temas que este contiene; de igual manera lo constaté con el punto 4.4 y demás subcontenidos en cuanto a la legislación comparada.

- **Realizar un estudio de la legislación comparada sobre la normativa que regule el caso en el que el Fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.**

El presente objetivo se verifico con el estudio del punto 4.4 de la temática Legislación Comparada donde se hace referencia a jurisprudencia de países vecinos como Perú, Chile, Venezuela, Colombia y Argentina.

- **Realizar un estudio de casos relacionados con la problemática planteada en los tribunales de garantías penales de la ciudad de Loja.**

El presente objetivo se verifico con el estudio de Estudio de Casos, que se encuentra contenido en el punto 6.3, donde se incorporan dos caso relacionados con la temática propuesta y se evidencia la necesidad de incorporar una normativa que regule el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

- **Realizar una propuesta de reforma incorporando la normativa que regule el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el órgano jurisdiccional o tribunal de garantías penales.**

El presente objetivo se verificó con la sexta pregunta contenida en la encuesta y entrevista aplicada a jurisconsultos y jueces de los tribunales de garantías penales de Loja, respectivamente; y con el punto 7.3 y 7.4 de la presente tesis.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

Hipótesis General.

- **El ineficiente desarrollo normativo en el Código Orgánico Integral Penal, para el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, genera como consecuencia dos aspectos: el primero que los juzgadores resuelvan dicho caso sin un adecuado marco legal que regule el procedimiento a seguir, y que se produzcan afectaciones al debido proceso y a principios tales como: principio acusatorio, dispositivo, imparcialidad del juez, principio de congruencia, necesidad de la acusación, seguridad jurídica, derecho a la defensa.**

Definición operacional.-

Se refiere a la falta de un eficiente marco normativo en el COIP, para el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales

Indicador.-

Ausencia o presencia de normas jurídicas en el COIP que regulen el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

Ítem.-

Grado de calidad de las normas jurídicas en el COIP que regulen el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

Ausencia o presencia de normas que regulan el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales en relación con la legislación comparada.

Sub hipótesis.

- **Los juzgadores resuelven dicho caso sin un adecuado marco legal que regule el procedimiento a seguir**

Definición operacional.-

Se refiere a que, como consecuencia de un ineficiente desarrollo normativo en el COIP, para el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, los jueces resuelven estos casos sin un adecuado marco legal que regule el procedimiento a seguir.

Indicador.-

Número de casos en los que el fiscal en la audiencia de juicio se abstiene de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, y los jueces absuelven al procesado.

Número de casos en los que el fiscal en la audiencia de juicio se abstiene de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, y los jueces condenan al procesado.

Ítem.-

Criterios y fuentes del derecho citadas por los jueces para motivar sentencias cuando ratifican el estado de inocencia, en el caso en el que

fiscal en la audiencia de juicio se abstiene de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

Criterios y fuentes del derecho citadas por los jueces para motivar sentencias condenatorias, en el caso en el que fiscal en la audiencia de juicio se abstiene de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

- **Afectaciones al debido proceso y a principios tales como: acusatorio, dispositivo, imparcialidad del juez, principio de congruencia, necesidad de la acusación, seguridad jurídica, derecho a la defensa.**

Definición operacional.-

Asimismo, debido al ineficiente desarrollo normativo en el COIP, para el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, se producen afectaciones al debido proceso y a los principios indicados.

Indicador.-

Casos en los que por falta de un procedimiento que regule en el COIP, el evento en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, genera violaciones al debido proceso y a los principios enunciados.

Ítem.-

Casos en los que se han inobservado las reglas del debido proceso y los principios: acusatorio, dispositivo, imparcialidad del juez, congruencia,

necesidad de la acusación, seguridad jurídica, derecho a la defensa, cuando el fiscal se abstiene de acusar al acusado ante el tribunal de garantías penales y los jueces han emitido sentencias condenatorias, por falta de un adecuado marco legal en el COIP que regule el procedimiento a seguir.

7.3. Fundamentación jurídica de la Propuesta de Reforma.

La Constitución de la República del Ecuador en el Título II, en el Capítulo VIII, denominado Derechos de Protección y las atribuciones que tiene la Fiscalía General del Estado, en el Artículo 75 dice: “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...”; además el artículo innumerado 76 dice que: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso...” ; el Art.- 80 tipifica que: “Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles...” el Art.- 82 dice que: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; el Art.- 172 hace referencia a los Principios de la Función Judicial que dice que: “Las juezas y jueces administrarán justicia con

sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.” El Art.- 194 dice que: “La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.” y finalmente el Art.- 195 de la misma carta magna dice 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.

De la misma manera en concordancia con la Constitución de la República, el Código Orgánico Integral Penal tipifica el principio de mínima intervención, además los delitos de acción pública, el principio de oportunidad, la abstención fiscal, los sujetos procesales entre otros, en los artículos que describo a continuación, el Art.- 3 hace referencia el Principio de mínima

intervención que dice que: “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.”; de la misma manera el Art.- 409 dice que: “Acción penal.- La acción penal es de carácter público.”; seguidamente el Art.- 412 hace referencia al Principio de oportunidad y dice que: “La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos.” Y en el mismo artículo, en el numeral 2 dice: “En aquellas infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal. La o el fiscal no podrá abstenerse de iniciar la investigación penal en los casos de delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delincuencia organizada, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos de odio, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y delitos contra la estructura del Estado constitucional de derechos y justicia.”; el Art.- 439 hace referencia a los Sujetos procesales; el Art.- 580 contiene las Finalidades de la investigación previa “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...”; el Art.- 600, se refiere al Dictamen y abstención fiscal; y finalmente el Art.- 609 del mismo COIP tipifica que:

“Necesidad de la acusación.- El juicio es la etapa principal del proceso. Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal.

El Código Orgánico de la Función Judicial, en lo pertinente del presente tema, hace reseña que el Art.- 104 tipifica la Responsabilidad administrativa dice que: “Las servidoras y los servidores de la Función Judicial serán sancionados por las infracciones disciplinarias que incurrieren en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo regulado en este Capítulo, independientemente de las responsabilidades civiles o penales que hubieren lugar. En cualquier tiempo, de presumirse motivadamente la existencia de un delito de acción pública, se remitirán los antecedentes al Fiscal General del Estado, a los fiscales distritales o agentes fiscales, según corresponda.”; el Art.- 281 indica la Naturaleza jurídica, dice que: “La Fiscalía General del Estado es un organismo autónomo de la Función Judicial, con autonomía económica, financiera y administrativa. Tiene su sede en la capital de la República.”; y, el Art.- 282 señala las Funciones de la Fiscalía General del Estado, indicando que “A la Fiscalía General del Estado le corresponde: 1. Dirigir y promover, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes, en casos de acción penal pública; de hallar mérito acusar a los presuntos infractores ante el Juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal; 2. Dirigir y coordinar las actuaciones de la Policía Judicial en las indagaciones previas en las etapas del proceso penal. 3. Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados,

en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria; 4. Dirigir, coordinar y supervisar las funciones de intercambio de la información y pruebas sobre nacionales o extranjeros implicados en delitos cometidos en el exterior, cuando así lo prevean los acuerdos y tratados internacionales; 5. Dirigir y coordinar el Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que contará con la ayuda de organismos gubernamentales y no gubernamentales con el fin de establecer, de manera técnica y científica, procedimientos estandarizados para la práctica de la pericia médico legal; 6. Conceder y revocar las correspondientes habilitaciones o acreditaciones, al personal de la Policía Judicial; 7. Expedir en coordinación con la Policía Nacional los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones de la Policía Judicial; 8. Apoyar técnicamente a las personas que hacen sus prácticas pre profesionales en la Fiscalía General del Estado; 9. Organizar y dirigir el sistema de protección de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal; y, 10. Las demás determinadas en la Constitución y la ley.

8. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Del estudio jurídico de la normativa contenida en el Código Orgánico Integral Penal sobre la etapa de juicio, se puede determinar que no existe el procedimiento a seguir en el caso que el fiscal se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

SEGUNDA.- De la revisión doctrinaria realizada en el presente trabajo de investigación, se puede concluir que los expertos indican que al observar los principios acusatorio, la facultad del fiscal para acusar o abstenerse, la necesidad de la acusación para que haya juicio, etc.

TERCERA.- Del estudio de la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, se puede determinar que en las provincias de Sucumbíos y Pastaza, en los dos casos el tribunal de garantías penales o la sala penal de dichos cantones condenaron a los procesados, y la Corte Nacional de Justicia los absuelve, ratificando el estado de inocencia de los procesados.

CUARTA.- De las entrevistas aplicadas a los jueces de los tribunales de garantías penales de Loja se establece que cuando el fiscal se abstiene de acusar al procesado, en todos los casos han sido absueltos, ratificándose su estado de inocencia.

9. RECOMENDACIONES.

PRIMERA.- Que la Constitución de la República del Ecuador, el Título II, Derechos, en el Capítulo Octavo, se refiere a los Derechos de Protección de manera particular en los Artículos 75 y 76, por ende la Asamblea Nacional proceda a reformar el Código Orgánico Integral Penal COIP, incorporando disposiciones que regulen en la etapa de juicio el procedimiento a seguir en el caso que el fiscal se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

SEGUNDA.- Que la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Loja, planifique eventos de formación jurídica con la participación de jueces, profesionales, estudiantes con la finalidad de que se capaciten, planteen buenas prácticas y la línea jurisprudencial a seguir en el caso en el que el fiscal se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, observando las normas constitucionales y de más normas del ordenamiento jurídico así como los pronunciamientos de la sala penal de la Corte Nacional de Justicia, sobre este caso.

TERCERA.- Que el Consejo Nacional de la Judicatura posterior a entrar en vigencia en el Registro Oficial la presente propuesta de reforma jurídica, a la brevedad posible se establezca el procedimiento a seguir de manera clara, observando los principios constitucionales, penales y tratados ratificados por el Ecuador.

CUARTA.- Que las Universidades del país y de la localidad igualmente socialicen el tema propuesto con los estudiantes de derecho para que se plantee la reforma más adecuada y eficiente para la solución del problema descrito en la presente problemática de investigación

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL COIP.

PROPUESTA DE REFORMA



REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente reforma, pretende incorporar, de manera eficiente, en el Código Orgánico Integral Penal, la normativa procesal que regule el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, debido a que en dicho Código no se ha establecido el procedimiento que se debe seguir para este caso y los jueces resuelven este evento sin contar con un marco legal adecuado, produciéndose así violaciones a derechos, principios y garantías constitucionales.

Por ello, observando la normativa constitucional y demás preceptos de nuestro ordenamiento jurídico se planteará la presente reforma.

**EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

CONSIDERANDO:

Que el Art. 1 de la Constitución de la República establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia.

Que el Art. 76 de nuestra Norma Suprema señala 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:

Núm. 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

Núm. 7. El derecho a la defensa incluirá las siguientes garantías: k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente.

Que: El Art. 82 de nuestra Norma Suprema indica que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Que: El Art. 168.6 de nuestra Constitución prescribe que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Que: El Art. 169 de nuestra Constitución determina que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Que: El Art. 195 de la Constitución prescribe 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: El Art. 426 de la Constitución del Ecuador en su inciso segundo expresa que las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Que: El Art. 140 del Código Orgánico de la Función Judicial determina las omisiones sobre puntos de derecho.- La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Esta última disposición no será aplicable cuando en esta forma se puedan vulnerar derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Que: El Código Orgánico Integral Penal en su Art. 2 indica que en materia penal se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de la República, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y los desarrollados en este Código.

Que: El Art. 5 del COIP señala que el derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

Núm. 15. Impulso procesal: corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.

Núm. 19. Imparcialidad: la o el juzgador, en todos los procesos a su cargo, se orientará por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la Ley.

Que: El Art. 410 del COIP establece en el Inc. Segundo que el ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa.

Que: El Art. 609 del COIP expresa sobre la necesidad de la acusación que.- El juicio es la etapa principal del proceso. Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal.

Que: La Disposición General Primera del COIP determina que en lo no previsto en este Código se deberá aplicar lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código de Procedimiento Civil, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral.

En uso de las facultades que le confiere la Constitución de la República del Ecuador y la Ley expide la siguiente:

REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

PRIMERA.- Después del artículo 609 del Código Orgánico Integral Penal añádase el siguiente artículo innumerado:

“En cualquier momento de la audiencia de juicio, el fiscal podrá abstenerse de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, siempre que se observen las siguientes reglas:

1. El fiscal dirigirá su petición de forma verbal ante el tribunal de garantías penales haciéndoles conocer a los juzgadores su decisión de abstenerse de acusar al procesado/s, la misma que contendrá los argumentos claros y precisos en los que se fundamentara para tomar dicha decisión,
2. El tribunal de garantías penales, bajo la prevención de que es responsabilidad exclusiva de la fiscalía acusar o abstenerse, observando los principios: acusatorio, de congruencia, dispositivo y en concordancia con el artículo 609 del COIP que dice: el juicio se sustancia sobre la base a la acusación fiscal, el tribunal acogerá la abstención de la Fiscalía y ratificará el estado de inocencia del procesado/s.
3. De considerar el tribunal, que la actuación del fiscal, no es acorde con la prueba incorporada al juicio, o que existió negligencia en la investigación entre otros actos que le corresponde a la Fiscalía, durante el proceso penal, el tribunal está en la obligación legal de consignar en la sentencia, la existencia o no de una indebida actuación por parte del fiscal o defensor privado o público. En tal caso se notificará la sentencia a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura para el trámite correspondiente.

La presente Reforma entrará en vigencia a partir de su promulgación y publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional ubicada en el Distrito
Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a losdías del mes de
.....de 2016

f) Presidente (a)

f) Secretario (a) General

10. BIBLIOGRAFÍA.

- Alban Gomez, Ernesto. Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Edición 2015.
- African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 48/90, 50/91, 52/91 y 89/93 Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers' Committee for Human Rights, Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa v Sudan, párr. 64; del mismo órgano, Communication 222/98 and 229/99, Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan.
- Angulo, 2002
- Binder Alberto, Introducción al derecho penal, Editorial Ad. Hoc, Buenos Aires 2005.
- Bovino Alberto, Principios Políticos del Procedimiento Penal, editorial Del Puerto, Buenos Aires 2005.
- BROOMHALL, Bruce, op. cit. (nota 1).
- BUCHELI, Rodrigo, "Justicia Penal Ecuatoriana", Editorial Jurídica del Ecuador, Quito Ecuador, 1992.
- BIDDISS, Michael D., "From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: A historical analysis of the limits of international criminal accountability", en Thakur, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.), op. cit., nota 3.
- CASSESE, Antonio, International Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2003.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero v Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 77; en el mismo sentido, Caso Tibi v Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
- CAFLISCH, Lucius, "The Rome Statute and the European Convention on Human Rights", en Human Rights Law Journal, Alemania, vol. 23, no. 1-4, 30 septiembre 2002.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Nueva Edición. Editorial Heliasta S.R.L
- Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador. 2015
- Constitución de la República del Ecuador.
- Constitución de la República del Perú.
- Constitución de la República de Chile.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
- Constitución de la República de Colombia.
- Constitución de la República de Argentina.
- Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición 2015.
- Código de Ética de la Fiscalía General del Estado.
- Convención Europea.
- Convención Americana.
- Carta Africana.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) vs Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001.

- Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno. Edición 2000
- DIMITRIJEVIĆ, Vojin, “Justice Must Be Done and Be Seen to Be Done: The Milosevic Trial”, en East European Constitutional Review, EUA, vol. 11, no. 1-2, 2002.
- DIMITRIJEVIC, Vojin y Marko, MILANOVIC, op. cit. nota 23.
- DIMITRIJEVIC, Vojin y Milanovic, MARKO, “Human rights provisions in conventional sources of international criminal law and their effects on international criminal justice”, en The status of international treaties on human rights, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2006.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
- Estatuto de la Corte Penal Internacional.
- European Court of Human Rights, Case of Gașiorowski v. Poland, Judgement (Merits and Just Satisfaction), 17 octubre 2006.
- European Court of Human Rights, Case of Croissant v Germany, Judgment (Merits), 25 septiembre 1992.
- European Court of Human Rights, Case of Quaranta v Switzerland, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 24 mayo 1991.
- International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule", Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, párrs. 42-47, en el que el TPIY hace un análisis sobre su propia legalidad. Sobre el mismo tema pero respecto del TPIR cfr. The Prosecutor versus Joseph

Kanyabashi, Decision on the Defense Motion on Jurisdiction, 18 junio 1997.

- International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Prosecutor v Milomir Stakić, Judgement of 31 July 2003, in toto.
- International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Slobodan Milosevic v Prosecutor, Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber's Decision on the Assignment of Defense Counsel, 1 noviembre 2004, in toto; también, del mismo tribunal, Case Information Sheet "Kosovo, Croatia & Bosnia" (IT-02-54) Slobodan Milošević.
- International Tribunal for the Former Yugoslavia, Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Judgement, 27 septiembre 2006, párrs. 1206, 1212, 1213 y 1235.
- LAMB, Susan, "Nullum crimen, nulla poena sine lege in International Criminal Law", en CASSESE, Antonio, et al., The Rome Statute of the International Criminal Law: A Commentary, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 733-766; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, La Corte Penal Internacional, 2a ed., México, INACIPE, 2004.
- LAUREN, Paul G., "From impunity to accountability: Forces of transformation and the changing international human rights context", en Thakur, Ramesh y Malcontent, Peter (comps.), From Sovereign Impunity to International Accountability, Nueva York, United Nations University Press, 2004.

- La sentencia al “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etcétera — causa N° 17.768—”
- López Cedeño, Jesús Alberto. La Abstención Fiscal Acusatoria en la Etapa del Juicio.
- LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena M., Martín MARTÍNEZ, La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad, Barcelona, Ariel, 2001.
- Mestre, 2011.
- Neuman Elías, 2005.
- Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica.
- Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos
- RATNER, Steven R. y Abrams, JASON S., Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy, 2a ed., Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 10.
- Rusconi Maximiliano, Derecho Penal. Parte General, Editorial Ad Hoc, 2da Edición, Buenos Aires, 2009, p. 47
- Roxin, 2000
- ROBINSON, Patrick L., “Ensuring Fair and Expeditious Trials at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, en European Journal of International Law, Italia, vol. 11, no. 3, 2000, p. 583.
- Resolución 827 de 25 de mayo de 1993, y Resolución 955 de 8 noviembre de 1994. Sobre la historia de su creación y su contexto, cfr., Barria, Lilian A. y Roper, Steven D., “How Effective are International

Criminal Tribunals? An Analysis of the ICTY and the ICTR”, en *The International Journal of Human Rights*, Inglaterra, vol. 9, no. 3, septiembre 2005, pp. 350-355; y, Forsythe, David P., “International Criminal Courts: A Political View”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Países Bajos, vol. 15, no. 1, marzo 1997.

- Rombola, Nestor Darío y Reboiras, Lucio Martin. *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Editorial Ruy Díaz. Edición 2005.
- SCHABAS, William A., “Criminal Responsibility for Violations of Human Rights”, en Symonides, Janusz (comp.), *Human Rights: International Protection, Monitoring Enforcement*, Aldershot, UNESCO, 2002, pp. 296-298.
- Sobre el principio de no retroactividad, European Court of Human Rights, *Case of Streletz, Kessler and Krenz v Germany*, Judgement (Merits), 22 marzo 2001, párrs. 49-108.
- UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, “Uganda: ICC indictments to affect northern peace efforts, says mediator”, en *GlobalSecurity.org*, <http://www.globalsecurity.org/military/library/news/2005/10/mil-051010-irin02.htm> (consultado el 17 de febrero de 2007). Aunque, finalmente el gobierno de Uganda presentó la situación a la CPI mientras el conflicto aún continuaba.
- VAN DEN WYNGAERT, Christine y, Tom, ONGENA, “Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty”, en CASSESE, Antonio, et al., *op. cit.*, nota 28, pp. 705- 729.

- Velásquez, Fernando, Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997, p. 113. La Política Criminal está relacionada con el control social que sirve para la supervivencia del conglomerado social y que inicialmente fue ejercido por los individuos y actualmente está en cabeza de las instituciones estatales.
- VILLALPANDO, Santiago y Luigi, CONDORELLI, “Can the Security Council Extend the ICC's Jurisdiction?”, en CASSESE, Antonio, et al., op. cit. supra, pp. 571-582.
- Villanueva, 2011.
- Vitale, 2004, pág. 35.
- Zafaroni, Eugenio Raúl. (2005). Tratado de Derecho Penal. Argentina: Ediar.

Direcciones Web.

- http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas_penales/Ensayo_8.pdf
- http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas_penales/Ensayo_8.pdf
- <http://cvalladolidrivera.galeon.com/>
- <http://tribbius.com/terminos/terminos-juridicos/disposicion-juridica/>
- <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>
- <http://www.derecho.com/c/Disposici%C3%B3n>
- <http://www.redes-cepalcala.org/inspector/DERECHO/DICCIONARIOS/DICCIONARIO-1.htm>

- <http://www.derechoecuador.com/servicio-al-usuario/diccionario-juridico/diccionario-juridico--de-?l=F>
- <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derecho-penal/2015/01/19/procedimiento-directo-en-el-proceso-penal--->
- <http://www.fiscalia.gob.ec/images/biblioteca/EticaFGE.pdf>

11. ANEXOS.

11.1. MODELO DE ENCUESTA.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ENCUESTA

Señor abogado/a le solicito de la manera más respetuosa y comedida que se sirva responder a las siguientes preguntas que a continuación se proponen. Información que será utilizada para el análisis de mi trabajo de investigación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

Tema: “Necesidad de incorporar en el Código Orgánico Integral Penal, una disposición normativa que regule el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.”

1. *Considera usted que:*

- a) El Código Orgánico Integral Penal ha establecido el procedimiento a seguir para el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

Si ()

No ()

b) Si la respuesta anterior es negativa, considera usted que la falta de un procedimiento adecuado en el COIP, que regule el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, genera violaciones a:

- Reglas del debido proceso ()
- Principio acusatorio ()
- Principio dispositivo ()
- Principio de imparcialidad del juez ()
- Principio de congruencia ()
- Necesidad de acusación ()
- Derecho a la Seguridad Jurídica ()
- Derecho a la defensa ()

2. ¿Conoce usted, casos en los que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales?

Si () No ()

3. ¿Qué resolución emitieron los jueces del tribunal de garantías penales en el evento en el cual el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado?

- Sentencia ratificatoria del estado de inocencia del procesado ()
- Sentencia condenatoria al procesado ()

4. En base a qué criterios o fuentes del derecho los jueces del tribunal de garantías penales emitieron sus sentencias en el evento en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado?

- Jurisprudencia Local ()
- Jurisprudencia nacional ()
- Doctrina ()
- Constitución de la República ()
- Otras fuentes () ¿Cuáles?.....

5. De acuerdo a las respuestas marcadas anteriormente, indique el contenido de las fuentes del derecho citadas por los jueces para el caso planteado.

.....
.....

6. ¿Qué planteamientos sugiere usted como propuesta de reforma al COIP, para el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales? Porque?

.....
.....

GRACIAS

11.2. MODELO DE ENTREVISTA.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ENTREVISTA

Señores Jueces de los Tribunales de Garantías Penales de Loja, les solicito de la manera más respetuosa y comedida que se sirvan responder a las siguientes preguntas que a continuación se proponen. Información que será utilizada para el análisis de mi trabajo de investigación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

Tema: “Necesidad de incorporar en el Código Orgánico Integral Penal, una disposición normativa que regule el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales”

7. *Considera usted que:*

d) ¿El Código Orgánico Integral Penal ha establecido el procedimiento a seguir en el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales?

Si ()

No ()

e) Si la respuesta anterior es negativa, considera usted que la falta de un procedimiento adecuado en el COIP, que regule el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, genera violaciones a:

- Reglas del debido proceso ()
- Principio acusatorio ()
- Principio dispositivo ()
- Principio de imparcialidad del juez ()
- Principio de congruencia ()
- Necesidad de acusación ()
- Derecho a la Seguridad Jurídica ()
- Derecho a la defensa ()

8. ¿Ha conocido usted, casos en los que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales?

Si () No ()

9. Cuándo se han presentado casos en los que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, en base a qué criterios, los jueces han resuelto dicho evento? Cite el contenido y las fuentes del derecho empleadas por los juzgadores en estos casos.

.....
.....

10. ¿Las sentencias emitidas en los casos que el fiscal en la audiencia de juicio se abstuvo de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales, han sido ratificadorias del estado de inocencia del procesado o condenatorias?

.....

11. ¿Conoce usted como han resuelto los jueces en los países vecinos, el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales? Si la respuesta es afirmativa, indique los criterios aplicados en dichos casos.

.....

.....

12. ¿Qué planteamientos sugiere usted como propuesta de reforma al COIP, para el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales? Porque?

.....

.....

GRACIAS

11.3. PERFIL DEL PROYECTO.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

**MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO**

TEMA

“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL COIP ECUATORIANO, UNA DISPOSICIÓN NORMATIVA QUE REGULE EL CASO EN EL QUE EL FISCAL EN LA AUDIENCIA DE JUICIO SE ABSTENGA DE ACUSAR AL PROCESADO ANTE EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES”

Proyecto de Tesis previo a la obtención del Título de Abogado.

AUTOR:

➤ *Wilmer Ramiro Tapia Pinta.*

**LOJA-ECUADOR
2016**

1. TEMA.

“NECESIDAD DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL COIP ECUATORIANO, UNA DISPOSICIÓN NORMATIVA QUE REGULE EL CASO EN EL QUE EL FISCAL EN LA AUDIENCIA DE JUICIO SE ABSTENGA DE ACUSAR AL PROCESADO ANTE EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES”

2. PROBLEMÁTICA.

El presente trabajo tiene su importancia en análisis del Código Orgánico Integral Penal y en la incorporación de una normativa legal que permita encontrar una solución viable y legal en el momento en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado.

El proceso penal está marcadamente condicionado por los principios constitucionales estipulados en la Constitución de la República del Ecuador, en este caso puntualmente hare referencia al principio de oportunidad y mínima intervención penal, tipificado en el Art. 195, de tal modo que las personas para poder acceder a la justicia, deben someterse a una serie de procedimientos que les impone la Ley, tales formalidades constituyen una garantía de carácter constitucional para las partes. Los derechos y garantías constitucionales que han de respetarse en un proceso, constituyen una de las expresiones del derecho a la libertad, de ahí que adquieren un rango de derechos y garantías fundamentales que todos debemos observar, más aún quienes administramos justicia.

Frente al delito el Estado tiene dos posibilidades: una preventiva y otra represiva. Las dos opciones forman parte de la ingeniería o diseño de la Política Criminal que un Estado en particular adopta para enfrentar este fenómeno social.¹²⁹

¹²⁹ Cfr. Velásquez, Fernando, Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997, p. 113. La Política Criminal está relacionada con el control social que sirve para la supervivencia del conglomerado social y que inicialmente fue ejercido por los individuos y actualmente está en cabeza de las instituciones estatales.

Respecto de los delitos de acción pública, estos se subdividen considerando el modo en que la infracción legal que son puestos a conocimiento del Ministerio Público, órgano encargado de la investigación y prosecución penal. Los delitos de acción pública en los que el titular de la acción penal es el fiscal, pueden originarse en una denuncia, parte policial informativo o de oficio por el Ministerio Público.

3. JUSTIFICACIÓN.

En mi calidad de alumno del X Módulo, de la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia, de la Universidad Nacional del Loja, considero conveniente el analizar el Código Integral Penal puntualmente en el procedimiento penal ecuatoriano, el identificar los delitos de acción pública, el análisis del Procedimiento Penal Ordinario en su etapa de juicio, ya que nos dará un mayor conocimiento y comprensión de la legislación para poder desenvolvemos de una forma correcta en el ámbito profesional, relacionado específicamente al área de derecho penal; tomando como base la Constitución de la República, los Tratados Internacionales con relación al Derecho Penal aceptados por nuestro país, la legislación comparada, el Código Orgánico Integral Penal, analizaremos los aspectos puntuales de las implicaciones legales que conlleva la abstención de acusar por parte del Fiscal al procesado en la audiencia de juicio ante el Tribunal de Garantías Penales, además incorporaremos legislación comparada que nos permita enriquecer el presente proyecto y desarrollo de tesis.

Con estas consideraciones y los antecedentes antes expuestos como estudiante de la Carrera de Derecho estoy comprometido en plantear soluciones a ciertos vacíos legales que en este caso el Código Orgánico Integral Penal tiene en relación a que será lo más proporcional o justo posible en el caso de que el fiscal se abstenga de acusar al procesado en la audiencia de juicio ante el órgano jurisdiccional, o quien deberá tomar la decisión de acusar o absolver en este tipo de casos de delitos de acción pública.

4. OBJETIVOS.

OBJETIVO GENERAL.

- Incorporar en el Código Integral Penal COIP ecuatoriano la normativa que regule el caso en el que el Fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Analizar la normativa penal referente al procedimiento ordinario contenido en el COIP.
- Realizar un estudio teórico doctrinario referente a la temática propuesta.
- Realizar un estudio de la legislación comparada sobre la normativa que regule el caso en el que el Fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.
- Realizar un estudio de casos relacionados con la problemática planteada en los tribunales de garantías penales de la ciudad de Loja.
- Realizar una propuesta de reforma incorporando la normativa que regule el caso en el que el fiscal en la audiencia de juicio se abstenga de acusar al procesado ante el órgano jurisdiccional o tribunal de garantías penales.

5. MARCO TEÓRICO.

El derecho en materia penal, es el que regula la acción punitiva y preventiva del Estado, cuya finalidad no es únicamente la categorización de cada una de las conductas que lesionan bienes jurídicos, sino que contiene y reduce el poder punitivo garantizando la hegemonía de un Estado constitucional de derechos y justicia.

La acción penal es considerada un procedimiento de imperativa importancia, para la protección de los derechos individuales, a los que el ordenamiento jurídico reconoce, garantiza y resguarda constitucional, civil y penalmente.

La acción penal pública es aquella ejercida de forma exclusiva por intermedio de la fiscalía, en la gran parte de las legislaciones de América Latina, en la que se encuentra Ecuador.

El fundamento de la acción pública es que se considera que la sociedad en su totalidad ha sido perjudicada por el delito cometido y el Estado asume entonces el papel de defensa de la sociedad.

Tratándose del tema del presente proyecto de tesis profundizaré, buscaré y sugeriré una propuesta para incorporar en el procedimiento penal ecuatoriano una normativa que permita regular el caso en el que el fiscal se abstenga de acusar al procesado ante el tribunal de garantías penales.

ABSTENCIÓN FISCAL EN LA AUDIENCIA DE JUICIO

En nuestra sociedad ecuatoriana, en múltiples ocasiones he conocido que durante un enjuiciamiento penal, el Fiscal al concluir su alegato final en la audiencia de juicio, se abstiene de acusar al procesado en un hecho delictivo.

“Frente a la abstención Fiscal de acusar, los Tribunales de Garantías Penales por una parte han decidido emitir fallo condenatorio y en otros de los casos, ha decidido ratificar el estado de inocencia del imputado, a pesar que de las pruebas actuadas frente a ellos, donde se desprende la materialidad del ilícito y la responsabilidad penal del imputado.”¹³⁰

LA ABSTENCIÓN ACUSATORIA EN LA LEY

El Artículo 580 del Código Orgánico Integral Penal estipula que: “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

¹³⁰ López Cedeño, Jesús Alberto. La Abstención Fiscal Acusatoria en la Etapa del Juicio.

y de la víctima, la existencia del daño causado, o a su vez, desestimar estos aspectos.”¹³¹

El Art. 600 del Código Integral Penal, prescribe que “Concluida la instrucción, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador señale día y hora para la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, la que será convocada en un plazo no mayor a cinco días y se efectuará en un plazo no mayor a quince días.

De no acusar, emitirá su dictamen debidamente fundamentado y será notificado a la o al juzgador para que disponga su notificación a los sujetos procesales...”¹³²

Más adelante, el Artículo 603.en el aspecto de la Acusación fiscal estipula que: “La acusación fiscal deberá contener en forma clara y precisa: 1. La individualización concreta de la persona o personas acusadas y su grado de participación en la infracción...”¹³³

EL ARGUMENTO LÓGICO DE LA ABSTENCIÓN

Varios casos se han dado en los cuales, el Fiscal que dirigió y dispuso las investigaciones necesarias durante la etapa de instrucción fiscal y, recabó los elementos necesarios que le condujeron a emitir su dictamen acusatorio en la etapa intermedia, son reemplazados por un nuevo fiscal, quien sustanciará la causa durante la etapa de juicio ante el Tribunal.

¹³¹ Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición 2015.

¹³² Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición 2015.

¹³³ Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición 2015.

El nuevo Fiscal, al actuar su prueba ante el Tribunal, advierte que no es suficiente la prueba evacuada para establecer la responsabilidad del procesado o peor, para acreditar la existencia del supuesto ilícito, razón por la cual y con pleno motivo para ello, en su alegato final se abstiene de acusar ¹³⁴.

EL TRIBUNAL FRENTE A LA ABSTENCIÓN

Estamos claros en el hecho de que si no hay acusación Fiscal, no hay juicio, lo que significa que si un ciudadano que ha sido llamado a juicio, es porque obviamente existe una acusación Fiscal.

Una vez en la etapa de juicio ante el Tribunal de Garantías Penales, de conformidad con el Artículo 609 del COIP que se refiere a la “Necesidad de la acusación.- El juicio es la etapa principal del proceso. Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal.”¹³⁵

El Tribunal Penal, es el órgano rector de Justicia Penal, que mediante las pruebas actuadas por las partes, llega a la certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado. Nada tiene que ver la abstención Fiscal para que en ésta etapa, el Tribunal en base a las pruebas actuadas y conforme a las reglas de la sana crítica, emita un fallo condenatorio cuando ha llegado a la convicción plena de que se cometió un delito y que el procesado es el responsable del mismo.

¹³⁴

¹³⁵ Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición 2015.

Tan cierto es lo manifestado por el COIP en el “Artículo 621 Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos...”¹³⁶

Y en el Artículo 622.en los Requisitos de la sentencia en el numeral 2. “La relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos de la o el sentenciado que el tribunal considera probados en relación a las pruebas practicadas. Y numeral 3. Las consideraciones por las cuales se dé por probada o no, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, así como las pruebas de descargo o de atenuación de la responsabilidad.”¹³⁷

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, garantiza y faculta a valorar las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica y, emitir sentencia condenatoria cuando tenga la certeza de que está probada la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, es decir, la valoración de la prueba y la convicción propia del Tribunal para emitir un fallo, no se encuentra supeditada ni ligada a la acusación o abstención del Fiscal, pues el Tribunal de Garantías Penales, es el único órgano imparcial e independiente legalmente constituido para administrar justicia.

¹³⁶ Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición 2015.

¹³⁷ Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición 2015.

Audiencia:

“Acto de oír los soberanos u otras autoridades a las personas que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa, | También, ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrece a un interesado, en juicio o en expediente. | Lugar destinado para dar audiencias. | En la terminología judicial española, se llama Audiencia el tribunal de justicia colegiado que entiende en los pleitos (Audiencia territorial) o en las causas (Audiencia provincial) de determinadas zonas. | Las diligencias que se practican ante el juez o tribunal, principalmente para probar o alegar.”¹³⁸

FISCAL:

“Fiscal Palabra susceptible de diversas acepciones. Por una parte, hace referencia a todo lo concerniente al erario o tesoro público (fisco) y al funcionario encargado de promover sus intereses. | En otro sentido, funcionario que representa los intereses de la sociedad y del Estado ante los tribunales de justicia, principalmente en las causas criminales para mantener, si lo estima procedente, frente al abogado defensor, la acusación pública contra aquellas personas a las que considera incursas en un acto delictivo o contravención punibles. En el fuero civil tiene también intervención para velar por los derechos de los incapacitados para hacerlo por sí mismos (menores, deficientes mentales, ausentes). Se emplea como adjetivo en las expresiones ministerio fiscal, abogado fiscal y agente fiscal. En algunas

¹³⁸ Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica

legislaciones es llamado ministerio público (v.) y suele ser el órgano de relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.”¹³⁹

“Pertenece al fisco o al oficio de fiscal. Ministro encargado de promover los intereses del fisco. Quien representa o ejerce el ministerio público en los juzgados o tribunales. El que averigua o delata las operaciones de una persona.”¹⁴⁰

Abstención.

Jurídicamente se refiere a un acto negativo, decidido libremente por el sujeto o impuesto por la ley, y cuyas consecuencias pueden ser imputadas a quien se abstiene. (V. BENEFICIO y DERECHO DE ABSTENCIÓN.)¹⁴¹

Efecto que provoca el desentendimiento de una cosa o acto.¹⁴²

Inobservancia en el cumplimiento o ejercicio de un derecho.¹⁴³

Norma.

Regla de conducta. | Precepto. | Ley. | Criterio o patrón. | Práctica (Dic. Der. Usual). Norma fundamental Precepto fundante de la validez y la unidad de todo un orden normativo; es condición esencial para que un conjunto de

¹³⁹ Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica

¹⁴⁰ <http://www.derechoecuador.com/servicio-al-usuario/diccionario-juridico/diccionario-juridico--de-?l=F>

¹⁴¹ Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica.

¹⁴² Rombola, Nestor Darío y Reboiras, Lucio Martín. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Edición 2005.

¹⁴³ Rombola, Nestor Darío y Reboiras, Lucio Martín. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Edición 2005.

normas constituya un orden, un sistema, que todas ellas puedan ser referidas a una única norma que las fundamente, unifique y coordine en sus respectivos ámbitos de validez (J. C. Smith).

Norma jurídica

Denomínase así la significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana en un tiempo y un lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente a determinadas circunstancias condicionantes, deberes y facultades, y estableciendo una o más sanciones coactivas para el supuesto de que dichos deberes no sean cumplidos (J. C. Smith).¹⁴⁴

Norma legal

La ley o cualquiera de sus preceptos cuando es compleja o extensa. Norma penal en blanco Es aquella cuyo precepto es indeterminado en su contenido, que deberá ser llenado por otra ley o reglamento, y en la que solamente está fijada la sanción (Soler). La legislación argentina señala algunos casos de norma penal en blanco. Es conocida también en la técnica jurídica como ley en blanco (v.).¹⁴⁵

¹⁴⁴ CABANELLAS, Guillermo: Tratado de Política Laboral y Social. Buenos Aires 1976, Ed. Heliasta.

¹⁴⁵ Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica.

Normas procesales

Son las que regulan el desarrollo de la actividad necesaria para alcanzar los fines del proceso; o sea, la obtención del pronunciamiento jurisdiccional que decide el conflicto jurídico y, en su caso, su ejecución forzosa (N. Alcalá-Zamora y Levene). Se estima que las normas procesales pertenecen al Derecho Público, si bien algunos autores (Jofré, Podetti y Alsina) afirman que son al mismo tiempo de orden público y de interés privado.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Rombola, Nestor Darío y Reboiras, Lucio Martín. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Edición 2005.

6. METODOLOGÍA.

La metodología que se utilizará en el presente proyecto enfoca los elementos del Código Integral Penal como una metodología para el análisis del tema sociopolítico y socioeconómico relacionado al Derecho Penal pretendiendo dar un ejemplo de los diversos cambios que han resultado como producto del análisis del Derecho Penal, Garantías Penales y Garantías Constitucionales que es una institución que debe proteger de forma social y legal al procesado y de organizar los principios que tutelan las garantías constitucionales de los ecuatorianos se establecerá una lectura minuciosa del por qué el Código Integral Penal no enmarca principios que regulen las consecuencias que producen el abstenerse el fiscal de acusar y por ende la situación legal a partir de ese momento del procesado, además la protección social es la base fundamental para poder incorporar una nueva norma dentro del Código Integral Penal .

Para lo anteriormente mencionado, he creído conveniente como postulante del presente Proyecto de Investigación detallar los tipos de métodos y técnicas que vamos a utilizar, tomando en consideración las técnicas más adecuadas con base en la problematización y en el marco teórico que establecemos en el presente proyecto investigativo.

6.1.MÉTODOS.

Contempla los aspectos teóricos y metodológicos bajo los cuales se va a llevar a cabo la investigación. Son los lineamientos metodológicos y

procedimentales, que se plasmaran en el proceso de la investigación a través de las técnicas seleccionadas, que más se ajustan a la investigación. Luego se pasa a la ejecución de la prueba u operaciones necesarias para la obtención de los datos, registros, clasificaciones, análisis, evaluación y sistematización de los resultados.

6.2. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Para la realización del presente trabajo se utilizará varios tipos de investigación, básicos y necesarios, y son: Investigación descriptiva, investigación bibliográfica y documental, investigación de campo.

6.2.1. Investigación Descriptiva:

Izquierdo (1998): "Es aquella que permite describir detallar y explicar un problema, objeto o fenómenos naturales y sociales mediante un estudio temporo - espacial con el propósito de determinar las características del problema observado".

6.2.2. Investigación Documental:

Izquierdo (1998): "Es aquella que nos permite obtener información científica en todo tipo de documentos escritos, o registros de sonidos e imágenes y objetos culturales".

La investigación documental permitirá reunir la mayor cantidad de información posible para la profundización del tema a desarrollar y de aprovechamiento e interés para la sociedad.

6.2.3. Investigación de Campo:

Izquierdo (1998): “Es aquella que se realiza en el lugar de los hechos, en contacto directo con los actores del acontecimiento, y es cuando el objeto de estudio se convierte en fuente de información para el investigador, este tipo de investigación es en vivo y utiliza a la observación directa, la entrevista, la encuesta y el cuestionario como técnicas de recolección de datos”.

6.3. MÉTODOS Y TÉCNICAS

6.3.1. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

La recolección de la información se puede tomar de dos fuentes:

➤ Fuentes primarias:

Las Fuentes primarias, es toda la información que obtenemos en forma directa y de primera mano. Es lo que tomamos directamente del hecho, de los acontecimientos y que ha sido mediado por segundas o terceras personas.

➤ Fuentes secundarias:

Las fuentes secundarias es toda la información que obtenemos en forma indirecta, como es la que nos llega a través de los libros, revistas, periódicos, estudios monográficos, resultados de investigaciones, T. V., cine, etc.

6.3.2. Muestra

Con respecto al muestreo y la muestra, Leiva (1979) dice: El muestreo es un método de investigación empleado especialmente cuando se realiza investigación. Parte del principio de que las partes representan al todo; por lo tanto, una muestra, o sea una parte del todo, puede ser tomada para realizar la investigación, cuyos resultados se aplicaran como si se hubieran investigado a toda la población o universo.

LA MUESTRA NO PROBABILÍSTICO, es útil cuando se quiere cualificar, todos los casos no tienen la misma probabilidad de ser seleccionados de la muestra, el investigador elige los casos que más le interesan para una formación más rica, requieren conocimiento elevado de la población y permite hacer inferencias lógicas.

6.3.3. Diseño de los instrumentos de investigación.

El diseño de los instrumentos, se refiere a la elaboración de los cuestionarios, encuestas, entrevistas, formularios de observación, planillas de observación, registró fotográfico. En fin, es la elaboración de los diferentes instrumentos técnicos para la recolección de datos.

7. CRONOGRAMA.

ACTIVIDADES PROGRAMADAS	MESES																							
	ABRIL		MAYO			JUNIO			JULIO			AGODTO												
ELECCIÓN DEL TEMA.			X	X																				
RECOLECCION DE INFORMACION GENERAL.				X	X																			
ELABORACIÓN DE LA MATRIZ PROBLEMA.					X	X																		
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.						X	X	X	X															
DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN.								X	X	X	X													
DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO.										X	X	X												
ENTREGA Y SOCIALIZACION DEL PRIMER BORRADOR.											X	X	X	X										
CORRECCIONES Y OBSERVACIONES.													X	X										
INVESTIGACIÓN DE CAMPO.														X	X									
ANÁLISIS Y TABULACIÓN DE DATOS.															X	X	X	X						
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.																X	X	X						
PRESENTACIÓN Y SOCIALIZACIÓN DE RESULTADOS																		X	X	X				

8. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

COSTO DE PROYECTO		
EQUIPOS Y MATERIALES		
DETALLE:	COSTO UNITARIO (USD)	COSTO TOTAL (USD):
DE CAMPO: Encuestas.	\$ 0.03	\$ 20,00
SUMINISTROS DE OFICINA: Papel, folletos para reuniones de apertura, cierre, etc.,	\$ 0.10	\$ 100.00
SERVICIOS DE IMPRESIÓN: Textos, documentos guías.	\$ 0.25	\$ 60.00
EXPOSICIONES: Logística, digitalización, impresión y proyección de resultados.	\$ 6.00	\$ 40.00
DESARROLLO DE INFORMES: de avance y final.	\$ 0.25	\$ 60.00
SUBTOTAL:		\$ 280.00
COSTOS DE OPERACIÓN		
RAZÓN	COSTO UNITARIO (USD)	COSTO TOTAL (USD):
ALIMENTACIÓN	\$ 5.00	\$ 300.00
MOVILIZACIÓN	\$ 0.25	\$ 80.00
IMPREVISTOS	\$ 1.00	\$ 180.00
SUBTOTAL:		\$ 560.00.
COSTO TOTAL		\$ 840.00

9. BIBLIOGRAFÍA.

- Constitución de la República del Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. Edición 2015.
- Código Orgánico de la Función Judicial. Edición. Mayo de 2015,
- Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica.
- Código de Ética de la Fiscalía General del Estado.
- CABANELLAS, Guillermo: Tratado de Política Laboral y Social. Buenos Aires 1976, Ed. Heliasta.
- Rombola, Nestor Darío y Reboiras, Lucio Martin. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Edición 2005.
- Cfr. Velásquez, Fernando, Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997, p. 113. La Política Criminal está relacionada con el control social que sirve para la supervivencia del conglomerado social y que inicialmente fue ejercido por los individuos y actualmente está en cabeza de las instituciones estatales.
- López Cedeño, Jesús Alberto. La Abstención Fiscal Acusatoria en la Etapa del Juicio.
- <http://www.fiscalia.gob.ec/images/biblioteca/EticaFGE.pdf>
- <http://www.derechoecuador.com/servicio-al-usuario/diccionario-juridico/diccionario-juridico--de-?l=F>

ÍNDICE

PORTADA.....	i
CERTIFICACIÓN.....	ii
AUTORÍA.....	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN.....	2
2.1. Abstract.....	5
3. INTRODUCCIÓN	8
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	11
5. MATERIALES Y MÉTODOS	165
6. RESULTADOS.....	169
7. DISCUSIÓN	212
8. CONCLUSIONES	223
9. RECOMENDACIONES	224
9.1. Propuesta de Reforma	226
10. BIBLIOGRAFÍA	233
11. ANEXOS.....	241
ÍNDICE.....	269