

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

UNIVERSIDAD ANDINA
SIMON BOLÍVAR

**“FUNCIONES DEL FISCAL EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL
ACUSATORIO ECUATORIANO”**

TRABAJO FINAL DE INVESTIGACIÓN
PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO PROCESAL

Director: Dr. Guillermo Ochoa Andrade

Autor: Dr. Oscar Medardo Guillén

**Cuenca-Ecuador
2006**

ÍNDICE

“FUNCIONES DEL FISCAL EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO ECUATORIANO”

CAPÍTULO I

| Presentación | Pág. |
|---|-------------|
| 1.1. El Ministerio Público: Generalidades | 1 |
| 1.2. Autonomía e Independencia del Ministerio Público | 2 |
| 1.3. Características | 5 |
| 1.4. Finalidades | 6 |
| 1.5. Atribuciones | 7 |

CAPÍTULO II

I INTERVENCION DEL FISCAL EN LAS DIFERENTES ETAPAS DEL PROCESO PENAL

| | |
|---|----|
| 2.1. Fase de Indagación Previa.-Fiscal Investigador | 9 |
| 2.2. La Etapa de Instrucción Fiscal.- Fiscal Investigador y Estratega | 15 |
| 2.3. La Etapa Intermedia | 19 |
| 2.4. La Etapa del Juicio.- Fiscal Litigante | 22 |
| 2.5. La etapa de Impugnación | 31 |
| 2.6. El Recurso de Hecho | 36 |

CAPÍTULO III

| | |
|-------------------|----|
| 3.1. Conclusiones | 38 |
| BIBLIOGRAFÍA | 41 |

El art.219 de la Constitución Política vigente, define el nuevo marco legal, para el ejercicio de la acción penal de instancia pública, del Ministerio Público, en concordancia con el Nuevo Código de Procedimiento Penal y la Ley Orgánica del Ministerio Público, instrumentos jurídicos que han permitido el cambio del sistema conocido como inquisitivo , caracterizado por la concentración de funciones en el juez, para dar paso al sistema acusatorio oral que se ha dicho es mas humano, democrático y acorde al momento histórico actual que viven los pueblos del mundo. Las Funciones del Fiscal en el nuevo sistema procesal acusatorio oral, son complejas y delicadas, siendo su función primordial la protección y representación de los intereses de la sociedad, frente a la vulneración de sus derechos; en tal virtud corresponde al Fiscal dirigir la investigación preprocesal y procesal penal, con la colaboración de la policía judicial y de hallar fundamento, acusar a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, e impulsar la acusación en la etapa del juicio. Investigación, que debe ser imparcial y objetiva, con estricta observancia de lo que se conoce hoy como el debido proceso, que no son sino el conjunto de garantías básicas, contenidas en el art.24 de la Constitución Política de la República, los instrumentos internacionales las demás leyes o la jurisprudencia.

In the Art.219 of the effective Political Constitution, defines the new legal frame, for the exercise of the criminal action of public instance, the Office of the Public Prosecutor of the State, in agreement with the New Code of Penal Procedure and the Statutory law of the Office of the Public Prosecutor of the State, legal instruments that have allowed the change of the system known like inquisitive, characterized by the concentration of functions in the judge, to take step to the oral accusatory system that has been said is but human, democratic and agreed at the present historical moment that the towns live on the world. The Functions of the Public prosecutor in the new oral accusatory procedural system, are complex and delicate, being their fundamental function the protection and representation of the interests of the society, as opposed to the veneration of their rights; in such virtue it corresponds to the Public prosecutor to direct to the pre-procesal investigation and procedural penitentiary, with the collaboration of the judicial police and to find basis, to blame the presumed violators before the judges and competent courts, and to impel the accusation in the stage of the judgment. Investigation, that must be impartial and objective, with strict observance of which it is known today like the due process, which they are not but the set of basic guarantees, contained in art. 24 of the Political Constitution of the Republic, the international instruments the other laws or the jurisprudence.

FUNCIONES DEL FISCAL EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO ECUATORIANO

CAPITULO I

1.1. EL MINISTERIO PÚBLICO: GENERALIDADES.-

El título dedicado al tema de estudio en la presente monografía "Funciones del Fiscal en el sistema Procesal Penal Acusatorio Ecuatoriano" reviste trascendental importancia, visto desde la óptica consagrada en la Constitución Política de la República, vigente, a partir de su publicación en el R.O.N.1 del 11 de Agosto de 1998, cuyo texto legal generó la dictación de otras leyes orgánicas y ordinarias que la complementan y la vuelven funcional a la Carta Magna, caso concreto del nuevo Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial de 13 de enero del 2000 y vigente desde el 13 de julio del 2001; y, con ello terminó con la cultura inquisitiva vigente en nuestro país, caracterizada en una administración de justicia penal burocrática, lenta e ineficaz, incorporando un instrumento jurídico moderno concebido en el sistema procesal acusatorio oral, garantista de los derechos fundamentales de todo ser humano.

En tal virtud la actuación del Fiscal está delimitada ya en la norma Suprema, ya en el Código de Procedimiento Penal, ya en la Ley Orgánica del Ministerio Público, ya en el Manual de Funciones del Fiscal, elaborado por el Dr. Marco Zeissig Ramírez, siendo su editora la Dra. Mariana Yépez, ex Ministra Fiscal General de la Nación, con el auspicio de la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, CLD, del Programa Estado de Derecho de la Fundación Honrad Adenauer y el Ministerio Público del Ecuador, las Directrices para la actuación de Ministros, Agentes Fiscales y Fiscales Adjuntos, dotando de un marco legal y constitucional para el ejercicio de la acción penal y concomitantemente de un Manual elaborado por un ex fiscal Guatemalteco el Dr. Zeissig, con experiencia en el sistema acusatorio oral que describe ilustrativamente las nuevas funciones del Fiscal en las diferentes etapas del proceso penal; así como la capacitación recibida por parte de la Fundación Esquel en coordinación con el Ministerio Público, buscando la ilustración del Fiscal en el nuevo rol de Director de la investigación preprocesal y procesal penal, ya que la eficiencia y responsabilidad, en la

lucha contra el crimen organizado, en un marco de respeto a los derechos fundamentales de las personas, puestos al servicio de la Institución, generaran su prestigio y consolidara al Ministerio Público, el monopolio del ejercicio de la acción penal.

Sin embargo dicho anhelo, que es el sentir de toda una sociedad, no tendría un final feliz si el Estado no hace el esfuerzo necesario para dotar al Ministerio Público de lo que ya esta escrito en la Constitución, esto es dotarle de un cuerpo policial especializado, es decir de un brazo auxiliar propio de la Institución que no tenga otra obligación sino la responsabilidad de investigar en forma científica los delitos bajo la dirección del Fiscal y obviamente dotar a la Fiscalía de los laboratorios necesarios con personal científicamente capacitado, que hagan de la criminalística en la administración de justicia lo que ya sentencio el profesor Israel Castellanos de Cuba “La justicia moderna no puede dar un paso firme, seguro, sin la mano leal y serena de la ciencia”.

1.2. AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

De la bibliografía consultada podemos afirmar que el origen del Ministerio Público nadie lo ha podido determinar en forma precisa, coincidiendo eso si en que su desarrollo fue muy lento, y, que el verdadero génesis de la institución del Ministerio Público, como se lo concibe hoy en la mayoría de legislaciones del mundo es de origen Francés.

Se dice que en el decurso de la monarquía el rey no podía intervenir directamente demandando surgiendo la necesidad de un representante , que fue llamado Procurador General o Abogado General del Rey, encargado de la defensa de los intereses del monarca , ya que en aquella época el delito no se castigaba solo con penas privativas de libertad , o con la pena de muerte sino además con penas pecuniarias , que eran una fuente más de ingresos del rey , razón mas que suficiente para procurar que los delitos no queden en la impunidad, y es así como pasaron a ser funcionarios permanentes y públicos ocupados no solo de la defensa de los intereses del rey o de los señores feudales sino de los intereses de los miembros de la sociedad en los procesos penales.

En España la figura del Procurador Fiscal, aparece en 1387 con Juan I, siendo su función la de evitar que los delitos queden en la impunidad por defectos del acusador privado y además controlar los ingresos generados por las penas pecuniarias.

A raíz de la conquista la institución paso a Amerita y es entonces cuando aparece la figura del Procurador Fiscal actuando en las audiencias; en nuestro país Ecuador en donde sus instituciones jurídicas han sido tradicionalmente reconocidas por la herencia hispana se la ha denominado Ministerio Público, a diferencia de otros países en los que se le conoce como Ministerio Fiscal.

En la naciente república del Ecuador allá por los años 1830, el General Juan José Flores, primer presidente constitucional, crea en la ciudad de Quito la llamada Alta Corte de Justicia, la que con el transcurso del tiempo conocemos hoy como la Corte Suprema de Justicia, y encontramos en aquella la presencia del Fiscal; posteriormente se dicta la primera Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde hace su aparición el Fiscal ya no solo en la Alta Corte sino en las Cortes Superiores y en los Juzgados.

Los estudiosos de su origen y evolución, sostienen que fue en 1928, cuando el Dr. Isidro Ayora crea la Procuraduría General de la Nación este hecho constituye la partida de nacimiento del Ministerio Público Ecuatoriano. En la Constitución política de 1945, se instituye por vez primera al Ministerio Público al sostener que: “El Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales de Justicia y los demás funcionarios que designe la ley, ejercen el Ministerio Público, bajo la dirección del Presidente de la República”.

Con la Constitución de 1967, se consagra un cambio en el sentido que el Ministerio Público es ejercido por el Procurador General del Estado, los Fiscales de los Tribunales de Justicia y demás funcionarios que la ley determine; pero ya no bajo la dirección del Presidente de la República. En el año de 1971 en el gobierno de Velasco Ibarra se dicta la Ley de Patrocinio del Estado, en ella se establece que el Procurador General de la Nación, los Fiscales, ejercen el Ministerio Público, nuevamente bajo la dirección del Presidente de la República.

En 1974, con la expedición de la Ley Orgánica de la Función Judicial se establece que en la Corte Suprema como en las Superiores se integren por los Ministros Jueces y un Ministro Fiscal, lo cual hace que el Ministerio Público forme parte de la Función Judicial. En 1979, el Consejo Supremo de Gobierno expide la Ley Orgánica del Ministerio Público, la cual le independiza de la función judicial; sin embargo el

Ministerio Público sigue confundido como institución al consagrar dicha ley que el Ministerio Público se ejerce por el Procurador General del Estado a través del Ministro Fiscal General, los Ministros Fiscales y los Agentes Fiscales, todo ello a más de dar la apariencia de un organismo bicéfalo, impedía su desarrollo, además de que la Procuraduría dependía directamente del poder ejecutivo.

Con las reformas constitucionales de mayo de 1995, publicadas en el Registro Oficial del 16 de enero de 1996; aparece una sección denominada “Del Ministerio Público” en donde se consagra por vez primera la independencia del Ministerio Público, al sostener que el Ministerio Público se ejerce por el Ministro Fiscal General, los Ministros Fiscales los Agentes Fiscales y demás funcionarios que determine la ley, expresando que sus funciones son las de conducir las indagaciones previas y promover la investigación preprocesal con apoyo de la policía judicial. Destacando que a través de las reformas constitucionales de 1995; y la publicación de la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1997, se hace efectiva la independencia del Ministerio Público respecto a la Procuraduría General del Estado y de las demás funciones del Estado.

Con la Constitución política de 1998 vigente, el Ministerio Público adquiere la importancia que en la mayoría de países del mundo ostenta, cuando en el art.217 de la referida norma reza “El Ministerio Público es uno, indivisible e independiente en sus relaciones con las normas del poder público y lo integran los funcionarios que determine la ley. Tendrá autonomía administrativa y económica. El Ministro Fiscal General del Estado ejercerá su representación legal”. La ley orgánica del Ministerio Público, en su art.1 a letra dice” El Ministerio Público es persona jurídica de derecho público, autónoma e independiente, en lo administrativo, económico y presupuestario. Tendrá su sede en la capital de la República”.

De las normas transcritas podemos colegir sin duda que el Ministerio Público a raíz de la vigencia de dichas normas es cuando alcanza por fin su independencia y autonomía propios, ya que como hemos visto ha estado confundido dentro de otras instituciones del Estado como la Función Judicial, la Procuraduría General del Estado, cumpliendo un rol hasta cierto punto de ninguna trascendencia dentro del proceso penal, lo que incluso ha llevado a calificarlo como “convidado de piedra”, para llegar a convertirse hoy en el genuino representante del patrocinio de la sociedad, y en el dueño del ejercicio

de la acción penal, lo que por cierto no ha sido del agrado de muchos de los operadores del sistema procesal inquisitivo derogado acostumbrados a manipular la justicia con intereses protervos.

Esta breve reseña histórica del Ministerio Público Ecuatoriano que como pensamos no fue trascendental hasta la vigencia de la actual norma Suprema, hoy podemos afirmar que el Ecuador se sitúa dentro de la mayoría de países del mundo con un Ministerio Público independiente y autónomo, como sucede en Europa y América; en otras palabras podemos afirmar que se ha iniciado una nueva forma de lucha contra el crimen y la corrupción, sin descuidar por cierto de seguir exigiendo por parte de quienes lo representamos a la institución su fortalecimiento con la permanente capacitación, con la dotación de los suficientes recursos, y por que no decirlo en la lucha por la auténtica independencia de las otras funciones del Estado, en el sentido de que en la actualidad quienes están inconstitucionalmente elaborando un reglamento de elección del señor Ministro Fiscal General y son quienes llaman a concurso y elegirán la terna para el nombramiento de dicha autoridad son los señores vocales del Consejo de la Judicatura, un organismo de la función judicial completamente ajeno al Ministerio Público y la designación vendrá del Congreso Nacional, organismo politizado que según la tendencia mayoritaria será el perfil a elegir del nuevo Ministro Fiscal General.

1.3. CARACTERISTICAS.-

Según lo establecido en el artículo 217 de la Constitución Política de la República vigente, el Ministerio Público, es uno, indivisible e independiente en sus relaciones con las ramas del poder público y lo integran los funcionarios que determine la ley. Tendrá autonomía administrativa y económica. El Ministro Fiscal General del Estado ejercerá su representación legal.

Del análisis de este artículo se desprende que el Ministerio Público se configura de acuerdo al principio de UNIDAD, porque representa a una sola parte, la sociedad; resultando indiferente el representante que actué, de suerte que en el ejercicio de la acción penal pública es el Ministerio Público su titular; y, su ejercicio si bien le corresponde a sus representantes Ministro (a) Fiscal General, Ministros Fiscales Distritales, Agentes Fiscales, Procuradores de Adolescentes Infractores, si cualquiera de

ellos inicio una instrucción fiscal, y por cualquier motivo que atañe a su persona no puede continuar con el ejercicio de la acción, el superior designará a otro funcionario para la consecución de la causa, porque su representación es única e invariable la sociedad; y, demostrando además que la pluralidad de miembros, constituye indivisibilidad de funciones. Es decir el Ministerio Público, esta sujeto en su organización a los principios de unidad y dependencia; y para el ejercicio de la acción en un caso concreto queda vinculado a las órdenes que puede impartir el superior en la escala jerárquica, y su actuación es en defensa del interés público y en procura de la satisfacción del interés social.

Se dice doctrinariamente hablando que la dependencia funcional del Fiscal hacía sus superiores jerárquicos, acaba con su autonomía e independencia, pues se trata de una organización eminentemente jerárquica, respetuosamente considero y comparto en cierto grado tal situación pues sería en el caso de que un Fiscal emite un dictamen absolutorio, el mismo que es consultado por el Juez al Ministro Fiscal, quien considera que se debe acusar y llama a intervenir a otro Fiscal; quien de compartir con el criterio del Superior no tendría dificultad en llevar dicha tesis ante los jueces y Tribunales correspondientes, pero si el Fiscal no comparte el criterio del Superior y tiene que simplemente acusar pues no tiene otra alternativa, en este supuesto, comparto el criterio de la dependencia funcional; sin embargo muy esporádicamente se dan este tipo de circunstancias, que obedecen fundamentalmente a la condición humana.

1.4. FINALIDADES.-

“La función primordial del Ministerio Público, es la protección y representación de la sociedad ante la violación de sus derechos, en aras de mantener el orden, la paz pública y la vigencia del ordenamiento jurídico que nos rige como realización máxima del Estado de Derecho”. Discurso pronunciado por la Dra. Mariana Yépez ex Ministra Fiscal General de la Nación, ante las autoridades de la Universidad Internacional SEK, en la apertura del curso académico 1999-2000.

El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, considera que la labor del Ministerio Público, no es el de acusar por acusar, pues la labor y finalidad esta en buscar la verdad como punto de equilibrio entre su actuación y la actuación del juez.

Corroborando lo dicho por el distinguido catedrático, la función asignada al Ministerio Público, como investigador del delito ya no es la de “vengadores de la justicia”, en la actualidad es obligación para el Fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no solo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado.

La misión institucional, esta concebida en la representación de manera efectiva a la sociedad, en el ejercicio de la acción penal contribuyendo a disminuir la impunidad y la corrupción, así como al mejoramiento del Sistema de Administración de Justicia Penal, institucionalizando la investigación preprocesal y procesal penal de manera técnica, científica, jurídica, objetiva e imparcial en todos aquellos casos que le asignen las leyes, para acusar cuando hubiere fundamento, velando siempre por las garantías del debido proceso y el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

1.5. ATRIBUCIONES.-

La Constitución Política de la República, otorga al Ministerio Público, las atribuciones propias del sistema acusatorio, que están expresamente señaladas en el artículo 219; en primer lugar “prevenir en el conocimiento de las causas; dirigir y promover la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio”. Mandato constitucional que se canaliza en las disposiciones del código de procedimiento penal y en la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el tema que nos ocupa analizaremos el contenido del artículo 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el cual se plasman los deberes y atribuciones del Ministerio Público y se ejercerán, a través del Ministro Fiscal General, de los Ministros Fiscales de distrito y los Agentes Fiscales, de acuerdo a las normas procesales de competencia:

- a) Prevenir en el conocimiento de las causas penales, de acuerdo con el código de procedimiento penal y demás leyes;
- b) Excitar y promover la acción penal por infracciones pesquisables de oficio,
- c) Dirigir y promover la investigación preprocesal y procesal penal, de acuerdo con el código de procedimiento penal y demás leyes;

- d) Conducir las indagaciones previas y la investigación procesal penal ya sea por propia iniciativa en los delitos perseguibles de oficio o por denuncia;
- e) Intervenir en las causas penales, de acuerdo a lo prescrito en el código de procedimiento penal y demás leyes;
- f) Emitir dictámenes en materia civil y de menores, cuando así lo establezca las leyes pertinentes sobre la materia;
- g) Dirigir y coordinar las actuaciones de la policía judicial en las indagaciones previas a las etapas del proceso penal;
- h) Establecer y reglamentar un sistema de acreditación de peritos en las diferentes disciplinas;
- i) Vigilar el funcionamiento del régimen penitenciario y la rehabilitación social del delincuente,
- j) Velar por la protección de las víctimas testigos y otros participantes en el juicio penal,
- k) Coadyuvar en el patrocinio público para mantener el imperio de la constitución y de la ley;
- l) Coordinar y dirigir la lucha contra la corrupción, en colaboración con la Comisión de Control Cívica de la Corrupción y demás entidades relacionadas con el tema, en el ámbito de sus competencias; y,
- m) Los demás deberes y atribuciones determinados en la Constitución, la ley y los reglamentos.

La Constitución Política vigente, el Código de Procedimiento Penal, y la ley Orgánica del Ministerio Público son los instrumentos en los cuales se sustentan los cambios trascendentales del “Nuevo Ministerio Público” a través de los cuales se redefinen sus funciones, otorgándole atribuciones que antes de la vigencia de las normas enunciadas eran de exclusiva responsabilidad de la Función Judicial.

El Ministerio Público, ya no es simplemente el encargado de impulsar la pretensión punitiva del Estado y acusar cuando haya mérito en los procesos de acción pública sino su función es mucho más amplia y trascendental en la sociedad.

CAPITULO II

I INTERVENCION DEL FISCAL EN LAS DIFERENTES ETAPAS DEL PROCESO PENAL.-

El cambio del sistema procesal penal en el Ecuador a partir de la vigencia del “Nuevo Código de Procedimiento Penal” hace ya seis años atrás, genero sin duda mucha expectativa en el país; pues el Ecuador paso a formar parte de los países latinoamericanos que habían adoptado nuevos sistemas procesales buscando dar una respuesta positiva y eficaz en la investigación de los delitos, constituyendo sin duda un profundo cambio de los paradigmas tradicionales de justicia en materia penal.

En el nuevo sistema procesal se han separado los roles, concediendo al Ministerio Publico, el ejercicio de la acción penal publica y a la función judicial la jurisdicción, en otras palabras la de administrar justicia, proscribiendo la aberrante facultad dada a los señores jueces en el sistema inquisitivo de ser a la vez inquisidores en la etapa del llamado sumario y luego de jueces al momento de resolver.

En la actualidad siendo imperativa la disposición constitucional contenida en el art. 219 de la Constitución, cuando señala que “El Ministerio Publico prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal...” Corresponde a quienes representan al Ministerio Publico dicho mandato; y, según la Ley Orgánica del Ministerio Publico Art.2.- El Ministerio Publico se ejerce por el Ministro Fiscal General, los Ministros Fiscales Distritales, los Agentes Fiscales y demás funcionarios que determine la ley...” este mandato se viabiliza a través de las disposiciones contenidas en el código de procedimiento penal de manera puntual el art.25 del código adjetivo penal señala “Corresponde al Fiscal, según lo previsto en la Constitución y este código , dirigir la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusara a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, e impulsara la acusación en la sustanciación del juicio penal...”. El art.65 reza.-Funciones.- Corresponde al Fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción publica. Además el Fiscal intervendrá como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública. No tendrá participación en los juicios de acción

privada.”. Las disposiciones transcritas son el marco legal dentro del cual el Fiscal sustenta sus actuaciones, respetando criterios como los del Dr. Jorge Zavala que sostiene en su obra Tratado de derecho Procesal, Tomo I Pag.439 “Con el sistema adoptado por el CPP vigente, la función del Fiscal se ha trastocado de manera caótica, sin sustento alguno en la CPR”.

2.1. FASE DE INDAGACION PREVIA.-FISCAL INVESTIGADOR:

La disposición contenida en el art.206 del CPP., señala que “Por regla general el proceso penal se desarrolla en las etapas siguientes:

- 1.- La Instrucción fiscal;
- 2.- La Etapa intermedia;
- 3.- El Juicio; y,
- 4.- La Etapa de Impugnación.

Efectivamente el proceso penal se cumple conforme a la norma transcrita, sin embargo no escapara al sentido común que previo al inicio de un proceso penal se dan una serie de acontecimientos que tienen como base el comportamiento humano, y de esa gama de comportamientos que se dan en la realidad , es el comportamiento humano el punto de partida de toda reacción jurídico penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), que convierten esa conducta humana en delito, ya que solo la conducta humana traducida en actos y omisiones externos puede ser calificada de delito y motivar una reacción penal. Para el Dr. Francisco Muñoz Conde, Catedrático de Derecho Penal de la universidad de Cariz (España), en su obra Tratado General del Delito, pág.10, señala “La distinción entre derecho penal de acto y derecho penal de autor no es solo una cuestión sistemática, sino tan bien, y fundamentalmente, política e ideológica. Solo el derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente.

El derecho penal de autor se basa en determinadas cualidades de la persona de la que esta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto y que, en todo caso, no pueden precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales. Así, por ej., es muy fácil describir en un tipo penal los actos constitutivos de un homicidio o de un

hurto, pero es imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un (homicida) o de un (ladrón)”. Para tan preclaro maestro dicha concepción del derecho penal de acto conlleva al hecho de que no puede constituir nunca delito el pensamiento, las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir en tanto no se traduzcan en actos externos; como tampoco pueden constituir delito los actos de los animales, ni los sucesos puramente casuales, como los fenómenos de la naturaleza, por mas que produzcan destrucción o muerte. Cabe precisar además que no siempre en un proceso penal se van a agotar todas las etapas, al contrario el legislador ecuatoriano al introducir en la legislación penal figuras nuevas como la Conversión, el Procedimiento Abreviado, ha pretendido por el contrario que con la aplicación de aquellas, el proceso penal fluya con mayor celeridad, caso de la conversión de la acción penal publica a privada, para los delitos contra la propiedad y los de instancia particular previa la aceptación del fiscal lo cual implica decir bajo su responsabilidad cuando considere que no existe un interés publico gravemente comprometido; y, en el procedimiento abreviado cuando el delito tenga previsto una pena máxima inferior a cinco años, que el imputado admita el acto a el atribuido y conciente en la aplicación de dicho proceso y su defensor acredite con su firma que el imputado ha prestado su consentimiento libremente.

Amen de la etapa de impugnación que en la mayoría de los casos no se hace uso en razón de lo dificultoso y oneroso de su aplicación, para aquellos peyorativamente calificados “de poncho” caso de los recursos de casación y de revisión que tienen que interponerse ante la Suprema Corte de Justicia con sede en la capital de la republica, y por el contrario para aquellos delincuentes de “cuello blanco” ha servido de trampolín a la impunidad, con fallos que han causado alarma social, y que han coadyuvado para el desprestigio alarmante de la Función Judicial hasta la actualidad.

Retomando la idea central en lo que dice relación con la fase de indagación previa, el Fiscal ante una denuncia, parte policial informativo, o por cualquier otro medio conozca de un presunto delito tiene que practicar ciertas diligencias como ejemplos en los delitos de acción pública de instancia particular necesariamente debe anteceder una denuncia legalmente reconocida por el presunto ofendido para que el Fiscal ordene la practica de diligencias tendientes en primer lugar a demostrar el primer presupuesto que sustenta un proceso penal, la existencia material de la infracción, caso de estafa asimilada por pago con cheque sobre cuenta cerrada, oficiar al banco solicitando haga conocer la fecha del

protesto y de la notificación al girador del documento cheque, ya que solo si el documento ha sido girado con fecha posterior a la notificación el Fiscal podría proseguir con la investigación, en el abuso de confianza ordenar un examen pericial contable a fin de determinar el faltante atribuido al sospechoso; en el caso de un cadáver, el Fiscal junto con personal del departamento de criminalística de la policía Judicial acudirá al lugar a fin de practicar la diligencia de levantamiento del cadáver la identificación de la persona fallecida, la inspección del lugar y ordenar la autopsia, ya que solo con estos elementos de convicción se podría conocer si la muerte es de tipo violenta, es decir si estamos frente a un homicidio o asesinato o frente a una muerte natural, o quizá frente a un suicidio.

En suma la indagación previa tiene por objeto traer a conocimiento del Fiscal la forma como ocurrieron los hechos , si son de etiología criminal, o no, y si lo son a través de la investigación identificar a los presuntos responsables, fase de investigación en la que debe primar el trabajo de equipo, el Fiscal y la policía judicial, fiscal dirigiendo la investigación policial, esto es que sus funciones específicas como son la protección de la escena del crimen, recolección de evidencias, seguimientos , vigilancias, entrevistas, recepción de versiones se enmarquen dentro de lo que hoy conocemos como debido proceso, es decir dentro del respeto a las garantías fundamentales de las personas, así como proporcionando a la policía las correspondientes autorizaciones judiciales para allanar domicilios, detener a sospechosos , realizar incautaciones todo ello dentro del marco legal para el éxito de la investigación y posterior acusación ante los jueces y tribunales correspondientes.

Esta facultad de indagar previamente como se dieron los hechos concedida al Fiscal tiene su fundamento en el art.215 del CPP., que señala “Antes de resolver la apertura de la instrucción, si lo considera necesario, el Fiscal con la colaboración de la policía Judicial que actuará bajo su dirección, investigara los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento”.

Como venimos manifestando previo al inicio de un proceso penal, el Fiscal debe asegurarse en primer lugar de la existencia de elementos de convicción que miren a la demostración conforme a derecho de la existencia de un delito, para proseguir la

investigación en busca de los presuntos responsables, y aquello viene siendo de elemental sentido común, que objeto tendría iniciar un proceso penal por un hecho que a la postre aparezca que no es delito; sin embargo en esta indagación previa a cargo de la policía Judicial bajo la dirección del Fiscal puede aparecer ya la figura del Juez Penal, competente para la practica de actos probatorios urgentes y para dictar las medidas cautelares personales; ya que el inciso segundo del articulo en estudio señala “Si durante la indagación previa tuvieren que adoptarse medidas para las cuales se requiera de autorización judicial, el Fiscal deberá previamente obtenerla”. Lo previsto mira a la protección al ser humano que tiene derecho a un debido proceso, desde el momento mismo en que es objeto de una investigación y resulta obvio que sea el Juez de garantías quien autorice al Fiscal como ejemplo las escuchas telefónicas, la identificación de un sospechosos, un allanamiento a un domicilio, la detención para efectos de investigación, ya que de no proceder en forma legal se estaría violando garantías constitucionales que protegen a los ciudadanos.

“La indagación previa no podrá prolongarse por mas de un año en los delitos sancionados con pena de prisión, ni por mas de dos años en los delitos sancionados con pena de reclusión. Estos plazos se contarán desde la fecha en la cual el Fiscal tuvo conocimiento del hecho”. Catedráticos como el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, Dr. Ricardo Vaca Andrade, consideran altamente peligroso el hecho de que tanto la policía Judicial como el Fiscal puedan investigar un delito a espaldas del sospechoso, es decir sin su conocimiento y participación a mas de que la notitia criminis no sea calificada previamente, ya que esta puede llegar a conocimiento del Fiscal por cualquier medio, sin descartarse anónimos, lo cual podría afectar la vida de una persona.

“Sin embargo, si llegaren a poder del Fiscal elementos que le permitan imputar la autoría o participación en el delito a persona determinada, iniciara la instrucción aunque el plazo hubiere fenecido, siempre que la acción penal no hubiere prescrito según las reglas generales”. Siguiendo los comentarios del Dr. Vaca Andrade en su obra Manual de Derecho Procesal Penal pág.324, escépticamente sostiene “Nos salta el temor de que haciendo uso de esta disposición legal y facultad reconocida al Ministerio Publico, eventualmente, los Fiscales reciban, recojan, y utilicen en procesos penales “elementos “ de prueba enviados de manera anónima y no siempre obtenidos siguiendo los procedimientos legales y respetando derechos constitucionales, como por ejemplo,

cartas o denuncias “reservadas”, sin firma de responsabilidad o con nombres falsos , o grabaciones de video o magnetofónicas , o conversaciones telefónicas, para lo cual no se obtuvo la autorización previa del Juez Penal”. Al respecto cabe mencionar que es obligación del Fiscal actuar con absoluta objetividad e imparcialidad, observando inexorablemente el debido proceso, caso contrario el resultado de la investigación y acusación, concluirá con un sobreseimiento provisional o definitivo o con una sentencia absolutoria, y quizá aquello pueda ocurrir por falta de conocimiento del Fiscal o simplemente por que ha sido absorbido por los tentáculos de la corrupción.

Como anécdota quiero apuntar que en el ejercicio del cargo de Fiscal, en un delito contra la propiedad cometido en la vía pública y en pandilla en un sitio de gran conglomeración ciudadana, se detuvo a tres sospechosos en flagrancia delictual a través de los videos públicos colocados en diferentes lugares de la ciudad, llamados “ojos de águila”, cuyos monitores llamaron a la policía y esta intervino inmediatamente y detuvo a tres ciudadanos quienes aparecían en el video arranchando unos artes a una mujer de avanzada edad, introduje esa prueba en la forma prescrita por la ley y en la audiencia de juicio de igual manera; pero la sentencia fue absolutoria entre otras consideraciones decía el fallo por que no había solicitado autorización para la grabación. “Sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa; las actuaciones del Ministerio Público y de la Policía Judicial para el esclarecimiento del delito durante la indagación previa, se mantendrán en reserva del público en general, sin perjuicio del derecho del ofendido y de las personas a las cuales se investiga de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones. Los Fiscales, los investigadores, los jueces, el personal policial y los demás funcionarios que habiendo intervenido en estas actuaciones, las divulgaran o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación, serán sancionados conforme a lo previsto en el Código Penal”.

Con respecto a esta ultima parte del articulo en estudio se han hecho muchas criticas por parte de varios sectores, incluso se llevo una demanda de inconstitucionalidad por parte del Dr. Zavala Baquerizo al Tribunal de Garantías Constitucionales solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad entre otras de esta dispocisión del Código de Procedimiento Penal ya que criterio de este prestigioso jurista, esta y otras contenidas en dicho cuerpo legal son inconstitucionales; sin embargo el alto Tribunal consideró que

no era inconstitucional la reserva de la investigación conforme lo establece el Código de Procedimiento Penal, y a criterio de otro sector en el que me incluyo, la reserva evita que el sospechoso evada la acción de la justicia con la fuga u ocultamiento, se protege la evidencia evitando su alteración, ocultación o destrucción; se evita la intimidación a las victimas y testigos por parte de los sospechosos, se evita el ocultamiento de ganancias fruto de los ilícitos , en fin se dice facilita el descubrimiento de la verdad.

2.2. LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN FISCAL.- FISCAL INVESTIGADOR Y ESTRATEGA:

De conformidad con lo dispuesto en el art.217 del CPP, corresponde al Fiscal resolver el inicio de la Instrucción Fiscal, cuando considere que existen fundamentos suficientes para imputar a una persona participación en un hecho delictivo. Aquí estamos frente al principio de oportunidad que para el Dr. Alberto Wray, Materiales Programa de Capacitación en Destrezas Especificas necesarias para el Nuevo Código de Procedimiento Penal del Ecuador Pág.12 no es otro que el "reconocimiento de poderes discrecionales al Ministerio Público para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción penal en un caso concreto. En este sentido, se contrapone al llamado principio de legalidad, en cuya virtud el fiscal que conoce que se ha cometido un delito tiene la obligación de actuar, con prescindencia de cualquier consideración relativa a las posibilidades reales de prueba o a la poca significación social del hecho". A diferencia de lo que establecía el CPP de 1983, esto que el auto cabeza del proceso lo dictaba el Juez teniendo como antecedente la pesquisa que de oficio efectúa el Juez, la excitativa Fiscal, la denuncia, la acusación particular, el parte policial informativo, la orden superior de origen administrativo, la pesquisa judicial, en atención al principio de legalidad, con la vigencia del actual cuerpo legal, y la norma que estamos analizando esta facultad ha sido traída al Fiscal y así mismo ha sido severamente cuestionada de manera especial por el Dr. Zavala Baquerizo en su obra que la venimos comentando pág.324." Es decir, el fiscal, según la ley procesal penal , es el que investiga preprocesal y procesalmente la comisión de los delitos, el que ejerce la acción penal, el que actúa como parte procesal y el que, además como juez, inicia el proceso penal y sustancia la primera etapa de este. He aquí que poco ha faltado para que se le entregue al fiscal también la decisión final referida a la responsabilidad de los justiciables". Negando que

el fiscal ejerza la acción penal, la cual dice es ejercida solo por el denunciante y que la denuncia tiene por finalidad obligar al fiscal a iniciar el proceso penal. Respetuosos de cuantos criterios se viertan respecto del tema, personalmente consideramos que la filosofía del nuevo procedimiento penal traída en la práctica con el sistema acusatorio oral concediendo al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, de oficio en los delitos de instancia oficial lo que se ha hecho es conceder esa facultad a quienes representan a la sociedad y obviamente dentro de un estricto marco de legalidad del cual siempre seremos vigilantes; si es indiscutible que el sistema inquisitivo colapsó por la cantidad de procesos que se iniciaban en base a denuncias de “venganza”, como no pensar que este principio de oportunidad que venimos comentando y siguiendo los comentarios de Alberto Wray, quien al analizar el art.219 de la Constitución de la República, en la pág.14 sostiene “Si la Constitución exige que el Fiscal, para acusar, deba hacerlo con fundamento y después de haber investigado, quiere decir que no considera suficiente para el ejercicio de la acción penal a la sola notitia criminis. Allí está ya el principio de oportunidad técnica, que es la base del sistema acusatorio”.

No se trata dice de la oportunidad plena ni mucho menos discrecional, ya que constitucionalmente no cabría una interpretación en tal sentido, ya que el ejercicio de una potestad conlleva junto a la facultad una carga, que es la de ejercitar la acción cuando exista fundamento para aquello.

En el código procesal penal se reconocen dos momentos en los cuales el Fiscal ejerce esta discrecionalidad y son la discrecionalidad para resolver si inicia o no la Instrucción Fiscal así como al momento de emitir el dictamen sea este acusatorio o absolutorio.

El artículo en estudio señala que “Si como medida cautelar o por tratarse de un delito flagrante se hubiere privado de la libertad a alguna persona, el fiscal deberá dictar la resolución de inicio de instrucción, dentro de las veinte y cuatro horas siguientes al momento de la aprehensión”. Aquí caben dos supuestos, el Fiscal dentro de la fase de indagación, solicita al Juez de garantías dictar la Detención de una persona para efectos de investigación, y una vez ejecutada dicha orden, corresponde al Fiscal investigarlo dentro del plazo máximo de 24h00, durante este periodo y como resultado de dicha investigación el Fiscal resuelve iniciar la etapa de instrucción fiscal, o si solicita dicha medida dentro de una instrucción fiscal, hacer la vinculación correspondiente y solicitar en los dos casos si considera necesarias la prisión preventiva, la misma que de manera

fundamentada será enviada al juez de lo penal, quien en su momento concederá o negará dicha petición al fiscal, sabiendo que tanto fiscal cuanto imputado u ofendido pueden apelar de acuerdo a su conveniencia respectivamente ante el Superior. O caso contrario puede suceder que el sospechoso, se acoja a la garantía constitucional del derecho al silencio, y entonces nos preguntamos cual la eficacia de medida cautelar de detención para efectos de investigación frente a la garantía constitucional de acogerse al derecho al silencio?, personalmente creo que frente a este derecho constitucional esta medida carece de eficacia sin embargo dentro de este plazo y en la practica se ha hecho solicitar al juez realice la identificación del sospechoso, con la intervención de testigos o con los mismos ofendidos, cuando estos aseguran que lo reconocerían si volvieran a verlo y esto ha arrojado resultados positivos.

En el supuesto de la aprehensión en delito flagrante, aquí el fiscal necesariamente debería resolver el inicio de la instrucción fiscal, porque se presume que el ilícito ha sido cometido en presencia de una o más personas , se lo ha descubierto inmediatamente después de su comisión , o el autor fue aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito cometido; sin embargo muchos de los casos los partes policiales que contienen la noticia de detención calificada como flagrancia son tan equívocos y llaman a la reflexión, respecto a la capacitación de los elementos de la policía lo cual evidentemente ha sido motivo de varios cursos de capacitación, pero que se continúan aprehendiendo a personas en flagrancia delictual de manera particular en delitos contra la propiedad sin siquiera haberse encontrado en poder del sospechoso la evidencia que se dice fue sustraída.

En nuestra ciudad de Cuenca vine funcionando un plan piloto de audiencia oral y publica en los casos de detención en flagrancia delictual , lo cual ha sido acogido con beneplácito por los organismos vinculados al cambio del sistema procesal penal, como la Fundación Esquel, USAID, así como por la ciudadanía, aunque algunos jueces de Tribunal han sido reacios en aceptar y cuando han tenido oportunidad han declarado la nulidad del proceso, argumentando que la norma procesal penal establece en forma clara las actuaciones del fiscal en forma escrita y en forma oral y efectivamente el inciso segundo del artículo 66 dice “Debe proceder oralmente en el juicio y en la audiencia de la etapa intermedia y, por escrito, en los demás casos”. Sin embargo el fundamento para

seguir con este procedimiento viene dado de la propia Constitución de la República, y de los Convenios Internacionales vigentes.

En el caso que comentamos de la audiencia oral, la resolución de inicio de instrucción fiscal y la instrucción se la hace en forma oral, por las razones expuestas; sin embargo si no estamos en la situación de flagrancia delictual lo hacemos por escrito, notificando al Juez que por sorteo corresponda o si antes ha prevenido en el conocimiento por haber ejemplo dictado alguna medida cautelar solicitada, a dicho Juez directamente.

La instrucción fiscal debe contener, la descripción del hecho presuntamente punible, datos personales del imputado, los elementos que han servido de sustento para hacer la imputación, la fecha de inicio de la instrucción y el nombre del fiscal a cargo de la instrucción. Con la notificación al juez este ordena la notificación al imputado, al ofendido y a la defensoría Pública. En esta parte el fiscal pone a disposición del imputado, del ofendido y sus defensores toda la evidencia recogida, a fin de que el imputado pueda ejercer su derecho a examinar dicha evidencia.

Durante esta etapa se recibe la versión del imputado asistido por un abogado defensor, sabiendo que puede acogerse a la garantía de guardar silencio; puede darse el caso de que el imputado presente síntomas de enfermedad mental, en cuyo caso el fiscal ordenará su inmediato reconocimiento con dos peritos médicos psiquiatras, quienes emitirán su informe en el plazo señalado por el Fiscal, mientras tanto no se recibirá su versión. Si el informe señala enfermedad mental transitoria, se postergará la versión hasta el restablecimiento del imputado pero se continuará con la instrucción. Si el informe determina que la enfermedad es permanente, el fiscal remitirá un informe al juez con la documentación respectiva a fin de que ordene su internamiento conforme al código penal.

En ningún caso se obligará al imputado, mediante coacción física o moral a que se declare culpable; es prohibido utilizar durante la tramitación del proceso la violencia, drogas o técnicas de cualquier género que atenten contra la libre y voluntaria declaración del imputado. Los agentes de policía, del Ministerio Público, de la policía Judicial, que contravengan esta disposición incurrirán en la sanción penal correspondiente.

Si aparecen presunciones de autoría de otras personas, el fiscal les hará extensiva la instrucción. En este caso la instrucción se hará extensiva por un plazo de 30 días más. El imputado como el ofendido pueden presentar al fiscal los elementos de cargo y descargo convenientes a sus intereses.

La instrucción fiscal concluirá dentro del plazo máximo de 90 días, improrrogables, contados a partir de la fecha de notificación al imputado o de ser el caso al defensor público o al defensor de oficio designado por el juez.

El artículo 224 del CPP., trata de la conclusión de la instrucción fiscal señalando que si el fiscal considera que se han realizado todos los actos de investigación, o cuando hubiere fenecido el plazo concluirá la instrucción y emitirá el dictamen dentro de seis días. Lo cual en la practica es así es decir que no necesariamente la instrucción fiscal debe durar los 90 días, ya que esta puede durar el tiempo necesario para la practica de los actos necesarios; caso de flagrancia delictual, probado el delito y la responsabilidad, cual el objetivo de dejar transcurrir 90 días.

Si hubiere sido necesaria la intervención del juez para disponer la conclusión de la instrucción, el fiscal deberá emitir su dictamen en el plazo de seis días; si no lo hiciera el juez notificara la fiscal General, quien impondrá al inferior una multa de cinco salarios finimos vitales , concediéndola un nuevo plazo de tres días para que cumpla su obligación; si persiste en su incumplimiento el fiscal será destituido de su cargo, y el expediente entregado a otro fiscal para que dictamine dentro de un plazo no mayor de 30 días.

Como vemos la inobservancia de los plazos puede acarrear la destitución del Fiscal; en la practica a veces sucede que el ofendido espera los últimos días de la instrucción fiscal para presentar acusación particular y este tramite que se realiza en los juzgados de lo penal, hacen que dicho plazo exceda, pero no por culpa del fiscal.

2.3. LA ETAPA INTERMEDIA.-

De conformidad con lo dispuesto en el art.227 del CPP., presentado el dictamen fiscal, el Juez mandará que se le notifique al imputado y al ofendido y dispondrá que el

expediente se ponga a disposición de estos para que puedan consultarlo, sabiendo que puede ser acusatorio, absolutorio o mixto, esto es acusatorio para ciertos imputados y absolutorio para otros. En el supuesto que el Fiscal se haya abstenido de acusar, el Juez si considera necesaria la apertura a juicio o si se ha presentado acusación particular, el ofendido. la misma que puede formularse desde que el juez notifica al ofendido, con la resolución del Fiscal de iniciar la instrucción, hasta antes de la conclusión de la instrucción fiscal; ordenará que se remita el expediente al Fiscal Superior, para que según su criterio acuse o ratifique el dictamen del inferior; aquí puede suceder que si el Ministro acusa llame a otro Fiscal a intervenir en el proceso y si ratifica el dictamen del Fiscal, el juez debe admitir el dictamen fiscal y dictar auto de sobreseimiento ; en tratándose de delitos sancionados con pena de reclusión la consulta al Fiscal Superior es obligatoria para el Juez.

Dentro de los diez días siguientes a la notificación con el dictamen fiscal, el juez convocara a las partes a audiencia preliminar, la misma que debe realizarse dentro de un plazo no menor a 10 días ni mayor a 20 contados desde la fecha de la notificación. El artículo 229 del CPP., establece que, en el día y hora señalados, el juez declarara instalada la audiencia y dispondrá que se escuche al imputado, al fiscal y al acusador particular directamente o a través de sus abogados defensores, a fin de que presenten sus alegaciones con respecto a requisitos de procedibilidad, o de cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso.

Audiencia preliminar que se desarrolla en dos partes, la primera para tratar asuntos de forma y la segunda asuntos de fondo; en la primera parte con la intervención del imputado a través del profesional del derecho alegando aspectos estrictamente legales que pueden afectar la validez del proceso, caso de requisitos de **procedibilidad**, un ejemplo estaría en los delitos de acción pública de instancia particular como son las estafas y otras defraudaciones , la denuncia del ofendido como requisito sine qua non para el ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal; casos de **prejudicialidad**, lo encontramos en la disposición del art.40 del CPP., “ En los casos expresamente señalados por la ley, si el ejercicio de la acción penal dependiera de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que haya auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial”. Ejemplos, Rapto seguido de matrimonio; Disposición indebida de bienes con prenda

especial de comercio o prenda agrícola o industrial; disposición arbitraria de bienes adquiridos con reserva de dominio, falsedad de instrumento público, concurso de acreedores o quiebra. **Competencia**, que de conformidad con lo dispuesto en el art.229 del CPP., se puede alegar como causa de nulidad la falta de competencia del juez penal para la sustanciación y resolución de la etapa intermedia. **Cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso**, esto esta íntimamente relacionado con lo que hoy se conoce como el debido proceso es decir la estricta observancia a lo dispuesto en el art.24 de la Constitución de la República.

En esta parte se hace necesaria la intervención del abogado defensor del imputado pues este alegato se refiere a temas complejos que deben merecer un estudio serio del profesional de la defensa, pues un argumento bien fundamentado conforme a derecho puede determinar que el juez declare la nulidad de lo actuado; correspondiéndole al Fiscal refutar estas alegaciones consiente de que en la tramitación del proceso lo hizo con absoluto apego a la normativa vigente , es decir investigo de manera objetiva e imparcial y llego a emitir un dictamen acusatorio por que los resultados de la investigación proporcionaron datos relevantes sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permitió presumir que el imputado es autor de la infracción.

En la segunda parte el orden de intervención se invierte y corresponde al fiscal fundamentar el dictamen fiscal acusatorio que no es otra que hacer la presentación del caso, realizando una exposición oral en la que se resuman las cuestiones más importantes de la causa con referencia a los elementos de convicción recopilados y en base a los cuales se sustentan los dos pilares de la acusación esto es llevar al juez elementos de convicción que le permitan llegar a la presunción de la existencia material de la infracción y sobre la participación del imputado como autor, cómplice o encubridor del ilícito acusado, y de la necesidad de que se dicte el auto de llamamiento a juicio .

Al acusado le corresponde debatir los fundamentos esgrimidos por el Fiscal, sabiendo que la misma norma consagra la posibilidad de que las partes puedan presentar la evidencia documental que sustente dichas alegaciones. En esta audiencia se contempla únicamente la intervención por una sola vez en cada una de las partes; es decir no existe la replica.

Inmediatamente después de escuchar a las partes, el juez leerá a los presentes su resolución, la que versará sobre todas las cuestiones planteadas, debiendo resolver previamente las cuestiones formales. En la práctica en nuestra ciudad excepcionalmente un juez resuelve inmediatamente después de la intervención de los sujetos procesales, en tanto que los demás resuelven dentro de las 72 horas o más; la resolución a más de hacerla en forma oral en el caso de excepción se hace con notificación a las partes por boleta.

Si el juez considera que los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del imputado, dictará auto de llamamiento a juicio; pero si el juez considera que los resultados de la instrucción fiscal no ameritan el auto de llamamiento a juicio, podrá archivar el proceso. En caso de delitos reprimidos con reclusión, el juez tiene la obligación de elevar en consulta su resolución a la Corte Superior de Justicia, la misma que puede ser ratificada o revocada en esta instancia.

Si al momento de dictar el auto de llamamiento a juicio, el acusado estuviere prófugo, el juez después de dictado dicho auto, ordenará la suspensión de la etapa del juicio hasta que el encausado sea aprehendido o se presente voluntariamente, con excepción de los delitos de peculado, concusión, cohecho y enriquecimiento ilícito, en los cuales se sigue la sustanciación de la causa hasta el juicio, en rebeldía del acusado.

Las partes pueden interponer el recurso de apelación del auto de sobreseimiento, del auto de llamamiento a juicio, de los autos de nulidad, de prescripción y de inhabilitación por causas de incompetencia en esta etapa del proceso penal.

2.4. LA ETAPA DEL JUICIO.- FISCAL LITIGANTE:

El auto de llamamiento a juicio, que dicta el Juez penal en base a las actuaciones del Ministerio Público y de la Policía Judicial, a diferencia de lo que sucedía en el sistema inquisitivo en que resolvía sobre lo por él compilado en la etapa de sumario en calidad de pesquisador, investigador y juez, y que se lo denominaba “auto de apertura del plenario”, no encontramos mayores diferencias entre el contenido del artículo 232 y 253 del anterior código de 1983, constituyendo la diferencia sustancial el hecho de que en el

actual sistema procesal penal el juez lo hace en atención a los elementos de convicción recogidos por el Fiscal durante la fase de indagación e instrucción fiscal, y que como hemos manifestado de dichos elementos deben desprenderse presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y de la participación del imputado como autor, cómplice o encubridor y en el sistema anterior código de 1983; esta decisión tiene como fundamento las comprobaciones que realizó el juez en el sumario.

Otra diferencia que ha sido cuestionada es aquella de llamar a juicio a una persona por el solo hecho de que existan presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito, reza el actual código en tanto que el anterior decía que para dictar el auto de apertura a plenario, debe haberse comprobado conforme a derecho la existencia material de la infracción; y, que si esto no se ha demostrado en la etapa de instrucción mal podremos llegar a juicio sin prueba suficiente de que se ha cometido un delito, atribuyendo al acusado participación en un hecho que no constituya delito.

Una diferencia más estaría en el contenido del auto de apertura a plenario y el de llamamiento a juicio; sin embargo hemos dicho también que una vez dictado el auto referido la sustanciación del proceso puede suspenderse salvo en aquellos casos en que prosigue el trámite sin la presencia del acusado, que siendo varios los imputados unos presentes y otros prófugos se continúan por los unos y se suspende por los prófugos, que el acusado este con caución; pero para el tema que nos ocupa debemos partir del supuesto de que el juez dicta llamamiento a juicio con acusado presente; y que también hemos dicho se ha superado la apelación que puede interponer el acusado, y vamos al estudio del juicio.

El artículo 250 del CPP., establece la finalidad de esta etapa, señalando que en esta se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, para según corresponda, condenarlo o absolverlo. Sabiendo que la etapa del juicio solo tendrá lugar en atención a la acusación fiscal; ya que si no hay acusación, no hay juicio.

El artículo 262 del CPP, señala que el presidente del Tribunal fijará el día y hora en que el Tribunal debe instalarse en audiencia pública o privada, para la sustanciación del juicio; si no hubiese excusas o recusaciones, es decir la etapa del juicio se sustancia en

dos momentos, el primero lo sustancia el Presidente del Tribunal, señalando día y hora para el efecto, integrando el Tribunal y ordenando la notificación a los peritos y testigos solicitados tanto por el Fiscal, Acusador Particular y Acusado; sentadas esta premisas pasar a la Audiencia de Juicio.

El artículo 277 del CPP., reza, “En el día y hora señalados para la celebración de la audiencia del tribunal comparecerán los jueces, el o los acusados, el acusador particular o el procurador común, si hubiere, los defensores, el fiscal y el secretario.

Si transcurridos diez minutos después de la hora señalada para la audiencia no concurrieren uno o más de los miembros del tribunal, el presidente en el acto, dispondrá que el secretario sienta la razón correspondiente e impondrá a los ausentes una multa de hasta cuatro salarios mínimos vitales del trabajador en general salvo que la ausencia se deba a caso fortuito o fuerza mayor y, señalará nuevos día y hora para la audiencia del tribunal , audiencia que deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes.

Lo mismo dispondrá en el caso de que no pueda celebrarse la audiencia por la causa señalada en el artículo siguiente.

A la hora indicada el Presidente por intermedio de secretaría verificara la presencia de los miembros del Tribunal, del Fiscal, de los peritos y testigos, del ofendido y acusado, e impondrá la multa respectiva a los Jueces al Fiscal y al Defensor si su ausencia no se debe a caso fortuito o fuerza mayor, en el caso de testigos y peritos ausentes ordena su detención hasta que se celebre la nueva audiencia, pero podrán evitar su detención justificando causa de fuerza mayor o caso fortuito, o rindiendo caución que garantice su concurrencia a la nueva audiencia; el tiempo de espera ha disminuido de una hora a diez minutos; de fracasar el primer señalamiento, el Presidente debe señalar nuevo día y hora dentro de los cinco días siguientes, esto en la practica no se cumple, pues se tardan incluso meses para el nuevo señalamiento.

El presidente no podrá instalar la audiencia si no estuvieran presentes además de las personas indicadas en el artículo anterior, el ofendido, los testigos, los peritos e intérpretes que hubieran sido notificados para que se presenten a dicha audiencia, cuya presencia considere indispensable el tribunal.

Si por causa injustificada no concurren el Fiscal, el secretario o el defensor del acusado el tribunal les impondrá la multa indicada en el artículo anterior.

En la practica y en referencia a la ciudad de Cuenca, muchas de las audiencias se celebran sin la presencia del o los ofendidos, de algún testigo, o de un perito; en razón de que como ejemplo en los delitos contra la propiedad, cuando es insignificante para el ofendido el perjuicio como la sustracción de una pantalla de radio, espejos retrovisores, etc. de un vehículo, no existe el interés de colaborar para la sanción al acusado, se ha dicho que obedece principalmente a la falta de cultura jurídica de los ciudadanos, que decir si una vez que han concurrido en la fecha señalada para el juicio este se suspende por cualquiera de la razones que se pueden dar, esto causa profundo malestar en tales personas que imploran al tribunal como evitar este “pasa tiempo” que dicen les perjudica más que el agravio sufrido.

Que decir si en este tipo de ilícitos que se cometen con fuerza en las cosas y en la vía pública el Fiscal en el ejercicio de la acción y a petición del ofendido autoriza la conversión de la acción publica a privada para evitar este tipo de inconvenientes fundamentando en primer lugar la facultad exclusiva de su aceptación, en las experiencias vividas y en el principio de oportunidad; pero algunos señores Jueces que interpretan de distinta forma la norma niegan la conversión; por que a su criterio al ser garantistas de los derechos de los sujetos procesales y en razón de que el delito no solamente lesiona derechos del ofendido sino de la sociedad en su conjunto se oponen a esta figura, pues consideran que existe interés público gravemente comprometido; en tanto que otros jueces consideran que es exclusiva facultad del Fiscal y no se oponen; pretender obligar llegar a la etapa de juicio, en estas circunstancias al dueño de la acción penal, se convierte en una especie de camisa de fuerza tanto para el Fiscal cuanto para el ofendido.

Obligarle a comparecer a la audiencia del juicio al ofendido no es posible pues no hay un mecanismo de coerción para así proceder, entonces si además es al presidente del Tribunal a quien corresponde declarar instalada o no la audiencia de juicio, y al tribunal calificar de indispensable o no la presencia de tal o cual testigo; el Fiscal muchas de las veces se ve obligado a pasar la audiencia; en la practica cuando se trata de la primera vez se consulta al Fiscal sobre si desea o no pasar la audiencia ante la inasistencia de

testigos, pero en un segundo señalamiento se pasa la audiencia aún en contra del criterio del Fiscal, con un riesgo eminente de no poder presentar suficiente prueba que sustente la tesis de acusación y recibir una sentencia absolutoria.

Si un testigo, perito o intérprete se hubiera ocultado para no comparecer a la audiencia, el presidente oficiará al Fiscal que corresponda para que inicie la instrucción contra el rebelde, a fin de que sea sancionado según lo previsto en el Código Penal. Ocultarse viene a ser una acción consiente y por tanto dolosa para no comparecer a la audiencia y debe merecer la sanción prevista en la ley.

A los testigos, que se hubieren ocultado para no comparecer a la audiencia, se les sancionará de acuerdo con lo establecido en el art.234 del código penal y a los peritos e intérpretes de conformidad con lo dispuesto en el 235 del mismo cuerpo legal..

Si el acusado estuviere en libertad bajo caución y no se presentare a la audiencia en la hora señalada, el tribunal dictara la suspensión de la audiencia hasta que se presente voluntariamente, o sea aprehendido y ordenará que se haga efectiva la caución. Si el acusador particular no compareciere personalmente, el tribunal penal declarará abandonada la acusación particular, y ordenara la prosecución del juicio.

De las providencias previstas en este artículo y en los tres anteriores, no habrá recurso alguno. Las disposiciones son claras y no requieren de interpretación.

Ubicación de las partes.- Constituido el Tribunal, el presidente ordenará que el acusado y su defensor, se sitúen a su izquierda frente al tribunal, y que el Fiscal, el acusador particular y su defensor se sitúen a su derecha con relación al tribunal , el público de tras de acuerdo a la infraestructura del local, que en la mayor parte del país son habitaciones acomodadas para oficinas completamente estrechas en las cuales muchas de las veces están confundidos los sujetos procesales y el público; siendo una aspiración la dotación de infraestructura adecuada a la función judicial para la realización del proceso acusatorio oral ecuatoriano.

Los peritos y los testigos permanecerán en una habitación destinada al efecto, de la que no podrán salir mientras se cumpla la diligencia, sino para declarar. El presidente

tomará las medidas necesarias para impedir que los peritos y los testigos hablen entre sí antes de haber declarado.

Al respecto sin la infraestructura adecuada , y por experiencia vivida, en esta ciudad me toco asistir a una audiencia de juicio que duró cuatro días, empezando a las 08h30 hasta las 19h00; con un receso de treinta minutos al medio día, recuerdo a uno de los testigos manifestar al tribunal que durante este largo encierro e incomunicación en las que se le había puesto, decía que de testigo había pasado al estado de condenado y decía a viva voz que de ninguna manera conseguirían que el vuelva a colaborar con la justicia como testigo, ya que había sido humillante, degradante y una flagrante violación a sus derechos humanos, el trato que se le dio durante tres días que duró la prueba. (Juicio de cohecho en contra de Ing. Oscar Ayerve Rosas, II T.Penal).

El presidente adoptará todas las medidas necesarias para garantizar la normal realización de la audiencia, en este sentido el Dr. Efraín Torres Chávez en su obra Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal, sostiene que “El Presidente del Tribunal Penal, no puede ser un abúlico, ni un atrabiliario , sino un verdadero Juez, que pueda, en su calidad de jefe, mantener orden, disciplina y buena organización, en asuntos de trascendental importancia, como son los que se debaten en materia penal con el amenazante corolario de la cancel”. Personalmente agregaría con elementales conocimientos de los principios rectores del sistema acusatorio oral.

Comienzo del juicio.- La norma procesal contempla que “En el días y hora fijados, el presidente del tribunal después de verificar la presencia del acusado, del Fiscal, del acusador particular si lo hubiere, del ofendido, de los testigos, peritos o traductores, debe declarar abierto el juicio, advertir al acusado que este atento a lo que va a oír y, ordenar la lectura del auto de llamamiento a juicio”

Exposición del Fiscal.- El artículo 286 del CPP., señala luego de la lectura del auto de llamamiento a juicio le corresponde al Fiscal exponer el motivo de la acusación y relatar los hechos en forma circunstanciada, sin emplear invectivas en contra del acusado y concluir solicitando se practiquen las que debe determinar de manera expresa, en otras palabras presentar la teoría del caso con una introducción explicativa de la prueba que va a presentar de inmediato, a fin de que se cumpla uno de los principios fundamentales

de la prueba contenido en el art.79 del CPP., que nos enseña que “las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales correspondientes,...“. “Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción fiscal alcanzaran el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio”. El Fiscal y las otras partes pueden solicitar al Tribunal que reciba cualquier medio de prueba previsto en la ley, esto es prueba material, testimonial y documental. Luego el tribunal recepta el testimonio del ofendido en el sistema inquisitivo conocido como la declaración instructiva del ofendido; luego de aquella el interrogatorio del Presidente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 288 CPP., en primer lugar sobre lo que se conoce como sus generales de ley, luego a que diga los nombres y apellidos de quienes participaron en la infracción , el día ,hora y lugar en que fue cometida , la forma en que se cometió los instrumentos utilizados , nombres de testigos presénciales cuanto referenciales. Luego los demás jueces del Tribunal y las partes procesales pueden interrogar al ofendido. La exposición del acusador particular si hubiere , para dar paso al testimonio de los peritos y testigos pedidos por el Fiscal y el acusador particular en el orden establecido en el artículo 267 del CPP. Luego lectura de testimonios anticipados conocidos como anticipos jurisdiccionales de prueba, la declaración del acusado, a quien el Presidente hará conocer de su derecho a guardar silencio, y si quiere declarar le preguntará si lo hace con juramento o sin juramento, y le pedirá que haga una exposición completa del hecho que motiva su presencia , le interrogará con preguntas directas acerca de la infracción e indirectas respecto del acusado, en ningún caso, capciosas, sugestivas o incriminatorias. Esta posibilidad de interrogatorio del Presidente y Jueces del Tribunal esta en flagrante contradicción con el sistema dispositivo vigente.

Luego puede interrogarle el Fiscal y su propio defensor; una de las deficiencias que han sido notorias en nuestro medio ha sido la calificación del interrogatorio formulado por el Fiscal ya sea en el interrogatorio o contra interrogatorio por parte de los señores Presidentes de Tribunal y a veces por la falta de entrenamiento de los sujetos procesales en lo que tiene que ver con este mecanismo.

El reconocimiento de objetos y vestigios, a voluntad del acusado, ya que si quiere puede reconocer los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, todo lo cual se dejara constancia en actas.

Luego la exposición del defensor que según mandato legal se reducirá a una exposición detallada de los hechos y circunstancias que fueren favorables a su defendido y concluirá pidiendo las pruebas que determinará; entre otras los testimonios de los peritos y testigos solicitados por el acusado, que serán examinados en la misma forma de los presentados por el Fiscal y Acusador Particular.

Pueden receptarse los testimonios solicitados en la audiencia, así como por pedido del Presidente o de las partes los testigos que hubieren declarado pueden presentarse a ampliar sus testimonios.

El presidente tendrá la facultad de llamar a cualquier persona para interrogarla y de ordenar se exhiban ante el tribunal los objetos o documentos que considere necesarios para esclarecer el hecho o alguna circunstancia alegada por las partes.

Esta disposición a criterio personal esta en contraposición con el principio dispositivo y del rol eminentemente de imparcialidad que debe primar en la figura del Presidente, ya que si por la posibilidad que ofrece la norma la prueba actuada de esta manera contribuye a robustecer una de las dos tesis ya sea la de la acusación o de la defensa, y rompe el principio dispositivo

Inicio del debate.- Concluida la prueba, el presidente mandará que se inicie el debate. Si fueren varios los acusados, habrá un debate particular sobre cada uno de ellos, en el orden que indique el presidente.

El artículo 303, establece la forma en que se desarrolla la segunda fase del juicio conocida como la de alegatos; correspondiéndole al Fiscal, intervenir en primer lugar y su alegato se reducirá a una exposición clara y metódica de los hechos imputados al acusado, de las pruebas rendidas en la audiencia y de las que consten en el proceso con el análisis que creyere conveniente hacer, pudiendo manifestar al tribunal el valor procesal de las circunstancias alegadas por las partes, determinando si el acusado es autor, cómplice o encubridor y terminara solicitando la imposición de la pena correspondiente.

El alegato final es uno de los momentos estelares del juicio; la prueba ha sido previamente como señala la ley, pedida, ordenada y practicada durante esta etapa, en

otras palabras ha sido mostrada al Tribunal, y en base a ella podemos formular la tesis de acusación, ya que la prueba no apunta en una misma dirección y la interpretación de la defensa será diferente a la del fiscal. Allí la importancia del alegato final, a través del cual el fiscal sugiere al tribunal las conclusiones a las que debe arribar del análisis de las pruebas presentadas.

El alegato final es un ejercicio profundamente sistemático, a través del cual se analiza toda la prueba ordenándola de una manera coherente de conformidad con la teoría del caso, siendo razonable que el fiscal, el defensor tanto del acusador como del acusado, puedan desarrollar sus argumentaciones sin interrupciones sin que ello signifique que el presidente permita alegaciones fuera del contexto del caso motivo del debate desviándose hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles; pero sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho a la defensa; es decir corresponde al presidente durante el debate la tutela de un juicio justo.

El debate concluye una vez que habla el acusado o su defensor, si hubiere replica las intervenciones serán en el mismo orden; y el presidente declarará concluido el debate.

Terminado el debate, y una vez elaborada el acta del juicio, el presidente ordenará a las partes y al público a que se retiren y a continuación el tribunal procederá a deliberar con vista del proceso y de las pruebas practicadas durante la audiencia. En el ejercicio del cargo no conozco que se haya dictado una sentencia en forma inmediata, generalmente el presidente convoca ocho días después a escuchar la lectura de la sentencia, la que no siendo obligatoria simplemente se la recibe en la casilla judicial.

Se conoce que en la mayoría de los casos como no esta prohibido los jueces del tribunal han estudiado el proceso antes de la audiencia y eso aparece de cuerpo entero cuando cojeemos el expediente por lo escandaloso de los subrayados que suelen aparecer en las versiones y demás diligencias que obran en el proceso, lo cual esta en contra de la pureza del sistema procesal acusatorio oral, que presume el hecho que el tribunal no puede contaminarse con el estudio previo del proceso ya que le corresponde resolver solo en base a las pruebas practicadas durante el juicio.

Como he manifestado según el mandato procesal la sentencia debe expedirse al día siguiente de su deliberación, sin embargo aquello no se cumple.

2.5. LA ETAPA DE IMPUGNACIÓN.-

Todo proceso tiene un propósito u objetivo definido (fines); y se desarrolla conforme a reglas predeterminadas (formas); el incumplimiento de estas formas y en especial de los fines, da lugar a la denominada etapa impugnativa, que tiene como objetivo corregir estos errores o defectos , de los actos procesales irregulares o injustos ya que se habría desviado su finalidad común, dando nacimiento a un vicio o vicios que se traducirán en una injusticia o ilegalidad, incorrección o defectuosidad en el actuar procesal; es precisamente este actuar alejado a las formas preestablecidas las que dan lugar a una nueva producción y regulación de actos procesales especiales tendientes al saneamiento de aquellos, los cuales en la doctrina son conocidos como “previsiones saneatorias o correctivas” ; siendo precisamente en este momento cuando las partes dirigen su actividad en procura de la corrección o eliminación jurisdiccional del posible defecto o injusticia de un acto u actos cumplidos, es decir las partes hacen valer su poder de impugnación (Claria Olmedo).

Es necesario manifestar que tradicionalmente se habla de recurso como medio impugnativo, siendo necesario citar lo manifestado por Davis Echandía “La impugnación es el genero; el recurso la especie”.

De lo expuesto no cabe duda respecto del derecho que tienen las partes que han intervenido en un proceso penal, para impugnar las decisiones que afecten sus intereses tomados por Jueces de primera instancia o Tribunal; siendo su efecto inicial impedir la vigencia del acto del juez y por lo tanto su cumplimiento y su efecto final la rectificación o confirmación de dicho acto.

Siendo un derecho constitucional el acceso a una justicia sin dilaciones, no es menos cierto que los recursos contradicen aquel principio sin embargo no podemos desconocer la posibilidad partiendo de la falibilidad humana de que el juez no se equivoque en la aplicación de la norma, condenando a un inocente o absolviendo al culpable, que decir de resoluciones motivadas por la política, o peor por actos de corrupción; entonces

frente a estas posibilidades ciertas los recursos vienen siendo indispensables para buscar la enmienda a dichos “errores judiciales”. Sin embargo no podemos engañarnos al pensar de que haciendo uso del derecho de impugnación se garantice el acierto de la justicia, se trata de un esfuerzo en esa dirección, que muchas veces no consigue ese propósito. “La justicia sigue siendo un objetivo muy lejano, pero tenemos que luchar por alcanzarlo”, señala el Dr. Walter Guerrero Vivanco, en su obra El Proceso Penal.

De conformidad con lo dispuesto en el art.324 del CPP., se pueden impugnar las sentencias, autos y resoluciones en los casos y en las formas expresamente establecidas en este código. Cuando la ley no distinga, el derecho a impugnar corresponde a las partes. El defensor puede interponer los recursos, pero el imputado o acusado puede desistir de los recursos interpuestos por su defensor.

Se dice que el derecho a la impugnación es un derecho universal, y en este sentido el inciso segundo del artículo en mención reconoce este derecho a las partes, cuando la misma no determine a quien corresponde este derecho; y, el inciso tercero reconociendo el derecho a la defensa faculta al defensor interponer por si solo los recursos a favor de su cliente, pero reserva el desistimiento de los ya interpuestos al imputado o acusado, en el artículo 326 del CPP., se reitera en la posibilidad del desistimiento al que haya interpuesto un recurso, pero el defensor no puede desistir de aquel sin mandato expreso del imputado o acusado.

En el campo penal, por disposición legal solo se conceden los recursos en los casos expresamente determinados por este código al contrario de lo que reza para materia civil, en donde un recurso se entiende concedido, cuando la ley no lo deniegue expresamente.

Para la admisibilidad de los recursos, estos deben ser interpuestos dentro del plazo y según la forma que determine la ley; de concederse el recurso se emplazara a las partes para que concurran ante el superior para hacer valer sus derechos.

Los recursos se clasifican según algunos tratadistas en ordinarios y extraordinarios, ordinarios aquellos que se interponen ante una providencia que no se encuentra

ejecutoriada; y extraordinarios aquellos que se interponen frente a una resolución ejecutoriada.

Desde esta perspectiva en materia penal los recursos ordinarios son el de apelación, de nulidad, de hecho y de casación; en tanto que el recurso de revisión sería un recurso extraordinario ya que se interpone frente a una sentencia ejecutoriada.

Cuando en un proceso existen varios coacusados, el recurso interpuesto por uno de ellos, beneficia a los demás, siempre que la decisión no se funde en motivos exclusivamente personales. Disposición bien razonada y positiva cuyo propósito mira a evitar injusticias que podrían perjudicar a aquellos encausados que no han impugnado una decisión que les perjudica y esta ha causado ejecutoria.

El artículo 328 del CPP., consagra la garantía contenida en el principio “reformatio in pejus”, por el cual se prohíbe a los Tribunales Superiores, empeorar la situación jurídica del acusado si fuere el único recurrente.

Por fin el artículo 329 del CPP., regula el procedimiento a observar cuando se halle el proceso pendiente de resolución ante un Juez Superior, en razón de la interposición de un recurso, y vence el tiempo de la pena impuesta; en este caso el Juez Inferior debe ordenar la libertad del condenado una vez cumplida la pena impuesta, con la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad de policía que él señale, hasta que el superior devuelva la causa.

El Recurso de Nulidad, está instituido en el CPP., desde el art.330 al 342; y, habrá lugar a la declaratoria de nulidad:

- 1.- Cuando el juez o tribunal hubieren actuado sin competencia;
- 2.- Cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el artículo 309 del CPP.
- 3.- Cuando en la sustanciación del proceso se hubiera violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa.

El artículo 337 del CPP., establece la facultad de interposición de este recurso por parte del Agente Fiscal, en este caso la Corte oirá en primer lugar al Ministro Fiscal Distrital

concediéndole un plazo de tres días dentro del cual podrá insistir en el recurso o desistir del mismo. Si insiste el recurso deberá fundamentarlo, hecho lo cual se correrá traslado a las partes para que lo contesten también en el plazo de tres días.

El Ministro Fiscal puede desistir del recurso de nulidad, y siempre que no haya sido interpuesto por ninguna de las otras partes, la Corte ordenará la devolución del proceso para que se ejecute la providencia recurrida. Si el Ministro desiste, la Corte devolverá el proceso para que se ejecute la providencia y si acepta, la causa continuará, así como si la otra parte lo hubiere interpuesto.

El Recurso de Apelación, procede cuando alguna de las partes lo interponga en los siguientes casos:

- 1.- Del auto de sobreseimiento,
- 2.- Del auto de llamamiento a juicio;
- 3.- De los autos de nulidad, de prescripción y de inhibición por causa de incompetencia,
- 4.- Del auto de prisión preventiva, conforme al procedimiento previsto en este código;
- 5.- De la sentencia de acción privada;
- 6.- De la sentencia sobre reparación de daño; y,
- 7.- De la sentencia dictada en el proceso abreviado.

Debemos entender por apelación, la inconformidad o rechazo de un fallo, para que el superior, lo revoque. El recurso de apelación se debe interponer mediante escrito fundamentado ante el juez o tribunal, dentro de los tres días de notificada la providencia. Entendida la fundamentación como la argumentación clara y precisa de los fundamentos de hecho y de derecho sustento de la impugnación de la desición del Juez inferior. Recurso que puede interponer el fiscal, excepto en el caso de sentencia de acción privada y de reparación de daño, ya que en estos casos no tiene el ejercicio de la acción penal.

El Recurso de Casación, será procedente para ante la Corte Suprema de Justicia, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley; ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haberse hecho una falsa aplicación de ella, ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente.

El término “casación” viene del latín “cassare”, que significa quebrantar o anular, y precisamente esa la finalidad de este recurso, pues en su resolución la Corte Suprema así lo declara.

El recurso de casación puede ser interpuesto por el Fiscal, el acusado o el acusador particular, que son los sujetos principales del proceso penal. De la lectura del artículo 351 del CPP., parecería que los señores Ministros Fiscales Distritales o el señor Ministro Fiscal General no podrían ejercer este derecho a impugnar lo cual no es cierto pues en el ejercicio de la acción penal y de acuerdo al fuero pueden ejercer este derecho en representación de la sociedad.

El artículo 354 del CPP., advierte que en caso de que el recurso hubiere sido interpuesto por el Ministerio Público, quien deberá fundamentarlo será el Ministro Fiscal General, dentro del termino de diez días, y, si dicha autoridad omite cumplir con este requisito esencial de procedimiento, la Corte deberá declarar desierto el recurso.

El Recurso de Revisión, puede interponerse por una de las causales contenidas en el artículo 360 del CPP., podrá proponerse en cualquier tiempo, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria. Por supuesto para su procedencia debe estar ejecutoriada la sentencia condenatoria, esto hace que este recurso sea extraordinario, excepcional, que viene a constituir una limitación a la definitividad e inmutabilidad de la cosa juzgada.

Davis Echandía, opina que por esta razón “es un verdadero proceso puesto que el anterior ha concluido con sentencia ejecutoriada, a pesar de denominarse recurso extraordinario”, que procede en los caso expresamente señalados en la ley procesal, elementos esenciales que faltaron para la garantía de la justicia y se presenta cuando la sentencia ha sido producto o fruto del fraude, la colusión, el cohecho, la violencia y que se recobran luego de producida la sentencia; pruebas decisivas, retenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida.

El legislador ecuatoriano al puntualizar que este recurso puede proponerse en cualquier tiempo ratifica que las sentencias penales, susceptibles de revisión no están sujetos a ningún término preclusivo; y, que aún en el caso de fallecimiento del condenado,

pueden interponerlo su cónyuge, sus hijos o parientes o sus herederos, según lo dispuesto en el art.361 inciso segundo del CPP.

Las causas están determinadas en el artículo 360 del CPP., y son:

- 1.- Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta;
- 2.-Si existen, simultáneamente dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelan que una de ellas está errada;
- 3.-Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados;
- 4.- Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se le condeno;
- 5.- Cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna; y,
- 6.-Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia.

Excepto el último caso la revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada.

Como todo recurso tiene su trámite previsto en la ley, y termina con la sentencia.

2.6. EL RECURSO DE HECHO.-

El recurso de hecho se concederá cuando el Juez o Tribunal Penal, hubieren negado los recursos oportunamente interpuestos y que se encuentren expresamente señalados en este código. Este recurso se interpondrá ante el Juez o Tribunal que hubiesen negado el recurso oportunamente interpuesto dentro de los tres días posteriores a la notificación del auto que lo niega. Interpuesto el recurso, el Juez o Tribunal, sin ningún trámite, remitirá el proceso a la Corte Superior, quien admitirá o denegará dicho recurso.

A propósito, he ubicado al recurso de hecho al final de los recursos ya que varios estudiosos manifiestan no tener una respuesta lógica para que el recurso en mención se lo ubique en el capítulo sexto del título III de la Etapa del Juicio”, porque siendo un recurso debe estar entre los estudiados, es decir en la “Etapa de Impugnación”, y decía

que a propósito lo ubicamos al último pues allí es donde debe ubicárselo, ya que su razón de ser es justamente el interponerlo ante la negativa de los otros recursos.

Unos justifican su ubicación, como previniendo a las partes de que hay esta posibilidad posterior a recurrir, cuando no se atendido oportunamente los recursos interpuestos.

CAPÍTULO III

3.1. CONCLUSIONES

En el trabajo realizado, se puede a través de su lectura, conocer la historia del Ministerio Público en el Ecuador , partiendo de una breve reseña histórica de dicha Institución así mismo en las diferentes legislaciones del mundo; concluyendo en que el Ministerio Público, como se lo conoce en la actualidad tiene su origen en Francia; que su desarrollo ha sido lento y de poca importancia en Ecuador, de manera primordial por cuanto desde sus inicios estuvo siempre confundido con otras Instituciones, como la Procuraduría General del Estado, Función Judicial; hasta la vigencia de la Constitución Política de la República de 1998, la cual declara que el Ministerio Público es uno, indivisible e independiente en sus relaciones con las ramas del poder público.

Sin embargo uno de los logros más importantes otorgados por la Norma Suprema, al Ministerio Público, es el ejercicio de la acción penal pública, al señalar que el Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal, mandato imperativo que se canaliza a través de las normas adjetivas penales vigentes, instrumentos jurídicos que transforman la justicia penal ecuatoriana; con el propósito entre otros de agilizar la tramitación de los procesos penales, introduciendo la oralidad y el sistema acusatorio, con el objetivo de instaurar un sistema más justo y democrático.

En tal virtud y respondiendo aquella interrogante planteada en el trabajo; de si hizo bien la Asamblea Nacional Constituyente de Riobamba de 1998; al aprobar la Constitución vigente y depositar el ejercicio de la Acción Penal Pública en el Ministerio Público, debemos manifestar que en la actualidad la mayoría de los Estados desarrollados consagran en su legislación el sistema acusatorio; y buena parte de países latinoamericanos como el nuestro han hecho y siguen haciendo ingentes esfuerzos por consolidar el sistema acusatorio oral; en razón de que el sistema inquisitivo definitivamente ha colapsado. De lo expuesto no tengo la menor duda de que la Asamblea Constituyente hizo bien al conceder al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública, único y genuino representante de la sociedad; proscribiendo con

ello el aberrante sistema inquisitivo, y otorgando a su vez al Juez Penal, la categoría juzgador y garante de los derechos de los sujetos procesales.

Respecto a las funciones del Fiscal en el nuevo ordenamiento penal, podemos afirmar que el papel de investigador lo realiza de acuerdo a las atribuciones traídas a través de la Constitución de la República, del Código de Procedimiento Penal, Ley Orgánica del Ministerio Público, de manera principal en la fase de indagación previa, recolectando con la colaboración de la policía Judicial, los elementos de convicción que le otorguen el conocimiento sobre la existencia del delito y la responsabilidad de los autores y partícipes, con el objeto de fundamentar la acusación y desvirtuar en el curso del juicio la presunción de inocencia. Lo cual es hasta cierto punto lógico, ya que como hemos comentado el principio de oportunidad, entendido como el reconocimiento de ciertos poderes discrecionales al Ministerio Público, se traduce en saber en que momento resolver el inicio de la instrucción fiscal, y que esta no puede iniciarse sino cuando de la investigación aparezcan fundamentos suficientes para imputar a una persona participación en un hecho delictivo. Instrucción Fiscal, conocida como la primera etapa del proceso penal y en la cual el Fiscal continúa con la investigación, pero ya bajo la tutela jurídica del Juez de garantías, a quien debe solicitar de considerar necesarias las autorizaciones pertinentes en caso de requerir medidas cautelares de carácter personal o real; en la práctica del ejercicio de la acción penal, hemos manifestado la implantación de la audiencia oral de instrucción fiscal para el caso de delito flagrante en la ciudad de Cuenca, ello ha posibilitado mayor agilidad en lo que a solemnidades se refiere ya que la notificación se la hace en persona a los sujetos procesales, hay una calificación previa del juez sobre la flagrancia, y además se cumplen dos principios fundamentales como son la inmediatez y la contradicción, pues el juez para resolver sobre alguna medida cautelar solicitada por el Fiscal escucha al defensor del imputado, ya que la resolución de inicio de instrucción es exclusiva del Fiscal; sin embargo todavía no existe el consenso en los señores operadores de justicia de la ciudad, respecto a su validez procesal, pero quienes representamos al Ministerio Público del Azuay, convencidos estamos que este procedimiento garantiza efectivamente un debido proceso, tan es cierto que se pretende implementar en otros distritos de la patria.

La intervención del Fiscal en la etapa intermedia, se da para sustentar su acusación, en tanto que en el desarrollo del juicio, su actuación alcanza su máxima expresión, como

Fiscal Litigante, formulando la acusación y en virtud de la carga de la prueba solicitando, presentando y contraviniendo las pruebas para demostrar la tesis de acusación y demoler la presunción de inocencia. En la etapa de impugnación tiene participación relevante también frente a sentencias inicuas, que causan desazón en la sociedad, buscando a través de los recursos el acierto de la justicia; sin embargo no podemos engañarnos ya que “la justicia sigue siendo un objetivo muy lejano, pero tenemos que luchar por alcanzarlo”. En tal dirección la función que realicemos como representantes del Ministerio Público coadyuvara en la consecución de tal objetivo.

BIBLIOGRAFÍA

VACA ANDRADE RICARDO: MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL, CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, QUITO- ECUADOR.

TORRES CHAVES EFRAÍN: BREVES COMENTARIOS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, QUITO-ECUADOR.

ZAVALA BAQUERIZO JORGE: TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, EDINO, GUAYAQUIL-ECUADOR.

GARCÍA FALCONI JOSÉ: MANUAL DE PRACTICA PROCESAL PENAL, EDICIONES RODIN, QUITO-ECUADOR.

GUERRERO VIVANCO WALTER: DERECHO PROCESAL PENAL, PUDELECO EDITORES S.A.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO: TEORIA GENERAL DEL DELITO, EDITORIAL TEMIS, BOGOTA –COLOMBIA.

BINDER ALBERTO: PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO, IDEAS Y MATERIALES PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL, EDITORIAL AD-HOC BUENOS AIRES, 2000.

BAYTELMAN ANDRES-DUCE MAURICIO, NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL.

GUIA DE APLICACIÓN PARA EL PROFESIONAL DEL DERECHO. PUBLICACIÓN ESQUEL-USAID.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE ECUADOR, RIOBAMBA-1998.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (R.O.#.511 DEL 10 DE JUNIO DE 1983)

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (R.O.#.360 DEL 13 DE ENERO DE 2000)

LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO (R.O.#.26 DEL 19 DE MARZO DE 1997)

MANUAL DE FUNCIONES DEL FISCAL, PUBLICACIÓN: CLD-KONRAD ADENAUER, MINISTERIO PUBLICO.}

