

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR  
SEDE ECUADOR

MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL

*EL ROL DEL FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO  
PENAL ABREVIADO*

MAESTRANTE:  
RICHARD VILLAGOMEZ CABEZAS

QUITO  
2008

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Richard Villagómez Cabezas

Quito, abril de 2008

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR  
SEDE ECUADOR

MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL

*EL ROL DEL FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO  
PENAL ABREVIADO*

MAESTRANTE:  
RICHARD VILLAGOMEZ CABEZAS

TUTORA:  
Dra. PATLOVA GUERRA GUERRA

QUITO  
2008

## ABSTRACT

En Ecuador, la vigencia del código de procedimiento penal a partir de 2001 ha permitido la implementación del sistema acusatorio oral que desplazó al viejo modelo inquisitivo y asignó nuevos roles a los participantes en el proceso penal, dejando en manos de la Fiscalía la investigación, en tanto que la decisión quedó en poder de la Función Judicial.

De esta manera se trastocó el mundo jurídico en materia penal y la mentalidad de Jueces, Fiscales, Abogados y principalmente la ciudadanía.

Concomitante a este nuevo sistema surge el principio de oportunidad como un mecanismo de selección de casos para privilegiar la persecución penal más grave.

Uno de estos mecanismos es el procedimiento abreviado que simplifica la estructura del proceso penal ordinario, para obtener en un tiempo razonable, con un despliegue menor de recursos por la Fiscalía, una sentencia condenatoria mínima, que a los ojos de la ciudadanía resulte aceptable tanto en función de tiempo como en la percepción de celeridad y eficacia del sistema judicial penal.

Si bien las cifras oficiales dan cuenta del escaso margen de aplicación del procedimiento abreviado, esto se origina en la falta de fortaleza de la Fiscalía en su actividad investigativa por el pobre estándar de prueba científica a cargo de Policía Judicial, la resistencia ius normativista de los Jueces y Tribunales Penales, el desconocimiento de Abogados y defensores públicos, etc.

*A mi amada esposa Ana Lucia  
y a mi tierna hija, Camila Anahí.*

## INTRODUCCIÓN

La praxis jurídica conduce a la comprobación de que la consumación del trámite procesal resulta, en los hechos, casi siempre tardía para resolver eficazmente el proceso penal sometido a la decisión del ente judicial, y esto sucede más allá de los topes temporales fijados normativamente ya sea en la Constitución Política de la República, Tratados Internacionales y Código de Procedimiento Penal.

Para superar esta tardanza los ordenamientos procesales han tendido a abreviar los procedimientos para definir anticipadamente el caso penal en juzgamiento. En Ecuador, el Código de Procedimiento Penal incluye el procedimiento penal abreviado, como una respuesta estatal frente al delito, descongestionando el sistema penal, privilegiando la persecución penal más grave, dejando de lado delitos de menor significación que son sancionados mínimamente para obtener la tutela del ofendido y la sanción del infractor.

Para establecer el grado de efectividad y aplicación de este mecanismo, inicialmente se ha de estudiar la naturaleza jurídica del proceso penal, su estructura, participantes y facultades de éstos, luego la naturaleza jurídica del procedimiento penal abreviado, su estructura y principios rectores, para inmediatamente determinar cuál es el rol del Fiscal en el desarrollo de la investigación del delito y la prosecución de la acción penal.

En un estudio de Derecho Comparado se analizará la influencia del procedimiento penal abreviado en los Estados Unidos de Norteamérica, típico ejemplo del sistema del Common Law, así como de Chile representante del modelo romano germánico en relación el actual

desarrollo en el Ecuador del sistema acusatorio oral en materia penal, en general, y en particular sobre el procedimiento penal abreviado.

Para cumplir con los objetivos propuestos se analizará la normativa constitucional, legal; doctrina nacional e internacional, sobre la naturaleza jurídica del Ministerio Público como el ente encargado de la persecución penal.

Es el Fiscal quien investiga el delito y califica las circunstancias en que se ha de promover el proceso penal completo como única respuesta estatal a la perpetración del delito. Para el ejercicio de estas facultades ha de contar con límites positivos impuestos por la Constitución y la Ley, lo que en doctrina se conoce como el principio de oportunidad, a lo que se ha de sumar el principio de rentabilidad social, por el que se evalúa la naturaleza del delito perpetrado, la alarma social causada y el costo que representa para el Estado la investigación y sanción del delito en un proceso penal completo.

Por tanto, resulta imprescindible saber hasta qué punto los delitos que son denunciados por la ciudadanía alcanzan un proceso penal completo, o si éstos se diluyen conforme avanza el proceso penal sin que se logre el fin último que resultaría en la obtención de sanción para el infractor en sentencia condenatoria, y de cómo éste fenómeno socava la percepción ciudadana de seguridad frente al delito.

También se intentará establecer cuáles son las causas o razones por las que existe un nivel tan bajo de aplicación de procedimientos penales abreviados en el contexto de las cifras oficiales y, si esto se debe a una falta de formación jurídica del Agente Fiscal en el manejo de la teoría del conflicto, destrezas de negociación y mediación.

Aunque inicialmente se consideró que, al tratarse de un tema actual, existiría abundante material, sin embargo la sorpresa ha sido mayúscula puesto que no ha sido posible localizar

mayores artículos o textos que permitan lineamientos previos al respecto. Por tanto, resulta necesario resaltar que aunque este es un trabajo de un principiante de investigador, intenta ser el primero en abordar específicamente, *El rol del Agente Fiscal en el procedimiento penal abreviado*, conceptualizado como un sistema de descarga del sistema procesal penal.

De las obras analizadas sobre el tema se puede expresar que éstas son tangenciales o superficiales, no obstante, a través de este estudio, se pretende conocer el fundamento jurídico-doctrinario del procedimiento penal abreviado, como mecanismo de descarga del sistema procesal penal y como medio óptimo de sanción de la infracción, para lo cual se ha de identificar sus ventajas y deficiencias, para en lo posible sugerir una base para la ampliación legal en su aplicación.

**EL ROL DEL FISCAL  
EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO**

Página

Introducción

**CAPITULO I**  
**EL PROCESO PENAL**

- 1.1 Estructura del proceso penal por delito de acción pública.
- 1.2. Proceso oral o por audiencias?
- 1.3 Intervención del ente judicial.

**CAPITULO II**  
**EL PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO**

- 2.1 El principio de rentabilidad social.
- 2.2 El principio de oportunidad reglada.
- 2.3 Estructura del procedimiento penal abreviado.

**CAPITULO III**  
**EL ROL DEL FISCAL**  
**EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO**

- 3.1 Facultades del Fiscal:
  - 3.1.1 Constitucionales
  - 3.1.2 Legales
- 3.2 El Fiscal como negociador y mediador.
- 3.3 Manejo de la teoría del conflicto

**CAPITULO IV**  
**DERECHO COMPARADO**

- 4.1 Modelo del Common Law: Estados Unidos de Norteamérica
- 4.2 Modelo Romano Germánico: Chile

Conclusiones y recomendaciones

Bibliografía

# CAPITULO I

## EL PROCESO PENAL

### 1.1 Estructura del proceso penal por delito de acción pública

Frente al delito el Estado tiene dos posibilidades: una preventiva y otra represiva. Las dos opciones forman parte de la ingeniería o diseño de la Política Criminal que un Estado en particular adopta para enfrentar este fenómeno social.<sup>1</sup>

Son factores de prevención: el mejor equipamiento y dotación de la Policía Nacional, la educación, etc. En tanto que, dentro de los factores de represión se encuentra la actividad de Policía y el despliegue del proceso penal.

El proceso como instrumento para alcanzar la paz social<sup>2</sup>, es un espejo en el cual la sociedad reconoce sus propias opciones acerca del modelo político bajo el cual ha escogido vivir<sup>3</sup>, diferenciando si está o no en vigencia el Estado de Derecho.<sup>4</sup>

En Ecuador los delitos, por el ejercicio de la acción, se clasifican en delitos de acción pública, ya sea de instancia oficial o particular (Art. 32 CPP) y delitos de acción privada (Art. 36 CPP).

---

<sup>1</sup> Cfr. Velásquez, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997, p. 113. La Política Criminal está relacionada con el control social que sirve para la supervivencia del conglomerado social y que inicialmente fue ejercido por los individuos y actualmente está en cabeza de las instituciones estatales.

<sup>2</sup> Cfr. Albán Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Ediciones Legales, Segunda Edición, Quito, 2006, p. 13. En efecto, la percepción ciudadana sobre el derecho penal apunta hacia el control social y la represión, lo cual resulta necesario para permitir la convivencia en sociedad.

<sup>3</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio, *Hacia un Realismo Penal Marginal*, Monte Avila Editores Latinoamérica, Impreso en Venezuela, 1992, pp. 41-45 El autor señala que el sistema penal del siglo 21 ha confiscado el conflicto, ha suprimido del proceso a la víctima y ha dejado el arreglo de los conflictos por otros medios que no sean el proceso.

<sup>4</sup> Cfr. Gómez Colomer, Juan Luis, *Revista Peruana de Derecho Procesal, Nro. 1*, Lima, Septiembre de 1997, pp. 335, 338 En este sentido el autor advierte que a pesar de que el sistema acusatorio oral, en teoría, al dividir las funciones de investigación y juzgamiento, no resuelve el problema de la vigencia del Estado de Derecho ni el antecedente próximo que radica en la imparcialidad, ya que, citando al autor, *investiga quien es parte, y por ello mismo, con toda la nobleza del término el que es parcial.*

Respecto de los delitos de acción pública, estos se subdividen considerando el modo en que la infracción legal a conocimiento del Ministerio Público, órgano encargado de la investigación y prosecución penal (Art. 219 CPR, Arts. 33 CPP).

Los delitos de acción pública de instancia oficial pueden originarse en una denuncia, parte policial informativo o de oficio por el Ministerio Público. En tanto que, la investigación de los delitos de acción pública de instancia particular, (Art. 34 CPP) imperativamente, inician previa denuncia (Arts. 33 inciso 2do; 42 CPP) formulada por el ofendido (Art. 68 CPP) so pena de que la omisión de esta exigencia procesal cause nulidad de lo actuado.<sup>5</sup>

Entonces se advierte que en el juzgamiento de los delitos existen dos procedimientos: uno para los de acción pública y otro para los de acción privada.

En los delitos de acción privada, la relación procesal se configura con la participación de mínima de dos sujetos: el querellante (Arts. 33 CPP) y querellado, bajo el procedimiento previsto en los Arts. 371 a 375 CPP en donde el Juez actúa a instancia de las partes por aplicación del principio dispositivo, de tal forma que el Ministerio Público no participa en esta clase de delitos (Art. 33 CPP) y el juez cumple funciones de control del desarrollo de las actuaciones realizadas por las partes para finalmente decidir sobre los hechos aunque puede y debe promover la conciliación o el avenimiento de los justiciables.

De esta manera, en los delitos de acción privada el bien jurídico protegido por la norma penal se circunscribe en la afectación que los hechos representan para los justiciables y es por ello que tienen la potestad de iniciar la acción, llegar a un acuerdo e incluso desistir

---

<sup>5</sup> Cfr. Villagómez, Richard, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Primera Edición, Editorial Multicolor, Riobamba, 2006. Esta exigencia legal no sólo incluye la formulación de denuncia como forma de ejercicio de la acción penal en delitos de acción pública de instancia particular sino que la firma y rubrica del denunciante ha de ser reconocida para que se pueda iniciar válidamente la indagación previa. La omisión de esta solemnidad ocasiona nulidad que debe ser declarada por el Juez Penal luego de agotada la etapa intermedia en audiencia preliminar.

abandonar su pretensión por la inacción durante determinado tiempo (Art. 375 CPP), lo cual demuestra que se trata de un derecho renunciable frente a los delitos de acción pública que en general no permiten esta renuncia.

Por otra parte, los delitos de acción pública (de instancia oficial y particular) ocupan la mayor parte de las normas contenidas en la ley procesal penal que consagra el sistema acusatorio oral y que tiene varias implicaciones.

Respecto de los participantes, los sujetos procesales mínimos son: el Ministerio Público, a cargo de la prosecución penal (Art. 65 CPP); y, el imputado (Art. 70 CPP) a quien el Fiscal atribuye participación en un hecho punible.

La participación del ofendido puede ser con o sin acusación particular, la diferencia radica principalmente en la facultad de impugnar que corresponde al acusador particular y la vía por la que se exige la indemnización civil derivada del delito que puede ser ante el Tribunal que dictó la sentencia condenatoria o ante el Juez Civil del lugar donde se dictó la misma.

Respecto de la estructura del proceso penal se ha de advertir que anterior al proceso, se desenvuelve la indagación previa cargo del Ministerio Público, bajo control judicial y sirve para establecer la existencia de delito. Su duración puede ser de hasta un año en delitos reprimidos con prisión y dos años en delitos sancionados con reclusión, por tanto las etapas del proceso, conforme el Art. 206 CPP, son:

1. La instrucción fiscal (Art. 217 CPP)

Es investigativa a cargo del Ministerio Público<sup>6</sup>, tiene una duración de hasta noventa días. Tanto el ofendido (art. 68 CPP) sea o no acusador particular (Art.69 CPP) y el imputado (Art.

---

<sup>6</sup> Duce, Mauricio y Riego, Cristián, *Introducción al nuevo Sistema Procesal Penal*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002, p. 127 Se trata de una etapa del procedimiento eminentemente preparatoria del juicio oral, en que se acumula

70 CPP) tienen la facultad legal de pedir la práctica de actos investigativos que sirven para alegar y sustentar sus pretensiones. De este modo, la acción investigativa no queda a instancia exclusiva del Ministerio Público (Art. 25 CPP), logrando por tanto un mejor diligenciamiento de actos que permiten descubrir la realidad de los hechos.

Durante el desarrollo de la instrucción fiscal el Juez Penal (Art.25 CPP) ejerce el control de la investigación, tutelando los derechos de ofendido e imputado sin que se verifique abuso por el órgano encargado de la prosecución penal.<sup>7</sup> Por tanto la relación procesal, surge a partir de la resolución de instrucción fiscal a cargo del Ministerio Público, y de la respectiva notificación al justiciable por parte del órgano judicial competente. Sólo una vez que se han cumplidos estos actos, nace con eficacia la relación procesal mínima.

## 2. La etapa intermedia

El objetivo primordial de esta etapa es tomar conocimiento de la determinación del fiscal en cuanto a si acusará o no<sup>8</sup> y discutir su decisión en el caso en que no quiera hacerlo, ya que el sistema descansa en la premisa: sin acusación fiscal no hay juicio.<sup>9</sup>

Sobre el contenido del dictamen fiscal el juez realiza un control en doble sentido: por una parte existe un control formal; por la otra, existe un control sustancial de los requerimientos fiscales o de los actos judiciales conclusivos.<sup>10</sup>

---

toda aquella información relevante que luego puede ser utilizada en esa instancia para decidir el caso. Entonces ésta es la base angular sobre la cual descansa el proceso pues en ella se practican los actos investigativos que sustentan la acusación y luego la dictación de sentencia condenatoria.

<sup>7</sup> Damaska, Mirjan, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, 1986, p. 13. El modelo procesal adversarial surge a partir de una contienda o disputa: se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto. Pero de esta definición surge la pregunta: Cuán pasivo puede ser un juez en este sistema ?

<sup>8</sup> *Nuevo Sistema Procesal Penal, Guía de Aplicación para el Profesional del Derecho*, Publicación del Fondo Justicia y Sociedad de la Fundación Esquel con el auspicio de USAID, Imprenta PPL, Quito, 2003, p. 33. La decisión sobre acusar o no se toma sobre la base de lo que el sistema acusatorio denomina causa probable. Hay Causa probable cuando del conjunto de las evidencias disponibles se desprende que es más probable que sí se ha cometido la infracción y que es más probable que el imputado es el presunto responsable.

<sup>9</sup> Cfr. Carocca, Alex, et al, *Nuevo Proceso Penal*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000, p. 178. El objetivo de esta etapa varía entre los países del Common Law y los del Civil Law, en los primeros el Fiscal puede incluso retirar su acusación lo cual no acontece en los segundos debido a las restricciones legales para la renuncia a la prosecución penal.

### 3. El juicio

Los modelos acusatorios insisten en instalar al juicio oral como la etapa central de proceso penal<sup>11</sup>, negando valor probatorio a los antecedentes recogidos por el fiscal durante la investigación y resguardando la audiencia principal con un conjunto de garantías procesales que recogen los principios de tratados internacionales.

Así, el derecho a ser oído, consagrado en el Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mismos que fueron suscritos y ratificados por el Ecuador. Garantía también contemplada en el Art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El juicio es considerado por los estándares internacionales de derechos humanos, como un marco general de protección general para todas las garantías del procedimiento.

### 4. La etapa de impugnación

Esta etapa no es obligatoria ya que está sujeta a petición de las partes procesales que pueden activarla cuando consideran que la decisión judicial es errónea.<sup>12</sup> para lo cual la ley procesal les franquea una serie de opciones en que se incluye la casación, la revisión, etc.

Las actuaciones fiscales, judiciales, de las partes, etc., han sido medidas cuantitativamente por organizaciones no gubernamentales para establecer el grado de desarrollo del sistema

---

<sup>10</sup> Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Adhoc, Buenos Aires, s.f. En doctrina, este control puede ser necesario u optativo, según que sea la etapa intermedia sea obligada del proceso o exista cuando hay objeción de las partes al requerimiento fiscal.

<sup>11</sup> Cfr. Baytelman, Andrés, Duce, Mauricio, *Litigación Oral y Juicio Penal*, Fondo Justicia y Sociedad, Fundación Esquel, Quito, 2003, p. 16. El autor reflexiona sobre la centralidad del juicio oral y se pregunta el por qué de la importancia de esta etapa dentro de un sistema que promueve pocos casos hasta dicho punto. La respuesta radica en que a este momento del proceso es donde se desarrolla la prueba y se percibe en su real dimensión la actividad de investigación.

<sup>12</sup> Guerrero, Walter, *Derecho Procesal Penal*, Pudeleco, Quito, 2005, Tomo IV, p. 224. Es necesario encontrar un punto de equilibrio entre la celeridad y el acierto judicial, mediante la limitación de las providencias impugnables y la sanción a quienes ejerzan el derecho a la impugnación sin fundamento alguno.

acusatorio oral en Ecuador, instrumento que ha de servir para un mejoramiento normativo e institucional de los participantes en el proceso penal.<sup>13</sup>

## **1.2. Proceso oral o por audiencias?**

El Art. 194 CPR declara que: *La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación.*

En Ecuador, el sistema procesal penal es mixto, si se considera que no todos los actos procesales se desarrollan de modo oral y que inevitablemente debe quedar una constancia escrita de estas actuaciones. Entonces rige un sistema acusatorio mixto<sup>14</sup>.

En doctrina, se ha reconocido que bien pueden existir sistemas procesales 100% escritos pero sistemas procesales 100% orales, esto debido a la necesidad de documentación y registro de las actuaciones procesales.

La oralidad es entonces una forma de desarrollo o expresión de los actos procesales<sup>15</sup> que deben estar a tono con lo que dispone el Art. 192 CPR que en su parte taxativa dice:

*El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.*

---

<sup>13</sup> Cfr. *Segunda Evaluación del Sistema Procesal Penal*, Fondo Justicia y Sociedad, Fundación Esquel-Usaid, Quito, 2005. En esta publicación se realiza un estudio cuantitativo del avance en la implementación del sistema acusatorio oral en el Ecuador, durante los años 2004, 2005.

<sup>14</sup> Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge, *El Debido Proceso Penal*, EDINO, 2002, pp. 335-351. La naturaleza del sistema procesal ecuatoriano es mixto por estar constituido por actuaciones efectuadas de forma oral y escrita.

<sup>15</sup> Cfr. Bailey, Lee, *Cómo se Ganan los Juicios, El Abogado Litigante*, Limusa Noriega Editores, México, 2002. El ejercicio de la defensa en el sistema acusatorio de Norteamérica se halla descrito profusamente por el autor quien da las pautas sobre destrezas de oralidad, argumentación jurídica e inclusive técnicas de investigación para impactar al jurado en la decisión de la causa.

La oralidad no es el único principio que está en aplicación, se trata de un conjunto de principios procesales que garantizan el real ejercicio y vigencia del debido proceso.<sup>16</sup> Se entiende que una audiencia se efectúa de modo oral y el ente judicial ha de velar por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia de la administración de justicia. Respetando el principio dispositivo, de concentración e inmediación.

La inmediación significa la concurrencia de los sujetos procesales frente al juez para que éste advierta la profundidad y contundencia de sus alegaciones

La celeridad implica la rapidez en el desarrollo y resolución de la audiencia, sin que signifique que una decisión rápida es eficaz.

La eficacia está dada por el despliegue de recursos para la toma de decisiones y el acierto judicial.

El principio dispositivo implica la petición de las partes, sin que el ente judicial tenga la potestad de actuación de prueba per se, o de oficio.

El principio de concentración exige la práctica de la mayor cantidad de actuaciones procesales en una sola diligencia. Por ejemplo: cuando se formula cargos, se propone solicitud de medidas cautelares, declaran los agentes de la detención<sup>17</sup>, se ofrece evidencias y estos elementos pueden ser debatidos por la defensa del justiciable.

---

<sup>16</sup> Bofill, Jorge, *La Prueba en el Proceso Penal*, artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Editorial Jurídica de Chile, 1994, Tomo XCI, pp. 19-21. La oralidad es un principio relativo a la forma de la audiencia y puede traducirse en la formalidad de la lectura de las actas, por ello requiere su complementación en otros principios procesales.

<sup>17</sup> Cfr. *Manual de Procedimientos de la Policía Judicial*, Primera Edición, Propar, Quito, noviembre de 2007. A través de esta publicación efectuada en forma conjunta con el Ministerio Público se ha enfocado la necesidad de especialización de la Policía en la actividad de investigación bajo la dirección en derecho de la Fiscalía, advirtiendo que las actuaciones policiales se han de convertir en testimonios en audiencia de juzgamiento.

Pese a que el Art. 272 CPR manda que *la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal*, la aplicación de la oralidad en el sistema acusatorio ha evidenciado una arraigada resistencia por los Jueces Penales para la aplicación del Art. 194 CPR que la consagra.

Esta resistencia tiene un antecedente de corte jurídico-cultural ya que nuestro sistema jurídico es heredero del Civil Law o tradición romano germánica en que prevalece el ius positivismo y consecuentemente la norma escrita <sup>18</sup> se constituye en una camisa de fuerza para el juzgador que tiene poco espacio para la interpretación de la norma jurídica.

En esta línea intelectual<sup>19</sup>, tomando como antecedente la experiencia suscitada en la ciudad de Cuenca<sup>20</sup>, la CSJ dicta la resolución Nro. 52 <sup>21</sup> que introduce la oralidad en la audiencia de formulación de cargos en delitos flagrantes. El texto de la resolución infra dice:

*Art. 1 Dictar la presente resolución, que deberá ser aplicada por los jueces de lo penal, en todo el territorio nacional, para el ejercicio pleno de los derechos y garantías determinados en nuestra Constitución Política de la República así como en los Tratados Internacionales de los cuales el Ecuador es signatario, previo al inicio de la instrucción fiscal, exclusivamente para el caso de las personas que hubieren sido detenidas en delito flagrante, así como para las que se encuentren detenidas sin formula de juicio.*

---

<sup>18</sup> Cfr. Fix-Samudio, Héctor, Valencia, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México, Tercera Edición, México, 2003, p. 8 Parte de esta herencia se resume en la expresión de que el jurista jamás puede sustituir dichas reglas con su personal criterio, su actividad está siempre limitada y dirigida por el orden jurídico positivo, aunque más adelante reconoce que el Juez posee un amplio margen para la interpretación y aplicación de las normas que componen dicho orden.

<sup>19</sup> Cfr. Witker, Jorge, Larios, Rogelio, *Metodología Jurídica*, Segunda Edición, McGrawHill, s.f. p. 173 La CSJ al crear esta resolución concede desmesurado valor al iusnormativismo que concibe al derecho como un fenómeno eminentemente normativo pero considerado éste como un resultado exclusivo de la voluntad humana.

<sup>20</sup> <http://www.elmercurio.com.ec/web/titulares.php?seccion=fzuyEtT&codigo=UfdoTX...> El diario El Mercurio de la ciudad de Cuenca, señala el éxito que ha tenido la realización de las audiencias de formulación de cargos como parte del proyecto piloto de apoyo a la justicia, con el apoyo de la Fundación Esquel y USAID.

<sup>21</sup> Esta resolución fue publicada en el Registro Oficial Nro. 221 de 28 de noviembre de 2007. Misma que tiene una serie de incongruencias en la formulación de antecedentes y esta viciada por su origen, pues a pretexto de oscuridad de ley la CSJ se ha arrogado para sí la facultad de crear norma procesal lo cual vulnera el principio por el cual esta facultad corresponde al legislativo.

*Art. 2.- El procedimiento a aplicarse será el siguiente:*

- a) El juez de lo penal que se encuentre de turno será el competente para conocer y resolver la situación jurídica de las personas privadas de su libertad, sea que la detención fuere por orden judicial, sea por delitos flagrantes, o por detenciones arbitrarias, tanto en los días ordinarios. El juez de lo penal asumirá de esta manera la competencia en forma definitiva.*
- b) Tan pronto una persona privada de su libertad fuere puesta a órdenes del juez de turno, éste convocará de manera inmediata a una audiencia, a la que concurrirán el agente fiscal, el detenido, quien estará asistido por ser defensor particular o por el defensor público o también un defensor de oficio designado por el juez; y, de ser posible, el ofendido. Dicha audiencia se efectuará de manera obligatoria, dentro de 24 horas posteriores a la detención;*
- c) En esta audiencia oral el agente fiscal podrá resolver el inicio de la instrucción fiscal y, de considerarlo necesario, requerirá la prisión preventiva del imputado. Por su parte el juez, luego de oír al imputado decidirá sobre la medida cautelar, y en caso de negarla ordenará su libertad. Cuando fuere procedente podrá aplicar el trámite de procedimiento abreviado;*
- d) Cuando el fiscal se abstenga de iniciar la instrucción fiscal, el juez, sin más trámite, ordenará la inmediata libertad del detenido;*
- e) Concluida la audiencia se levantará un acta suscrita por el juez y el secretario del juzgado, en la que se dejará constancia resumida de las intervenciones de los presentes y de las resoluciones del agente fiscal y del juez. El fiscal suscribirá también el acta en los casos en los que decida dar inicio a la instrucción fiscal;*
- f) En el caso en que el agente fiscal haya resuelto iniciar la instrucción, se entenderá notificados los sujetos procesales presentes; y, cuando el ofendido no estuviere presente el juez ordenará su notificación mediante boleta. Luego de esta notificación, el expediente pasará al agente fiscal para la continuación del trámite;*
- g) Cuando se presenten impugnaciones, mediante recurso de apelación debidamente fundamentado respecto de las medidas cautelares de carácter personal, se remitirá copia del expediente al superior, para su resolución; y,*
- h) En los casos sujetos a fueron de Corte se seguirá el mismo procedimiento.*

El Art. 1 infra contiene una interpretación efectuada por la CSJ con carácter obligatorio sobre la forma en que cada uno de los jueces penales debió interpretar las normas de Tratados Internacionales, constitucionales y procesales para la implementación del sistema oral,

dejando escaso margen para la interpretación judicial, prefiriendo el ius positivismo sobre el razonamiento jurídico y judicial.

En el Art. 2 *Ibídem* se esboza un índice de casos hipotéticos en los que se determina, a priori, la forma en que el juez ha de actuar. El margen de interpretación judicial es mínimo y el Juez queda sometido a la fría y acrítica aplicación de la norma, tal y como ya lo señaló Portalis en la introducción del Código Napoleónico donde la principal fuente de norma jurídica era el legislativo como representante del soberano, en tanto que el juez era concebido como un ejecutor de esta voluntad.<sup>22</sup> En el literal c) de la norma infra, incluso se prevé la posibilidad de aplicar el procedimiento abreviado cuando fuere procedente, esto es, una vez verificadas las condiciones establecidas en los Arts. 369 y 370 CPP.

Tratando de justificar la actividad legislativa arrogada por la CSJ al dictar esta resolución, la respuesta, aunque forzada, estaría en el texto del Art. 193 CPR que dice: *Las leyes procesales procurarán la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites. El retardo en la administración de justicia, imputable al juez o magistrado, será sancionado por la ley.*

### **1.3 Intervención del ente judicial.**

La modificación más importante introducida en nuestro ordenamiento procesal penal es la de haber puesto en manos de la Fiscalía la etapa de instrucción del proceso penal<sup>23</sup> con el argumento de la necesidad de separar las funciones de investigación de las de juzgamiento,

---

<sup>22</sup> Cfr. López, Diego, *Nuevas Tendencias en la Dirección del Proceso*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2004, pp. 127-159 El Juez no puede ser un mero espectador, ya que su rol es protagónico para lograr el propósito del derecho: la justicia. Por tanto los sistemas procesales han incorporado nuevos criterios para dotar al juez de más facultades de control del proceso para alcanzar la justicia.

<sup>23</sup> Cfr. Binder, Alberto, *Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal* en Revista Costarricense de Ciencias Penales, Nro. 9, San José de Costa Rica, 1994, pp. 17 y 18 La Fiscalía, según el autor, no ha alcanzado el nivel de desarrollo científico que tiene en Europa y EEUU debido a tres factores: a) Falta de estudios sobre esta figura por estar íntimamente ligada al funcionamiento global del Estado y su atmósfera institucional; b) Pobre actuación institucional, ya que no es el responsable de las políticas de persecución o impunidad; y, c) Es una institución que genera desconfianza.

para evitar la concentración en un solo órgano estas actividades y sus problemas derivados.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, declara la separación de funciones instructorias y decisorias de los Jueces de Instrucción, por ser contraria a los Arts. 5.3 y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950<sup>24</sup>, cuyos textos americanos equivalentes con los Arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969<sup>25</sup>

El Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal de 1992 (Reglas de Mallorca), apartado A), 2ª, 1.-, se limita a proponer que *las funciones investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora.*<sup>26</sup>

Este influjo proveniente de Alemania y sumado al aporte de los EEUU ha facilitado su aplicación en los países de América Latina.<sup>27</sup> Por tanto, es punto común en las legislaciones modernas, el hecho por el que el Fiscal asuma la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras el Juez queda como contralor de la legalidad de los actos procesales que ha realizado éste a través de peticiones y recursos.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Cfr. Dolz Lago, M *Los Principios de Actuación del Ministerio Fiscal, según la Constitución Española de 1978 y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Revista Poder Judicial, Nro. 09, Madrid, España, 1983, pp. 77-90. Del mismo modo, Cfr. Caso Schiesser, de 4 de diciembre de 1977, FD 24º a 31º en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de Jurisprudencia 1959,1983*, Madrid, pp. 597 y ss. Caso Piersack de 1 de octubre de 1982, FD 27º a 33º, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años 1959-1983*, Madrid, pp. 869-900.

<sup>25</sup> Cfr. Piza, R, *Mecanismos de Protección de Derechos Humanos en Iberoamérica*, en Revista Costarricense de Ciencias Jurídicas, Nro. 60, San José de Costa Rica, 1988, pp. 11 y ss.

<sup>26</sup> Cfr. Ruiz, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Granada, Comares, 1995, pp. 105 y ss. El autor realiza un estudio pormenorizado de estas reglas y destaca que en ningún caso se ha dicho o propuesto que la instrucción judicial sea inconstitucional o contraria a esos convenios internacionales, sino que la esencia está en que quien instruya no juzgue, lo cual dejaría abierta la posibilidad a que dividiendo las actividades de investigación y juzgamiento éstas pueden aún ser de conocimiento del ente judicial, lo cual es contrario a la imparcialidad como ya se ha dejado dicho.

<sup>27</sup> Cfr. Rico, Juan, *Legislación Penal Latinoamericana. Códigos Latinoamericanos de Procedimiento Penal*, Centro para la administración de Justicia, Florida International University of Miami, Florida, 1991 Esta compilación de códigos adjetivos permiten realizar un estudio de derecho comparado para medir los detalles que marcan las diferencias entre una y otra legislación.

<sup>28</sup> Cfr. Maier, Julio, *La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público. Instrucción Sumaria o Citación Directa*. Editorial Lerner, Buenos Aires, Argentina, 1975, pp. 25 a 62 Este razonamiento fue parte de la exposición de motivos del

Así identificada la actividad judicial, ésta se subdivide en dos, conforme el avance del proceso penal.

La actividad de control la ejerce el Juez Penal, ya sea en indagación previa, instrucción fiscal hasta etapa intermedia en que dicta auto ya sea llamando a juicio para la prosecución de la acción penal o ya sea un auto de sobreseimiento que deja de lado esta persecución. Además, esta actividad judicial puede desembocar en un auto de nulidad por violación garantías constitucionales, cuestiones de procedibilidad, procedimiento y prejudicialidad.

La actividad de decisión, la ejerce el Tribunal Penal que decide sobre el fondo del caso justiciable, esto es, sobre la comprobación, a cargo de la Fiscalía, tanto de la existencia de la infracción como la responsabilidad penal del acusado.

En la esfera judicial, quien conoce de la investigación no decide la sanción. Así, la división de estas dos funciones asegura el principio de imparcialidad al no fomentar el prejuzgamiento ni contaminación de las actividades de investigación con las de decisión.<sup>29</sup>

En Ecuador, el ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial (Art. 191 CPR). Este principio constitucional se desarrolla a lo largo del ordenamiento jurídico interno a través de diversas leyes.<sup>30</sup> El Art. 16 CPP manda que sólo los jueces y tribunales penales establecidos de acuerdo con la Constitución y las demás leyes de la República ejercen jurisdicción en materia penal.<sup>31</sup>

---

Proyecto de Código Procesal de la Nación Argentina en que se destaca la imparcialidad como el fin último de esta división de roles y funciones.

<sup>29</sup> Cfr. Zavala Baquerizo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Edino, 2006, Tomo VII, p. 73 Al separar las funciones de control y decisión, el Tribunal Penal no se contaminaron la información desarrollada en la etapa de investigación, procurando imparcialidad en su actuación.

<sup>30</sup> Cfr. Alta, Virginia, et. Al, *Pueblos Indígenas y Estado en América Latina*, Editorial Abya-Yala, Quito, 1998. Este libro recoge las intervenciones del coloquio internacional desarrollado en la UASB los días 9 y 10 de julio de 1997 en donde los pueblos indios de América exigen el reconocimiento del pluralismo jurídico y la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

<sup>31</sup> Cfr. Pozo, Carlos, *Práctica del Proceso Penal*, Ediciones Abya-Yala, Segunda Edición, Quito, 2006, p. 309. La tendencia mundial establece la necesidad de que existan unitarios tanto para el control de garantías como para la función de decisión.

Son órganos de la jurisdicción penal Art. 17 CPP):

1. Las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia;
2. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia;
3. Las salas Penales de las Cortes Superiores de Justicia;
4. Los presidentes de las Cortes Superiores de Justicia;
5. Los tribunales penales;
6. Los jueces penales;
7. Los jueces de contravenciones; y,
8. Los demás jueces y tribunales establecidos por leyes especiales.

Los jueces penales tienen competencia (Art. 27 CPP):

1. Para garantizar los derechos del imputado y del ofendido durante la instrucción fiscal;
2. Para la práctica de los actos probatorios urgentes;
3. Para dictar las medidas cautelares personales y reales;
4. Para la sustanciación y resolución de la etapa intermedia;
5. Para el juzgamiento de los delitos de acción privada; y,
6. Para la sustanciación y resolución del procedimiento abreviado cuando les sea propuesto.

Los Tribunales Penales tienen competencia (Art. 28 CPP):

1. Para sustanciar el juicio y dictar sentencia en todos los procesos de acción penal pública y de instancia particular cualquiera que sea la pena prevista para el delito que se juzga, exceptuándose los casos de fuero, de acuerdo con lo prescrito en la Constitución Política de la República y demás leyes ;
2. Para sustanciar y resolver el procedimiento abreviado, cuando les sea propuesto; y,

---

De esta forma, al convertir a los vocales de Tribunal penal en jueces unitarios de decisión se multiplica el recurso judicial para resolver en forma más ágil los procesos que se repasan debido a la falta de jueces.

3. Para realizar los demás actos procesales previstos en la ley.

Las Cortes Superiores de Justicia tienen competencia conforme el Art. 29 CPP:

1. Para la sustanciación y resolución de los recursos de apelación;
2. Para la sustanciación y resolución de la etapa del juicio en los casos de fuero;
3. Para los demás actos procesales previstos en la ley; y,
4. Los presidentes de las cortes superiores tendrán competencia para controlar la instrucción fiscal y para sustanciar y resolver la etapa intermedia en los casos de fuero.

Conforme el Art. 30 CPP, la Corte Suprema de Justicia es competente:

1. Para la sustanciación y resolución de la etapa del juicio en los casos de fuero previstos en la ley;
2. Para la sustanciación y resolución de los recursos de casación y de revisión;
3. Para los demás actos previstos en las leyes y reglamentos; y,
4. El Presidente de la Corte Suprema tendrá las mismas atribuciones señaladas en el numeral 4 del artículo anterior en los casos de fuero de Corte Suprema.

En consecuencia, en el sistema acusatorio oral el ente judicial debe intervenir para resolver con imparcialidad los conflictos que surgen entre los sujetos procesales. Si a partir de las peticiones de las partes, ya sea por negociación como en el evento del juicio abreviado, desaparece el conflicto, el juez penal debe mantener su función garantizadora de los derechos fundamentales y del orden constitucional.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> [http://tribunales.jusbaires.goc.ar/cmca/direccion\\_deapoyo\\_operativo/biblioteca\\_y](http://tribunales.jusbaires.goc.ar/cmca/direccion_deapoyo_operativo/biblioteca_y) El Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Buenos Aires, en la causa 9169-00-CC/06 ha determinado el alcance de la intervención judicial señalando que Si un dictamen fiscal implica el apartamiento de la obligación legal que pesa en cabeza del Ministerio Público, el órgano judicial puede declararlo nulo, sin entrar a tallar la pretensión del órgano requirente. Contrariamente, si le ordena al Fiscal lo que tiene que dictaminar, el juzgador viola el principio ne procedat iudex ex officio.

## CAPITULO II

# EL PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO

### 2.1 El principio de rentabilidad social

La base del sistema acusatorio oral radica en el reconocimiento constitucional (Arts. 23 y 24) de que toda persona es inocente y tiene derecho a un juicio previo oral y público, conforme las normas del Código Procesal Penal. No obstante, dentro del mismo sistema se procura establecer mecanismos alternativos al juicio oral, surge entonces el procedimiento abreviado que pretende evitar la realización de los juicios completos en un porcentaje alto de los casos, buscando alcanzar sentencias socialmente aceptables, de modo rápido y económico con el fin de hacer viable la reforma penal en términos de eficiencia y agilidad.<sup>33</sup>

El procedimiento abreviado descansa en el concepto de *rentabilidad social*, consistente en el intento de justificar, desde el punto de vista económico, la conveniencia social de la reforma procesal penal destacando como resultado una mejor relación entre costos y beneficios hasta alcanzar el grado de cobertura óptimo en el sistema, por ello se destaca como beneficios: el ahorro de recursos del sistema judicial; el ahorro de recursos de la víctima en función de tiempo y dinero; y, el ahorro de recursos del imputado en función de dinero, tiempo de la prisión preventiva, duración de la condena y gastos de la defensa.

De este razonamiento resulta que, además de estos costos reducidos en el procedimiento abreviado se logran penas que resultan socialmente óptimas entendidas como aquellas que se hubieran obtenido en un juicio oral completo.

---

<sup>33</sup> Cfr. Mera Figueroa, Jorge, *Discrecionalidad del Ministerio Público, Calificación Jurídica y Control Judicial*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2002. p. 4. Se trata entonces de un instrumento procesal que ha sido introducido con claros objetivos de carácter político-criminal, utilitarios, de conveniencia, para, por una parte, hacer más eficiente la persecución penal, y por la otra, proveer al sistema de soluciones alternativas a las puramente represivas.

En cuanto a la procedibilidad, el procedimiento abreviado se reduce a un debate simplificado frente al juez encargado de controlar la actividad de instrucción tras lo cual procede dictar sentencia, misma que puede ser absolutoria o condenatoria pues el sólo acuerdo entre Fiscal e imputado no resulta vinculante para el Juez quien ejerce control sobre la constitucionalidad y legalidad de la aplicación de este procedimiento.

Los elementos que conforman el acuerdo de las partes son la fijación de una pena máxima por parte del fiscal, no superior a cinco años; y, la aceptación del imputado de los hechos materia de la acusación.

Sobre la validez de la prueba se considera como tales los antecedentes que se han recopilado en la fase preparatoria y que serán objeto del debate simplificado y que son base del fundamento del fallo. El imputado, a cambio recibe la certeza de una pena reducida, aceptando ser juzgado por medio de los documentos que dan cuenta de la investigación fiscal en un debate simplificado.

En el Ecuador, el procedimiento abreviado es un instrumento procesal que se ha introducido con claros objetivos de carácter político-criminal, utilitarios, para hacer más eficiente la persecución penal y proveer al sistema de soluciones alternativas a las puramente represivas, por tanto sus objetivos son:

- Dar mayor eficacia al sistema procesal penal al alcanzar sentencia condenatoria por el delito cometido;
- Concentrar los recursos del sistema en la persecución de los delitos más graves;
- Diversificar la respuesta estatal frente a la criminalidad viabilizando el arreglo por medios no tradicionales; y,
- Obtener condenas socialmente óptimas tanto en función de recursos cuanto en el cumplimiento de los fines de la pena como la retribución y la prevención general.

El CPP trata de implementar el sistema acusatorio oral para lo cual dota a los Fiscales de nuevas facultades en que se incluye el bargaining, que no es el mismo del sistema americano en que las facultades de selección de casos son amplias y hasta discrecionales.

En Ecuador el Fiscal no puede negociar los cargos, solo puede negociar la pena a imponerse en procedimiento abreviado. No hay normativa procesal sobre la acumulación de casos y la procedencia o no la aplicación del procedimiento penal abreviado.

El Fiscal debe estar capacitado para desarrollar destrezas de negociación bajo una óptica muy particular, pues éstos conocimientos a más de estar orientados a la resolución de conflictos por medios alternativos debe también cumplir con el propósito de alcanzar penas socialmente óptimas que permitan con un doble propósito: ser respuesta satisfactoria, a través de la pena, para la alarma social causada por la infracción; y, dar una sentencia mínima que posibilite la inserción del imputado en la sociedad tras cumplir la pena impuesta.

Hasta antes de junio de 2001 en que se promulgó el actual CPP, el 96% de los procesos penales terminaba con auto de prescripción de la acción, auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria y sólo el 4% concluía con sentencia condenatoria, consagrando en un alto porcentaje la impunidad.

En el sistema acusatorio, la etapa de mayor despliegue de recursos es la de investigación, ya sea en indagación previa o instrucción fiscal, para poder luego sostener en forma eficaz un caso en etapa de juzgamiento con mayor probabilidad de sentencia condenatoria.

El procedimiento abreviado es una manifestación del principio de oportunidad reglada por el que el Fiscal puede negociar con el imputado los cargos, la pena a imponerse por el hecho atribuido, considerando lo óptimo de su aplicación en términos de aceptación social.

El numeral 1 del Art. 24 CPR señala que: *toda persona tiene derecho a ser juzgada conforme las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*

En el mismo sentido, en el numeral 3 ibídem dice que: *se determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado.*

La conversión de la acción y el procedimiento abreviado han sido concebidos como instrumentos de política criminal para descongestionar el sistema penal, otorgando mayor fortaleza al Ministerio Público para tutelar a la sociedad, obteniendo una sentencia condenatoria socialmente óptima que permita, por una parte, sanción por los hechos atribuidos y la posibilidad de reinserción del imputado a la sociedad considerando el daño inferido en atención a su personalidad y posibilidad de reinserción.

El ente juzgador, escasamente está concediendo el procedimiento abreviado lo cual obedece en la mayoría de las veces a rezagos del sistema inquisitivo en que el juez era el instructor, sin que se logre descongestionar la administración de justicia privilegiando casos de mayor relevancia social y jurídica, siendo causa también de la pérdida de credibilidad en la función judicial al no cumplirse con la eficacia y celeridad declarada en el Art. 192 CPR

## **2.2 El principio de oportunidad reglada**

Para entender el principio de oportunidad se debe abordar concomitantemente el principio de legalidad. Los dos son modelos de persecución penal.

El principio de legalidad, denominado de obligatoriedad<sup>34</sup>, irrevocabilidad o irrevocabilidad de la acción penal, es un rasgo característico del sistema inquisitivo penal que ha sido superado, en parte, por el sistema acusatorio oral.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/gonza07.htm> En este punto hay autores como el Dr. Daniel González Álvarez, Magistrado de Casación Penal de la Corte Suprema de Costa Rica que advierten que tanto el principio de

La ley penal describe en abstracto una conducta como punible y amenaza con una sanción a quien incurra en ella, por tanto la respuesta del Estado frente al delito obliga a que se tomen dos posibles caminos: acreditar la existencia del delito para luego castigarlo sin excepción alguna (principio de legalidad); y, el segundo camino, elegir los casos en que se ha de provocar la prosecución de la acción penal según diversas razones y criterios (principio de oportunidad o discrecionalidad).

El principio de legalidad, consiste en la obligación del órgano estatal encargado de la persecución penal, para promover la investigación de todos los hechos que revistan caracteres de delito hasta las últimas consecuencias sin que quepa suspender, revocar o terminar en forma anticipada la persecución penal con la obligación, aunque ideal, de llegar a una sanción en sentencia condenatoria, con lo cual se cumple con el propósito de *la no impunidad*, al sancionar todos los delitos sin que haya un proceso de selección de casos.

El principio de legalidad supone una reacción automática, inevitable e irrevocable del Estado, a través de sus órganos de persecución penal, para enfrentar el delito que debe ser investigado, juzgado y sancionado.

Es una reacción estatal inevitable si se considera que frente al delito, necesariamente, debe poner en acción la investigación, juzgamiento y castigo, sin que se pueda evitar que una vez activada esta respuesta se suspenda la prosecución de la acción penal *hasta sus últimas consecuencias*, esto es, hasta la obtención de sentencia, la misma que debe ser condenatoria para satisfacer la necesidad de respuesta.

---

oportunidad como el de irrevocabilidad tienen su origen en la ley y que al provenir ambas de la ley no cabe que se dude de su legalidad por lo que considera que es más técnico hablar de irrevocabilidad no de obligatoriedad.

<sup>35</sup> Caferatta, José, *“Principio de oportunidad en el Derecho Argentino: Teoría, realidad y perspectivas, en cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto; Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 28-30. El principio de legalidad en realidad no tiene vigencia porque no hay sistema que pueda dar tratamiento a todos los delitos que se cometen, ni siquiera a aquellos que ingresan al sistema para su procesamiento.

La Criminología ha establecido que los modernos sistemas procesales deben incorporar, un criterio de selección de casos ya que no todos llegan a ser sentenciados condenatoriamente luego de haber pasado una serie de filtros en donde los casos se van agotando a través de diversos mecanismos conferidos ya sea al Agente Fiscal o al ente juzgador.

*La cifra negra*, es la diferencia existente entre el número de delitos que realmente se suscitan en una sociedad y los que llegan al sistema penal, diferencia que es cuantificable y clasificable atendiendo la naturaleza del delito y la tolerancia social frente a un determinado tipo de delitos que no se registran porque en la comunidad no existe la noción del bien jurídico protegido por la ley penal y que los hechos suscitados se adecuan en un tipo penal.

En tanto que, la cifra dorada está constituida por delitos que si bien son conocidos por la autoridad, no entran formalmente al sistema penal debido a consideraciones de impunidad consagradas por las prebendas económicas, intereses políticos, etc., y aún cuando entran al sistema simplemente no son investigados o son abandonados hasta que prescriben.

Por último, la imposibilidad material de la Fiscalía para procesar todos los delitos es evidente frente a la desproporción existente entre el número de delitos cometidos versus la capacidad del órgano judicial y de la infraestructura dedicada a la investigación y prosecución penal.

El sistema acusatorio oral ha preferido incorporar el criterio de selección de casos por el que se confiere a los órganos de persecución facultades regladas para cumplir con este propósito dentro de un mecanismo de transparencia y control.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> <http://www.menschenrechte.org/beitraege/lateinamerika/oportunidad.htm> Góngora, Manuel en el artículo *El Principio de Oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia*, advierte que el principio de oportunidad no se aplica en infracciones al de Derecho Internacional Humanitario porque la CPR de Colombia incorpora los Tratados Internacionales de DIH al bloque de constitucionalidad, por tanto no cabe para violaciones al DIH, crímenes de lesa humanidad, narcotráfico o terrorismo. No obstante, la Ley de Justicia y Paz ha suscitado una ola de críticas por la forma en que se desnaturalizó el principio de oportunidad en el proceso de paz al conceder inmunidad a los testaferros de grupos armados.

De otro lado, *el principio de oportunidad* es la facultad de que se encuentran investido el Ministerio Público, para no iniciar, suspender o poner término anticipado a la acción penal.

En los países de tradición europeo continental esta facultad recibe el nombre genérico de oportunidad o principio de oportunidad, en tanto que en la tradición angloamericana recibe la denominación de discretion o discreción.

En el derecho comparado occidental contemporáneo se encuentran básicamente dos modelos de opciones político-criminales en relación con la regulación de la oportunidad: los modelos de discrecionalidad absoluta; y, los modelos de oportunidad reglada.<sup>37</sup>

El paradigma de *discrecionalidad absoluta* es los Estados Unidos de Norteamérica, en donde las facultades de selección conferidas al Fiscal son muy amplias y cubren los más diversos aspectos de la persecución penal.

*La discrecionalidad reglada o restringida* se caracteriza porque las facultades de selección de casos, a cargo del Fiscal, aparecen como una excepción al principio de legalidad, por el que se le permite que suspenda, interrumpa o termine en forma anticipada la acción penal.

En Latinoamérica al igual que en los sistemas europeos opera la oportunidad restringida por el que la ley impone los requisitos dentro de los cuáles los Fiscales han de seleccionar los casos, impulsarlos, suspenderlos o incluso terminarlos en forma anticipada.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Garzón, Alejandro, Londoño, César, *Principio de Oportunidad*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá Colombia, 2006, pp. 59,60 Los autores advierten una categoría intermedia de oportunidad facultativa en que la legislación presenta condicionamientos generales para la aplicación de las facultades del Ministerio Público sin que esto significa una restricción específica de estas potestades.

<sup>38</sup> [www.jsuticiaviva.org.pe/junn/07/qrt/art/1.doc](http://www.jsuticiaviva.org.pe/junn/07/qrt/art/1.doc) La Dra. Rosa Ruth Benavides Vargas, Vocal titular de la Segunda Sala Penal de Lambayeque, Corte Superior de Justicia de Lambayeque señala que la crisis del sistema procesal penal ha obligado a buscar mecanismos de solución para que mediante el principio de oportunidad se disminuya la elevada carga de la instancia judicial.

En Ecuador, rige la oportunidad restringida en donde las potestades de discrecionalidad del Fiscal están reguladas en la ley procesal penal ya en la desestimación de la denuncia, la conversión de la acción e inclusive el procedimiento penal abreviado y otros casos.

- **La desestimación (Arts. 38, 39 CPP)**

El Fiscal, efectúa para ante el juez penal, solicitud en que expresa que se ha establecido que el acto no constituye delito o que existe obstáculo legal para el desarrollo del proceso. Por ejemplo, cuando se denuncia hechos presumiblemente constitutivos de lesiones, no obstante en el desarrollo de la indagación previa y tras la práctica de diligencia de reconocimiento médico legal del ofendido se establece, en informe médico forense, incapacidad para el trabajo por tres días, lo cual no se adecua en el tipo penal del Art. 463 del código penal y supone la perpetración de una contravención, más no de un delito, por tanto estos hechos serán resueltos en el procedimiento propio para las contravenciones.

El denunciante puede ser escuchado sobre la petición de desestimación efectuada por el Fiscal, tras lo cual el juez penal ha de resolver acogiendo o desechando esta solicitud. De la misma forma, la ley confiere al juez penal la potestad para, de no aceptar la desestimación, enviar el expediente al fiscal superior a fin de que éste lo ratifique o lo niegue.

Cuando el Fiscal superior ratifica la petición del inferior, el Juez debe mandar a archivar la denuncia. Cuando el fiscal superior no acepta la desestimación propuesta por el fiscal inferior se promueve el caso y se envía el expediente para que un fiscal diverso promueva investigación. Sin embargo, cabe la pregunta: la resolución del fiscal superior obliga al inferior a dictar resolución de instrucción fiscal ?

La ley nada dice al respecto, este es un gran vacío, y como se sabe en materia penal se aplica la interpretación restrictiva, de tal forma que solo se estará a lo permitido por la ley.

- **La conversión de la acción penal de pública en privada**

Esta es una de las facultades del fiscal para la selección de casos, en particular de delitos contra la propiedad en que a petición del ofendido y tras el cumplimiento de los requisitos del Art. 37 CPP, al verificar que no existe un interés público gravemente comprometido, el Agente Fiscal deja de promover acción penal pública apartándose de su prosecución toda vez que a solicitud del ofendido se ha pasado a la acción privada en la que el Agente Fiscal no tiene participación acorde lo señalan los Arts. 10, 25, 33 y 65 CPP.

La participación del Juez se circunscribe a verificar el cumplimiento del principio de legalidad, esto es, de la aplicación de los requisitos del Art. 37 ibídem, de tal forma que no es potestad del Juez concederla o negarla.

- **El procedimiento penal abreviado**

Es otra de las facultades del Fiscal que se encuentran regladas por el CPP en que establecen una serie de exigencias de procedibilidad y dota al Juez de una mayor potestad de control del principio de legalidad y de los derechos constitucionales del imputado.

Es un mecanismo de descongestión del sistema penal, pero lamentablemente no tiene un índice mayor de aceptación y aplicación debido a las implicaciones doctrinarias, tanto constitucionales como legales y procesales, sobre la conveniencia de su aplicación en que se ha destacado la probable reducción o violación de los derechos del debido proceso en detrimento del imputado, principalmente, privilegiando la persecución penal por sobre los derechos constitucionales del imputado.

En el principio de oportunidad entran en juego la satisfacción de intereses ya sea de la víctima como de la sociedad que exige la persecución criminal en tutela de sus derechos.

- **Otros casos**

El Art. 231 CPP expresa: *Cuando el Fiscal no haya acusado, el juez, si considera necesaria la apertura del juicio o si se ha presentado acusación particular, ordenará que se remitan las actuaciones al Fiscal superior para, que acuse o ratifique el pronunciamiento del inferior.*

El Art. 65 CPP establece que corresponde al Fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública y en el Art. 226 Ibídem se señala que: *cuando el Fiscal estime que no hay mérito para promover juicio contra el imputado, emitirá su dictamen absteniéndose de acusar y pasará el expediente al juez.*

Por determinación constitucional y legal, el Fiscal tiene la potestad de persecución penal y su renuncia en delitos de acción pública. La ley restringe esta potestad y somete a decisión judicial la posibilidad o no de proseguir con la acción penal, aún más si el delito está reprimido con reclusión o existe acusación particular, en cuyo caso el juez envía el expediente al Fiscal superior para que deniegue o ratifique el pronunciamiento del inferior, situación que fortalece la persecución penal, privilegiando al ofendido por sobre el imputado para dejar también de lado la posibilidad de error por el Fiscal inferior.

### **2.3 Estructura del procedimiento penal abreviado.**

El Ministerio Público tiene facultades regladas a través de la ley para el ejercicio de la persecución penal.

Los Arts. 369 y 370 CPP establecen los casos y las condiciones de procedibilidad en que opera el procedimiento penal abreviado.

El Art. 369 CPP que es repetido en el numeral 7 de Directrices para Ministros Fiscales, Agentes Fiscales y Agentes Fiscales adjuntos, dice:

*Hasta el momento de la clausura del juicio se puede proponer la aplicación del procedimiento abreviado previsto en este título cuando:*

- 1. Se trate de un delito que tenga prevista una pena máxima inferior a cinco años;*
- 2. El imputado admita el acto atribuido y consienta la aplicación de este proceso;*  
*y,*
- 3. El defensor acredite, con su firma, que el imputado ha prestado su consentimiento libremente,*

*La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a uno de ellos.*

Se infiere por tanto las siguientes condiciones de procedibilidad:

- El límite hasta el cual se puede proponer y tramitar el procedimiento abreviado.

Esta norma establece el límite temporal para la proposición de procedimiento abreviado, pero no determina desde cuándo. No obstante, la relación procesal inicia con la resolución de inicio de instrucción fiscal y su notificación al imputado. Cabe por tanto desde el momento en que el juez realiza la respectiva notificación al imputado con esta resolución, acorde con lo que expresa el Art. 217 CPP <sup>39</sup>

El abreviado se fundamenta en el principio de *rentabilidad social* por el que se economiza los recursos del sistema para obtener sentencia condenatoria, con un mínimo de recursos, en un tiempo mínimo, descongestionando el sistema antes de llegar a juicio.

Si el tiempo es considerado un recurso importante en el desarrollo del proceso penal resulta contradictorio conceder procedimiento abreviado minutos antes de que se clausure el juicio puesto que para llegar hasta esta etapa procesal (que se pretende evitar) el Ministerio Público ya ha desplegado los recursos del sistema en la actividad investigativa y por tanto

---

<sup>39</sup> Cfr. Vaca Andrade, Ricardo, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001, p. 149 Este autor manifiesta que el procedimiento abreviado cabe incluso en fase preprocesal de indagación previa, lo cual no tiene sustento si se considera que esta fase sirve para determinar la existencia de un delito que permite la formulación de cargos a través de la resolución de instrucción fiscal y la respectiva notificación al justiciable.

no obtendría mayor contraprestación a cambio de la concesión de abreviado, sino que implicaría más bien una renuncia de su pretensión punitiva máxima.

- Que el delito sea sancionado con una pena máxima inferior a cinco años

El abreviado cabe en delitos de acción pública, sancionados con una pena máxima inferior a cinco años de prisión.

Cuando la ley penal determina la pena privativa de libertad, fija un máximo y un mínimo. Por ejemplo, en el Art. 547 CP *“El hurto será reprimido con prisión de un mes a tres años, tomando en cuenta el valor de las cosas hurtadas”*. La pena máxima es de tres años en relación con el monto del daño inferido, esto es, el valor de las cosas robadas, por tanto es viable la aplicación de procedimiento abreviado.

En el Art. 551 CP, *“El robo será reprimido con prisión de uno a cinco años, y con reclusión menor de tres a seis años en los casos en que se perpetre con violencia contra la personas tomando en consideración el valor de las cosas robadas”*.

Esta norma describe dos casos de robo.

En el primer evento, sin violencia contra las personas, el delito será reprimido con prisión de uno a cinco años. La pena máxima es igual a cinco años. Improcede el abreviado al no cumplirse la exigencia de que la pena máxima sea inferior a cinco años.

En el segundo evento, del Art. 551 CP, cuando hay violencia contra las personas, la pena privativa de libertad máxima es de seis años de reclusión, improcede también el abreviado.

- Que el imputado admita el acto atribuido y consienta la aplicación del procedimiento.

De este numeral surgen dos requisitos:

a) Que el imputado admita el acto atribuido.

El imputado a través de su defensor plantea, inicialmente, al Fiscal la solicitud escrita para que se aplique el procedimiento abreviado en su caso, pues en Ecuador rige el sistema acusatorio oral, más bien es de carácter mixto, ya que existen actuaciones orales que deben reducirse a escrito, y peticiones, solicitudes y actuaciones que deben constar por escrito.<sup>40</sup>

Cuando el imputado admite el acto atribuido lo hace, en primer lugar, a través de una solicitud escrita efectuada a través de su patrocinador y en que consta su firma como expresión de voluntad y conocimiento de los efectos derivados de este acto, para luego someter a resolución del Fiscal.

Cumplidos los requisitos exigidos por la CPR y la ley, el Fiscal promueve una audiencia oral y pública para explicar al imputado, en presencia de su Abogado, los efectos e implicaciones derivados de *admitir el acto atribuido*.

En esta audiencia además se negocia la sanción y se suscribe un acta en que firman el imputado, su patrocinador y el Fiscal, documento que luego ha de ser anexado al petitorio fiscal dirigido al Juez para su conocimiento y resolución.

b) Que el imputado consienta la aplicación de este proceso

El imputado debe estar suficientemente informado y asistido por un abogado patrocinador para que pueda entender los efectos e implicaciones derivadas de admitir el acto que le atribuye la Fiscalía.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Cfr. Avila, Milton, *Justicia Indígena*, Editorial Jurídica Carrión, Primera Edición, Cuenca, 2006, pp. 13-17 Aún en las culturas vernáculas donde los procesos son eminentemente orales, siempre queda una constancia escrita de las mismas que se reducen en actas que sirven para lo posterior como fuente de derecho.

<sup>41</sup> Cfr. Vélez, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Editora Córdoba, Tercera Edición, Córdoba, Argentina, 1993, Tomo II, pp. 478-480 En este sentido, se ha de considerar que el proceso penal es un instrumento para hacer efectiva la defensa del derecho, aunque tutele simultáneamente el interés represivo de la sociedad y el interés individual (también social) por la libertad.

En este aspecto, no sólo el juez verifica la aplicación de los derechos del debido proceso, sino que el Fiscal también cumple con esta actividad a fin de evitar reclamaciones judiciales derivadas de la violación al debido proceso. Por ello no basta que el imputado a través de su solicitud escrita admita el acto atribuido sino que se exige que éste sea lo suficientemente informado en asistencia de su patrocinador de los efectos de este acto. Con este propósito se ha dispuesto la realización de una audiencia oral y pública en que el Agente Fiscal informa al imputado en presencia de su patrocinador el contenido del procedimiento penal abreviado en que se incluye: el acto atribuido, el desarrollo y avance de la investigación fiscal con señalamiento de las diligencias efectuadas; la pena a imponerse en el evento de que sea aceptada la aplicación del procedimiento abreviado.

En un primer momento el imputado puede admitir el acto atribuido a través de la solicitud escrita realizada con patrocinio de su abogado ante el Fiscal, pero no se ha verificado, por el Juez o el Fiscal, si esta admisión es libre y voluntaria, razón por la que es responsabilidad del Fiscal verificar que se cumpla con esta exigencia para lo cual desarrolla una audiencia oral y pública con el propósito de informar sobre el procedimiento abreviado y su contenido e implicaciones, de donde como resultado se recoge un acta en que se tiene la expresión de voluntad del imputado y su patrocinador para acceder al procedimiento abreviado.

Cuando el imputado propone al Fiscal la aplicación del procedimiento penal abreviado, renuncia a su derecho a la presunción de inocencia y a contar con un juicio oral y público completo, reconocido como garantía en la CPR (Art. 24, numeral 7; y, Art. 23, numeral 27) y por la legislación penal interna, a cambio de que se atenúe el rigor de la persecución penal y se minimicen los costos de su defensa.

Para el Fiscal es una renuncia a su pretensión punitiva máxima en virtud de la celeridad en la resolución del caso, considerando también, dentro de su decisión, si la pena es

socialmente óptima en virtud del daño inferido a través de la infracción y de la necesaria relación que existe con el bien jurídico protegido por la norma, lo que se ha dado en llamar *la escala penal* en que se privilegia la persecución de los delitos más graves por sobre los leves que pueden ser resueltos a través de estos mecanismos de descongestión.

El ente juzgador lleva el control de constitucionalidad y legalidad sobre la aplicación de este tipo de procedimiento, y aunque en las normas no se establecen los casos, es de inferir que aquello ocurrirá cuando las facultades del juzgador verifique el desmedro de los derechos constitucionales ya sea del imputado o del ofendido.

- Que el defensor del imputado acredite, con su firma, que éste ha prestado su consentimiento libremente.

El Art. 24, numeral 5, CPR, dice:

*Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aún con fines de investigación, por el Ministerio Público, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el Estado, en caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria.*

Esta norma guarda relación con el Art. 71 CPR, en ellos se define el alcance del derecho a contar con un abogado patrocinador o, en su ausencia, de un defensor público para que el imputado pueda ejercer en forma adecuada e integral los derechos que forman el universo del debido proceso<sup>42</sup>, de tal forma que no se puede solicitar aplicación de procedimiento abreviado si no se cuenta con un abogado patrocinador o un defensor público ya que esto implica una negación de derechos constitucionales, situación que no puede ser subsanada

---

<sup>42</sup> Cfr. Vigo, Rodolfo, *Ética del Abogado, Conducta Procesal Indebida*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, pp. 88-142. Aunque el tiempo ha cambiado desde Roma a esta fecha, el factor ético en el desarrollo de la profesión de Abogado sigue siendo un factor importante para el desarrollo del proceso y el fin de éste, la consecución de la justicia.

de otro modo por la ley procesal penal por la ineficacia que provocaría una solicitud sin mediar la asesoría de un letrado.

Cuando un letrado asesora en forma eficiente al imputado se asegura el cumplimiento de las normas del debido proceso, vela porque la decisión del imputado, al aceptar el acto atribuido por la Fiscalía, se ha efectuado sin coacción, violencia, tortura u otro medio de presión física, psicológica, moral, etc., entendiéndose que sólo una vez que se han cumplidos estos requisitos e puede aceptar a trámite la solicitud de éste.<sup>43</sup>

Continuando con el análisis legal, el Art. 370 CPP dice:

*El Fiscal o el imputado deberá presentar un escrito, acreditando todos los requisitos previstos en el artículo anterior.*

*El juez debe oír al imputado y dictar la resolución que corresponda, sin más trámite. Si lo considera necesario puede oír al ofendido o al querellante.*

*El juez puede absolver o condenar, según corresponda. Si condena, la pena impuesta no puede superar la requerida por el Fiscal.*

*La sentencia debe contener los requisitos previstos en el artículo 309 de modo conciso.*

*Si el Juez no admite la aplicación del procedimiento abreviado, debe emplazar al fiscal para que concluya el proceso según el trámite ordinario. En este caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al fiscal durante el juicio, ni la admisión de los hechos por parte del imputado puede ser considerada como una confesión.*

De este artículo se tiene varios aspectos de relevancia:

- Quien puede solicitar procedimiento abreviado.

---

<sup>43</sup> Cfr. *Manual de Procedimiento Penal Ecuatoriano*, Consejo Nacional de la Judicatura, ILANUD, DANIDA, PRIVA, Primera Edición, 2003, p. 455. El TC en resolución 088-200-TP publicada en el RO 352, suplemento de 20 de junio de 2001, al desechar demandad de inconstitucionalidad sobre el contenido del Art. 369 CPP dice: Se cuestiona el denominado procedimiento abreviado porque se alega quebranta el derecho de defensa y la finalidad de todo proceso penal como es la de imponer una pena solo al verdadero culpable, que no siempre es el que se declara como tal...Más adelante precisa que: siempre será el juez que deba analizar el caso, por ello el inciso final del Art. 369 CPP permite que el Juez no admita la aplicación de este procedimiento...

El inciso primero dice: *El Fiscal o el imputado deberá presentar un escrito, acreditando todos los requisitos previstos en el artículo anterior.* Por tanto, pueden solicitar el procedimiento abreviado: el Ministerio Público como el órgano encargado de la prosecución penal en delitos de acción pública (Arts. 33, 65 a 67 CPP); y/o el justiciable ya sea imputado o acusado, esto es, la persona a quien el Fiscal atribuye participación en un acto punible como autor, cómplice y encubridor.

Aunque esta norma faculta en forma específica al imputado presentar solicitud de aplicación de procedimiento abreviado, también puede hacerlo el acusado, esto es, la persona contra la cual se ha dictado auto de llamamiento a juicio (Art. 70 CPP), esto en virtud de lo que dispone la parte inicial del Art. 369 CPP que expresa que este procedimiento cabe hasta el momento de clausura del juicio.

- El ente judicial resuelve sobre la procedibilidad y luego puede: condenar, absolver o emplazar al Fiscal a continuar con el trámite ordinario.

En esta no se establece cuál es la autoridad que conoce y resuelve sobre el abreviado. El Art. 191 CPE en concordancia con el Art. 1 CPC señala que *el ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional...* Es el ente judicial, es decir jueces o tribunales penales quienes están investidos de facultades constitucionales y legales para la calificación de procedimiento abreviado (actividad de control) y para su resolución (ejercicio de jurisdicción y competencia) en sentencia ya sea condenando o absolviendo, o ya sea emplazando al Fiscal a continuar con el trámite ordinario en el evento de que no acoja la solicitud de procedimiento abreviado.

Para que el ente judicial resuelva sobre la aplicación del procedimiento abreviado, de conformidad con lo que determina el Art. 194 CPE se debe convocar a una audiencia oral y pública de juzgamiento en la que participan, principalmente, el Fiscal y el imputado con su

patrocinador, en tanto que en forma discrecional el juez puede oír al ofendido o acusador particular no querellante como indica la norma procesal.

El ente juzgador, luego de realizada audiencia oral, puede:

1. No admitir la aplicación de procedimiento abreviado.

Es el juez quien con arreglo, a las disposiciones del debido proceso, vela por el cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales, tanto sobre el acuerdo efectuado entre el imputado y Fiscal y la vigencia de los derechos del ofendido e imputado.

El control judicial tiene un doble propósito: verificar no solo las condiciones de procedibilidad exigidas por ley para que tenga lugar su aplicación sino que se encamina hacia el cumplimiento irrestricto de los derechos del debido proceso.

De no cumplirse con estas exigencias constitucionales y legales el juez obliga a terminar la acción de conformidad con las reglas del procedimiento común, sin que la aceptación de los hechos por el imputado lo vincule a posteriori al igual que la pretensión punitiva del Fiscal expresada en el acuerdo.

El juez considera la situación jurídica del imputado quien con la sola admisión de hechos no está per se, en condición jurídica de ser sentenciado ya sea en forma condenatoria o absolutoria<sup>44</sup>, consideraciones por las que el Juez mandará al Fiscal a proseguir con el procedimiento común para lo cual ha de explicar los argumentos de su decisión.

2. Superar la calificación sobre los requisitos de procedibilidad y dictar sentencia.

---

<sup>44</sup> Cfr. Salazar, Gustavo, *Mis Mejores Defensas*, Editora Juridica de Colombia, Edición 1995, pp. 4 a 7 El autor realiza una dura crítica a la institucionalidad de Colombia y destaca la necesidad del mejoramiento de la defensa técnica para evitar el abuso del Estado frente al ciudadano, lo cual ha significado un estado involución social y procesal.

Una vez superada la actividad de control, el ente juzgador decide, juzga ya sea condenando o absolviendo en sentencia al imputado sobre el acto punible atribuido por la Fiscalía, esta actividad la realiza en virtud de los resultados de la investigación fiscal, cuya constancia queda reducida a escrito y sirven de base y fundamento para la resolución judicial.<sup>45</sup>

De lo cual surge la interrogante: ¿En mérito de qué prueba dicta sentencia el juez cuando acepta procedimiento abreviado ?

El juez dicta sentencia en mérito de los elementos investigativos actuados por el Fiscal y que constan del expediente, de lo cual se infiere que no hay lugar a la contradicción de estos elementos que procesal y doctrinariamente no son prueba pero sirven de sustento para sentencia en contra del imputado que los ha aceptado como ciertos y válidos.<sup>46</sup>

De esta manera se contravendría el Art. 194 CPR que dice: *La sustentación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación*, conculcando también lo que dispone el Art. 83 CPP que dice:

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

Disposición que se complementa por lo dispuesto en el Art. 267 CPP que dice:

---

<sup>45</sup> Cfr. Jauchen, Eduardo, *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Impreso en Argentina, s.f. p. 19. En general, la prueba es el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la inexistencia o existencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual decidir. En el procedimiento abreviado, el efecto principal de la negociación penal radica en el contenido probatorio derivado de los actos investigativos desarrollados por el fiscal y que se tiene por ciertos por el imputado.

<sup>46</sup> Cfr. CAROCCA, Alex, et al, Op. cit, pp. 176-178. El objetivo de la prueba en el sistema inquisitivo no es el mismo que en el acusatorio. En el primero, teóricamente, se centra en el descubrimiento de la verdad, en tan que en el segundo es concebido como un medio para la solución del conflicto penal que se produce entre el infractor y el Ministerio Público y a veces la víctima, que reclaman la aplicación de la pena. Por tanto el enfoque de la prueba se encamina a formar el convencimiento del tribunal acerca del relato de los hechos contenidos en la acusación.

*Dentro del plazo para que se reúna el tribunal, las partes presentarán una lista de los testigos que deben declarar en la audiencia, expresando la edad, los nombres, los apellidos, la profesión y residencia de ellos, y pedirán las demás pruebas a fin de que se practiquen durante la audiencia”.*

Esta audiencia judicial tiene una doble característica:

1. Es una audiencia preparatoria, en donde se verificará que se han reunido los requisitos determinados en el Art. 369 CPP; y, que no existen motivos de nulidad en razón de competencia, prejudicialidad, condiciones de procedibilidad y procedimiento.
2. Es una audiencia de juzgamiento, en donde el ente judicial resuelve el fondo del caso, para determinar los dos requisitos exigidos para dictar sentencia condenatoria, esto es, la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del acusado.

Este punto ha desatado polémica doctrinaria y conceptual, pues se ha expresado que el juez contralor no es de modo alguno un juez de decisión en delitos de acción pública, y que la validez de la prueba declarada en el Art. 83 CPP implica que *la prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada y practicada e incorporada al juicio conforme las disposiciones de este código*. Bajo esta óptica, al momento en que se solicita la aplicación del procedimiento abreviado, ya sea en instrucción fiscal, etapa intermedia o de juicio, aún no existiría prueba.

En nuestra legislación penal existen otros ejemplos que describen esta posible antinomia, tal es el caso del proceso penal de adolescentes y menores infractores, tránsito en que el juez es contralor y de juzgador, circunstancia que en el sistema acusatorio no puede confundirse por la afectación que supone al principio de imparcialidad.

Para salvar este escollo se ha de considerar lo que dispone el numeral 1 del Art. 24 CPR que recoge el principio universal: *Nulla Crime sine lege, nulla poena sine lege praescripta*.

En los Arts. 369 y 370 CPP se desarrolla este principio constitucional y declara la forma en que se ha de llevar a cabo el procedimiento abreviado, por lo que su aplicación es constitucional y legal y en lo que guarda relación con la validez de la prueba se ha de observar que en el procedimiento abreviado el Juez decide en virtud de los resultados de la investigación fiscal mismos que deben ser debatidos acorde el Art. 194 constitucional.

Al ente judicial corresponde resolver la disyuntiva de aplicar o no el procedimiento penal abreviado, puede aceptar o rechazarlo en un primer momento, pero una vez que lo ha aceptado a trámite debe dictar sentencia ya sea condenando o absolviendo para lo cual debe cumplir con los requisitos de forma y fondo establecidos en el Art. 309 CPP en concordancia con la exigencia de motivación (Art. 24, numeral 13 CPR).

La no aplicación del abreviado por decisión judicial, en tanto se cumpla con la exigencia de motivación<sup>47</sup>, supone el ejercicio pleno y cabal de las potestades judiciales, pero si su falta de aplicación proviene de otras consideraciones esto implica un mayor e innecesario despliegue de recursos del sistema, la acumulación desmesurada de casos y sobre todo es un factor de impunidad al no existir celeridad ni eficiencia del sistema judicial.<sup>48</sup>

Es necesario entonces que la Función Judicial asuma su rol constitucional y legal para enfrentar los retos que traen la implementación del sistema acusatorio oral en que se incluyen los procedimientos especiales.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Cfr. Cueto, Julio, *Una Visión Realista del Derecho, los Jueces y los Abogados*, Abellido-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 65. El ordenamiento jurídico incluye procedimiento destinados a facilitar el ajuste de las normas a las cambiantes realidades sociales. Se basan en enunciados normativos vagos que abren un amplio campo de indefinición aprovechable por el juez para individualizar la norma general adecuándola a las características peculiares del caso concreto.

<sup>48</sup> Cfr. Guarnieri, Carlo, Pederzoli, Patricia, *Los Jueces y la Política, Poder Judicial y Democracia*, Taurus Pensamiento, s.f. p. 16. La decisión del juez no es, ni nunca puede ser, puramente declarativa ni agotarse en el mero enunciado de la voluntad del legislador. Al interpretar la ley el juez concurre de hecho a declarar el derecho.

<sup>49</sup> Cfr. Herrendorf, Daniel, *El Poder de los Jueces*, Abellido Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 21 a 27. Una mirada sincera y rápida sobre el funcionamiento de la administración de justicia en cualquier sistema jurídico contemporáneo ofrece el mismo incordioso panorama: los jueces están atosigados de causas y de límites ius normativistas, a lo que se suma las trabas mentales para aplicar nuevas figuras.

Sobre la participación del ofendido, el inciso segundo del Art. 370 CPP dispone que *El juez debe oír al imputado y dictar la resolución que corresponda, sin más trámite. Si lo considera necesario puede oír al ofendido o al querellante.*

El ofendido, Art. 68 CPP, puede intervenir en el proceso penal como acusador particular (Art. 70 CPP) en los delitos de acción pública. La expresión *querellante*, utilizada para describir al ofendido es errónea ya que éste tiene participación exclusiva en delitos de acción privada.

Una vez salvada esta precisión, se ha de definir cuál es la participación del ofendido en la aplicación del procedimiento penal abreviado.

Para el Fiscal no existe norma legal, que le obligue a contar con el ofendido para resolver la aplicación del juicio abreviado, para éste basta con verificar las condiciones de procedibilidad exigidas en el Art. 369 CPP, mientras el ofendido no tiene recurso judicial o administrativo para recurrir de esta decisión.<sup>50</sup>

En esfera judicial, la participación del ofendido es escasa por cuanto la ley procesal penal faculta al juez decidir su intervención en audiencia, lo que significa que aún siendo parte procesal está en desigualdad frente a los demás sujetos procesales, Ministerio Público e imputado<sup>51</sup>, contrariando el principio de igualdad ante la ley (Art. 23, numeral 3 CPR), sin que pueda oponerse a la decisión fiscal o judicial que acepta la aplicación de procedimiento penal abreviado, pero si está en aptitud de impugnar la sentencia.

---

<sup>50</sup> Binder, Alberto, *Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal*, Editorial Adhoc, Buenos Aires, 2000, pp.102, 103. Suele decirse que, con una intensidad que varía según los países, la víctima ha sido sometida a un doble proceso de victimización: por el delito y por parte del proceso penal. Por que éste en cierto modo, le ha expropiado de su derecho a buscar la solución que le parezca adecuada o satisfactoria. Su derecho personal se ha convertido en estatal, puesto que el estado se apropia y ocupa en teoría de su dolor.

<sup>51</sup> Cfr. Serrano, Alonso, *La Compensación en el Derecho Penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996, pp. 241-250 La satisfacción de la víctima es un factor que debe contemplar el Derecho Penal, aún más si se considera que es la persona directamente afectada por el hecho criminoso, entonces lo mínimo en contar con esta para considerar un mecanismo de selección de casos.

## ETAPA DE IMPUGNACIÓN

Para evitar el error judicial, se ha previsto la posibilidad de impugnar mediante apelación, y otros medios, la sentencia dictada en procedimiento penal abreviado, con lo que se propende a una cabal aplicación del debido proceso y el acierto judicial bajo parámetros de celeridad, eficacia y acierto judicial.

- **Recurso de Apelación**

El Art. 343 del CPP, numeral 7 dice que: *Procede el recurso de apelación cuando alguna de las partes lo interponga en los siguientes casos: De la sentencia dictada en procedimiento abreviado.*

En delitos de acción pública, Ministerio Público e imputado son sujetos imprescindibles para la existencia de la relación procesal, la ausencia de uno de ellos termina con el vínculo procesal, en tanto que el ofendido es secundario si no se convierte en sujeto procesal mediante acusación particular. Su presencia en delitos de acción pública de instancia oficial no es imprescindible para la prosecución de la acción, por tanto: *¿ es razonable que el ofendido, que no participó en el procedimiento abreviado, apele de la sentencia emitida por el ente juzgador ?*

El acusador particular, puede apelar de la sentencia dictada en procedimiento abreviado, aún cuando no hubiere participado de la misma (Art. 324 CPP), esto en atención a que se puede perjudicar sus intereses en la sentencia. Esta participación del acusador particular es trascendental al considerar su implicación sobre el *reformatio non in pejus*, principio procesal por el que *al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente si éste fuere el único que lo propone* (Arts. 24, numeral 13 CPE; 328). Si el

sentenciado interpone recurso de apelación y no lo hacen el Ministerio Público o el acusador particular, el ente juzgador no puede empeorar su situación jurídica.

De otro lado, si el sentenciado interpone recurso al igual que el acusador particular su situación jurídica si puede ser empeorada por el superior al momento de resolver la apelación, lo cual implica que aunque el acusador particular no participe del procedimiento abreviado, ya sea en la negociación entre el Fiscal y el imputado o ya sea en audiencia oral y pública de juzgamiento por el ente juzgador, éste tiene facultad para impugnar.

Cuando el sentenciado apela y también lo hace el Fiscal, la situación jurídica de éste también puede empeorar, de donde se concluye que es suficiente que el sentenciado y uno de los sujetos procesales recurran para que la situación de éste pueda desmejorar.

La apelación debe interponerse por las partes mediante solicitud escrita fundamentada para ante el Juez o Tribunal dentro de los tres días de notificada la sentencia.

La Sala de lo Penal de la Corte Superior inicialmente resolverá sobre la admisibilidad del recurso y luego en mérito de lo actuado concederá o no la apelación en el plazo de 15 días contados desde la fecha de recepción del proceso.

- **Recurso de Nulidad**

El Art. 330 CPP dice:

*Habrà lugar a la declaración de nulidad en los siguientes casos:*

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

El recurso de nulidad procede contra la sentencia dictada con violación de formas procesales o con omisión en el juicio de elementos esenciales, o ya por haberse incurrido en error cuya consecuencia, por mandato legal, es la nulidad.

Las partes procesales dentro de los tres días posteriores a la notificación de la sentencia pueden interponer recurso de nulidad con fundamento en una de las causales del Art. 330 CPP a través de petición escrita que se ha de presentar ante el Juez o Tribunal que la dictó

El Juez o Tribunal, concederá el recurso de nulidad, recibirá la causa a prueba por el plazo de seis días, si la nulidad alegada contuviere hechos sujetos a justificación (Art. 333 CPP), la Sala especializada de lo Penal de la Corte Superior, substanciará el recurso y mandará que el recurrente lo fundamente dentro del plazo de tres días, cumplida la fundamentación se correrá traslado a las demás partes procesales en el plazo de tres días (Art. 336 CPP) para que contesten o en caso de silencio de éstas la Sala se ha de pronunciar (Art. 339 CPP), resolución de la que no podrá interponerse recurso alguno.

El ente judicial, en uso de sus facultades de control constitucional, puede declarar en cualquier momento procesal la nulidad aún cuando no fuere interpuesta como recurso por las partes procesales y le resultare obvia la violación de normas constitucionales y legales.

En etapa intermedia, (Arts. 227 y sgtes CPP) en audiencia preliminar, el juez, al momento de resolver cuestiones de competencia, procedimiento, requisitos de procedibilidad y prejudicialidad, puede declarar la nulidad de lo actuado a costa del funcionario que lo causó.

Como ya se ha indicado al momento de aplicar procedimiento penal abreviado el ente judicial debe realizar una audiencia que tiene caracteres de preliminar y de juzgamiento, en donde inicialmente se ha de tratar sobre asuntos de competencia, procedibilidad,

prejudicialidad y procedimiento para luego resolver la situación jurídica del imputado y sentenciar ya sea condenando o absolviendo.

En el evento de que se declare la nulidad por el ente juzgador luego de efectuada esta audiencia, el Fiscal será conminado a continuar con el proceso según el trámite ordinario (Art. 370 CPP), desde el punto en que se declaró la nulidad.

Una de las posibles causas para la declaratoria de nulidad por el juez en este momento procesal puede radicar en la violación de procedimiento cuando el imputado no ha sido suficiente y eficazmente asistido por un abogado defensor ya sea pública o privado, lo cual causaría la violación de sus derechos constitucionales, principalmente, de presunción de inocencia y de asistencia jurídica por un letrado (Arts. 23 y 24 CPE).

- Recurso de casación

El Art. 349 CPP dice:

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

Aunque en materia procesal sigue siendo punto divergente determinar cuál es la naturaleza jurídica de la Casación. Para unos se trata de una acción<sup>52</sup>, en tanto que para otros se trata de un recurso.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Escriche, Joaquín: *Diccionario Razonado de legislación y Jurisprudencia*, Editorial Temis, Bogotá, 1977, Tomo II, p. 77. Casación: la acción de anular y declarar de ningún valor ni efecto algún acto o instrumento.

<sup>53</sup> Cfr. Castro Prieto y Ferrandiz, Leonardo: *Derecho Procesal Civil*, Editorial Tecnos, 4ta. Edición, Madrid, España, 1988, p. 282. Para este autor el recurso de casación es un medio de impugnación, por regla general, de resoluciones finales, esto es, de las que deciden el fondo de los asuntos, dictadas en apelación, y en algunos casos en única instancia, a fin de que el Tribunal funcionalmente encargado de su conocimiento verifique un examen de la aplicación del Derecho realizada por el órgano a quo o de la observancia de determinados requisitos y principios del proceso, que por su importancia se elevan a la categoría de causales de casación.

En Ecuador, la Casación, en el CPP se considera recurso y procede de la sentencia dictada en procedimiento abreviado y es de conocimiento de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha de ser interpuesta por las partes procesales dentro de los tres días posteriores a la notificación para lo cual se ha de fundamentar el recurso (Art. 349 CPP) dentro del término de diez días (Art. 352 CPP) de lo cual se correrá traslado a las partes para que lo contesten en el plazo de diez días (Art. 355 CPP) pudiendo, a petición de parte, señalarse día y hora para audiencia a fin de que se escuchen los alegatos de las partes, tras lo cual se dictará sentencia (358 CPP) sin que haya plazo legal para aquello.

La casación tiene por propósito analizar la violación de derecho en sentencia ya sea: por haberse contravenido el texto legal; por haberse hecho una falsa aplicación de la ley o por haberse interpretado erróneamente el texto de la ley.

La Casación no es una nueva instancia, a través de este medio de impugnación la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia no puede valorar los elementos probatorios que han servido para determinar los hechos o la responsabilidad penal del reo por cuanto ésta potestad corresponde exclusivamente al ente judicial en instancia de juicio.

La causal más invocada para la fundamentación del recurso de casación es la violación de la ley. No obstante, la violación de la ley es un tema muy amplio debido a su diversa etiología. La violación de la ley puede obedecer a diferentes factores que van desde el desconocimiento de la norma legal, el error judicial, etc.

En el fallo de la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia dictado el 29 de mayo de 1996, se expresa:

*... en el momento de sentenciar en un proceso penal, el juzgador cumple una actividad intelectual que le permite aplicar una disposición legal, una ley, a la situación dada; pero en ese razonamiento puede incurrir en error que repercute*

*necesariamente sobre la conclusión. Este es el error, falla o vicio de juicio. En lo que doctrina más antigua (se) llamaba errores in iudicando. El error in iudicando es de derecho cuando expresa un falso juicio de valor sobre la norma, el error in iudicando es de hecho cuando expresa un falso juicio en torno a la prueba; en el error in iudicando de hecho la equivocación debe versar sobre la existencia material del medio probatorio o sobre su sentido fáctico. Se dice que hay error de hecho sobre la existencia de una prueba, cuando se ignoró a pesar de hallarse, o cuando se creyó que existía en el proceso; y que lo hay sobre su sentido, cuando el hecho que la prueba recoge fue tergiversado por el fallador.*<sup>54</sup>

- **Recurso de Revisión**

Este medio extraordinario de impugnación<sup>55</sup>, es una excepción al principio de cosa juzgada<sup>56</sup>, se lo puede interponer, principalmente por el reo, para ante la CSJ, en cualquier tiempo después de ejecutoriada sentencia condenatoria (Art. 359 CPP), luego de lo cual el Presidente de la Sala de lo Penal que hubiere conocido por sorteo, podrá en conocimiento de las partes el recurso y la recepción del proceso para abrir la causa a prueba por diez días (Art. 364 CPP), tras lo cual el Ministro Fiscal General dictaminará en quince días (Art. 365 Ibídem) y se llamará a audiencia para que el recurrente alegue en forma oral, de igual forma puede alegar el Ministerio Público, luego de lo cual la Sala dictará sentencia en la que puede aceptar el recurso o declararlo improcedente para que sea devuelto al Tribunal de origen.

Pese a la declaratoria de improcedencia, el recurrente puede impugnar mediante revisión, en cualquier tiempo, pero en virtud de una causal diversa a la anterior (Art. 368 CPP). La ley

---

<sup>54</sup> Cfr. Reinoso, Ariosto: *El Juicio Acusatorio Oral en el Nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano*, Quito, Ecuador, 2001, p. 360

<sup>55</sup> Cfr. Espitia Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fé, Colombia, 2002, pp. 269, 270. En la doctrina se ha precisado que la revisión no es un recurso sino una acción porque se pretende a través de ésta, cambiar una situación jurídica ya consolidada y, en consecuencia, se está incoando un nuevo proceso cuyo objeto es el ya fenecido.

<sup>56</sup> Cfr. Devis Echandía, Hernando: *Teoría General del Proceso*, Tercera Edición, Editorial Universidad .S.R.L. Buenos Aires, 2002, p. 454. Para este autor cosa juzgada es la calidad de inmutable y definitiva que la ley otorga a la sentencia y a algunas otras providencias que sustituyen a aquélla, en cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que aplica, en el caso concreto.

procesal penal señala que, en general, la revisión la propondrá el condenado o sus descendientes, en tanto que para la causal primera determinada en el Art. 360 CPP, esto es, la aparición del que se creía muerto, lo interpondrá ya sea el reo, cualquier persona o el tribunal de oficio.

En virtud de la inmensa casuística que puede suscitarse en materia penal bien puede fundamentarse la interposición del recurso de revisión en todas las causales señaladas en el Art. 360 CPP, excepto en la primera (si se comprueba la existencia de quien se creía muerto) puesto que no cabe procedimiento abreviado en delito de homicidio por estar sancionado con pena privativa de libertad máxima **superior** a cinco años.

La causal más invocada es la del numeral 6 del Art. 360 Ibidem que dice: *Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho la existencia del delito a que se refiere la sentencia.* En esta se encasilla el problema más profundo y derivado de la aplicación del procedimiento abreviado y que radica en la comprobación conforme a derecho de la infracción, de lo cual surgen las interrogantes:

- ¿Cuando el juez dicta sentencia condenatoria, lo hace en virtud de elementos de investigación o elementos de prueba ?
- ¿ Los elementos de prueba sirven para comprobar conforme a derecho (Art. 83 CPP y 194 CPR) la existencia de la infracción ?

Al respecto, aún no existen fallos de triple reiteración a nivel de Corte Suprema, lo cual puede obedecer a la poca o ninguna aplicación del procedimiento penal abreviado en los niveles de juzgamiento penal y que no han originado impugnación vía revisión.

# CAPITULO III

## EL ROL DEL FISCAL

### EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO

#### 3.1 Facultades del Fiscal

La figura del Fiscal aparece, según varios autores, en la Roma clásica con el *Procuratore Cesaris*, que no se asimila al Ministerio Público actual debido a que en esa época tan sólo había acusación privada más no pública. Parece ser entonces que en el antecedente directo de esta institución se encuentra en el medioevo francés con los *gens du roi*, procuradores del rey, encargados inicialmente de los intereses del monarca en el juicio.<sup>57</sup> Más al desaparecer la monarquía en el siglo XIV pasan a defender los intereses del Estado en el proceso.

En 1808 se expide el código de instrucción penal que implanta el sistema mixto de procedimiento. En 1810 se dicta la ley de organización judicial que organiza de mejor manera el Ministerio de Público.

Montesquieu en *El espíritu de las leyes* plantea el equilibrio dinámico a partir de la división de poderes, determina que la Fiscalía debe ser un órgano extra poder como rasgo característico del régimen de derecho.

En América India, el sistema colonial de la península impuso su estructura jurídica con la vigencia del denominado Ministerio Fiscal. Los fiscales aparecen en diversas instancias ante

---

<sup>57</sup> Cfr. Vescovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis, S.A, Segunda Edición, Bogotá, Colombia, 1999, pp. 149-151

los órganos de justicia, formando parte del sistema judicial, más no como órgano extrapoder toda vez que representaban los intereses del monarca en juicio<sup>58</sup>.

En el Consejo de Indias<sup>59</sup> había un solo Fiscal en materia civil encargado de la protección de los pobres y de los (indios) nativos americanos en sus causas. En las audiencias reales, en América, existían un fiscal y dos agentes fiscales, en tanto que *los promotores fiscales* cumplían funciones de asesoría de los jueces legos.

En Ecuador, en 1830 el Gral. Juan José Flores, primer presidente de la República creó la Alta Corte en la que tenía participación un Fiscal y dictó la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En 1928, en una época de gran transformación institucional consecuencia de una profunda crisis de las dos décadas precedentes, el Presidente Dr. Isidro Ayora crea la Procuraduría General de la Nación, encargada de la representación y defensa del Estado y de los particulares, hito que se considera el punto de partida del Ministerio Público actual.

Mediante decreto publicado en el R. O. Nro. 57 de 10 de noviembre de 1948, el Congreso nacional crea un nuevo Ministerio Fiscal adscrito a la Corte Suprema de Justicia, su representación la ejercía el Ministro Fiscal con voz y voto en Corte con funciones de control y vigilancia de la administración de justicia.

Por vez primera, en 1945 a nivel constitucional se determina que el Ministerio Público lo ejercen: el Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales de Justicia y demás funcionarios designados por ley.

---

<sup>58</sup> Cfr. Caro Baroja, Julio, *El señor Inquisidor*, Editorial Alianza, Madrid, 1994, pp. 7-90. No se podría entender la Inquisición sin el inquisidor figura central de la persecución monárquico-católica de los enemigos de la corona y la religión.

<sup>59</sup> Cfr. Abalos, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2002, Tomo I, p. 479. El Consejo de Indias fue creado en 1519 como un órgano autárquico y centralizado de justicia, funcionaba como Tribunal de Apelaciones de las sentencias dictadas por las Audiencias y por la Casa de Contratación, era Tribunal de primera instancia en cuestiones suscitadas en la península relacionadas con las colonias y llevaba a cabo juicios de residencia que se efectuaban al término del mandato de los funcionarios que se habían desempeñado en ultramar.

En la Constitución de 1967 se cambia la denominación de Procurador General de la Nación por Procurador General del Estado.

La oscilación jurídica respecto de la ubicación de esta institución dentro de la estructura del Estado ha sido altamente cambiante y significativa. Unas veces bajo la dirección de la Presidencia de la República, de la Procuraduría General del Estado y la Función Judicial, hasta que la Constitución Política de 1995 por primera vez incluye una sección sobre el Ministerio Público que es ejercido por el Ministro Fiscal General, los Ministros Fiscales Distritales, los Agentes Fiscales y demás funcionarios determinados por ley.<sup>60</sup>

Los principios constitucionales de autonomía organizativa y funcional son desarrollados en la Ley Orgánica del Ministerio Público de 19 de marzo de 1997. La actual CPR de 1998 introdujo cambios trascendentales para la institución, redefinió su estructura y funciones lo cual se viabilizó a través de la Ley reformativa a la Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en el R. O. de 16 de junio de 2.000<sup>61</sup>

### **3.1.1 Constitucionales**

La CPR de 1998 publicada en el R. O. Nro.01 de 11 de Agosto de 1998, ubica al Ministerio Público en el Capítulo III, del Título X, de los Organismos de control, Arts. 217 a 219

El Art. 217 CPR señala que *El Ministerio Público es uno, indivisible e independiente en sus relaciones con las ramas del poder público y lo integrarán los funcionarios que*

---

<sup>60</sup> Birkett, John, *El Ministerio Público y su transformación en implementando el nuevo Proceso Penal en Ecuador: Cambios y Retos*, Fundación para el debido proceso legal, Washington, 2001 Sobre la evolución institucional de la Fiscalía desde 1993 se puede observar con detalle la oscilación que al respecto se ha suscitado.

<sup>61</sup> [http://www.fiscalia.gov.ec/m\\_q\\_Historial.php](http://www.fiscalia.gov.ec/m_q_Historial.php) El actual Ministerio Público del Ecuador tiene un origen reciente y surge como respuesta del Estado ecuatoriana a la ola de cambios que el sistema acusatorio implica en su aplicación en América Latina. Al igual que en otros países ha exigido no solo el cambio de paradigmas y mentalidad de los actores en el proceso penal sino de las estructuras institucionales para su real y efectiva implementación.

*determine la ley. Tendrá autonomía administrativa y económica. El Ministro Fiscal General del Estado ejercerá su representación legal.*

De esta norma constitucional se coligen los rasgos que configuran la naturaleza jurídica de esta institución.

La unidad, este principio proviene del derecho francés, según el cual el ministerio público es uno e indivisible y la opinión que sostiene ante el poder judicial uno de sus miembros, se mantiene a través de todos.<sup>62</sup>

La indivisibilidad se configura por todos los que forman parte del oficio del ministerio público y tienen todos y cada uno de ellos en su unidad personificada por el jefe del oficio, igual competencia para tratar el asunto (penal) encomendado a cada uno por el jefe del oficio y que por consiguiente, en la acción individual se da siempre la acción impersonal del oficio.<sup>63</sup>

La independencia es un valor que se entiende hacia fuera y hacia adentro de la institución.

El Fiscal en su ámbito endógeno tiene la capacidad de expresar conforme a derecho las conclusiones de su trabajo investigativo ya sea para acusar o abstenerse, sin que se encuentre subordinado su criterio a la disposición del superior. En lo exógeno, la Fiscalía no se encuentra subordinada a otra institución o Función del Estado.

---

<sup>62</sup> Véscovi, Enrique, op. cit. p.155 La configuración de la Fiscalía actual en la mayoría de países de Sudamérica tienen por antecedente directo e inmediato a la Fiscalía de Francia, aunque cada país tiene algunos rasgos característicos propios que los diferencian de los demás.

<sup>63</sup> Cfr. Leone, Giuseppe, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, s.e., s.f. De esta manera la actuación de cualquier Fiscal se efectúa en función de la institución, sin que por determinación legal no sea posible que se sostenga un criterio diverso entre fiscales. Por ejemplo, cuando uno se abstiene de acusar y por consulta al superior éste dispone que otro acuse. Esto no significa la ruptura de la indivisibilidad sino el criterio de selección de casos a cargo del superior.

La autonomía administrativa y económica está relacionada con la asignación presupuestaria anual de que dispone la Fiscalía para el cumplimiento de sus obligaciones, de tal forma que dedica sus recursos a las áreas definidas en su planificación anual.

La representación legal se ejerce por su máxima autoridad que es el Ministro Fiscal General, aunque éste puede delegar la práctica de ciertos actos y comparecencias en litis.<sup>64</sup>

Continuando con las disposiciones constitucionales, el Art. 218 CPR dice que:

*El Ministro Fiscal será elegido por el Congreso Nacional por mayoría de sus integrantes, de una terna presentada por el Consejo Nacional de la Judicatura. Deberá reunir los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Desempeñará sus funciones durante seis años y no podrá ser reelegido.*

Esta norma establece el mecanismo de designación del Ministro Fiscal General, cuestión que comporta una serie de observaciones por afectar a los principios mismos que deben caracterizan a la institución, en tanto que el Art. 201 CPR determina los requisitos para Magistrados de CSJ, mismos que son aplicables al puesto de Ministro Fiscal General:

1. Ser ecuatoriano por nacimiento.
2. Hallarse en goce de los derechos políticos.
3. Ser mayor de cuarenta y cinco años.
4. Tener título de doctor en jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas.
5. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas, por un lapso mínimo de quince años.
6. Los demás requisitos de idoneidad que fije la ley.

---

<sup>64</sup> Cfr. Leone, Giuseppe, op. cit. Al igual que Foschini dentro del sistema procesal penal italiano, habla de avocación, subrogación y delegación. Como cuando se subroga a un determinado órgano del Ministerio Público que está conociendo un asunto. Facultades que en general no existen en nuestros países, herederos del Civil Law, en que, a priori, se establece el órgano y el funcionario que debe actuar a falta de otro, sin que los superiores puedan sustituirlo por sí (avocación) ni por otros (delegación). En Italia el Fiscal es un magistrado asimilado, ya que no es magistrado pero goza de los beneficios y rango de tal. En Ecuador, el actual Ministro Fiscal General, Dr. Washington Pesantez Muñoz, mediante acuerdo Ministerial Nro. 17, de 4 de marzo de 2008, ha autorizado a Ministros Fiscales Distritales la defensa de la institución en acciones constitucionales y legales, logrando de esta manera simplificar la comparecencia en estas causas que anteriormente se encontraban centralizadas de forma casi exclusiva en el Ministro Fiscal General.

Requisitos a los que se ha de añadir los del Art. 12 LOFJ, que dice: *Todos los magistrados de esta Corte deberán tener antecedentes intachables, acreditarán probidad notoria y solvencia profesional y moral en los términos previstos en esta Ley.*

En Ley Orgánica del Ministerio Público:

*Art. 5.- El Ministro Fiscal General que deberá reunir los mismos requisitos exigidos para ser Ministro de la Corte Suprema de Justicia, a excepción de los de carrera judicial, es la máxima autoridad y el representante legal del Ministerio Público.*

*Art. 6.- El Ministro Fiscal General será elegido por el Congreso Nacional, de una terna enviada por el Consejo Nacional de la Judicatura, desempeñará sus funciones por un período de seis años y no podrá ser reelegido.*

El proceso de selección del Ministro Fiscal General está compuesto de varias etapas a saber: a) de merecimientos y oposición; b) de selección de la terna; y, c) de la designación.

Las dos primeras etapas están a cargo del CNJ. La etapa de merecimientos implica la calificación de nacionalidad, edad, años en el ejercicio de la profesión, de la docencia, etc. requisitos que tienen una puntuación previamente determinada. En cuanto a la oposición, quienes han superado la primera etapa pasan a rendir exámenes escritos, luego orales y finalmente prácticos sobre conocimientos y destrezas en litigación penal. Superada esta etapa, los tres aspirantes con mayores calificaciones pasan a conformar la terna para que de entre ellos uno sea escogido y designado como Ministro Fiscal General.

En esta primera parte, el proceso de selección a cargo del CNJ, viola flagrantemente la independencia del Ministerio Público pues a pesar de ser un órgano extra poder se advierte la ingerencia de dos poderes del Estado, en primer lugar de la Función Judicial a través de

su órgano administrativo<sup>65</sup> y en un segundo momento por el Congreso Nacional de la República, que termina por designar discrecionalmente al Ministro Fiscal

La designación por el Congreso Nacional también trae una serie de efectos indeseados: En primer lugar, el designante puede escoger a su arbitrio, sin criterio técnico, de entre la terna, de donde no siempre el más capacitado e idóneo resultará escogido. En suma, replicando la frase popular: *hecha la ley, hecha la trampa*. Es el poder político, concentrado en el Congreso de la República el que ha hecho una norma a la medida de su necesidad para nombrar Ministro Fiscal General conforme los vaivenes e intereses de la política, sacrificando la institucionalidad y la vigencia real y efectiva del Estado Social de derecho.

Las funciones del Ministerio Público están determinadas en el Art. 219 CPR que dice:

*El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá 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 penal.*

*Para el cumplimiento de sus funciones, el Ministro Fiscal General organizará y dirigirá un cuerpo policial especializado y un departamento médico legal.*

*Vigilará el funcionamiento y aplicación del régimen penitenciario y la rehabilitación social del delincuente.*

*Velará por la protección de las víctimas, testigos y otros participantes en el juicio penal.*

*Coordinará y dirigirá la lucha contra la corrupción, con la colaboración de todas las entidades que, dentro de sus competencias, tengan igual deber.*

*Coadyuvará en el patrocinio público para mantener el imperio de la Constitución y de la ley.*

*Tendrá las demás atribuciones, ejercerá las facultades y cumplirá con los deberes que determine la ley.*

---

<sup>65</sup> El Consejo Nacional de la Judicatura, órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial, fue creado mediante Ley 68, publicada en el Registro Oficial 279 de 19 de Marzo de 1998. Este órgano ha tenido un sinnúmero de observaciones ciudadanas tanto en la designación de personal dentro de la Función Judicial en que se destaca el de Magistrados de CSJ, en que ha prevalecido la ingerencia política sobre méritos, probidad, capacidad e idoneidad. Si estas observaciones son válidas para el proceso de selección casa adentro, los reproches con mayores respecto de la designación de Ministro Fiscal General, tal y como aconteció en el último quinquenio.

El Ministerio Público es un órgano de control, a cargo la lucha contra la corrupción, ejerce el patrocinio de la sociedad y le corresponde la facultad de persecución penal de los delitos de acción pública, más no de los delitos denominados de acción privada. También tiene bajo su responsabilidad la tutela y la protección de las víctimas y el control del régimen penitenciario y la rehabilitación del delincuente.

De estas dos últimas facultades, la primera es eminentemente técnica y en derecho comparado se advierte que en otros países la Fiscalía ha asumido también esta responsabilidad. No obstante, respecto de la segunda función, se ha creado son los jueces de ejecución quienes tienen este ámbito de gestión de control judicial que debe estar necesariamente a cargo de la administración de justicia.

En la norma analizada hay varias inconsistencias en la determinación de funciones del Ministerio Público, lo cual se precisa en el desarrollo del ordenamiento jurídico interno.

### **3.1.2 Legales**

- **En Ley Orgánica del Ministerio Público**

*Art. 3.- Son deberes y atribuciones del Ministerio Público, que 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 perseguibles 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 establezcan las leyes pertinentes sobre la materia;*
- g) *Dirigir y coordinar las actuaciones de la Policía Judicial, en las indagaciones previas en 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 Cívico 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.*

- **En el Código de Procedimiento Penal.**

Cuando se establece en el Art. 219 CPR que el Ministerio Público *prevendrá en el conocimiento de las causas* se da la falsa impresión de que existe, al menos en teoría, otro órgano del poder público encargado de la persecución penal en delitos de acción pública, lo cual es falso.

El Art. 25 CPP precisa que corresponde al Fiscal: *la dirección y promoción de la investigación preprocesal y procesal penal*”, lo cual se complementa con el Art. 33 CPP que expresa que: *el ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al fiscal*, lo cual también es un inconsistente si se considera que en materia procesal la acción siempre es pública, ya que en nuestro procedimiento penal se clasifica la acción penal, desde el punto de vista de su ejercicio, en tres clases: pública de instancia oficial; pública de instancia

particular; y, privada. Más adelante se aglutina a la acción pública de instancia oficial y de instancia particular en la denominación: *acción penal pública o acción pública*.

El Fiscal participa en los delitos de acción pública de instancia oficial como investigador e impulsor ya que puede iniciar una investigación de oficio (Art. 10 CPP), lo cual no acontece en los delitos de acción pública de instancia particular en que, por regla general, tiene que existir denuncia previa y reconocimiento de la misma para que inicie la investigación.

La norma constitucional infra, determina que corresponde al Fiscal: *acusar a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio*. Corresponde al Fiscal el ejercicio de la acción penal, en delitos de acción pública, desde su inicio hasta su consecución, por regla general, en audiencia de juzgamiento, para lo cual debe actuar dentro del marco constitucional y legal para impulsar la acción penal en los casos en que hubiere mérito para ello y abstenerse de hacerlo cuando exista mérito en tal sentido (Arts. 65, 226 CPP),

Por el principio de objetividad, el Fiscal no siempre está obligado a impulsar la acción penal pues cabe también que se abstenga de iniciarlo (Art. 38 CPP) e impulsarlo (Art. 217 CPP) pero con base en una de decisión motivada (Art. 24, numeral 13 CPR).

Es mérito de la doctrina haber incorporado y desarrollado varios principios procesales en el ejercicio de las actividades del Fiscal, así; el principio de oportunidad, legalidad, publicidad, concentración, inmediación, objetividad, motivación etc., que obligan al Fiscal a un alto estándar de desempeño de funciones, lo cual ha de permitir su medición cuantitativa y cualitativa en el ejercicio del cargo.

Son facultades del Fiscal, conforme el principio de oportunidad reglada, entre otros casos: la conversión de la acción (Art. 37 CPP); el procedimiento abreviado (Arts. 369 y 370 CPP).

Mecanismos de selección de casos para atenuar el rigor de la persecución penal en pro de un nivel de convivencia social más pacífico, lo cual constituye una alternativa de descongestión del sistema penal en que se privilegia la persecución penal más grave con resultados óptimos desde el punto de vista de la sanción.

- **En el Código de Procedimiento Civil**

La actividad del Ministerio Público no se ciñe exclusivamente al área esfera penal. En lo civil, el Fiscal opina sobre la idoneidad de la persona que ha sido propuesta para el desempeño del cargo de curador adlitem, de menores e incapaces, ya sea que se trate de divorcios, autorización judicial para segundas nupcias, herencia yacente, curador de sordo mudo, levantamiento o subrogación de patrimonio familiar, etc. Esta actuación no se reduce a opinar <sup>66</sup> la ley manda que el Fiscal: sea escuchado en los casos de interdicción (Arts. 447, 448 CPC); sea nombrado curador adlitem a falta de persona insinuada y de parientes (Art. 742 CPC); provoque la remoción del guardador previa petición del guardado (Art. 775 CPC).

### **3.2 El Fiscal como negociador y mediador**

En el derecho comparado se advierte tanto en EEUU como en Europa que la Fiscalía tiene nuevas potestades en la persecución penal. Hasta hace poco tiempo resultaba increíble pensar en la negociación y la mediación en materia penal. En este sentido, la reforma penal en América Latina ha supuesto una ola de cambios en materia de Política Penal, ya sea respecto de la percepción de los delitos y de sus formas de solución.

La potestad de la Fiscalía para negociar tiene su génesis y sustento en el monopolio de la acción penal cuya titularidad a cargo de esta institución permite, a través del principio de oportunidad, ofrecer medidas alternativas a la persecución penal.

---

<sup>66</sup> Cfr. Calamandrei, P, Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código, Buenos Aires, Argentina, s.f. El autor señala que el Ministerio Público actúa en defensa del interés público y su función consiste en practicar una actividad estimuladora de los órganos que ejercen la jurisdicción, para que mantengan su imparcialidad.

De esta manera, las respuestas del Estado frente al delito no sólo descansan en el proceso completo sino en la negociación de la Fiscalía con el imputado para evitarlo.<sup>67</sup>

La mediación es un sistema de negociación asistida mediante la cual las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas con la ayuda de un tercero imparcial, que actúa como conductor de la sesión<sup>68</sup>, ayudando a las personas que participan en la mediación a encontrar una solución que sea satisfactoria para ambas partes.<sup>69</sup>

En materia penal la facultad de mediación desplegada por el Fiscal se desarrolla con plenitud en la conversión de la acción penal ya que el Ministerio Público posibilita una solución, previa la renuncia del ofendido a su pretensión punitiva en vía ordinaria, dejando en suspenso el impulso de la acción privada en la que no interviene el Ministerio Público que no obtiene una sanción a cambio de esta concesión.

En el procedimiento abreviado opera con toda plenitud la negociación penal y no la mediación, toda vez que el Fiscal evalúa inicialmente que tan fuerte es su caso, las posibilidades de éxito en juicio, los recursos destinados para la persecución del caso, etc., y a partir de la solicitud que formula el imputado o acusado se realiza una negociación con el Fiscal en que se determina el marco de la pena.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/gomez13.htm> En Alemania el Ministerio Público es la única autoridad para ejercer la acción penal así como su ejecución. La jurisprudencia lo ha reconocido en concordancia tanto con la normativa de la Unión Europea como de los Derechos Fundamentales.

<sup>68</sup> Vintimilla, Jaime, Ubidia, Santiago, *Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria*, CIDES, Quito, 2003, p. 16. La inaccesibilidad de los servicios de justicia, tanto por su costo, casi siempre desmesurado en relación con la materia en disputa, como la lentitud de la respuesta, trae como consecuencia que los conflictos se solucionen por medios violentos, siendo el resultado de juegos de poder, en los que intervienen factores como el clientelismo política, la presión colectiva y el soborno.

<sup>69</sup> [www.intermediacion.com](http://www.intermediacion.com) La mediación sirve para desjudicializar conflictos que anteriormente eran transables en Tribunales. La posibilidad de enfrentar situaciones difíciles, dentro de un marco más afable aminora el impacto y los costos emocionales de quienes las vive, obteniéndose como resultado la satisfacción de los usuarios de los Centros de mediación.

<sup>70</sup> [http://biblioteca.serindigena.org/libros-digitales/derechos\\_indigenas/estudio/3.htm](http://biblioteca.serindigena.org/libros-digitales/derechos_indigenas/estudio/3.htm) Se ha discutido la naturaleza del procedimiento abreviado destacando que no es una forma negociación penal porque hay un juicio y una sanción, cuando lo óptimo es que no ocurra aquello. Sin embargo, si no se suscita un acuerdo y concesiones mutuas no operaría un determinado marco de la pena que es la consecuencia del abreviado.

### 1.3 Manejo de la teoría del conflicto

Actualmente, en doctrina aparece *la teoría del conflicto*, que considera a la controversia, la materia prima con la que trabajan los abogados y los operadores de justicia, en que se incluyen Fiscales y Jueces<sup>71</sup>, pero el conflicto se ramifica en muchas dimensiones y caminos, el área judicial es una de las tantas opciones de expresión y de resolución.

Inicialmente, la divergencia de intereses entre dos partes, configura lo que es el conflicto. Por ello la primera opción de resolución del conflicto se genera hacia el interior de sus componentes, a esta fórmula se denomina homo composición, porque la solución surge de entre los iguales.

Cuando la solución del conflicto surge de otras personas diferentes a las involucradas este mecanismo se denomina hetero composición.

La hetero composición a su vez puede ser judicial o extrajudicial.

La hetero composición es extrajudicial cuando una persona que no es parte de la administración de justicia es quien facilita los medios para que los involucrados encuentren la solución a su divergencia.

En tanto que la hetero composición judicial es aquella por la cual el funcionario del Estado determinado por ley, está en facultad de resolver un litigio puesto en su conocimiento.

La principal diferencia entre hetero composición judicial y extrajudicial, radica en la coertio, la capacidad de ejecutar lo resuelto, que es el rasgo característico de la administración de

---

<sup>71</sup> Lopera, Jaime, *El Lado Humano del Conflicto*, Intermedio Editores, Bogotá, Colombia, 2006, p. 13. El conflicto se considera como el esfuerzo que una persona realiza para lograr su resultado preferido, el cual si se logra, impide que otros logren el resultado que prefieren, con lo cual se origina la hostilidad.

justicia que cuenta con los medios represivos para tal fin, lo que en materia penal es mucho más evidente y arraigado toda vez que el ius puniendi es una prerrogativa estatal.

Los fines del derecho penal han estado tradicionalmente vinculados con distintas teorías de la pena: retribución por un lado y prevención por otro.

Hoy en día la teoría de la prevención general positiva ofrece amplias posibilidades de resolución de conflictos en el ámbito extrasistémico para lo cual se vislumbra instrumentos del derecho civil que son aplicados en materia penal, principalmente la negociación que no desnaturaliza lo penal y permite una solución mínima que interesa tanto a la sociedad como a los involucrados directamente por el delito.

Por tanto la negociación no debe ser considerada como una pena y tampoco como un fin penal autónomo sino que es un instrumento que se encuentra al servicio de la sociedad para fines de prevención especial y general.

En consecuencia, los conflictos no deben invariablemente desembocar en un procesal penal puesto que, bajo este punto de óptica, el sistema procesal penal ha de ser activado sólo en el evento de que se ha agotado otros mecanismos.

Es obvio entender que no todos los casos son susceptibles de aplicar negociación ni mediación, ya sea por la relevancia del delito, la alarma social provocada, la afectación del bien jurídico tutelado por la norma penal, etc., por tanto no es aplicable en delitos de homicidio, violación, tráfico de sustancias sujetas a fiscalización, etc.,

Es por ello que conforme la evolución del delito dentro de la dinámica social se ha de imponer una legislación penal, tanto sustantiva como adjetiva, que marque éstos límites de

aplicación, para de esta manera tutelar de mejor y eficiente manera la convivencia social que es afectada por la perpetración del delito.

Surge por tanto la necesidad de que el Fiscal esté capacitado para asumir en forma integral estos retos, convirtiéndose en sujeto activo de la negociación y la mediación penal en los casos y en las circunstancias que la ley posibilite, pensando en el aspecto de fondo que radica en el mejoramiento de la convivencia social afectada por el delito.

La mediación, la negociación, en un plano ideal, son anteriores a la litigación, pero caben también cuando el proceso ya se encuentra en curso, por tanto es imprescindible identificar las circunstancias que viabilicen la aplicación de éstos mecanismos, ampliando instrumentos de carácter práctico en pro de la tutela de la sociedad que es el fin último del derecho penal para la vigencia del Estado social de derecho.

De esta manera los planteamientos acerca del contenido, función y fundamentos que debe darse al manejo del conflicto son diversos y deben estar a la disposición de la Fiscalía para cumplir en forma objetiva su tarea investigativa y de prosecución de la acción penal.

# CAPITULO IV

## DERECHO COMPARADO

### 4.1 Modelo del Common Law: Estados Unidos de Norteamérica

En Estados Unidos de Norteamérica el Fiscal recibe la denominación de district attorney, que en traducción literal significaría Abogado de Distrito, expresión que describe el ámbito de trabajo de este funcionario, encargado en forma exclusiva de la investigación y la persecución penal, siendo esta la razón por la que en este sistema procesal no existe acusador particular.

Institucionalmente, la Fiscalía depende del legislativo, su máxima autoridad es el Procurador quien es directamente designado por el Ejecutivo y en los distritos, en el 95% de Estados, los Fiscales son elegidos mediante votación popular.<sup>72</sup>

El enjuiciamiento penal es considerado como un modelo del sistema adversarial en donde prevalece el sistema acusatorio<sup>73</sup>, rasgo característico del Common Law<sup>74</sup>, por el que el Fiscal tiene una disposición total sobre la acción penal, lo que en doctrina se denomina como principio de oportunidad o discretion con las siguientes facultades:

---

<sup>72</sup> Cfr. De Frances, Carol y Steadman, Grez, *Prosecutors in State Courts 1996*, Department of Justice, 1998, p. 1. Este mecanismo establece un nivel de supervisión relativamente intenso sobre la actividad de la Fiscalía puesto que la ciudadanía tiene la potestad de confirmar o no la permanencia del Fiscal al momento de elegirlo, de donde surge una forma de evaluación más cercana al pueblo pero contraria a la estabilidad institucional debido a la carga política de este procedimiento de designación.

<sup>73</sup> Cfr. Bovino, Alberto, *Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco*, Fundación Mirna Mack, Guatemala, 1997, pp. 141, 143 En el sistema acusatorio penal, los sujetos procesales básicos son: el Fiscal, en representación del Estado, y, el justiciable, esto es, el imputado, o acusado, según el avance del desarrollo del proceso. En este tipo de proceso el juez resulta un tercero diverso de los sujetos, su función se orienta al control sobre el avance y desarrollo del enjuiciamiento para finalmente decidir sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del justiciable.

<sup>74</sup> Cfr. Taruffo, Michele, *Sobre las Fronteras, escritos sobre la Justicia Civil*, Editorial Temis, Bogotá, 2006, pp. 62-64 Este autor ha destacado la necesidad de que en el sistema acusatorio penal el juez no se convierta en un tercero imparcial e impávido sino que a más de las facultades de case management se oriente al fin último del derecho, esto es, la obtención de justicia, para lo cual la normativa jurídica debe dotarle de mayores facultades de dirección del proceso y control de los sujetos procesales para evitar la deslealtad en las actuaciones de éstos.

a) La decisión de inicio de un caso

El Fiscal en uso de sus facultades discrecionales puede o no iniciar un caso por un hecho llegado a su conocimiento, es decir que no todos los casos merecen el inicio de una actividad investigativa. Para establecer qué casos perseguir, los parámetros básicos para esta persecución se orientan hacia la criminalidad más grave por sobre la leve que ciertamente es tolerada o tiene otro ámbito de resolución en que no se involucra la Fiscalía.

b) La persecución del caso

Una vez iniciado un caso el Fiscal puede considerar que no es necesario desplegar los mecanismos del sistema para la persecución del hecho presumiblemente constitutivo de delito, ya por la poca relevancia social, la exigencia de mayores y mejores medios de investigación, sin que para tomar esta decisión deba manifestar más motivación que su convicción y sin la posibilidad de que esta decisión sea judicialmente recurrible.

c) La entrega de inmunidad al imputado a cambio de una contraprestación.

El Fiscal tiene amplias facultades de negociación para conceder al imputado una serie de contraprestaciones en que se incluye la inmunidad pese a que éste haya intervenido en la perpetración de la infracción, lo cual comprueba que en el sistema americano se privilegia la persecución más grave, se sacrifican *los peces flacos* a cambio de *los peces gordos*. El favorecido además puede acceder al programa de protección de víctimas y testigos, tener una nueva identidad, beneficios que incluyen a los componentes de su familia.

d) La posibilidad de negociar cargos con el imputado ya sea el tipo, el momento y el lugar en que se van a realizar los cargos.

El Fiscal a cambio de una contraprestación del imputado, puede formular cargos leves como por ejemplo acusar hurto en vez de robo. En cuanto al momento y lugar del ejercicio de la acción penal, es también potestad fiscal establecer cuando y dónde formular los casos, pues en el sistema norteamericano el alcance del non bis in idem (Art. 24, num. 16 CPE) es

discutible ya que el que un imputado puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos en el ámbito de la legislación estatal y de la federal.

e) Negociar la pena e incluso el lugar y condiciones de su cumplimiento.

El Fiscal busca una sentencia condenatoria mínima a cambio de que el imputado se presente como testigo en contra de otros participantes de la infracción con lo cual se privilegia la persecución penal más grave por sobre la leve. El acuerdo entre Fiscal e imputado a más de contener una sentencia condenatoria mínima puede abarcar el lugar de cumplimiento de esta pena privativa de libertad pues no es lo mismo hacerlo en un centro de mínima seguridad que en otro de máxima seguridad.

No existe mecanismo alguno, judicial o administrativo, que obligue a los Fiscales a seguir una acción penal que no quieren impulsar, ni siquiera a través de un Writ of mandamus<sup>75</sup> ya que la Suprema Corte de Justicia ha rechazado peticiones de víctimas afectadas por la decisión de los Fiscales de no perseguir acción penal, argumentando que la pertinencia o titularidad de la acción penal es de exclusiva responsabilidad de los Fiscales,<sup>76</sup> quizá los únicos límites del Fiscal son tres:

- El control de seriedad mínima del caso investigado, actividad que la realiza el gran jurado (Grand Jury) o un juez en audiencia preliminar (preliminary hearing) en que determina si hay causa probable (probable cause) y que la persona imputada puede tener algún grado de responsabilidad.

---

<sup>75</sup> Este es un mecanismo judicial por el que los ciudadanos concurren a los jueces para exigir que ordenen a la autoridad pública que haga o deje de hacer algo en particular. La Fiscalía ha tomado por política en Estados Unidos incluso no dar curso a una denuncia en que la víctima no se presenta a explicar el caso y sus circunstancias. No se trata de un requisito legal como en el Ecuador, en el caso de los delitos de acción pública de instancia particular, sino de una decisión de la Fiscalía que propone la tesis de que si la víctima no muestra interés tan sólo unas horas después de haber sido afectada por el delito, escasamente lo tendrá tres o cuatro meses después cuando su presencia sea requerida ante el Tribunal. Este tipo de delitos constituyen el 25% del total

<sup>76</sup> Cfr. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Adhoc, Buenos Aires, s.f., p. 218. El autor anota como rasgo característico del sistema acusatorio penal norteamericano, que el impulso procesal se debe a las sujetos procesales, y que la Fiscalía, en esta calidad, tiene la responsabilidad de la investigación, en tanto que los jueces vigilan y controlan la constitucionalidad y legalidad de esta actividad investigativa.

- Cuando se determina que hay persecución penal selectiva (selective prosecution), cuando el ciudadano señala que la investigación fiscal se basa en un aspecto discriminatorio de raza, género, etc., violando la enmienda catorce de la Constitución de los EEUU que garantiza la igual protección de la ley en el ejercicio de derechos.
- Cuando hay una persecución vindicativa (vindictive prosecution) atentatoria de la enmienda quinta que consagra el debido proceso. Esto sucede cuando la persona investigada demuestra que la investigación en su contra obedece a venganza, para castigar a quien ha ejercido en forma legítima sus derechos constitucionales.

Iniciada la persecución penal por el District Attorney, el imputado tiene dos opciones:

1. Declararse no culpable (not guilty), entonces el Fiscal tiene la obligación de probar su responsabilidad (autor, cómplice o encubridor) en juicio oral completo, para lo cual despliega la actividad investigativa y todos los mecanismos del sistema en que se incluye la policía criminalística que cuenta con los medios económicos, de infraestructura, personal y tecnológicos para establecer conforme a derecho las dos premisas básicas del sistema procesal penal universal para que se dicte sentencia condenatoria: la existencia de la infracción; y, la responsabilidad penal de imputado.
2. Declararse culpable, guilty, reconociendo su participación en los hechos que se le imputan, en cuyo caso éste accede a un juicio oral simplificado en una audiencia ante el Juez en que se determina la pena a imponerse, sentencing hearing.

Previo a la imposición de la pena, el Fiscal e imputado negocian la imputación (Plea bargaining), se incluye también las concesiones que el Fiscal realiza para obtener la confesión del imputado a cambio de sentencia condenatoria mínima.

La Suprema Corte en relación con el plea bargaining ha definido (Brady vs. EEUU, 397 US 742, 751 de 1970), que esta práctica es inherente al derecho penal y su administración. Que

la formulación de cargos a través del plea bargaining es una parte esencial del procedimiento penal y una práctica altamente deseable por varias razones, en la que se da mayor importancia a la rentabilidad social por sobre los derechos ciudadanos, incluido el derecho al debido proceso. (Santobello vs. NY, 404 US 257, 261, de 1971).

El plea bargaining se desarrolla de dos formas a saber:

- Sentences Bargaining

Cuando el imputado confiesa su culpabilidad a cambio de una recomendación del fiscal para que el juez imponga una pena leve o mínima, acuerdo que reduce las facultades del juez a un control de legalidad y a dictar sentencia en los términos de esta negociación.

- Guilty Plea

Cuando el Fiscal acusa por un hecho más leve que el cometido, como por ejemplo hurto en vez de robo; o cuando imputa menor cantidad de hechos que los supuestamente cometidos, reduciéndose de esta forma la posibilidad de una sentencia máxima y severa.

La declaración de culpabilidad, está reconocida en la undécima de las reglas federales de procedimiento, Federal Rules of Criminal Procedure, en que se prohíbe que el tribunal se involucre en las negociaciones entre Fiscal e imputado.

El control judicial se centra en la declaración del imputado que es una renuncia a su derecho a un juicio oral y público, por tanto debe ser voluntaria e inteligente esto es que el imputado tiene derecho a ser asistido por un Abogado defensor respecto de la admisión de culpabilidad. (Bookyn vs. Alabama, 395 US 238, 242 del año 1969).

No todos los delitos desembocan en una acción penal, opera un mecanismo de selección casos que evalúa la conveniencia del inicio y prosecución de la acción penal por la

relevancia social e impacto causado por el delito, la rentabilidad y el costo del impulso de la investigación y la prosecución penal versus el delito inferido, criterio que ha sido impulsado por la Criminología<sup>77</sup> que expresa que el sistema funciona a manera de un embudo en que corresponde la parte más ancha al total del conjunto de delitos cometidos en una sociedad, en tanto que del lado más angosto se tiene el número final de casos que han llegado a sentencia condenatoria<sup>78</sup> luego de haber pasado una serie de filtros en donde los casos se van agotando a través de diversos mecanismos legales conferidos ya sea al Fiscal (common Law) o al Juez (civil law)<sup>79</sup> en que el principio de oportunidad debe fortalecer institucionalmente al Ministerio Público para que reporte reales beneficios a la sociedad<sup>80</sup> y no sea una amenaza para los ciudadanos.<sup>81</sup>

No resulta paradójal entonces que, por un lado, los modernos sistemas procesales penales destaquen la centralidad del juicio oral en tanto que, por otro lado, estos sistemas se encuentren diseñados para que una mínima porción de ellos lleguen a juicio ?<sup>82</sup> Para

---

<sup>77</sup> Cfr. Caferatta, José, *El Principio de Oportunidad en el Derecho Argentino: Teoría, Realidad y Perspectivas*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 23-35. Al momento de discutir la implementación de la reforma procesal penal en América Latina siempre se han encontrado en contraposición dos principios doctrinarios: el de legalidad y el de oportunidad. Mediante el primero, en teoría, todos los delitos deben ser sancionados. Mediante el segundo se reconoce la imposibilidad física y real de dar una sanción a todo delito, esto debido a factores de tolerancia social, deficiencia de recursos, la falta de denuncia, etc.

<sup>78</sup> Cfr. Binder, Alberto, *Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal*, Editorial Adhoc, Buenos Aires, 2000, pp. 93 a 95. En este sentido el autor incluso manifiesta que los mecanismos de descongestión del sistema procesal penal en que se incluye el procedimiento penal abreviado se han de incorporar dentro de la Política Criminal delineada por el Estado para el tratamiento y solución de los conflictos derivados de la perpetración del delito.

<sup>79</sup> Cfr. Guerrero, Walter, *Derecho Procesal Penal*, PUDELECO, Quito, 2004, Tomo II, La acción Penal, pp. 93, 95. Tal es el caso de la solicitud de desestimación efectuada por el Fiscal ante el Juez Penal tratándose de un delito reprimido con reclusión en que el Juez valora el trabajo investigativo efectuado por el Ministerio Público y considera que existe mérito necesario para la prosecución penal y dispone que el expediente sea analizado por el Fiscal superior para que ratifique o cambie el criterio del inferior. De tal forma que, en Ecuador la selección de casos es mixta, es decir que, está conferida en la mayoría de los casos y circunstancias al Fiscal pero el Juez goza también de estas facultades de selección.

<sup>80</sup> Duce, Mauricio, *Reforma Procesal Penal*, Universidad Católica de Temuco, Ediciones Conosur, Chile, s.f. pp. 29-50. El autor destaca que el Ministerio Público cumple un rol protagónico en la implementación del sistema acusatorio como consecuencia de la reforma procesal penal que recorre América Latina a partir de la década de los años 80's, señalando la influencia incluso de su ubicación en la estructura estatal que en el caso del Ecuador es un órgano denominado extra poder, diverso del ejecutivo, legislativo y judicial conforme lo señalan los arts. 217 a 219 de la Constitución Política del Estado.

<sup>81</sup> Cfr. Wray, Alberto en el artículo *Los Principios Constitucionales del Proceso Penal*, publicado en la revista *Juris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, 2001, pp. 12-24. En efecto, la situación institucional del Ministerio Público del Ecuador es deplorable si se considera entre otras cifras que actualmente se dispone de 450 agentes fiscales a nivel nacional, con un promedio de un agente fiscal por cada 35.000 habitantes cuando la media internacional aconseja que ha de existir un fiscal por cada 10.000 habitantes. Tampoco se profundiza el análisis en la deficiente infraestructura, problemas de capacitación de personal, la prueba científica que debe ser efectuada por la Policía Judicial como auxiliar de la Fiscalía, etc.

<sup>82</sup> Cfr. Baytelman, Andrés, et. Al, *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, s.f., pp. 229-231. Vaca, Ricardo: "Manual de Derecho Procesal Penal", Corporación de Estudios y Publicaciones; Quito, 2001, pp. 330-332. En este sentido, los autores chilenos, en su mayoría, son quienes han desarrollado la implementación de la reforma procesal penal en América Latina, tomando como modelo el sistema norteamericano, destacando que en audiencia oral de juzgamiento

dimensionar adecuadamente esta realidad se debe considerar que en el sistema norteamericano los delitos se clasifican en mayores (felonies, punibles con más de un año de privación de libertad), y menores (misdemeanors, punibles con hasta un año de privación de libertad). En el distrito del Bronx, durante el año 1995, había 2'500.000 habitantes y los delitos cometidos fueron resueltos conforme el siguiente resumen:

### **Misdemeanors**

Casos resueltos	45.476
Juicios	205
Con jurado	50
Culpables	19
Inocentes	31
Sin jurado	155
Culpables	68
Inocentes	87

### **Felonies**

Casos resueltos	9.081	
Juicios	533	
Con jurado	425	
Culpables	251	
Inocentes	174	
Sin jurado	108	
Culpables	51	
Inocentes	57	
Se declararon culpables	7.755	(mismo cargo o menor) <sup>83</sup>

---

la centralidad o importancia de esta etapa radica en la valoración del trabajo investigativo efectuado por la Policía al mando del Fiscal en la fase preprocesal de indagación previa y en etapa procesal de instrucción fiscal. En tanto que el autor nacional, Ricardo Vaca, destaca el control del Fiscal sobre las actuaciones investigativas efectuadas por la Policía Judicial, no obstante, no repara en la incidencia e importancia de estas actuaciones en el desarrollo de prueba al momento de la audiencia de juzgamiento.

<sup>83</sup> Baytelman, Andrés, *La Fiscalía del Crimen del Bronx*, Pena y Estado, Revista de Política Criminal, año 2, No. 2, pp. 228, 229 El autor destaca en su análisis que en la mayoría de los casos los ciudadanos se declaran culpables y renuncian a un juicio oral completo e incluso su derecho a contar con un jurado, esto a cambio de una pena menor y un costo reducido de su defensa, anota también que a pesar de que la víctima no tiene un control directo sobre las decisiones del Fiscal, éste es electo en El Bronx mediante votación popular lo cual alimenta la dinámica entre Fiscalía y ciudadanía. En cuanto al personal de apoyo en ese distrito, se contaba con 800 personas. 400 administrativos y 400 fiscales repartidos en siete burós: 1. Delitos menores. 2. Delitos mayores. 3. Narcóticos. 4. Violencia doméstica y delitos sexuales. 5. Investigaciones. 6. Gran jurado. 7. Apelaciones. Cada Buró está dividido en equipos de trabajo a cargo de un supervisor supeditado a un jefe y éste al jefe de buró.

Estas cifras encuentran explicación en varios factores en los que se incluye la fortaleza institucional de la Fiscalía, la credibilidad de la sociedad en ésta, el alto costo de la defensa, la eficacia investigativa de la Policía, etc.

Varios estudios empíricos dan cuenta que entre el 90 y 95% de los casos resueltos lo son por la vía de las negociaciones entre el Fiscal y el imputado y no por la vía de la realización de juicio por jurado.<sup>84</sup> Por tanto esta es la principal causa de condena, institución que es considerada la piedra angular del proceso penal que tiene una de las tasas más altas de presos y condenados en el hemisferio occidental<sup>85</sup> y el consecuente incremento presupuestario para el sistema carcelario.<sup>86</sup>

Esta intensa crítica al sistema y a la discrecionalidad absoluta de los fiscales ha llevado a que se plantee otros mecanismos de política criminal en que se incluye la mediación penal como tercera vía para la resolución de conflictos derivados de la perpetración del delito<sup>87</sup> devolviéndole a la víctima el rol protagónico del que se apropió el Estado en aras del interés público<sup>88</sup> para lo cual se arrogó la pretensión punitiva.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> Cfr. Langbein, John, *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1996, p. 47. Con estas cifras se destaca la posible desaparición del juicio por jurados y se advierte la reducción del derecho ciudadano a contar con un juicio oral y un jurado. En este sentido se coincide con cifras del Departamento de Justicia Norteamericano del año 1988 que indica que el 95% de los casos fueron resueltos sin juicio y en el 91% de los casos se impuso una pena mediante el plea bargaining, esto es, el acuerdo entre el Fiscal y el imputado, con lo que se destaca la fortaleza del aparato de persecución penal del Estado frente al justiciable.

<sup>85</sup> Cfr. Currie, Eliot: *Crime and Punishment in America*, New York, 1998, pp. 18-21. Este autor sostiene que en el año 1996, en Estados Unidos, la tasa era de 600 presos por cada 100.000 habitantes, sin incluir instituciones juveniles de confinamiento y siendo solo superado por Rusia que tenía 690 presos por cada 10.000 habitantes. Estas cifras tampoco contemplan un minucioso análisis sobre los reos que se encuentran en el denominado “pasillo de la muerte” esperando ejecución letal.

<sup>86</sup> Cfr. Greenwood, Meter, *Investings in Prision o Prevention: The State Policy Makers Dilemma* en *Crime and Delinquency*, No. 44, 1998, p. 136. Según este autor el presupuesto para el mantenimiento del régimen penitenciario significa entre el 8 y 10% del presupuesto total. Aunque hay otros autores como WACQUANT, Loic quien advierte que para el año 1999 el Estado de California dedicó al sistema penitenciario un presupuesto que superó al destinado para educación pública.

<sup>87</sup> Cfr. Fellini, Zulita: *Mediación Penal. Reparación como Tercera Vía en el Sistema Penal Juvenil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2002, aseveración efectuada en el prólogo de esta compilación del trabajo de diversos autores que destacan que el delito debe ser conceptualizado como un conflicto de donde nace una relación entre víctima y victimario (imputado). Señalan que la primera vía de resolución está dada por la justicia privada “la ley del Talión”, luego la segunda vía es el ius puniendi como potestad estatal y finalmente la tercera vía en la que la respuesta al conflicto surge de los participantes a través de la intervención de un tercero que maneja ciertas técnicas para que se produzca este acercamiento.

<sup>88</sup> Cfr. Trebisacce, Mariana, *Mediación: Alternativa al Derecho Penal o a la Pena ?* en *Mediación Penal. Reparación como Tercera Vía en el Sistema Penal Juvenil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2002, pp. 62,63

<sup>89</sup> Cfr. Córdoba, Víctor, *Teorías de la Pena y Sistemas de Resolución Alternativa* en *Resolución Alternativa de Conflictos*, Editores del Puerto, Buenos Aires. 2.000. p. 70. La investigación victimológica demuestra que el contacto entre la víctima y

En comparación, el Ecuador prevalece la oportunidad reglada, en que la ley determina con precisión y detalle las facultades del Ministerio Público en sus actividades de investigación y prosecución de la acción penal.

Es innegable el amplio espectro de control judicial sobre la prosecución de la acción penal cuando el Juez manda a que el Fiscal superior ratifique o revoque la decisión del inferior, principalmente en delitos reprimidos con reclusión, lo cual demuestra que hay un mayor seguimiento y evaluación de la actividad del Fiscal ya sea por el superior o por el ente judicial que además del control de constitucionalidad tiene esta potestad que resulta ciertamente incompatible con la naturaleza del sistema acusatorio en que se entiende que no tiene ingerencia en el desarrollo del proceso sino que este rol se encuentra asignado a los sujetos procesales que tienen la facultad de impulso de la actividad procesal.

En Ecuador, en el año 2005, las actuaciones fiscales a nivel nacional se resumen:

Denuncias	178. 340
Indagaciones previas	119. 914
Desestimaciones	22. 646
Instrucciones Fiscales	7. 363
Conversiones	574
Dictámenes acusatorios	9. 114
Dictámenes abstentivos	4. 766
Procedimientos abreviados	40 <sup>90</sup>

---

la administración de justicia penal es, simplemente, una fuente de frustración, de decepción y de molestias, en vez de ser una contribución para la solución de los problemas de la víctima.

<sup>90</sup> Cfr. Armas, Cecilia, Ministra Fiscal General Subrogante en *Informe de Labores 2005*, Ministerio Público del Ecuador; Departamento de comunicación social, Quito, 2005. En este informe no se contempla un análisis pormenorizado de sentencias condenatorias por el tipo de delito, ya sea reprimido con prisión o reclusión; el tiempo promedio de duración del proceso penal en etapa de investigación y de juzgamiento; el resultado de los medios de impugnación; el tiempo de resolución del recurso de casación. etc. Tampoco se establece si el procedimiento abreviado en su total fue negociado por Agentes Fiscales, Ministros Fiscales Distritales o Ministro Fiscal General, aunque en la praxis, a priori, surge la hipótesis de que la gran mayoría fue realizada por los Agentes Fiscales de primer nivel.

El cotejo de las cifras de los dos sistemas penales en estudio, permite concluir que en el sistema acusatorio ecuatoriano el principio de selección de casos es mínimo debido a las disposiciones legales que restringen la actividad del Ministerio Público y señalan con detalle la senda por la que ha de andar este sujeto procesal, dejando escaso margen para la discrecionalidad, promoviendo que un gran porcentaje sea resuelto en audiencia de juzgamiento lo cual explica la inevitable acumulación de casos en etapa intermedia y de juzgamiento con la prolongación innecesaria del proceso en detrimento de la víctima, el imputado y la caducidad de la prisión preventiva como consecuencia de la merma de los derechos ciudadanos.

#### **4.2 Modelo Romano Germánico: Chile**

Este país también pertenece a la familia del Civil Law o de la tradición continental europea y que ha sido parte de la reforma procesal que recorre América Latina con la implementación del sistema acusatorio oral.

La persecución penal, por determinación constitucional es exclusividad de la Fiscalía que tiene la potestad de investigación y prosecución de la acción penal.

Según las estadísticas del Ministerio Público, a partir de 2001 en que se empezó a implementar el sistema, y durante los seis primeros meses de vigencia, el 20% de las denuncias se resolvieron aplicando el principio de oportunidad. En el 14% de los casos los fiscales se han visto obligados a decretar un archivo provisional al no haber reunido los antecedentes necesarios para sostener ante el órgano judicial.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Cfr. Diario El Mercurio de Santiago de Chile, 22 de agosto de 2001, crónica sobre la implementación del sistema acusatorio oral impulsado por el Ministerio de Justicia con una asignación presupuestaria en el orden de los US \$ 364.000.000 lo cual supuso también el nombramiento y capacitación de más de 2.700 funcionarios en que se incluyen jueces, fiscales, defensores y administrativos, la adecuación de 48 inmuebles para 35 juzgados de garantía y tribunales orales, 27 fiscalías y 17 defensorías penales públicas.

En Chile rige el principio de oportunidad reglada que consagra como mecanismos alternativos a la persecución penal: la suspensión condicional del procedimiento; los acuerdos reparatorios; y, el procedimiento abreviado como instrumento de la lucha contra la impunidad, la abreviación en los trámites criminales, la posibilidad de que los presuntos culpables gocen de todas las garantías para su defensa y para hacer menos penosa su situación mientras éste en tela de duda su inocencia o su culpabilidad.<sup>92</sup>

El Libro Cuarto del CPP, trata de los procedimientos especiales y su ejecución, el Título III del Procedimiento Abreviado del Art. 406 al 415.

*Art. 406.- Presupuestos del procedimiento abreviado. Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, en la audiencia de preparación del juicio oral, los hechos respecto de los cuales el Fiscal requiere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, exceptuada la de muerte, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas.*

*Para ello, será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de ese procedimiento.*

*La existencia de varios acusadores o la atribución de varios delitos a un mismo acusado no impedirá la aplicación de las reglas del procedimiento abreviado a aquellos acusados o delitos respecto de los cuales concurrieren los presupuestos señalados en este artículo.<sup>93</sup>*

---

<sup>92</sup> <http://es.wikisource.org/wiki/mensajedelejecutivoalcongresosobreelcodigodeprocedimientopenaldechile> En el Congreso Chileno el presidente de la república, Eduardo Frei, destacó las ventajas y bondades del nuevo código de procedimiento penal en que se asignan nuevos roles de los intervinientes en el proceso penal con 642 fiscales, 782 jueces y 417 abogados defensores en la búsqueda de mejores resultados en la lucha contra la impunidad y el mejoramiento de la percepción ciudadana sobre la justicia penal.

<sup>93</sup> <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/chile/ncpp.html> El código de procedimiento penal de Chile fue promulgado por ley 19.696, publicado con fecha 12 de octubre de 2000, en tanto que en Ecuador el sistema acusatorio oral se implementó en todo el territorio de la república a partir de la promulgación del actual código de procedimiento penal en junio del 2001.

Del texto de esta norma se puede inferir:

El momento de la formulación y resolución de juicio abreviado es hasta audiencia preparatoria o preliminar, de lo cual se puede afirmar que no cabe en audiencia de juzgamiento tal y como ocurre en Ecuador, lo cual tiene sentido si se considera que la concesión de este mecanismo tiene como propósito ahorrar recursos en la persecución penal, y habiendo llegado hasta juzgamiento no se podría entender un beneficio que no sea el de una sanción mínima cuando el caso no es fuerte por parte de Fiscalía.

El sujeto procesal que lo solicita al juez es el fiscal sin que exista la facultad del imputado para pedirlo. En Ecuador, el imputado, a través de su defensor puede plantear al juez la aplicación del abreviado.

El abreviado cabe de delitos sancionados con una pena máxima de hasta cinco años o en delitos de reclusión menor sancionados con una pena máxima de hasta cinco años.<sup>94</sup> Se exceptúan de juicio abreviado los delitos de muerte. En Ecuador tampoco procede en virtud de que los delitos susceptibles de abreviación son aquellos que tienen una pena máxima inferior a cinco años, pero de modo alguno se ha creído necesario prohibirlo expresamente en delitos de muerte en que podría ser aplicable, en consideración de la pena, en tratándose de delito inintencional o preterintencional que se encuentran sancionados dentro del rango legal exigido para que opere.

El imputado en conocimiento de los hechos materia de la acusación debe aceptar el hecho atribuido por la Fiscalía. En Ecuador, la norma procesal es más específica cuando exige que el imputado necesita de un letrado para la formular la solicitud escrita de juicio abreviado.

---

<sup>94</sup> <http://www.clarin.com/diario/2005/05/30/policiales/g-04103.html>. En el artículo *El abreviado en Latinoamérica, Informe especial: en Bolivia, Chile, Venezuela y Colombia*, se destaca que el juicio penal abreviado en Chile es similar al del resto de países del continente, con la diferencia de que es aplicable cuando la pena solicitada no excede de cinco años, en tanto que en Argentina es de seis años, mientras que en Colombia recibe el nombre de sentencia anticipada por el que el imputado logra una importante reducción de la pena, aunque los beneficios no son iguales si se lo concede al inicio o al final del proceso.

La concurrencia de delitos o de acusados no impide el juicio abreviado en el evento en que se cumplan los requisitos exigidos por ley.

En Ecuador, la concurrencia de infracciones se encuentra regulada en el numeral 3 del Art. 21 CPP en que el Fiscal ha de abrir una instrucción por cada delito, de lo cual se debe entender que, de operar el procedimiento abreviado, se continuaría con las demás instrucciones hasta el final. De esta forma la persecución penal se multiplica con resultados ciertamente ineficaces, mermando derechos ciudadanos principalmente contrariando el non bis in idem.

*Art. 407.- Oportunidad para solicitar el procedimiento penal abreviado. La solicitud del fiscal de conformidad al procedimiento abreviado podrá ser planteada al juez de garantía por escrito, en la oportunidad que señala el artículo 248, o verbalmente, en la misma audiencia de preparación del juicio oral. En este último caso, el fiscal y el acusador particular, si lo hubiere, podrá modificar su acusación, así como la pena requerida, a fin de permitir la tramitación del procedimiento conforme a las normas de este título.*

El sistema acusatorio oral tiene su base en la no contaminación de la información investigativa por el ente judicial, para ello ha señalado dos tipos de intervención judicial: la del juez de garantías, encargado del control de la etapa de investigación, y la del tribunal penal que decide sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del justiciable. Por tanto el juez de garantías tiene a su cargo el control de la investigación y la preparación del juicio oral y decide sobre la aplicación del procedimiento abreviado.

En Chile el abreviado, por el principio de preclusión, se desarrolla hasta esta etapa y no más allá tal y como acontece en Ecuador en que es posible hasta el momento del juicio de donde ya no habría ahorro de recursos sino una merma de la pretensión punitiva de la Fiscalía.

En cuanto a la acusación y la pena, tanto el fiscal como el acusador particular pueden diferir en la pretensión punitiva ya que el Fiscal realiza una negociación en la que atenúa la persecución penal con una sanción mínima en tanto que el acusador particular al no ser parte de la negociación verá disminuida su posición procesal.

La aplicación de esta norma provocó dificultades a la actividad judicial, tal y como sucedió en la audiencia de procedimiento abreviado efectuado ante la Jueza del primer juzgado de garantía de Valparaíso en contra de Marco Paulsen por quebrantamiento de condena por la que la Fiscalía pedía 38 días de prisión efectiva en una cárcel de alta seguridad.

El imputado se declaró no culpable y esto trastocó todas las previsiones procesales. Desde el inicio aseguró haber cumplido con todos los conductos necesarios, legales y oportunos para retornar a Chile, una vez que cumplió su condena de 16 años, cuatro de los cuales los pasó privado de su libertad en Chile y los otros 12 años vivió en el exilio en Bélgica.

Al no haber inculpación del imputado se pasó a la siguiente etapa del proceso penal y se ha fijado el 24 de febrero de 2008 la audiencia de juzgamiento en que se ha dilucidar la existencia del delito de quebrantamiento de condena y la participación penal de Paulsen.<sup>95</sup>

*Art. 408.- Oposición del querellante al procedimiento abreviado. El querellante sólo podrá oponerse al procedimiento abreviado cuando en su acusación particular hubiere efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido una forma de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal diferentes de las consignadas por el fiscal en su acusación y, como consecuencia de ello, la pena solicitada excediere el límite señalado en el artículo 406*

---

<sup>95</sup> [http://board.melodysoft.com/app?ID=opina\\_Para\\_lalibertad&msg=75](http://board.melodysoft.com/app?ID=opina_Para_lalibertad&msg=75) Paulsen en el año 2002 pidió permiso a la embajada chilena para retornar a su país de origen con ocasión del fallecimiento de su padre, una vez en territorio nacional fue detenido para luego de tres días ser expulsado del país. Este caso ha suscitado fuertes reclamos ciudadanos frente a la embajada de Bélgica ubicada en la calle Prat 827, piso 12 del puerto de Valparaíso, logrando que el Embajador de Bélgica se comprometiera a interceder por la libertad de Paulsen.

El ofendido pueda oponerse al procedimiento abreviado previo cumplir varias exigencias:

1. Que éste haya propuesto querrela y por tanto sea sujeto procesal. En Ecuador el querellante no es sujeto procesal en delitos de acción pública sino en los de acción privada que son de conocimiento y resolución del juez penal. Sin embargo en Chile el ofendido es sujeto procesal cuando realiza querrela, de donde surgen una serie de derechos en que se incluye la oposición al acuerdo entre el Fiscal y el imputado, así como la impugnación de autos y sentencia.
2. El querellante puede divergir con el Fiscal sobre tres aspectos: la calificación de los hechos; la atribución de participación; y, las circunstancias de responsabilidad penal.

En cuanto a la calificación de los hechos, es el Fiscal quien realiza la investigación para determinar tanto la existencia de la infracción cuanto la responsabilidad penal del justiciable.

Sobre la existencia material de la infracción, el Fiscal puede calificar los hechos que mediante *notitia criminis* han llegado a su conocimiento y adecuarlos en un tipo penal diverso al de la calificación que efectúe el querellante.

Por ejemplo, el Fiscal califica los hechos como hurto en tanto que el querellante puede discrepar considerando que se trata de robo por haber concurrido fuerza o violencia.

De esta forma, al haber dos posiciones diversas sobre los mismos hechos, será el juez quien resuelve concediendo o no el abreviado.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> Riego, Cristhian, *El Procedimiento Abreviado en el nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Cono Sur; Santiago de Chile, 2000, p. 210

Sobre la atribución de participación, en la doctrina clásica se advierte que hay tres grados de participación: autoría, complicidad y encubrimiento, análisis que también debe ser considerado por el Juez al decidir.<sup>97</sup>

De este modo, el Fiscal en la investigación no sólo califica los hechos sino que luego de encasillarlos en un tipo penal atribuye su comisión en diverso grado al justiciable, de donde también puede haber divergencia pues mientras la Fiscalía puede considerar grado de participación en calidad de cómplice, el querellante puede sostener la existencia de autoría, lo cual desemboca en agravamiento de la situación jurídica del justiciable.

Sobre las circunstancias de responsabilidad penal la doctrina las clasifica en agravantes, atenuantes, eximentes, etc., las que sirven para sostener acusación fiscal serán las agravantes, en tanto que las atenuantes serán esbozadas por el justiciable y finalmente las agravantes también pueden ser invocadas por el querellante con el propósito de que el juicio abreviado no opere a favor del justiciable.

Hay tres sujetos procesales: Fiscalía, justiciable y querellante, no siempre va a existir coincidencia de pretensiones entre éstos. Para que opere el abreviado deberán coincidir, mediante negociación, la Fiscalía y el justiciable.

Cuando el querellante se opone<sup>98</sup>, esta posición se estructura para alcanzar una mayor represión penal mediante el proceso hasta que se dicte sentencia. Es el juez de garantía quien califica los hechos, atribuir participación, establecer circunstancias de participación y determinar si en definitiva luego de este examen, la pretensión punitiva expresada luego del

---

<sup>97</sup> Cfr. Jiménez de Assúa, Luis, *Principios de Derecho Penal, La Ley y del Delito*, Abeledo Perrot Editores, Editorial Sudamericana, Tercera Edición, Buenos Aires, 1958, pp. 265-390. Esta clásica definición de la responsabilidad penal está siendo materia de estudio y reconceptualización principalmente en Europa por el profesor alemán Gunter Jakobs que ha desarrollado la teoría de la imputación objetiva, por la que una persona es responsable de un delito en tanto tiene conocimiento del hecho o control sobre su ejecución.

acuerdo entre Fiscal y justiciable se adecua en la exigencia legal de una sanción igual a cinco años.

*Artículo 409.- Intervención previa del juez de garantía. Antes de resolver la solicitud del fiscal, el juez de garantía consultará al acusado a fin de asegurarse que éste ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre y voluntaria, que conozca su derecho a exigir un juicio oral, que entienda los términos del acuerdo y las consecuencias que éste pudiere significarle y, especialmente, que no hubiere sido objeto de coacciones ni presiones indebidas por parte del fiscal o de terceros.*

Este punto ha causado gran controversia sobre el contenido y alcance de las garantías en el abreviado. De un lado, no puede catalogarse de garantista un sistema porque contemple el procedimiento abreviado, sino que por el contrario se ha estimado que éste no es garantista desde el momento que importa una renuncia al derecho del acusado a ser condenado sólo por una sentencia que emane de un juicio oral.

De otro lado, otros doctrinantes afirman que no existe merma de garantías puesto que el consentimiento en el procedimiento abreviado siempre es retractable y el derecho al juicio siempre debe prevalecer.<sup>99</sup>

El control judicial abarca la verificación de las condiciones de procedibilidad y la idoneidad del consentimiento del acusado para acceder al abreviado para, posteriormente, en el desarrollo de la audiencia calificar los hechos, valorar los elementos recopilados en la etapa preparatoria para evitar que la sola aceptación de los hechos por el justiciable conduzca a una condena automática susceptible de errores, por ello este ejercicio de valoración del juez es realmente determinante al conceder o no procedimiento abreviado.

---

<sup>99</sup> [www.derecho.uchile.cl/noticias\\_old/005/expertosreconocen\\_avances\\_nuevo\\_sistema.html](http://www.derecho.uchile.cl/noticias_old/005/expertosreconocen_avances_nuevo_sistema.html) Esta dicotomía de criterios ha surgido al seno de la Universidad de Chile, en donde resultó punto común la dura crítica efectuada a la participación secundaria del ofendido que ve con sorpresa que los fiscales adoptan soluciones prácticas y socialmente aceptables que se materializan en el aceleramiento del juicio penal y el resarcimiento de los perjuicios sufridos por la víctima.

El justiciable, por mandamiento constitucional, tiene derechos que forman parte del debido proceso, en que se incluye la defensa ya sea por el Estado a través de la defensoría pública o mediante defensores privados que ejercen la representación del acusado y tienen por obligación la asesoría en derecho para el ejercicio de la defensa, para que su consentimiento sea idóneo, como consecuencia de una negociación penal legítima, transparente e idónea.

*Artículo 410.- Resolución sobre la solicitud de procedimiento abreviado. El juez aceptará la solicitud del fiscal y del imputado cuando los antecedentes de la investigación fueren suficientes para proceder de conformidad a las normas de este título, la pena solicitada por el fiscal se conformare a lo previsto en el inciso primero del artículo 406 y verificare que el acuerdo hubiere sido prestado por el acusado con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente.*

*Cuando no lo estimare así, o cuando considerare fundada la oposición del querellante, rechazará la solicitud de procedimiento abreviado y dictará el auto de apertura del juicio oral. En este caso, se tendrán por no formuladas la aceptación de los hechos por parte del acusado y la aceptación de los antecedentes a que se refiere el inciso segundo del artículo 486, como tampoco las modificaciones de la acusación o de la acusación particular efectuadas para posibilitar la tramitación abreviada del procedimiento. Asimismo, el juez dispondrá que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de proceder de conformidad al procedimiento abreviado sean eliminadas de su registro.*

Los juzgados de garantía, 91 en total, están integrados por un número variable de jueces, que en cada caso señala el código orgánico de tribunales, (de 1 a 18 jueces por cada juzgado), cuentan además con un administrador de tribunal y una planta de empleados organizados en unidades administrativas para el cumplimiento de sus funciones.

Cada juez ejerce unipersonalmente la potestad jurisdiccional en una comuna o agrupación de comunas, sus funciones son: asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal; dirigir personalmente las audiencias; y, dictar sentencia en el procedimiento abreviado.<sup>100</sup> En el juicio abreviado debe analizar y aprobar el acuerdo al

---

<sup>100</sup> Cfr. Monsalve, Fernando en *La Reforma Procesal Penal*, artículo publicado en la revista semestral *Pharos* de la Universidad de las Américas, Vol. 8, Num. 2, Santiago de Chile, 2001, p. 58. Estas son unas cuantas de las facultades legales del juez de garantías que al igual que en Ecuador cumple el rol de control de la investigación, en tanto que el Tribunal penal es el que decide sobre la existencia de la infracción penal y la responsabilidad del acusado.

que ha llegado el Fiscal con la defensa del acusado, para lo cual ha de constatar que se cumplan los requisitos legales, asegurando también los derechos del querellante.<sup>101</sup>

En este marco, el juez deja mayor espacio para el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes que tienen la disponibilidad de determinados bienes jurídicos, sin embargo el juez no es un frío intérprete de la norma procesal puesto que también está en condición de evaluar los elementos que configuran la solicitud del Fiscal y acusado, sin que le resulte vinculante la solicitud al punto que, en primer lugar puede improbar el acuerdo e inaplicar el procedimiento mandando a continuar con el mismo, y en segundo lugar aunque acepte a trámite su aplicación puede condenar o absolver.

*Art. 411.- Trámite en el procedimiento abreviado. Acordado el procedimiento abreviado, el juez abrirá el debate, otorgará la palabra al fiscal, quien efectuará una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y de las diligencias de la investigación que la fundamentaren. A continuación, se dará la palabra a los demás intervinientes. En todo caso, la exposición final siempre corresponderá al acusado.*

Una vez que el juez ha acordado el juicio abreviado, se realiza una audiencia oral y pública en que intervienen en su orden: la Fiscalía, que expondrá el resumen de la acusación y los actos investigativos; luego lo hará el querellante y finalmente el acusado quien expondrá el hecho de estar debidamente informado de los cargos formulados en su contra, de la libertad de consentimiento para acceder al abreviado y la sanción a imponer.

Al tratarse de un sistema por audiencias, el planteamiento y la resolución del abreviado se efectúa de modo oral y público, con la exposición clara y precisa de los sujetos procesales.

---

<sup>101</sup> Riego, Cristhian, *El Procedimiento Abreviado en el nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Cono Sur; Santiago de Chile, 2000, p. 14. Se ha afirmado, sin muchos fundamentos, que existiría una desmedida atención del juez de garantía hacia el imputado en desmedro de los restantes intervinientes en el proceso, y en particular de la víctima, opinión que denota falta de acabado conocimiento del nuevo sistema procesal penal.

*Art. 412.- Fallo en el procedimiento abreviado. Terminado el debate, el juez dictará sentencia. En caso de ser condenatoria, no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal o el querellante, en su caso. La sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado.*

*En ningún caso el procedimiento abreviado obstará a la concesión de alguna de las medidas alternativas consideradas en la ley, cuando correspondiere.*

*La sentencia no se pronunciará sobre la demanda civil que hubiere sido interpuesta.*

Concluida la audiencia el juez dicta sentencia. El requerimiento del Fiscal y el imputado para la aplicación de no es vinculante para el juez, ya que éste puede dictar sentencia absolutoria si del análisis de los elementos de la investigación fiscal puestos a su consideración no existe delito o no se encuentra establecida la participación del acusado.

Distinto resulta cuando el juez dicta sentencia condenatoria, la solicitud del Fiscal y el acusado es vinculante para el juez puesto que fija los límites de la sanción que no puede excederse por el ente judicial, de esta forma incluso caben circunstancias atenuantes o modificatorias por sobre las que negociaron el fiscal y el imputado, rasgo pro reo que provoca la atenuación del rigor de la persecución en una sentencia mucho más benigna a través de la interpretación judicial de las atenuantes que han sido acreditadas al resolver.

Quizás el momento de resolución judicial es el más difícil si se considera que el núcleo del proceso penal radica en la audiencia de juzgamiento en la que se produce la prueba, pero en el abreviado el momento de la prueba no existe, rompiendo así con el principio de la libre aportación de la prueba por el que un ciudadano tiene la posibilidad de rendirla en el juicio en que se le condena. Por tanto, en el abreviado el imputado es condenado por su propia declaración y por la investigación que lleva a cabo el fiscal quien presenta los hechos que han sido aceptados por el justiciable.

Desde el foro, se ha expresado que el abreviado conculca el debido proceso y el principio de libre aportación de la prueba por el que una persona tiene el derecho a rendirla en juicio en que se le condene. No hay por tanto instancia probatoria en este procedimiento.<sup>102</sup> La prueba reunida por el Ministerio Público no es tal por emanar de un sujeto procesal y no haber sido rendida o evacuada ante la administración de justicia bajo los principios de publicidad, contradicción e inmediación.

De lo cual se concluye que la etapa de juicio es en donde se debe realizar la prueba y consecuente se debe dictar sentencia en concordancia con la prueba aportada por las partes procesales, para lo cual ha de observar también el contenido formal del Art. 413 CPP

El juez de garantía de forma excepcional, mediante el abreviado, puede conocer de un proceso penal ordinario y dictar sentencia en el mismo, siempre que lo requiera el fiscal y el imputado esté de acuerdo. Esta es la consecuencia de la división de funciones que asigna el sistema acusatorio a la función judicial en que hay se definen tipos de intervención: la primera, de control, realizada por el juez de garantía, y la segunda de decisión a cargo del tribunal penal.<sup>103</sup>

Entonces el juez de garantía tiene a su cargo la tramitación de la investigación y la dictación de sentencia, situación que confunde los dos momentos de intervención judicial: investigación y decisión, que están asignados, en su orden, tanto al juez como al tribunal, de donde surge la inquietud de saber si la decisión judicial reviste caracteres de imparcialidad cuando el juez ya ha conocido con antelación el desarrollo de la investigación y cuenta ya con elementos que lo pueden perjudicar en detrimento del justiciable.

---

<sup>102</sup> <http://jaimealcalde.blogspot.com/detodounpoco> La reflexión radica en saber que las formas en el proceso tienen su razón de ser, y son las que permiten que la sentencia sea el reflejo de lo justo. Por tanto se ha sostenido que es al tribunal penal al que corresponde, luego de efectuada prueba, determinar la existencia del delito y la responsabilidad del acusado.

<sup>103</sup> [http://consultajuridica.blogspot.com/lasoncultajuridicasantiago\\_chilelaconsultapreventivaunanecesidadurgente](http://consultajuridica.blogspot.com/lasoncultajuridicasantiago_chilelaconsultapreventivaunanecesidadurgente) La función principal del juez contralor, en el Estado de derecho, es velar porque la autoridades, en particular los fiscales y policías, no se extralimiten al perseguir a los sospechosos afectando sus derechos fundamentales.

La sentencia es un documento público que contiene la expresión de voluntad del juez sobre el caso sometido a su conocimiento y decisión, por tanto la ley procesal penal determina en forma estricta su contenido tanto en lo formal como en el fondo para determinar la sanción o absolución según sea.

El procedimiento abreviado destaca por su alta efectividad en la persecución penal de donde se ha obtenido el 97% de sentencias condenatorias en tiempos breves lo cual si reporta beneficios para el sistema al significar ahorro de recursos en que se incluye personal y tiempo.<sup>104</sup> No obstante, la principal observación que se efectúa al abreviado es la afectación a la práctica de prueba porque el juez decide en virtud de un ofrecimiento de prueba más no de la prueba propiamente dicha y evacuada. Esta situación ha sido conceptuada como una excentricidad jurídico social que acusa el sistema consistente en la amplia libertad probatoria la cual le significa al acusado una virtual derogación de su presunción de inocencia, porque en la práctica deberá asumir la carga de la prueba y nadie puede probar lo que no hizo, de esta forma la aceptación por el acusado de los hechos atribuidos por la Fiscalía constituyen una renuncia a la presunción de inocencia, lo cual se traduce en la evaluación judicial de elementos que sin ser prueba sirven de fundamento para su decisión.

*Artículo 414.- Recursos en contra de la sentencia dictada en el procedimiento abreviado. La sentencia definitiva dictada por el juez de garantía en el procedimiento abreviado sólo será impugnabile por casación, que se deberá conceder en ambos efectos.*

*En el conocimiento del recurso de apelación la Corte podrá pronunciarse acerca de la concurrencia de los supuestos del procedimiento abreviado previstos en el artículo 406.*

---

<sup>104</sup> <http://www.bcn.cl.carpetatemas/temasportada/analizjusticiacriminal.pdf/html> Conforme el anuario institucional de la fiscalía chilena para el año 2003 ingresaron al sistema 222.967 causas. De 2.314 en procedimientos abreviados, el 97% terminó en sentencia condenatoria. Se dictaron 1.331 sentencias en juicios orales, de lo cuales el 86% corresponde a condenas y 14% a absoluciones. En cuanto a tiempos, el tipo de juicio más breve es el delito contra la fe pública, con 17 minutos, el más extenso el de hurto con poco más de dos días y medio.

La sentencia es apelable para ante la Corte de Apelaciones. En Ecuador ante la Sala de lo Penal de la Corte Superior, sin embargo el contenido de la apelación difiere de un país a otro, mientras en Chile el superior analiza los requisitos de procedibilidad inherentes al caso, en Ecuador sobre estos requisitos y los elementos sobre la existencia de la infracción, la responsabilidad penal del condenado, la existencia o no de atenuantes e incluso agravantes.

En los dos países este tipo de sentencia es también motivo de casación por el que se ha de corregir los errores de derecho constantes en el texto mismo de la resolución impugnada.

*Artículo 415.- Normas aplicables en el procedimiento abreviado. Se aplicarán al procedimiento abreviado las disposiciones consignadas en este Título, y en lo no previsto en él, las normas comunes previstas en este código y las disposiciones del trámite ordinario.*

A falta de disposición normativa que pueda cubrir diversos eventos se ha considerado que las reglas del trámite ordinario han de suplir esta ausencia con lo que soluciona cualquier ausencia u oscuridad que se pudiese suscitar.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Cada país, conforme su realidad, organiza el Estado para la persecución del delito para lo que opta por dos mecanismos: primero a través de la Constitución Política del Estado en que se determina en forma general el órgano encargado de la persecución penal; y, en segundo lugar mediante la legislación procesal penal interna en que se establece con precisión las facultades de éste órgano en la persecución penal.

En América Latina, es punto coincidente la necesidad impostergable de privilegiar el fortalecimiento institucional del Ministerio Público en la prosecución de la acción penal, para lo cual no sólo se ha destacado la falta de recursos económicos, sino de capacitación, de dotación de una policía verdaderamente científica, de un sistema nacional de peritos, etc., lo que significa, desde luego una mayor inversión en esta área con el propósito de alcanzar un mayor acierto en la investigación y el respeto de los derechos ciudadanos.

El sistema acusatorio oral asigna roles específicos a los intervinientes en el proceso penal.

El Ministerio Público tiene a su cargo la investigación y la prosecución de la acción penal en delitos de acción pública en tanto que el juez tiene a su cargo el control de legalidad y de constitucionalidad de esta actividad de la Fiscalía.

El ofendido, es sujeto procesal cuando formula acusación particular, aportando actos investigativos en el proceso para promover el caso hasta juicio. Su participación en el procedimiento abreviado es mínima o nula para defender sus derechos. Para salvar esta dificultad bien puede reformarse la norma procesal para que su presencia y participación sea más activa, sobre todo cuando se pueda suscitar un perjuicio en su contra.

El justiciable, ya sea sospechoso, imputado o acusado, conforme el avance del proceso, es el sujeto pasivo de la relación procesal penal porque en su contra se desenvuelve el proceso penal para destruir la presunción de inocencia que lo cobija siendo por tanto resulta declarado responsable del acto atribuido.

Aunque la defensoría pública no es sujeto procesal, su rol es determinante en el patrocinio del justiciable durante el juicio abreviado.

Del mismo modo, la defensa del justiciable a cargo de profesionales del derecho es de radical importancia si se considera que la falta de percepción sobre el procedimiento abreviado como una opción válida del ejercicio de la defensa imposibilita su mayor y eficaz aplicación.

El fin del proceso penal no es sólo hallar la verdad material, sino también proceder de acuerdo con los principios que caracterizan a un proceso penal como el adecuado a un Estado de derecho. Obligado a ello está no sólo el juez sino el fiscal, tutelando tanto los derechos de la víctima como del infractor.

El procedimiento abreviado ha recibido una serie de críticas que se enfocan en el principio de libre aportación de la prueba por el que una persona tiene el derecho a rendirla en juicio en que se le condene. Se ha concluido que no hay por tanto instancia probatoria en este procedimiento porque la prueba reunida por el Ministerio Público no es tal, por emanar de un sujeto procesal y no haber sido rendida o evacuada ante la administración de justicia bajo los principios de publicidad, contradicción e inmediación.

De otro lado, las ventajas son más numerosas al momento de evaluar esta institución, sus puntos fuertes radican en la economía de recursos, en la obtención de una sanción socialmente óptima y sobre todo la descongestión del sistema judicial y del sistema de rehabilitación con sentenciados y no con personas con prisión preventiva.

La implementación del juicio abreviado no será posible en tanto y en cuanto no se cumplan con los siguientes requisitos:

- La formación y perfeccionamiento judiciales orientados a cotas más profesionales en que se apliquen sistemas de descongestionamiento del sistema procesal penal en que se incluye el juicio abreviado, considerando que las garantías de los derechos fundamentales y procesales penales de los ciudadanos se encuentran en sus manos y requieren de independencia e imparcialidad, esenciales a su función.
- El fortalecimiento de la Fiscalía en varias áreas de profundo interés:
  - a) La mejor dotación de infraestructura y personal para superar la ridícula cifra de un fiscal por cada 35.000 habitantes.
  - b) La capacitación y perfeccionamiento fiscales en técnicas de negociación para de esta manera provocar la implementación y aplicación del procedimiento del procedimiento abreviado en tutela real y objetiva de la sociedad en delitos de menor significación.
  - c) La creación de Institutos de Criminalística en las ciudades de Quito, Guayaquil, Cuenca, los mismos que serán adscritos a la Fiscalía para asegurar prueba técnica y un mejoramiento en el estándar probatorio y el subsiguiente procesamiento penal.
- El mejoramiento y perfeccionamiento de la Policía Judicial que permitirá elevar el estándar de investigación científica, la obtención de prueba que redundará en el mejoramiento de la capacidad de prosecución de la Fiscalía para de esta manera

tener una mejor opción de negociación frente al justiciable tomando en consideración estos elementos.

- El mejoramiento de la defensoría pública, tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo, para de esta manera reenfocar el ejercicio de la defensa, considerando la negociación como una opción positiva para la tutela del justiciable.

Los procedimientos simplificados no pueden vulnerar los valores que el sistema busca proteger, es decir el esclarecimiento de la verdad por todos los medios de prueba que el juicio franquea a las partes.

Los estudios cuantitativos y cualitativos enfocados en el análisis de la operación de un sistema de justicia tienen un papel central en su administración y mejoramiento. Sin información objetiva acerca de las prácticas habituales, las instituciones tienen un poco más que sus propios instintos para tomar sus decisiones. Por ello falta implementar manuales de procedimiento y evaluación a nivel de las diversas instituciones participantes del proceso penal.

El Ministerio Público debe examinar de cerca el desarrollo del nuevo sistema de justicia penal para provocar una necesaria retroalimentación entre la praxis jurídica y la evolución institucional.

El nuevo sistema procesal radica en la vigencia de la presunción de inocencia que se acompaña de expresiones concretas como la filosofía de *investigar para detener* y no *detener para investigar* como ocurría en el sistema antiguo.

Es más probable que el nuevo sistema resuelva los casos en una cantidad de tiempo razonable, sin embargo habrá que determinar la eficacia del trabajo investigativo y de las resoluciones judiciales. .

Cuando alguien ha sido detenido, el sistema de justicia actual es más ágil que el anterior, por tanto es más probable la dictación de sentencias condenatorias en un tiempo razonable, pero no se ha atacado el fondo de la prisión preventiva que infla la población carcelaria.

Talvez el sistema actual tiene una tasa de condena mayor a la anterior lo cual se deriva de la aplicación del procedimiento abreviado y de las virtudes de la prueba realizada bajo los principios procesales de publicidad, contradicción, inmediación, concentración, etc.

En Ecuador se requiere de una reingeniería de las normas procesales para ampliar espectro del procedimiento y además incorporar más mecanismos de selección y descarga del sistema penal.

La ampliación de las normas legales que recogen el principio de oportunidad debe permitir reducir la sobrecarga laboral en instancia judicial, dejando que el órgano judicial conozca conductas delictuosas más graves.

Debe evitarse el sobrepoblamiento de internos en centros penitenciarios para lo cual se han de crear penas alternativas y otros mecanismos como la suspensión condicional de la acción, servicio a la colectividad, actos reparatorios, etc.

De esta forma, para obtener una verdadera reforma en materia de Política Criminal. La ampliación de la normativa procesal inherente al procedimiento abreviado, debe estar acompañada de una redefinición de las penas en que la privación de la libertad no sea la única opción de sanción.

## BIBLIOGRAFIA

- Abalos, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2002
- Albán Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Ediciones Legales, Segunda Edición, Quito, 2006
- Alta, Virginia, et. Al, *Pueblos Indígenas y Estado en América Latina*, Editorial Abya-Yala, Quito, 1998
- Avila, Milton, *Justicia Indígena*, Editorial Jurídica Carrión, Primera Edición, Cuenca, 2006
- Bailey, Lee, *Cómo se Ganan los Juicios, El Abogado Litigante*, Limusa Noriega Editores, México, 2002.
- Baytelman, Andrés, *La Fiscalía del Crimen del Bronx (en busca de elementos para la futura Fiscalía de Chile)*” en *Pena y Estado* No. 02, Buenos Aires Argentina, 1997
- Baytelman, Andrés, *El Juicio Oral en el Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 2000
- Baytelman, Andrés, Duce, Mauricio, *Litigación Oral y Juicio Penal*, Fondo Justicia y Sociedad, Fundación Esquel, Quito, 2003
- Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Adhoc, Buenos Aires, s.f.
- Binder, Alberto, *Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal*, Editorial Adhoc, Buenos Aires, 2000
- Birkett, John, *El Ministerio Público y su transformación en implementando el nuevo Proceso Penal en Ecuador: Cambios y Retos*, Fundación para el debido proceso legal, Washington, 2001

- Blacks' Law Dictionary, Sixth Edition, West Publishing, St. Paul, 1991
- Bovino, Alberto, *El Procedimiento Abreviado en temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco*, Fundación Miran Mack, Guatemala, 1997
- Caferatta, José, *"Principio de oportunidad en el Derecho Argentino: Teoría, realidad y perspectivas, en cuestiones actuales sobre el proceso penal"*, Editores del Puerto; Buenos Aires, Argentina, 2000
- Calamandrei, P, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código*, Buenos Aires, Argentina, s.f.
- Caro Baroja, Julio, *El señor Inquisidor*, Editorial Alianza, Madrid, 1994
- Carocca, Alex, et al, *El Nuevo Proceso Penal*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000
- Castro Prieto y Ferrandiz, Leonardo: *Derecho Procesal Civil*, Editorial Tecnos, 4ta. Edición, Madrid, España, 1988
- Currie, Eliot, *Crime and Punishment in America*, New York, 1998
- Cueto, Julio, *Una Visión Realista del Derecho, los Jueces y los Abogados*, Abellido-Perrot, Buenos Aires, 2000
- Damaska, Mirjan, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, 1986
- De Frances, Carol y Steadman, Grez, *Prosecutors in State Courts 1996*, Department of Justice, 1998
- Devis Echandía, Hernando: *Teoría General del Proceso*, Tercera Edición, Editorial Universidad .S.R.L. Buenos Aires, 2002
- Duce, Mauricio, *Reforma Procesal Penal y Reconfiguración del Ministerio Público en América Latina*, Seminario reforma procesal penal; Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 2001
- Duce, Mauricio y Riego, Cristhián, *Introducción al nuevo Sistema Procesal Penal*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002

- Escriche, Joaquín: *Diccionario Razonado de legislación y Jurisprudencia*, Editorial Temis, Bogotá, 1977
- Espitia Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fé, Colombia, 2002
- Fellini, Zulita, *Mediación Penal. Reparación como Tercera Vía en el Sistema Penal Juvenil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2002
- Fix-Samudio, Héctor, Valencia, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Editorial Porruá , Universidad Autónoma de México, Tercera Edición, México, 2003
- Garzón, Alejandro, Londoño, César, *Principio de Oportunidad*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, 2006
- Gómez Colomer, Juan Luis, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Nro. 1, Lima, Septiembre de 1997
- Greenwood, Meter, *Investings in Prision o Prevention: The State Policy Makers Dilemma en Crime and Delinquency*, No. 44, 1998
- Guarnieri, Carlo, Pederzoli, Patricia, *Los Jueces y la Política, Poder Judicial y Democracia*, Taurus Pensamiento, s.f.
- Herrendorf, Daniel, *El Poder de los Jueces*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998
- Jauchen, Eduardo, *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Impreso en Argentina, s.f.
- Jiménez de Assúa, Luis, *Principios de Derecho Penal, La Ley y del Delito*, Abeledo Perrot Editores, Editorial Sudamericana, Tercera Edición, Buenos Aires, 1958
- Langbein, John, *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1996
- Leone, Giuseppe, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, s.f.
- López, Diego, *Nuevas Tendencias en la Dirección del Proceso*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2004

- Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto”, Buenos Aires, Argentina, 1996
- *Manual de Procedimientos de la Policía Judicial*, Primera Edición, Propar, Quito, noviembre de 2007
- Mera Figueroa, Jorge, *Discrecionalidad del Ministerio Público, Calificación Jurídica y Control Judicial*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, s.f.
- Pozo, Carlos, *Práctica del Proceso Penal*, Ediciones Abya-Yala, Segunda Edición, Quito, 2006
- Reinoso, Ariosto, *El Juicio Acusatorio Oral en el nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano*, Quito, Ecuador, 2001
- Rico, Juan, *Legislación Penal Latinoamericana. Códigos Latinoamericanos de Procedimiento Penal*, Centro para la administración de Justicia, Florida International University of Miami, Florida, 1991
- Riego, Cristhian, *El Procedimiento Abreviado en el nuevo Proceso Penal*”, Editorial Jurídica Cono Sur; Santiago de Chile, 2000
- Riego, Cristhian et al, *Nuevo Proceso Penal*; Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., s.f.
- Ruiz, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Granada, Comares, 1995
- Salazar, Gustavo, *Mis Mejores Defensas*, Editora Juridica de Colombia, Edición 1995
- Sentis, Santiago, *La Prueba*, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1990
- Serrano, Alonso, *La Compensación en el Derecho Penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 1996
- Taruffo, Michele, *Sobre las Fronteras, escritos sobre la Justicia Civil*, Editorial Temis, Bogotá, 2006,
- Tavorari, Raúl, *El Juez de garantía, en cuadernos judiciales No. 05*, Instituto de Estudios Judiciales, Santiago de Chile, 2001

- Trebisacce, Mariana, *Mediación: Alternativa al Derecho Penal o a la Pena ? en Mediación Penal. Reparación como Tercera Vía en el Sistema Penal Juvenil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2002
- Velásquez, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997
- Vélez, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Editora Córdoba, Tercer a Edición, Córdoba, Argentina, 1993
- Vescovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis, S.A, segunda edición, Bogotá, Colombia, 1999
- Vigo, Rodolfo, *Ética del Abogado, Conducta Procesal Indebida*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977
- Villagómez, Richard, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Primera Edición, Editorial Multicolor, Riobamba, 2006.
- Vintimilla, Jaime, Ubidia, Santiago, *Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria*, CIDES, Quito, 2003
- Witker, Jorge, Larios, Rogelio, *Metodología Jurídica*, Segunda Edición, McGrawHill, s.f.
- Zaffaroni, Eugenio, *Hacia un Realismo Penal Marginal*, Monte Avila Editores Latinoamérica, Impreso en Venezuela, 1992
- Zavala Baquerizo, Jorge, *El Debido Proceso Penal*, EDINO, 2002
- Zavala Baquerizo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Edino, 2006