



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

“VACÍO LEGAL QUE SE PRODUCE FRENTE AL EVENTO DE LA
PRESUNTA COMISIÓN DE UN DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA POR
PARTE DEL FISCAL GENERAL Y EL FISCAL SUBROGANTE Y
REFORMA AL ART. 192 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN
JUDICIAL”

Trabajo de investigación que se presenta como requisito previo para el
título de: Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Autor: Michelle Félix Romero

Tutor: Miguel Félix López

Samborondón, octubre 2013

CARTA DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR

Samborondón, Lunes 14 de octubre del 2013

Señor Doctor

JUAN TRUJILLO BUSTAMANTE

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO POLÍTICA Y DESARROLLO

En su despacho.-

De mi consideración:

Por medio de la presente, en virtud de la designación como tutor del trabajo de titulación como consecuencia del Seminario de Fin de carrera de la señorita **MICHELLE FÉLIX ROMERO**, con código estudiantil No. **2008081258**, informo a usted lo siguiente:

El día 14 de agosto de 2013, luego de la discusión de posibles temas, la estudiante en mención enunció el siguiente tema como trabajo de titulación como consecuencia del Seminario de Fin de Carrera: **“VACÍO LEGAL QUE SE PRODUCE FRENTE AL EVENTO DE LA PRESUNTA COMISIÓN DE UN DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA POR PARTE DEL FISCAL GENERAL Y EL FISCAL SUBROGANTE Y REFORMA AL ART. 192 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL”**

Una vez obtenida la aprobación del trabajo, tuvimos las siguientes reuniones para discutir los avances del trabajo:

No.	Fecha de Reunión	Lugar de Reunión	Observaciones:
1	14-08-2013	Oficina	Se definió el tema y material que va a ser utilizado en el trabajo.
2	20-08-2013	Oficina	Presentación de material utilizado en trabajo de investigación
3	16-09-2013	Oficina	Presentación del avance del trabajo, índice general
4	23-09-2013	Oficina	Presentación de datos recopilados
5	25-09-2013	Oficina	Presentación capítulo tres, presentación de citas
6	29-09-2013	Vía Correo electrónico	El estudiante envía por correo electrónico avances del trabajo.
7	1-10-2013	Vía Correo electrónico	El estudiante envía consulta por correo electrónico
8	7-10-2013	Oficina	Presenta trabajo terminado

Apruebo el trabajo de investigación realizado.

Atentamente,

Dr. Miguel Félix López

AGRADECIMIENTO

A mi papá por ser mi guía, por ser el mayor ejemplo de honestidad;
porque con su dulzura y cariño ilumina mis días.

A mi mamá, por su dedicación y amor; por darme esperanzas cuando
todo parece estar perdido.

A mis hermanos por ser mis compañeros.

A mis amigos incondicionales, por estar a mi lado en los momentos más
difíciles.

Al Ab. Tito Quintero, por estar siempre dispuesto a ayudar, por su
Paciencia.

A mi familia, mi vida

ÍNDICE

Introducción	1
--------------	---

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

Antecedentes	3
Descripción del tema	6
Enunciado del tema	8
Formulación del problema	8
Preguntas de investigación	8
Objetivos	9
Justificación	9

CAPÍTULO II

MARCO REFERENCIAL

Marco Teórico

1. El proceso penal	11
2. Sistemas Procesales	1
	8
3. Principios del proceso penal	1
	9
3.1. Principio de oficialidad	2
	0
3.2. Principio de legalidad	2
	1
3.3. Principio de oportunidad	2
	2
3.4. Principio acusatorio	2
	4
4. El Ministerio Público	2
	8
5. El Ministerio Público en el Ecuador	3
	5

6. El Fuero	4
	9
7. La acción penal	5
	2
8. La seguridad jurídica	5
	4
9.- El principio de responsabilidad de los funcionarios públicos	5
	7
Marco Conceptual	6
	1
Marco Legal	6
	4

CAPITULO III

METODOLOGÍA

1. Diseño de la investigación	7
	5
2. Tipo de investigación	7
	5
1.2. Novedad	7
	5
1.3 Viabilidad	7
	6
2. Población y muestra	7
	6
3. Instrumentos, herramientas y procedimientos	7
	6
3.1 Instrumentos y herramientas	7
	7
3.2 Procedimiento de investigación	7
	7

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE MEJORAMIENTO DE LA SITUACIÓN PRÁCTICA

1. Conclusiones	7
	8
2. Propuesta	8
	0

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	8
BIBLIOGRAFÍA	1
	8
	3
ANEXOS	8
	6

UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPIRITU SANTO
FACULTAD DE DERECHO, POLITICA Y DESARROLLO

“VACÍO LEGAL QUE SE PRODUCE FRENTE AL EVENTO DE LA
PRESUNTA COMISIÓN DE UN DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA POR
PARTE DEL FISCAL GENERAL Y EL FISCAL SUBROGANTE Y
REFORMA AL ARTÍCULO 192 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA
FUNCIÓN JUDICIAL”

Autor: Michelle Félix

Tutor: Miguel Félix López

RESUMEN

En el Ecuador, la Fiscalía es un órgano autónomo de la función judicial cuyas principales funciones son: dirigir la investigación preprocesal y procesal penal, ejercer durante el proceso la acción pública y acusar a los presuntos infractores ante el juez competente en base a los elementos recabados durante la investigación. La acusación del Fiscal es indispensable para el desarrollo de las etapas procesales posteriores a la instrucción fiscal; el Código de Procedimiento Penal establece que sin acusación no hay juicio. Los Fiscales, al igual que los demás funcionarios públicos, no están exentos de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, según lo prescribe el art. 233 de la Constitución de la República. Frente a la presunta comisión de un delito de acción pública, dichos funcionarios deben responder penalmente y ser juzgados en razón del fuero, de conformidad con lo establecido en el artículo 192 del Código Orgánico de la Función Judicial. La mencionada disposición legal señala que la investigación preprocesal y procesal en contra del Fiscal General corresponderá al Fiscal subrogante; sin embargo la norma no establece quien debe asumir estas funciones, en caso de existir un proceso penal iniciado contra ambos funcionarios. Habiéndose producido una situación como la enunciada, esto es que se haya enjuiciado tanto al Fiscal titular como al subrogante, caben las siguientes reflexiones: ¿Quién debe dirigir y promover la indagación previa y la instrucción fiscal? ¿Quién debería designar a un nuevo Fiscal subrogante para que dirija la investigación preprocesal y procesal en contra de los dos funcionarios sometidos a un procesamiento penal?. El vacío legal que se produce ante esta situación afectaría gravemente a la administración de justicia, y fundamentalmente a la seguridad jurídica del país.

Palabras clave: Proceso penal, indagación previa, instrucción fiscal, Fiscalía General del Estado, delitos de acción pública, fuero

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico dentro de una sociedad evoluciona a través del tiempo, de acuerdo a una diversidad de factores que provocan la necesidad de implementar cambios que promuevan el desarrollo. Bajo este esquema, la legislación ecuatoriana en materia procesal penal ha sufrido un cambio importante; a partir del año 2000 se implementa un nuevo sistema, en el que se deja a un lado el sistema inquisitivo, institucionalizando un sistema acusatorio. El Ministerio público es reemplazado por la Fiscalía, que se convierte en el órgano titular del ejercicio de la acción penal pública, encargado de dirigir y promover la fase pre procesal y etapa de instrucción.

La acción penal, expresan Alcalá Zamora y Levene, supone “el ejercicio del derecho de acusación por quien lo tenga atribuido” [**CITATION Jac043 \l 12298**]. Este derecho, conforme a las leyes ecuatorianas, lo tiene el Fiscal. Siendo el mencionado funcionario titular del ejercicio de la acción penal pública, su acusación es indispensable para la prosecución del proceso; sin este pronunciamiento no hay juicio.

El Fiscal General, máxima autoridad de la Fiscalía General del Estado, es el funcionario competente para intervenir en las investigaciones y actuaciones procesales en los casos de personas que están sujetas al fuero de Corte Nacional, según lo prescrito en el art. 192 del Código Orgánico de la Función Judicial. La citada norma, señala que el Fiscal subrogante debe dirigir la investigación pre procesal y procesal en contra del Fiscal General. Sin embargo, la ley no ha previsto el caso en que ambos funcionarios sean enjuiciados penalmente a la vez por un mismo

delito, convirtiéndose esto en un obstáculo para la iniciación de un proceso penal en contra de los mismos.

Frente a la situación planteada, la presente investigación pretende encontrar una solución al conflicto generado por el vacío legal existente respecto a la sustanciación de la indagación previa y la instrucción fiscal iniciadas contra el Fiscal General y el Fiscal Subrogante, para hacer efectivo de esta manera el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos consagrado en el artículo 233 de la Constitución de la República y fortalecer la seguridad jurídica en el país.

Con el propósito de precisar el contenido de este trabajo, se detalla a continuación su estructura:

Capítulo I, aborda el problema que motiva esta investigación, sus antecedentes, descripción, formulación, justificación y objetivos.

Capítulo II, constituye el marco referencial, integrado por el marco teórico, conceptual y legal.

Capítulo III, marco metodológico, contiene el diseño de la investigación, instrumentos, herramientas y procedimientos de investigación.

Capítulo IV, conclusiones, recomendaciones y propuesta.

CAPITULO I

EL PROBLEMA

Antecedentes

La Constitución Ecuatoriana del año 1945, establece por primera vez en su art. 134, la existencia de un organismo denominado Ministerio Público, que estaba integrado por el Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales de Justicia y los demás funcionarios designados por la ley. Nace como una institución dependiente del poder Ejecutivo; el artículo 134 (CPE 1945) señalaba que dichos funcionarios estaban bajo la dirección del Presidente de la República.

Según el art. 135 de la Carta Política de 1945, el Procurador General de la Nación era designado por el Congreso. De conformidad con el art. 136 (CPE 1945) las atribuciones y deberes, así como los casos de remoción y subrogación del Procurador y de más funcionarios del Ministerio Público estarían determinados en la Ley.

De esta manera hace su primera aparición el Ministerio Público como institución reconocida por disposiciones constitucionales. Sin embargo, la Constitución de 1945 no delimitó las funciones de la mencionada institución.

A partir de esta época, el Ministerio público empieza a desarrollarse como institución, dependiente del poder Ejecutivo durante algunos años y posteriormente del Poder Judicial.

Desde el año de creación de esta entidad hasta el año 2000, la figura del Fiscal, si bien no era irrelevante, se limitaba a intervenir en los procesos penales como representante de la *vindicta* pública presentando la denuncia ante el Juez, quien era el que tenía la iniciativa de la acción

penal; e impulsando el proceso, en su primera etapa, esto es el sumario, al final de la cual tenía que presentar un dictamen en el que manifestaba su criterio respecto de la existencia de la infracción y la presunta responsabilidad o inocencia del sumariado, dictamen que el Juez podía acoger o no.

En el año 1979 se expide la Ley Orgánica del Ministerio Público (R.O 817: 10-jul-79), según la cual la Procuraduría y la Fiscalía eran parte de una misma institución, el Ministerio Público. El Ministro Fiscal General era la máxima autoridad de la Fiscalía y su designación correspondía a la Cámara Nacional de Representantes de una terna enviada por el Procurador General del Estado. La mencionada Ley estableció la organización de la Institución, determinó los deberes y atribuciones de sus funcionarios.

La Ley Orgánica del Ministerio Público de 1997 estableció que el Ministerio Público era una persona jurídica de derecho público e independiente, en lo administrativo y presupuestario. El art. 4 del mencionado cuerpo legal dispuso que el Ministerio Público estaba constituido por el Ministro Fiscal General, el Director Nacional de Asesoría Jurídica, los Ministros Fiscales Distritales, los Agentes Fiscales, el Secretario General y demás funcionarios establecidos en la Ley.

El nombramiento del Ministro Fiscal General, máxima autoridad de la institución, lo realizaba el Congreso Nacional de una terna enviada por el Presidente de la República (art. 6 LOMP 1997).

La Constitución de la República del Ecuador del año 1998 (R.O No. 1, 11 de agosto de 1998) establecía en su art. 217 que el Ministerio Público era uno, indivisible e independiente en sus relaciones con las ramas del poder público; integrado por los funcionarios que determine la ley. El

Ministro Fiscal General del Estado era su representante legal y máxima autoridad.

La máxima autoridad de la institución era elegida por el Congreso Nacional por mayoría de sus integrantes, de una terna presentada por el Consejo Nacional de la Judicatura (art. 218 CPE, 1998).

El sistema procesal penal en el Ecuador cambia a partir del año 2000; el sistema acusatorio reemplaza al inquisitivo que había regido en el país por más de 150 años. Bajo estos nuevos lineamientos, se estructura un proceso penal en el que el Fiscal tiene un papel protagónico, pues se le asigna la tarea de ejercer la iniciativa de la acción penal pública y dirigir las investigaciones preprocesales y procesales; desapareciendo la etapa del sumario del viejo sistema en la que el Juez investigaba los delitos denunciados. Desde entonces, el Juez se convierte en controlador del proceso iniciado por el Fiscal, garantizando los derechos constitucionales del procesado.

El art. 1 de la Codificación de la Ley Orgánica del Ministerio Público del 2006 (R.O No. 250, 13 de abril del 2006) estableció que el Ministerio Público era una persona jurídica de derecho público con autonomía administrativa y financiera; entidad integrada por el Ministro Fiscal General, los Fiscales Distritales y los Agentes Fiscales.

De conformidad con lo establecido en el art. 2 de la mencionada Ley, los deberes y atribuciones del Ministerio Público, ejercidos a través del Ministro Fiscal General, los ministros fiscales de distrito y los agentes fiscales, eran entre otros: a) Prevenir en el conocimiento de las causas penales; b) Promover e impulsar la indagación previa y la instrucción fiscal por delitos de acción pública de instancia oficial; c) Dirigir y promover la investigación pre-procesal y procesal penal, de acuerdo con

el Código de Procedimiento Penal y demás leyes; d) Conducir las indagaciones previas y la investigación procesal ya sea por propia iniciativa en los delitos de acción pública; e) Intervenir en las causas penales, de acuerdo a lo prescrito en el Código de Procedimiento Penal y demás leyes.

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República del 2008 (R.O No. 449, 20-oct-2008), desaparece el Ministerio Público y es reemplazado por La Fiscalía General del Estado, convirtiéndose en un órgano autónomo de la Función Judicial. La máxima autoridad de esta entidad ya no es designada por el Congreso Nacional, como sucedía antes, sino por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (Art. 208, numeral 11, Constitución de la República del Ecuador).

En el año 2009 se expide el Código Orgánico de la Función Judicial (R.O-S 544, 9-mar-09), cuerpo legal que comprende la estructura de la Función Judicial; las atribuciones y deberes de sus órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, establecidos en la Constitución y la ley.

Descripción detallada del tema

La normativa legal ecuatoriana establece las reglas para juzgar a los funcionarios públicos en razón del fuero, en aplicación del principio de responsabilidad de los funcionarios públicos, consagrado en el art. 233 de la Constitución de la República.

El fuero es la competencia a la que las partes están sometidas y por derecho les corresponde [CITATION Dic01 \l 12298]. Guillermo Cabanellas distingue dos clases de fuero: el ordinario y el privilegiado; el ordinario es el poder que se tiene de conocer todas las causas tanto civiles y criminales que no correspondan a los tribunales especiales, y el

privilegiado es el poder que se tiene de conocer cierta clase de causas o las que se refieren a ciertas personas cuyo conocimiento se ha substraído a los tribunales ordinarios.[CITATION Gui70 \l 12298]. En Ecuador, hay funcionarios que por mandato de la Constitución y Leyes de la República gozan del privilegio de no ser juzgados sino por jueces especiales, de acuerdo a la jerarquía de su cargo; tal es el caso del Fiscal General, que está sometido al fuero de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia (Art. 192 COFJ).

Los procesos penales nacen del ejercicio de una acción. La acción es el poder jurídico concedido por el Estado a la persona para estimular al órgano jurisdiccional[CITATION Jor042 \l 12298]. Desde el punto de vista de su ejercicio, la acción penal puede ser pública o privada (art. 32 CPP). En Ecuador corresponde exclusivamente al Fiscal el ejercicio de la acción pública (Art. 33 CPP), por lo que su actuación se vuelve indispensable para el desarrollo del proceso penal en las diversas etapas, esto es instrucción fiscal y juicio.

Al Fiscal General, como máxima autoridad de la Fiscalía General del Estado, le corresponde ejercer la acción penal pública y dirigir la investigación preprocesal y procesal que se iniciara en contra de los funcionarios que están sometidos al fuero de la Corte Nacional de Justicia, según lo dispuesto en el artículo 192 del Código Orgánico de la Función Judicial. La mencionada disposición legal establece una solución para el caso del enjuiciamiento penal contra el Fiscal General por la presunta comisión de delitos de acción pública, al señalar que el Fiscal Subrogante dirigirá la investigación preprocesal y procesal penal.

En el evento de que ambos Fiscales, esto es el titular y el subrogante, sean sujetos de una investigación preprocesal y procesal penal, se produce una situación conflictiva que surgiría del vacío legal por falta de

una norma expresa que señale quien debe actuar en la referida investigación.

Ante esta situación, sería necesario establecer un mecanismo legal claro para la designación de un nuevo Fiscal que lleve adelante la investigación preprocesal y procesal penal en caso de inhabilidad del Fiscal General y el subrogante.

Enunciado del tema

“VACÍO LEGAL QUE SE PRODUCE FRENTE AL EVENTO DE LA PRESUNTA COMISIÓN DE UN DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA POR PARTE DEL FISCAL GENERAL Y EL FISCAL SUBROGANTE Y REFORMA AL ARTÍCULO 192 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL”

Formulación del problema

¿La reforma al Código Orgánico de la Función Judicial permitirá solucionar el conflicto que se produce por el vacío legal respecto a la iniciación de un proceso penal por delitos de acción pública contra el Fiscal General y Fiscal Subrogante?

Preguntas directrices o preguntas de investigación

- ¿Cómo inicia un proceso penal por delitos de acción pública contra el Fiscal General y el subrogante en el Ecuador?
- ¿Cuál es el funcionario competente para dirigir y promover la indagación previa y la instrucción fiscal en caso de un proceso penal por delitos de acción pública iniciado contra el Fiscal General y el subrogante?
- ¿Qué disposición legal establece las reglas para juzgar a funcionarios que gozan de fuero de Corte Nacional?
- ¿Qué efectos produce la falta de ley que regule esta situación?

- ¿Pueden los Jueces de la Corte Nacional dirigir y promover la indagación previa y la instrucción Fiscal en caso de un proceso penal iniciado contra el Fiscal General y el subrogante?
- ¿A qué órgano le correspondería designar al funcionario que debe dirigir y promover la indagación previa y la instrucción fiscal en caso de un proceso penal iniciado contra el Fiscal General y el subrogante?
- ¿Cuáles son los diferentes sistemas procesales y qué sistema sigue nuestro país?
- ¿Podría el Consejo de la Judicatura designar a un Fiscal que sustancie la indagación previa y la instrucción fiscal contra el Fiscal General y el subrogante?
- ¿Qué medidas deben tomarse para solucionar este vacío de la ley?
- ¿Qué cuerpo legal puede ser reformado para introducir una norma que prevea esta situación?

Objetivos

Objetivo general: Resolver el conflicto generado por el vacío legal que existe respecto a la sustanciación de la indagación previa y la instrucción fiscal iniciadas contra el Fiscal General y el Fiscal Subrogante.

Objetivos específicos:

- Identificar las normas legales, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, referentes al juzgamiento, por la presunta comisión de delitos de acción pública, de los funcionarios que gozan de fuero de Corte Nacional.
- Explicar el conflicto que se genera al iniciar un proceso penal por delitos de acción pública en contra del Fiscal General y el Fiscal Subrogante, por el vacío que existe en las leyes ecuatorianas.
- Proponer la reforma al Código Orgánico de la Función Judicial para regular esta situación.

Justificación e importancia

La importancia de esta investigación radica en la necesidad de subsanar un vacío legal existente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto al juzgamiento del Fiscal General y el subrogante, frente a la presunta comisión de un delito de acción pública, para de esta manera evitar la impunidad de una conducta tipificada como infracción en la ley penal.

Con la finalidad de fortalecer la seguridad jurídica en el país y hacer efectivo el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos, consagrado en la Constitución de la República, es indispensable encontrar una solución al conflicto generado al momento de iniciarse un proceso penal contra el Fiscal General y el subrogante.

El presente trabajo demostrará como a partir de la reforma del artículo 192 del Código Orgánico de la Función Judicial, se logrará eliminar el obstáculo existente en la actualidad para iniciar un proceso penal por delitos de acción pública contra los mencionados funcionarios, en beneficio de la administración de justicia en Ecuador.

CAPITULO II

MARCO REFERENCIAL

Marco Teórico

1. El proceso penal

Un proceso consiste en una serie de actos tendentes a la realización del derecho en un caso concreto. Debe estar estructurado previamente por normas; debe tener una finalidad y surge de una determinada relación jurídica. Según manifiesta:

Zavala (2002), El proceso penal es una institución jurídica única, idéntica, íntegra y legal que teniendo por objeto una infracción, surge de una relación jurídica establecida entre el juez y las partes y entre éstas entre si, conforme a un procedimiento preestablecido legalmente y con la finalidad de imponer una pena a los agentes de la infracción (p. 39).

A esta definición cabe agregar que el fin del proceso es el descubrimiento de la verdad, como de manera acertada sostienen autores como Edmundo Durán (1992) y Goldschmidt (1961). Indudablemente la imposición de una sanción es necesaria, pues la persona que comete un delito debe responder por sus actos.

Constituye entonces, esta institución, el medio a través del cual el Estado ejerce su facultad punitiva; así lo expresa:

López Barja de Quiroga (2004), El proceso penal constituye el sistema utilizado para realizar el *ius puniendi*, y es así que

únicamente a través de este conjunto de actos necesarios el Estado puede llegar a determinar la existencia de un delito, la participación del imputado en el mismo y finalmente a imponer una sanción (p. 311)

Es necesario que exista un procedimiento establecido en la Ley, a través del cual el Estado pueda ejercer su facultad punitiva y sancionar a las personas que comenten una infracción. Sin embargo, actualmente no sólo es necesario la existencia de dichas normas, sino que éstas deben garantizar el respeto de los derechos de las personas que intervienen en el proceso. Es fundamental que se observen las garantías básicas del debido proceso.

Para evitar los abusos cometidos en el pasado, cuando los particulares buscaban hacer justicia con sus propias manos, se establece un procedimiento estructurado por normas (principios y reglas), cuya finalidad es la averiguación de la verdad y la imposición de una sanción al responsable de la comisión de un delito, al responsable de la alteración del orden social. De esta manera, únicamente mediante un proceso se puede hacer justicia.

La Constitución de la República del Ecuador, establece en su art. 169 que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales deben consagrar principios fundamentales. El proceso cumple ciertas funciones; al respecto manifiesta:

Devis Echandía (1986),las funciones del proceso son:

- a) La investigación de los posibles hechos ilícitos punibles penalmente y la determinación de sus autores, cómplices y encubridores, lo mismo que la responsabilidad penal que a ellos pueda corresponder;
- b) La tutela del orden jurídico y por tanto la de la paz y la armonía sociales, mediante la imposición y la aplicación de las

sanciones o medidas de seguridad correspondientes, a las personas responsables de tales ilícitos

c) La tutela de la libertad individual, mediante las garantías procesales que contiene para que sea posible su privación por causas concretas

d) El reconocimiento y la indemnización de los perjuicios materiales y morales que dichos hechos ilícitos hayan ocasionado a las víctimas de los mismos (p. 150)

Es acertado el criterio del mencionado tratadista, pues el proceso penal, como fue expuesto en líneas anteriores, tiene como una de sus finalidades el descubrimiento de la verdad; descubrimiento que sólo puede realizarse mediante una investigación exhaustiva. A través del análisis de los elementos recogidos durante la investigación, el funcionario al que la ley otorga la facultad de dirigir la investigación y acusar, puede llegar a dictar una resolución motivada en la que establezca la presunta culpabilidad de determinadas personas y la existencia de la infracción.

Resulta importante señalar en este punto que el principio de inocencia no puede ser vulnerado, razón por la cual una persona puede ser declarada culpable únicamente a través de una sentencia ejecutoriada, una vez agotadas todas las etapas del proceso.

El art. 25 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano establece:

“Corresponde al Fiscal, según lo previsto en la Constitución y este Código dirigir la investigación preprocesal y procesal penal.

De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal...”

De lo expuesto se puede concluir que sin la actuación del Fiscal el proceso no puede cumplir con una de sus funciones, como es la de investigar con el fin de descubrir la verdad. Adicionalmente, y siguiendo el principio acusatorio que rige actualmente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los distintos países, sin la acusación del fiscal, que debe ser sustentada en la investigación, no hay juicio; por esta razón las normas jurídicas deben ser claras en cuanto a la intervención de dichos funcionarios en el proceso penal.

Respecto a la tutela del orden jurídico como función del proceso, es innegable que el Estado es el encargado de asegurar el logro de los fines sociales, garantizar el efectivo goce de los derechos, garantizar a sus habitantes la seguridad, por lo tanto debe establecer mecanismos efectivos para que no sea quebrantado el orden jurídico; para que las leyes sean respetadas y se mantenga el equilibrio social. La imposición de una sanción es una advertencia que el Estado hace a aquellos que pretendan cometer infracciones, además es una forma de resarcir a la sociedad entera el daño causado por el infractor.

La libertad es un derecho inherente a la persona, por lo que resulta necesario que las normas procesales garanticen la plena vigencia del mismo y defiendan importantes valores protegidos por bienes jurídicos.

2. Sistemas procesales

Guerrero (2001) sostiene que: “de acuerdo a la asignación que se hubiere hecho de las funciones de investigar, acusar y de decidir, dependen las características de los diferentes sistemas procesales” (p. 7). De esta manera, se han estructurado diversos sistemas procesales a lo largo de la historia, cada uno con características particulares.

La doctrina es unánime al considerar que los principales sistemas procesales son el inquisitivo y el acusatorio; además se configura el sistema mixto, que posee características de ambos sistemas, con inclinaciones hacia uno u otro.

2.1 Sistema acusatorio de la antigüedad

Este sistema se caracterizaba por ser un sistema acusatorio privado; el ofendido era el encargado de presentar una acusación en contra del presunto infractor. Autores como Zavala (1989) y Guerrero (2001) consideran que fue, históricamente, el primer sistema procesal penal, teniendo su origen en Atenas y extendiéndose posteriormente a Roma y a toda Europa. Al respecto manifiesta:

Edmundo Durán (1992), este sistema parte de la concepción original del delito, considerado, principalmente, como ofendida a la persona que sufre directamente sus estragos. Consecuentemente, al Estado no le interesa la investigación ni la represión, sino cuando el particular afectado acude en demanda de justicia. (p. 20)

Los procesos penales no eran iniciados de oficio, al Estado no le correspondía ejercer la acción penal pues se consideraba que al cometerse un delito no se afectaba a la sociedad sino a una persona determinada. Durante la vigencia de este primitivo sistema, los particulares debían ejercer las acciones correspondientes para lograr que sea impuesta una sanción al responsable del cometimiento de una infracción. Con respecto a la importancia de este sistema, señala:

Guerrero (2001), El sistema acusatorio privado de la antigüedad, representó un gran adelanto en el comportamiento social de la humanidad, porque implantó la aplicación de ciertas normas de procedimiento para la composición del conflicto que había surgido entre dos o más personas, a través de un juicio sometido a la decisión de un juez-árbitro. El

sistema acusatorio privado de la antigüedad reemplazó al combate “salvaje” inicial. El sistema era en realidad un combate, pero un combate sin armas y sometido a la decisión de un tercero componedor (p. 9-10)

A pesar de que este sistema era poco estructurado, indudablemente las normas procesales de aquella época constituyen un antecedente importante que permitió la implantación y desarrollo de nuevos sistemas.

2.2 Sistema inquisitivo

Guerrero (2001) señala que “el sistema acusatorio dejó de representar los intereses de la sociedad griega y romana inicial y fue superado por el sistema inquisitivo, fundado en la *inquisitio*, las pesquisas judiciales, el lenguaje escrito, el secreto del sumario, la falta de intermediación” (p.18). El mencionado sistema reemplazó al acusatorio; las instituciones procesales sufrieron cambios. El ofendido perdió protagonismo en el proceso.

Desde el siglo XIII hasta el XVI, comienza el periodo de transición entre el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo, hasta que en el siglo XVI se impone definitivamente el inquisitivo, que se mantiene hasta el siglo XIX; y en la legislación procesal de algunos países hasta las primeras décadas del siglo XX.

Durán (1992) señala que: “cuando empiezan a formarse los Estados absolutistas monárquicos, evoluciona el criterio sobre los efectos del delito y tiende a considerárselo como una ofensa al Estado representado por el monarca” (p. 21). Este periodo corresponde a la Edad Media; según Guerrero (2001) en esta época dicho sistema alcanzó su apogeo. El Estado actúa en representación de la sociedad, atribuyéndose el derecho de ejercer la acción penal. Es este uno de los rasgos distintivos del mencionado sistema. En lo referente a las características de este sistema, manifiesta:

Zavala (1989), las principales características del sistema inquisitivo son:

- a) El titular del órgano jurisdiccional penal es acusador y juez; puede proceder *ex officio* para iniciar el proceso penal;
- b) La actividad del juez cubre todo el desarrollo del proceso, quedando la actividad de las partes reducida a muy contados casos, y siempre después de la etapa investigatoria
- c) Como consecuencia de lo anterior, el Juez no solo investiga sino que está investido del poder de introducir actos procesales de prueba con preferencia a las partes e independientes de ellas
- d) El proceso se desarrolla en secreto, por escrito y con intervención muy limitada de los defensores de las partes acusadas,
- e) La prisión preventiva se puede dictar desde el momento en que se sospeche que una persona está involucrada en la comisión de un delito
- f) Procede el tormento, ya como sistema de procedimiento, ya de investigación y ya de pena. El tormento podía aplicarse con dos fines: para obtener la confesión del acusado y para obtener el nombre de las personas que habían actuado como coautores o cómplices. (p. 109)

El Juez, de acuerdo a este sistema, era el encargado de investigar y decidir. La intervención de las partes dentro del proceso era limitada; no existía el principio dispositivo. El control del proceso por parte del Juez era total. Adicionalmente, por la obligatoriedad de que todos los actos sean escritos, este sistema era lento. El proceso era secreto, razón por la cual se cometieron muchos abusos en contra del acusado que no podía ejercer sus derechos.

2.2 Sistema acusatorio

En el Ecuador, con la expedición del Código de Procedimiento Penal del año 2000 (R.O 360, 13-ene-2000), se produce un cambio en el sistema procesal; el sistema acusatorio reemplaza al inquisitivo que había regido en el país.

Este sistema se diferencia del inquisitivo, principalmente en los siguientes aspectos:

a) Es necesaria la presentación de una acusación para iniciar el juicio. Sin acusación no hay juicio. Tratándose de delitos de acción pública, el funcionario que debe presentar dicha acusación es el Fiscal; de acuerdo al art. 33 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, el ejercicio exclusivo de la acción pública corresponde al Fiscal. El art. 25 ibídem establece que de hallar fundamento, debe acusar a los presuntos infractores ante los jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales competentes.

De acuerdo a lo expuesto, en este sistema ya no es posible que el Juez inicie el proceso de oficio, como ocurría en el sistema inquisitivo, en donde una vez que el Juez tenía noticia de la comisión de un delito perseguible de oficio, daba inicio a la etapa del sumario, aun sin conocerse los presuntos autores del mismo, utilizando en este caso la fórmula de procesar a presuntos autores, cómplices o encubridores, a quienes concluida la etapa del sumario, en caso de no ser identificados sobreseía provisional o definitivamente.

b) En el sistema inquisitivo, el Juez era dueño del proceso y el Fiscal era una parte procesal, representante de la sociedad.

c) El Juez inquisidor daba inicio a la investigación procesal directamente con una providencia denominada auto cabeza de proceso. En el sistema acusatorio, al ser el Fiscal el que tiene la iniciativa de la acción penal, es quien puede tramitar la fase preprocesal denominada indagación previa,

hasta tener los elementos necesarios para identificar a los presuntos autores, cómplices y encubridores del ilícito, luego de lo cual, con esos elementos de convicción puede pedirle al Juez la celebración de una audiencia en la que formulará los cargos y dará inicio a la instrucción.

d) Para ordenar una medida cautelar es necesaria la petición expresa del Fiscal, sin embargo al Juez le queda la facultad de negar tales medidas al Fiscal cuando estime que no se han cumplido los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Penal.

e) La formulación del dictamen ya no se hace de manera escrita sino en una nueva audiencia denominada audiencia preparatoria de juicio y de formulación de dictamen en la que la que tienen derecho a participar tanto el Fiscal, el procesado y el acusador particular en caso de haberlo.

f) En el sistema inquisitivo, si el Fiscal no acusaba, el Juez a su criterio podía dictar lo que se conocía como auto motivado, equivalente a lo que en la nueva legislación se conoce como auto de llamamiento a juicio; en cambio en el sistema acusatorio es indispensable que exista la acusación fiscal para que se abra la etapa del juicio que de acuerdo al art. 251 del Código de Procedimiento Penal se sustanciará a base de la acusación fiscal, señalando dicha disposición legal que “si no hay acusación fiscal no hay juicio” .

g) En el actual proceso acusatorio, si bien el Fiscal tiene la iniciativa de la acción penal, las otras partes procesales tienen la libertad de contradecir y están amparadas por garantías específicas del debido proceso.

3. Principios del proceso penal

Jacobo López Barja (2004) señala que los principios del proceso penal son: “una serie de parámetros fundamentales dentro de cuyo marco el Estado se mueve al ejercer el *ius puniendi*; suponen unas líneas generales que otorgan coherencia y funcionalidad al sistema” (p. 319).

Estos principios aparecen reflejados en las normas que regulan el proceso.

Siendo el proceso penal una institución jurídica que se rige a base de principios generales y fundamentales, el análisis de cada uno de ellos es indispensable para comprender la estructura de los diferentes sistemas procesales. Al respecto señala:

Zavala Baquerizo (2004) , Existen principios que, con el transcurrir del tiempo, se han universalizado por estar reconocidos en convenios o tratados internacionales ratificados por la mayoría de los países del mundo, y que tienen presencia en las Constituciones Políticas y leyes de procedimiento de dichos Estados. Dichos principios tienen influencia decisiva en la iniciación, desarrollo y conclusión del debido proceso penal (p. 115)

Como bien lo manifiesta el Dr. Zavala, estos principios que ya se han generalizado, ejercen una gran influencia en el proceso, pues constituye la base sobre la cual se desarrolla el mismo.

3.1 Principio de oficialidad:

El profesor español, Jacobo López Barja Quiroga (2004) manifiesta al respecto que “el enjuiciamiento penal puede dejarse en manos privadas o bien puede establecerse que la investigación y persecución de los hechos delictivos quede en manos del Estado” (p. 331). Siguiendo esta línea de pensamiento, y haciendo referencia a los delitos de acción pública, en Ecuador rige este principio, ya que es el Estado es el que tiene la facultad para iniciar el proceso penal, a través de la actuación del funcionario competente, como es el Fiscal. La persecución penal corresponde al Estado.

Por el principio de oficialidad la investigación procesal es universal, total, y el juez o el fiscal no requieren del estímulo de las partes

procesales para el desarrollo del proceso (Zavala, 2004). Al respecto, el art. 10 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano establece que el proceso penal será impulsado por el fiscal y el juez, sin perjuicio de gestión de parte.

De acuerdo con el sistema de procedimiento que regía en Ecuador y que estuvo vigente hasta el año 2000, el proceso penal lo iniciaba el Juez de lo Penal, sea porque la noticia del delito le había llegado por excitación fiscal, por denuncia, por acusación particular, por informes policiales o por conocimiento particular. A partir de la reforma procesal en Ecuador, que inicia en el año 2000, esta situación cambia. El Fiscal se convierte en el funcionario encargado de iniciar el proceso penal por delitos de acción pública.

La facultad de la Fiscalía para dirigir la investigación preprocesal y procesal penal, ejercer la acción pública, acusar a los presuntos infractores ante el juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal se encuentra consagrada en el art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador. De esta manera, se vuelve indispensable la intervención de dicho funcionario en el proceso.

3.2 Principio de legalidad:

El principio de legalidad tiene estrecha relación con el principio de oficialidad, ya que el Estado, a través de los respectivos funcionarios, es el encargado de ejercer la facultad punitiva con la finalidad de mantener el orden social y velar por el respeto a los derechos y garantías fundamentales de las personas. Al ser el Estado responsable de la protección de los individuos, constituiría una obligación para el funcionario, al que la ley otorga la correspondiente facultad, iniciar un proceso penal en cuanto un hecho presente las características de un delito. Señala:

Zavala (2004), El funcionario encargado de iniciar el proceso penal carece de discrecionalidad para decidir si inicia o no el indicado proceso, pues, si se cumplen los presupuestos

objetivos y subjetivos exigidos legalmente para la iniciación del proceso penal, el Fiscal queda obligado a tal iniciación sin tomar en consideración la conveniencia o inconveniencia que para el individuo o la sociedad lleva aparejada tal iniciación”. (p. 119)

Esto quiere decir que el Fiscal está obligado a iniciar el proceso siempre que tenga conocimiento de la comisión de un determinado delito. Siguiendo esta línea de pensamiento, manifiesta:

López (2004), con el principio de legalidad quiere indicarse que en el sistema regido por el mismo, los órganos de persecución en todo caso vienen obligados a ejercitar la acción penal, sin que pueda atenderse a ninguna otra consideración. (p. 340)

La doctrina considera que por lo general, este principio es consecuencia del de oficialidad; sin embargo existen variaciones dentro de los diferentes sistemas procesales que dan paso a la interacción del principio de oficialidad con otros, que pueden ser opuestos o diferentes al principio de legalidad.

3.3 Principio de oportunidad

López (2004), al referirse al principio de oportunidad señala que: “el sistema de enjuiciamiento permite, al funcionario competente, tomar en consideración otras circunstancias y en función de ellas decidir si es adecuada o no la persecución del hecho” (p. 340). Según lo expresado por el mencionado autor, se observa aquí la diferencia principal con el principio de legalidad, pues según el principio de oportunidad, ya no es obligación para el funcionario competente iniciar el proceso en cuanto conozca de la existencia de un delito.

Por su parte, Zavala (2004) expresa que “los funcionarios encargados de iniciar el proceso penal quedan facultados para iniciar o no el proceso,

según consideren las conveniencias individuales o sociales que puede acarrear el nacimiento del proceso penal” (p. 119).

Existen otros factores que influyen en la decisión del Fiscal para iniciar el proceso, de esta manera se abre la posibilidad de que dicho funcionario tome en consideración la conveniencia de iniciar el proceso penal, tomando en cuenta el impacto que el hecho ilícito causa en la sociedad y la situación del infractor.

La Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 555, el 24 de marzo de 2009, agrega varios artículos innumerados a continuación del art. 39; estableciendo en el art. 39.3 lo siguiente:

“El fiscal en razón de una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal y de los derechos de las partes, podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada cuando:

1.- El hecho constitutivo de presunto delito no comprometa gravemente el interés público, no implique vulneración a los intereses del Estado y tenga una pena máxima de hasta cinco años de prisión.

2.- En aquellos delitos donde por sus circunstancias el infractor sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal o cuando tratándose de un delito culposo los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad.

Cuando se trate de casos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio, el fiscal no podrá abstenerse en ningún caso de iniciar la investigación penal “.

La mención expresa en el art. 39.3 CPP, del principio de oportunidad, modifica el sistema regido por el principio de legalidad. De acuerdo con

este principio expresamente consagrado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el fiscal ya no está obligado a iniciar un proceso penal siempre que conozca de la comisión de un delito, pues la ley lo faculta para abstenerse de iniciar una investigación o desistir de la ya iniciada, en los casos mencionados el art. 39.3 del Código de Procedimiento Penal vigente. La oportunidad puede ser analizada desde dos perspectivas, así lo explica:

López (2004), La oportunidad puede ser reglada, cuando el ejercicio de la misma está previamente enmarcado, dentro de cuyos márgenes, puede actuar la oportunidad (y fuera de los mismos está prohibida); o bien puede ser discrecional, cuando no existen límites al ejercicio de la oportunidad y, por ello, puede ser ejercitada en cualquier caso (p. 340)

Así, en Ecuador existiría la denominada oportunidad reglada, pues la ley establece los casos de aplicación del mencionado principio. La oportunidad discrecional se presenta, por ejemplo, en el sistema penal de los Estados Unidos.

3.4 Principio acusatorio:

La influencia de este principio ha generado cambios en el sistema procesal penal. Haciendo un análisis del principio acusatorio, manifiesta:

López (2004), La evolución histórica a grandes rasgos nos muestra que de un procedimiento penal, inicialmente privado, en el que la petición de parte era ineludible (sistema del derecho romano) se pasa a un sistema en el que los jueces investigan por sí mismos, actúan inquisitorialmente, para dar paso posteriormente a un sistema acusatorio público o sistema de investigación oficial por autoridades diferentes a las que constituyen el poder judicial (p. 331)

Este principio, según el cual la investigación está a cargo de autoridades diferentes a los jueces, es el que rige en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en la actualidad. La necesidad de acabar con viejas prácticas del sistema inquisitivo, que daban pasos a abusos especialmente contra el procesado, produjo la aplicación del mencionado principio, lo que a su vez permitió el desarrollo del sistema procesal acusatorio. Al respecto señala:

Cueva Carrión (2013), el principio acusatorio es aquel donde uno es el sujeto que realiza la investigación y otro el que decide. Según este principio los roles, en cada etapa del proceso penal, están perfectamente definidos. La división de roles impide la parcialidad del Juez y la acumulación del trabajo en un solo individuo” (p. 200)

Como de manera acertada expresa el mencionado tratadista, según este principio se produce la desconcentración de funciones, pues ya no corresponde al Juez investigar y juzgar sino que aparece el Fiscal para asumir la función de investigador. Por su parte, sostiene:

Jacobo López Barja (2004), este principio parte de la necesidad de que exista una persona, distinta al órgano jurisdiccional, que presente una acusación para de esta manera dar inicio al proceso penal. Impone que si nadie (autoridad pública o persona privada) sostiene una acusación, no puede abrirse un juicio contra alguna persona. (p. 333)

Así lo dispone el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, en su art. 251 del Código de Procedimiento Penal, al establecer que si no hay acusación fiscal no hay juicio.

Agrega:

López (2004), Un proceso guiado por el principio acusatorio es un proceso de partes, en el que la acusación y la autoridad

juzgadora no se confunden. Si los jueces no pueden entrar a juzgar sin una acusación llevada a cabo por autoridades ajenas, ni puede separarse de los márgenes de la indicada acusación, habrá que afirmar que el sistema se basa en el principio acusatorio. (p. 333)

Es importante destacar que es necesaria la existencia de partes que puedan intervenir en el proceso en condiciones iguales, de manera que sus derechos sean respetados.

Los sistemas regidos por este principio presentan, entre otras, las siguientes características:

a) Separación entre el órgano investigador- acusador y el órgano juzgador

Como fue expuesto en líneas anteriores, a partir de las reformas que introdujeron el principio acusatorio dentro de los sistemas procesales penales, con la finalidad de desplazar los principios del sistema inquisitivo, el órgano jurisdiccional asume únicamente las funciones de juzgador y supervisor de la etapa de investigación (para asegurar el respeto a las garantías básicas del debido proceso). Los fiscales adquieren la facultad de ejercer exclusivamente la acción penal pública y dirigir y promover la investigación preprocesal y procesal penal. Esta situación produjo la clara distinción entre el órgano investigador y acusador y el órgano juzgador.

b) Sin acusación no hay juicio

Así lo reconoce el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano en el art. 251:

“La etapa del juicio se sustanciará a base de la acusación fiscal. Si no hay acusación fiscal, no hay juicio”

De acuerdo a la legislación ecuatoriana, el momento procesal para la presentación de dicha acusación es la audiencia preparatoria de juicio, posterior a la conclusión de la etapa de instrucción. Según el art. 224 del Código de Procedimiento Penal, concluida la instrucción el fiscal debe solicitar al juez de garantías penales el señalamiento de día y hora para que se lleve a cabo la audiencia en la que el fiscal debe presentar y sustentar su dictamen.

En base a lo manifestado, el Fiscal tiene en el Ecuador un papel protagónico dentro del proceso penal.

c) La condena no puede ir más allá de la acusación

Respecto a este tema, hace la siguiente reflexión:

Jacobo López Barja (2004), La sentencia no debe salirse de los límites marcados por la acusación, pues, en otro caso ¿De qué sirve el conocimiento previo de la acusación?, ¿Para qué defenderse de algo por lo que al final no se le va a condenar?, ¿Para qué defenderse si fuera posible que en la sentencia se condenara por lo que había sido previamente acusado?.

A este respecto, el principio acusatorio significa que el Tribunal penal está vinculado por la acusación; y esta vinculación lo es, tanto con los hechos como con la calificación jurídica. La correlación entre acusación y sentencia debe ser completa, en el sentido de que el Tribunal no puede referirse a hechos que no sean objeto de la acusación ni a calificaciones distintas a la realizada por la acusación. La incongruencia implica la existencia de lesión del principio acusatorio. (p. 335)

Efectivamente, existe una vinculación entre la acusación y la sentencia, pues la sentencia debe referirse exclusivamente al acto anti jurídico que sirve de base para dicha acusación, de tal suerte que no resulte la incongruencia a la que se refiere el citado tratadista, pues, el

procesado, al término del proceso se encontraría en un estado de indefensión frente a una incriminación extraña a la que dio inicio a la relación procesal, violándose así las garantías del debido proceso consagradas en el art. 76 de la Constitución de la República.

4. El Ministerio Público

En la Edad Media aparecen el *Procureur du Roi* y el *Avocat du Roi*, clásicamente considerados como aproximaciones medievales al fiscal; dichos funcionarios eran figuras desordenadas al servicio de los intereses del monarca, encargados de defender el patrimonio privado del Rey. Al respecto señala:

Rubén Martínez Dalmau (1999), En esta época se realizó en Francia uno de los primeros aportes para el desarrollo de esta importante institución, a través de la Ordenanza de Felipe el Bello de 23 de marzo de 1302, considerado el primer texto donde se hace mención expresa a los Procuradores del Rey (p. 37).

Es así como este funcionario medieval se convierte en el antecedente del Fiscal. A pesar de que todavía no ejercía las funciones de representante de la sociedad, era un representante del Rey que en aquella época era la máxima autoridad. Al comentar sobre el origen de dichos funcionarios, manifiesta:

Zavala (1989), En España surge el Procurador Fiscal como instituido por Juan I en 1387. Sus finalidades eran primero, la de evitar que los delitos queden en la impunidad por defectos del acusador, y segundo, controlar los beneficios económicos en función de las penas pecuniarias. Posteriormente esta institución pasaría a América con la Conquista. (p. 315)

La Figura del Fiscal aparece poco a poco en los países Europeos, con diferentes funciones y atribuciones que les son otorgadas conforme se van desarrollando los diferentes sistemas procesales. Se puede observar como desde la Ordenanza de Felipe el Bello en Francia (1302) hasta la creación del Procurador Fiscal en España (1387) este funcionario adquiere más facultades como por ejemplo evitar que los delitos queden en la impunidad por no haber acusador.

Aparecen durante el siglo XIV en Italia, los Procuradores del Rey, que se encargaban de que las multas, sanciones económicas o confiscaciones llegaran a las arcas del Rey. Sostiene:

Durán (1992), que durante los primeros años del siglo XIV, los Procuradores del Rey fueron funcionarios que se encargaban de defender los intereses del monarca; hasta este momento no eran funcionarios públicos ni ejercían la acción penal en contra de los sindicados, porque para su juzgamiento bastaban los inquisidores. (p. 30)

La existencia del sistema inquisitivo no permitió que la figura del Fiscal alcanzara la importancia que actualmente tiene, pues finalmente los jueces eran los dueños del proceso, mientras que las otras partes eran meras espectadoras. Después del siglo XIV, manifiesta:

Durán Díaz (1992), Los procuradores del rey pasaron, de la condición de agentes de negocios privados, al ejercicio de alguna función pública, con la facultad de acusar a los delincuentes, sin que se conozca ni el momento preciso en que tuvo comienzo este uso, ni el primer documento que lo hizo válido (p. 31)

En este momento de la historia, los fiscales ya pasan a ejercer una función pública, acercándose cada vez más al fiscal que conocemos en la actualidad. Se les otorga la facultad de acusar a los delincuentes, y esto porque se empieza a considerar el delito como una ofensa a la sociedad.

Tratadistas como Roxin (2008) y Marco Antonio Díaz de León (1986), afirman que el siglo XVIII fue una época de cambios trascendentales debido a los pensamientos del Iluminismo. Roxin (2008) señala que: “con sus postulados de razón, humanidad y respeto a la persona humana, el Iluminismo exigía la supresión del proceso inquisitivo y de la tortura” (p. 314)

Hasta la Revolución Francesa de 1789 había regido un proceso penal inquisitivo, secreto y escrito. El período de la Revolución se vio influenciado por el sistema acusatorio inglés; Roxin (2008) sostiene que: “fue particularmente Montesquieu quien ponderó como modelo para la organización judicial y para el procedimiento penal a las instituciones jurídicas inglesas”. (p. 315). Al respecto manifiesta:

Marco Antonio Díaz de León (1986), a partir del cambio propuesto para el sistema procesal, se creó un jurado de acusación elegido por voto popular, que representaba a la sociedad y no al Estado, se encargaba de presentar la acusación de oficio o por virtud de una denuncia. Con estas innovaciones legislativas, aunque de manera imprecisa, se delineó la figura del Ministerio Público (p.1144)

Es importante la aparición del mencionado Jurado de Acusación, pues como de manera acertada señala el citado tratadista, dicho Jurado se acerca a la figura del fiscal, ya que tenía asignada la tarea de acusar en base a los elementos recogidos. Continuando con la descripción de dicho cambio, sostiene:

León (1986), junto al Jurado de Acusación, se instituyó también el Jurado de Juicio, que igualmente era colegiado, encargado de instruir el proceso penal. De esta manera se encontraron ya perfectamente delineadas y separadas las dos fases fundamentales del proceso penal: una investigatoria encargada del análisis de la acusación que llevaba a cabo el Jurado de

Acusación, y la otra una instrucción procesal definitiva de corte acusatoria que desahogaba el Jurado de Juicio (p. 1144).

A través de la creación de ambos Jurados se va estableciendo una diferencia entre el órgano encargado de investigar y de juzgar, razón por la cual posteriormente se les otorga dichas facultades a distintos funcionarios.

Roxin (2008) señala que: “el Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, tiene gran importancia, pues le asigna al fiscal un papel conducente en el procedimiento penal” (p. 316). Dos años después, esto es en 1810, se promulga en Francia la Ley de Organización de los Tribunales; dicha Ley sostiene:

León (1986), complementó el Código Napoleónico de Instrucción Criminal de 1808, por virtud del cual se suprimió al Jurado de Acusación, creándose en su lugar una Cámara de Consejo. De esta manera en el año 1812 al ofendido por el delito sólo le estaba reservado el ejercicio de la acción civil, cuya diferencia respecto de la acción penal quedó aquí bien definida (p. 1144).

Según lo expuesto, la acción del ofendido pasa a un segundo plano, pues el Estado a través del funcionario competente, es el encargado de ejercer la acción penal en los casos de los delitos de acción pública. De esta manera se define cada vez más la figura del Fiscal. Por su parte, manifiesta:

Roxin (2008), que el rasgo significativo del procedimiento penal francés fue, un procedimiento acusatorio en el cual la acusación era promovida por una autoridad estatal especial, a cargo de la persecución penal, la fiscalía. A ello se agregaba, también con gran trascendencia, la conducción del procedimiento preliminar por un juez independiente, el juez de instrucción (*juge d' instruction*); adicionalmente se

establecieron los principios de publicidad, oralidad e inmediación, así como la libre valoración de la prueba (p. 316)

La organización del juzgamiento a que hace alusión el tratadista en referencia, es muy similar a la que actualmente existe en el Ecuador, que responde a una corriente que ha sido adoptada en otros países del mundo.

Al referirse a la influencia de la Revolución Francesa en la legislación, señala:

Rubén Martínez Dalmau (1999), que la legislación revolucionaria francesa, al plasmar la idea de la trilogía de poderes en el Estado, dio consistencia a la figura del Ministerio Fiscal definiéndolo como un órgano del poder ejecutivo al que , recogiendo y modernizando la herencia de los viejos tiempos, confería altas funciones de inspección y gestión ante la administración de justicia, el nuevo poder judicial. El Ministerio Fiscal se convirtió así en un órgano por medio del cual el Gobierno del Estado vigilaría el ordenado curso de la administración de justicia en todas sus ramas; más aún: como el alto celador de la legalidad de la actuación de todos los Tribunales (p.42)

Es esta una de las funciones que tuvo el llamado Ministerio Fiscal en sus inicios, pues estaba encargado de controlar las actividades realizadas por determinados funcionarios, con la finalidad de proteger a la sociedad. Cabe destacar en este punto, que el Ministerio Fiscal aparece como dependiente de la Función Ejecutiva. Al respecto expresa:

Martínez (1999), los Fiscales de aquella época estaban bajo el sometimiento al Poder Ejecutivo, que los utilizó como un mecanismo más en el mantenimiento del predominio sobre los otros dos poderes, por lo cual se les encomendó la vigilancia del respeto a la legalidad por parte de los jueces, función que

asimismo realizaban con anterioridad a su transformación en órganos de investigación y persecución de hechos delictivos (p. 45)

A pesar del desarrollo de la figura del Fiscal, no llega a tener un rol fundamental dentro del proceso penal sino hasta la época de la Segunda Guerra Mundial. Según las reformas implantadas a partir de esta época, los papeles que desempeñaban el Juez de Instrucción y el Ministerio Fiscal son reasignados. Se le otorga al Juez la facultad de Juzgar, y al Ministerio Fiscal la facultad de investigar.

El movimiento innovador, que potencia el papel del Ministerio Fiscal encomendándole la instrucción penal, se inicia en Alemania con la Gran Reforma del Proceso Penal de 1974, y llega más tarde a Portugal (Ley Orgánica del Ministerio Público de 1986 y Código de Processo Penal de 1987) y a Italia (Código di Procedura Penale de 1988). Al respecto, señala:

Cousino (1999), el Ministerio Fiscal deja de ser el pasivo espectador de la investigación, quien debía pasar por una instrucción dirigida por un órgano ajeno, el Juez, para luego presentar su acusación, y a quien sólo le venía dada la facultad de vigilar o inspeccionar el curso de las actuaciones y solicitar del instructor la práctica de las diligencias que considerase necesarias. (p. 86).

Todo esto es consecuencia de la influencia cada vez mayor del principio acusatorio dentro del ordenamiento jurídico de los países. Se introduce al Fiscal como un funcionario que cumple un rol trascendental dentro del proceso penal, pues su acusación es indispensable para la iniciación del enjuiciamiento por la comisión de delitos de acción pública. Este proceso de reforma se desarrolla progresivamente y la figura en mención es adaptada en las diferentes legislaciones con características particulares.

Por su parte, expresa:

Zavala Baquerizo (1989) , cuando se combatió la vieja costumbre de que el propio juez pudiera, sin necesidad de acusador, iniciar ex officio los procesos penales, entonces el Ministerio Público cobró la importancia que actualmente tiene, especialmente en los países donde el titular del órgano jurisdiccional penal no puede, por sí, iniciar el proceso penal mientras no sea excitado por el fiscal. (p. 315)

Esto involucra la desaparición del sistema inquisitivo, y la aplicación del sistema acusatorio. En el sistema ecuatoriano, señala:

Walter Guerrero Vivanco (2001), los fiscales tienen la obligación de ejercer la acción penal al tratarse de los delitos de acción pública, de intervenir como parte dentro del proceso y de presentar su dictamen acusatorio, sin perjuicio de que, si no encuentran mérito para hacerlo, se abstengan de acusar y emitan dictamen absolutorio a favor del imputado. (p. 31)

De esta manera se puede observar como adquirió cada vez mayor relevancia la figura del Fiscal en el Ecuador. A partir de las reformas procesales en el Ecuador, del año 2000, se le asigna al Fiscal el ejercicio exclusivo de la acción penal por delitos de acción pública y se establece que sin su acusación no hay juicio.

La Constitución Ecuatoriana de 2008 establece en su art. 194:

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

Según el nuevo esquema establecido por la Constitución Ecuatoriana de 2008, el Ministerio Público fue reemplazado por la Fiscalía General del Estado, y ubicado dentro de la Función Judicial, como órgano autónomo.

5. Ministerio Público en Ecuador

El Ministerio Público, actualmente Fiscalía, es una institución que ha sufrido varios cambios a lo largo de la historia. Influenciada por corrientes doctrinarias extranjeras, y por las exigencias de cada sistema procesal penal, esta institución ha presentado características particulares y ha estado sujeta a diversas regulaciones constitucionales y legales.

En Ecuador, el Ministerio Público hace su primera aparición en 1945 como una entidad integrada por el Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales de Justicia y los demás funcionarios que designe la ley; el art. Artículo 134 de la Constitución de la República de 1945 establecía:

“El Procurador General de la Nación, los fiscales de los tribunales de justicia y los demás funcionarios que designe la ley ejercen el ministerio público, bajo la dirección del Presidente de la República”

El art. 135 *ibídem* establecía que la designación del Procurador General de la Nación la realizaba el Congreso. De conformidad con las disposiciones constitucionales citadas, el Ministerio Público nace como una institución dependiente del poder Ejecutivo ya que estaba bajo la dirección del Presidente de la República.

En 1974 se produce un cambio al expedirse la Ley Orgánica de la Función Judicial; el Ministerio Público pasó a formar parte de la Función Judicial; el mencionado cuerpo legal establecía que la Corte Suprema y

las Cortes Superiores estarían integradas, además de los otros funcionarios, por Ministros Fiscales.

La Constitución de 1978, ubica dentro del título IV (organismos del Estado), sección II a la Procuraduría General del Estado, señalando en el art. 110 lo siguiente:

“El Ministerio Público se ejerce por el Procurador General del Estado, los Ministros y Agentes Fiscales y los demás funcionarios que determine la ley, que establece sus atribuciones, deberes, las causas de su remoción y la forma de subrogación”

Por otra parte, el art. Art. 112 ibídem establecía:

“La Procuraduría General del Estado es un organismo autónomo con personalidad jurídica. Su representación legal la ejerce el Procurador General”

En 1979 se expide la Ley Orgánica del Ministerio Público (R.O 817: 10-jul-79), que establecía la organización del Ministerio de acuerdo a sus funciones, en concordancia con las disposiciones constitucionales pertinentes (art. 110 CRE, 1978) . El art. 1 de la Ley Orgánica indicaba:

“El Ministerio Público se ejerce por el Procurador General del Estado, los Ministros y Agentes Fiscales y los demás funcionarios determinados en la ley”

Según el art. 23 ibídem, el Ministro Fiscal General era la máxima autoridad de la Fiscalía y era nombrado por la Cámara Nacional de Representantes, de una terna enviada por el Procurador General del Estado.

Con respecto a la subrogación del mencionado funcionario, el art. 26 de la Ley Orgánica en mención señalaba lo siguiente:

“En caso de ausencia o falta temporal del Ministro Fiscal General le subrogará el funcionario del Ministerio Público que designe el Procurador General del Estado. El subrogante deberá reunir los mismos requisitos que para ser Ministro Fiscal General”

Por otra parte, el art. 28, referente a los deberes y atribuciones del Ministro Fiscal General, establecía:

“Son deberes y atribuciones del Ministro Fiscal General:

- 1.- Intervenir como parte en los juicios penales de acción pública que se sustancien ante la Corte Suprema de Justicia.

- 6.- Promover o disponer que se promueva la acción penal ante los tribunales y juzgados correspondientes por infracciones pesquisables de oficio...”

Los Ministros Fiscales eran nombrados por el Procurador General del Estado de una terna enviada por el Ministro Fiscal General, según lo dispuesto en el art. 29 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. El art. 32 (LOMP, 1979) señalaba que en caso de ausencia o falta temporal de un Ministro Fiscal, debía subrogarlo el respectivo funcionario del Ministerio Público que designara el Ministro Fiscal General.

Entre los deberes y atribuciones de los Ministros Fiscales, según el art. 32 de la LOMP (1979), se encontraban los siguientes:

- a) Intervenir como parte en las causas penales sustanciadas en la Corte Superior de su Distrito, por infracciones que debían perseguirse de oficio;
- b) Promover y disponer que se promueva en su Distrito la acción penal por infracciones pesquisables de oficio.

Los Agentes Fiscales eran nombrados por el Ministro Fiscal General (art. 35 LOMP) y entre sus deberes y atribuciones, de acuerdo al art. 40 ibídem, se distinguían los siguientes:

a) Intervenir como parte en los juicios que por infracciones de acción pública se sustancien en la judicatura que se les asigne;

b) Promover la acción penal por infracciones perseguibles de oficio en los juzgados de lo penal y de tránsito del Distrito al que pertenecen. Señala:

Zavala Baquerizo (1989), el Fiscal es fundamentalmente un funcionario público que tiene diversas obligaciones que se encuentran comprendidas en la Ley Orgánica del Ministerio Público. La principal función del Fiscal es intervenir como representante de la sociedad en los procesos penales que tienen por objeto delitos perseguibles de oficio (p. 323)

De acuerdo a lo expuesto en líneas anteriores, durante el período histórico en mención, el Fiscal tenía ya en Ecuador un rol importante dentro del desarrollo del proceso penal. Este funcionario era parte activa del proceso, ya que era el encargado de exhibir la pretensión punitiva en nombre de la sociedad agraviada con la alteración del orden jurídico, a fin de que sea estimada por el órgano jurisdiccional.

Las reformas constitucionales de 1995, por primera vez establecen en la Constitución, una sección denominada “Del Ministerio Público” [CITATION Fis11 \l 12298]. El Título V (De los Organismos del Estado) , sección III (Del Ministerio Público) de la Constitución contenía las normas legales referentes a dicha institución, de esta manera el art. 141 establecía:

“El Ministerio Público se ejerce por el Ministro Fiscal General, los ministros fiscales distritales, los agentes fiscales y demás funcionarios que determine la Ley”

Por su parte, el art. 142 señalaba:

“El Ministro Fiscal General debe reunir los requisitos exigidos para ser Ministro de la Corte Suprema de Justicia y durará cuatro años en sus funciones. Su designación la hará el

Congreso Nacional de terna enviada por el Presidente de la República. Tendrá las atribuciones, facultades y deberes que determine la Ley.

Dentro del Cumplimiento de sus obligaciones, el Ministerio Público conducirá las indagaciones previas y la investigación procesal penal con el apoyo de la Policía Judicial.”

Así, la norma constitucional estableció la autonomía organizativa y funcional del Ministerio Público, principios que son recogidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público, de 19 de Marzo de 1997.[CITATION Fis11 \l 12298]

El Ministerio Público, según el art. 1 de la LOMP de 1997 (R.O 26; 19-mar-97), era una persona jurídica de derecho público, autónoma e independiente, en lo administrativo y presupuestario. Este organismo seguía encargado de la defensa y patrocinio de la sociedad (art. 2 LOMP, 1997).

De conformidad con el art. 3 ibídem, entre las funciones de dicha entidad, se encontraban las siguientes:

- a) Conducir las indagaciones previas y la investigación procesal penal con el apoyo de la Policía Judicial, ya sea por propia iniciativa o por denuncia en los delitos pesquisables de oficio;
- b) Intervenir como parte en los juicios penales por delitos pesquisables de oficio, ser escuchado y emitir dictámenes en los casos procesales penales; excitar y promover la acción penal por infracciones pesquisables de oficio.

En lo referente al Ministro Fiscal General, el art. 5 de la citada Ley establecía que dicho funcionario era la máxima autoridad de la entidad y era nombrado por el Congreso Nacional, de una terna enviada por el Presidente de la República. De acuerdo al art. 8 de la LOMP (1997), entre los deberes y atribuciones del Ministro Fiscal se encontraban los

siguientes:

- a) Intervenir como parte en los juicios penales por delitos perseguibles de oficio que se tramiten ante la Corte Suprema de Justicia
- b) Designar a los ministros fiscales distritales de la entidad, previo concurso de merecimientos y oposición
- c) Dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la actividad investigativa y acusatoria, contra los presuntos infractores de la Ley Penal
- d) Ejercer el patrocinio de la sociedad personalmente o por delegación a cualquier funcionario del Ministerio Público o de las asesorías jurídicas del sector público

Los Ministros Fiscales Distritales eran nombrados por el Ministro Fiscal General (art. 13 LOMP, 1997), y en caso de ausencia o falta temporal de estos funcionarios, debía subrogarlo el funcionario del Ministerio Público que designara el Ministro Fiscal General (art. 15 LOMP, 1997).

De acuerdo al art. 17 de la LOMP (1997), los deberes y atribuciones de los Ministros Fiscales Distritales era, entre otros:

- a) Supervigilar la conducción de las indagaciones previas y la investigación procesal penal que realicen los Agentes Fiscales de su Distrito;
- b) Intervenir como parte en las causas penales que se sustancien en la Corte Superior de su Distrito, por infracciones que debían perseguirse de oficio;
- c) Promover y disponer que se instaure en los juzgados respectivos la acción penal por infracciones perseguibles de oficio.

El art. 18 ibídem señalaba que los Agentes Fiscales eran nombrados por el Ministro Fiscal General, y el artículo 19 de la mencionada Ley

establecía como deberes y atribuciones de dichos funcionarios, entre otros:

- a) Conducir las indagaciones previas y la investigación procesal con el apoyo de la Policía Judicial;
- b) Intervenir como parte en los juicios que por infracciones de acción pública se sustanciaran en la judicatura que se les asignara;
- c) Excitar la acción penal por infracciones pesquisables de oficio en los juzgados de lo Penal, de Tránsito y Fiscal del distrito al que pertenecían.

En lo referente a la excitación fiscal, manifiesta:

Zavala (1989), es el modo de ejercer públicamente la acción penal, con el fin de estimular al órgano jurisdiccional penal para que inicie el proceso respectivo. El verbo excitar lo usa la ley de forma imperativa, estableciendo el principio de legalidad en relación con el deber incondicionado que tiene el fiscal, de poner en conocimiento del juez competente la noticia del delito pesquisable de oficio (p. 324).

La Constitución de 1998, introdujo cambios trascendentales para el Ministerio Público del Ecuador, redefinió y reforzó sus funciones [CITATION Fis11 \l 12298]. El art. 219 ibídem señalaba:

“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”

El 16 de junio de 2000 fue publicada la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Ministerio Público (R.O 100, 16-jun-2000), ya que era necesario adecuar dicha Ley a las nuevas disposiciones constitucionales. El art. 2 de la Ley Reformatoria dispuso:

“ Sustituyese el artículo 3 por el siguiente:

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 pesquisables de oficio
- c) Dirigir y promover la investigación pre-procesal 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 pesquisables 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...”

Por otra parte, el art. 3 de la Ley Reformatoria en mención establecía lo siguiente:

“ Sustituyese el art. 4, por el siguiente:

Art. 4.- El Ministerio Público estará constituido por el Ministro Fiscal General, los ministros fiscales distritales, los agentes fiscales, que tendrán competencias de la ley. Además lo integrarán el Director Nacional de Asesoría Jurídica, el Secretario General y demás funcionarios necesarios para el cumplimiento de las finalidades establecidas en la Constitución Política de la República y la Ley”

Adicionalmente, el art. 4 de la Ley Reformatoria, en lo referente a la designación de la máxima autoridad del Ministerio Público, dispuso:

“ Sustitúyese el artículo 6, por el siguiente:

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”

En cuanto a los deberes y atribuciones del Ministro Fiscal General, el art. 5 dispuso:

“ Sustituyese el artículo 8, por el siguiente:

Art. 8.- Son deberes y atribuciones del Ministro Fiscal General, los siguientes:

- a) Ejercer la representación legal del Ministerio Público
- b) Intervenir en los juicios penales, que por delitos pesquisables de oficio, se tramiten ante la Corte Suprema de Justicia
- g) Designar a los ministros fiscales distritales y agentes fiscales de la entidad, previo concurso de merecimientos y oposición; así como a fiscales adjuntos para el despacho de las causas, cuando el número y la complejidad de los casos lo amerite
- h) Nombrar a los demás funcionarios y empleados de la entidad
- i) Dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la actividad investigativa y acusatoria, contra los presuntos infractores de la Ley Penal”.

En el suplemento del Registro Oficial No. 360 de 13 de enero de 2000 se publicó el Código de Procedimiento Penal que sustituyó al anterior que había regido desde el año 1983. Sobre este tema expresó:

Zavala (2004): Este Código entró en vigencia por partes, esto es, de acuerdo a lo establecido en el segundo inciso de la Disposición Final, la vigencia sería una vez que hubiese transcurrido dieciocho meses desde la publicación de la Ley, pero que sería de inmediata vigencia, según el mandato contenido en el tercer inciso de la antes citada disposición, el Capítulo IV del Título IV del Libro IV y ciertos artículos que por desarrollar principios constitucionales entraron en vigencia a partir de la publicación del Código en el Registro Oficial. (p. 107)

El Código de Procedimiento Penal se expidió en el 2000, pero entró en vigencia en su totalidad en el año 2001. La reforma que inició el año 2000 propuso un cambio total dentro del sistema procesal que regía en el país. Las nuevas reformas estaban encaminadas a dejar atrás los principios de un sistema inquisitivo, para dar paso a un sistema acusatorio, para lo cual era necesario la reestructuración de ciertas instituciones procesales.

Es en este momento cuando el rol del Fiscal se vuelve trascendental dentro del proceso penal (tratándose de delitos de acción pública) ya que su acusación resulta indispensable para el inicio del mismo. Pasó el Fiscal de ser representante de la sociedad, encargado de exhibir la pretensión punitiva dentro del proceso, a ser protagonista de los procesos penales; un funcionario con mayores facultades, a quien se le otorgó el ejercicio exclusivo de la acción penal por delitos de acción pública.

El Código de Procedimiento Penal del 2000, que introdujo los principios de un sistema oral acusatorio, estableció en el art. 25

“Corresponde al Fiscal, según lo previsto en la Constitución y este Código dirigir 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...”

En lo referente al ejercicio de la acción, el art. 33 del citado Código indicaba lo siguiente:

“ El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al fiscal”

El art. 65 ibídem dispuso:

“Corresponde al Fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública...”

Por su parte, el art. 66 del mencionado cuerpo legal señalaba:

“El fiscal debe formular sus requerimientos y conclusiones motivadamente, mediante un análisis prolijo de las pruebas y de los puntos de derecho.

Debe proceder oralmente en el juicio y en la audiencia de la etapa intermedia y, por escrito, en los demás casos”

Según las normas procesales citadas, el Fiscal era el encargado de realizar las investigaciones preprocesales, de ejercer la acción penal, actuar como parte procesal, iniciar el proceso penal y sustanciar la primera etapa de éste.

La codificación de la Ley Orgánica del Ministerio Público (R.O 350; 13-abril-2006), establecía en el art. 1 que dicha entidad era una persona jurídica de derecho público, autónoma e independiente, en lo administrativo, económico y presupuestario. El art. 2 ibidem señalaba:

“ 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) Promover e impulsar la indagación previa y la instrucción fiscal si fuere el caso por delitos de acción pública de instancia oficial

c) Dirigir y promover la investigación pre-procesal 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 de acción pública

e) Intervenir en las causas penales, de acuerdo a lo prescrito en el Código de Procedimiento Penal y demás leyes...”

Por otra parte, según el art. 3 del mencionado cuerpo legal:

“El Ministerio Público estará constituido por el Ministro Fiscal General, los ministros fiscales distritales, los agentes fiscales, que tendrán las competencias de ley. Además lo integrarán el Director Nacional de Asesoría Jurídica, el Secretario General y demás funcionarios necesarios para el cumplimiento de las finalidades establecidas en la Constitución y la ley”.

El Ministro Fiscal General, de acuerdo al art. 5 de la LOMP (2006), era la máxima autoridad y representante legal del Ministerio Público, y era elegido por el Congreso Nacional, de una terna enviada por el Consejo

Nacional de la Judicatura (art. 6 LOMP, 2006). El art. 8 señalaba como deberes y atribuciones del Ministro Fiscal General, entre otras:

- a) Ejercer la representación legal del Ministerio Público
- b) Intervenir en los juicios penales, que por delitos de acción pública se tramiten ante la Corte Suprema de Justicia
- g) Designar a los ministros fiscales distritales y agentes fiscales de la entidad, previo concurso de merecimientos y oposición; así como a fiscales adjuntos para el despacho de las causas
- h) Nombrar a los demás funcionarios y empleados de la entidad
- i) Dirigir, coordinar y controlar el desarrollo de la actividad investigativa y acusatoria, contra los presuntos infractores de la ley penal

A partir del año 2008, desaparece la entidad conocida en el Ecuador como Ministerio Público, y es reemplazada por la Fiscalía General del Estado. La Constitución de la República (R.O 449 20-oct-2008) establece en el art. 194:

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

El art. 195 ibídem señala lo siguiente:

“La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal ; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar

mérito acusará a los presuntos infractores ante el Juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal...”

De acuerdo a las disposiciones constitucionales citadas, la Fiscalía pasa a ser un órgano autónomo de la Función Judicial. La designación de su máxima autoridad (Fiscal General del Estado) ya no corresponde al Congreso como sucedía en épocas pasadas. El art. 208, numeral 11 de la Constitución dispone que corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social la designación de la primera autoridad de la Fiscalía General del Estado.

El 9 de marzo de 2009 es promulgado el Código Orgánico de la Función Judicial (R.O-S 544), cuerpo legal que contiene las normas que regulan la Función Judicial en el Ecuador, y que reemplaza a la Ley Orgánica de la Función Judicial (R.O 636, 11-sep-1974).

Dado que el Ministerio Público pasó a ser parte de la Función Judicial, como órgano autónomo, según lo dispuesto en la Constitución de la República, el marco legal que determina su organización y funcionamiento es el Código Orgánico de la Función Judicial, vigente en la actualidad. La Ley Orgánica del Ministerio Público quedó derogada por disposición expresa de la ley (Disposición Derogatoria Primera, Código Orgánico de la Función Judicial).

El art. 282 del COFJ establece:

“ A la Fiscalía General del Estado le corresponde:

1.- Dirigir y promover ,de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes, en casos de acción penal pública; de hallar mérito acusar a los presuntos infractores ante el Juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal.

- 2.- Dirigir y coordinar las actuaciones de la Policía Judicial en las indagaciones previas en las etapas del proceso penal
- 3.- Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria
- 4.- Dirigir, coordinar y supervisar las funciones de intercambio de información y pruebas sobre nacionales o extranjeros implicados en delitos cometidos en el exterior, cuando así lo prevean los acuerdos y tratados internacionales
- 5.- Dirigir y coordinar el Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que contará con la ayuda de organismos gubernamentales y no gubernamentales con el fin de establecer, de manera técnica y científica, procedimientos estandarizados para la práctica de la pericia médico legal
- 6.- Conceder y revocar las correspondientes acreditaciones y habilitaciones al personal de la Policía Judicial
- 7.- Expedir en coordinación con la Policía Nacional los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones de la Policía Judicial
- 8.- Apoyar técnicamente a las personas que hacen sus prácticas pre profesionales en la Fiscalía General del Estado
- 9.- Organizar y dirigir el sistema de protección de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal
- 10.- Las demás determinadas en la Constitución y la Ley”

6.- Fuero

El fuero es la competencia a la que las partes están sometidas y por derecho les corresponde (Diccionario Jurídico Espasa, 2001). Existen varias clases de fuero, tomando en consideración distintos factores, así lo manifiesta:

Guillermo Cabanellas (1968), existen dos clases de fuero: el ordinario y el privilegiado; el ordinario es el poder que se tiene de conocer todas las causas tanto civiles y criminales que no correspondan a los tribunales especiales, y el privilegiado es el poder que se tiene de conocer cierta clase de causas o las que se refieren a ciertas personas cuyo conocimiento se ha abstraído a los tribunales ordinarios (p. 230)

La ley establece que los funcionarios que ostentan altos cargos, deben ser juzgados por determinados jueces, de esta manera se configura lo que el mencionado tratadista llama el fuero privilegiado.

Respecto al fuero en razón de las personas, señala:

Zavala Baquerizo (2004), Si bien es cierto todas las personas son iguales ante la ley y en consecuencia no puede hacerse discriminación alguna, existen ciertas funciones de orden público otorgadas por el Estado que concede a determinada persona una investidura particular, especial, desde el momento en que entra en posesión del cargo o empleo que le ha sido legalmente conferido. Esa cualidad especial conferida a determinada persona, lleva inherente ciertos privilegios de orden público. (p. 409)

Resulta importante el comentario del autor en referencia, pues el fuero se establece en razón de la investidura que el Estado otorga a determinada persona. Es esta la razón por la cual la ley hace la distinción

entre los distintos fueros a los que determinados funcionarios están sometidos para su juzgamiento.

Agrega el mencionado tratadista:

Zavala (2004), Cuando la persona aforada comete un delito mientras ejerce la función que lleva inherente ciertos privilegios concedidos por el Estado, entonces se sustrae del juzgamiento común, ordinario, y es llevada al juzgamiento en un tribunal especial, diferente al ordinario, previamente establecido en la Ley (p. 411).

Como lo explica de manera acertada el Dr. Zavala, es fundamental que el fuero al que ciertos funcionarios están sometidos esté determinado previamente en la ley, esta es la única forma de establecer quién es el funcionario competente para juzgar en cada caso.

Es importante mencionar que el privilegio no surge en razón de la persona, surge en razón de la dignidad que ostenta la persona en el momento de la comisión del delito. Según Zavala (2004) “este privilegio es concedido por la Ley y tiende a garantizar la estabilidad política e institucional del Estado” (p. 412)

En Ecuador, hay funcionarios que por mandato de la Constitución y Leyes de la República gozan del privilegio de ser juzgados por jueces especiales, de acuerdo a la jerarquía de su cargo; tal es el caso del Fiscal General, que está sometido al fuero de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia. El artículo 192 del Código Orgánico de la Función Judicial establece:

“La Sala de lo Penal conocerá las acciones que, por responsabilidad penal de acción pública se sigan contra...el Fiscal General del Estado...”

Se observarán las siguientes reglas:

En los casos de fuero de Corte Nacional, la investigación pre procesal y procesal penal, así como el ejercicio de la acción penal según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, estarán a cargo del Fiscal General del Estado.

La investigación pre procesal y procesal en contra del Fiscal General, corresponderá al Fiscal General Subrogante...”

7. La acción penal

León (1986) define la acción como “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir al órgano jurisdiccional para reclamarle que resuelva la pretensión planteada, a través de juicio y sentencia” (p. 94). El Dr. Jorge Zavala Baquerizo (2004) señala que: “la acción es un poder jurídico que tiene por finalidad estimular al órgano jurisdiccional para que éste inicie el proceso respectivo. (p. 11)

El ejercicio de la acción es una facultad o poder que tiene el Fiscal para exigir del órgano jurisdiccional su intervención en el juzgamiento de quien ha cometido una infracción, imponiéndole la sanción prevista en la ley. Es por esto que los citados tratadistas hablan de un poder que es irrenunciable.

Al referirse a la noción de acción en derecho procesal, manifiesta:

Devis Echandía (1985), El Estado no solo tiene el poder y derecho de someter a su jurisdicción a quienes necesiten obtener la composición de un litigio o la declaración de un derecho, sino también la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para la realización o verificación de los derechos, cuando un particular o un funcionario público se lo solicita con las formalidades legales. Esa petición es necesaria para que el Estado ponga en funcionamiento la jurisdicción. (p. 110)

De esta manera, el órgano jurisdiccional únicamente puede responder si el funcionario competente se lo pide, de acuerdo a lo establecido en la ley. Esta petición es un requisito indispensable para activar al órgano jurisdiccional.

Al referirse a la acción penal, señala:

López (2004), En materia penal, la acción no persigue solucionar un conflicto de intereses, sino lograr que el juzgador se pronuncie acerca de la punibilidad de determinados hechos. La acción penal, expresan Alcalá Zamora y Levene, supone el ejercicio del derecho de acusación por quien lo tenga atribuido, como medio de provocar el ejercicio del derecho de penar por parte del Estado, a quien corresponde, y que en lugar de proceder directamente al castigo del culpable hace depender su aplicación del resultado de un proceso jurisdiccional, en el que la defensa del inculpado se halla garantizada. (p. 763)

La acción penal tiene como finalidad estimular al órgano jurisdiccional para que éste se pronuncie sobre la existencia del delito, sobre la participación de los presuntos autores, cómplices y encubridores, y finalmente imponga una sanción a los culpables.

El Estado clasifica las infracciones en función de la magnitud de sus consecuencias y el interés afectado; de acuerdo con esta clasificación, el ejercicio de la acción se divide en público y privado. La ley determina qué personas pueden ejercer la acción penal pública y la privada.

El art. 36 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano señala los delitos cuyo ejercicio de acción es privada; los demás delitos tipificados en la ley penal y no comprendidos en esta enumeración, son los conocidos como delitos de acción pública.

En Ecuador, el derecho de ejercer la acción pública está atribuido al Fiscal. El art. 33 del Código de Procedimiento Penal señala:

“El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al fiscal, sin necesidad de denuncia previa...”

El art. 195 de la Constitución de la República establece que corresponde a la Fiscalía ejercer la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas.

8. La seguridad jurídica

La seguridad jurídica, manifiesta el Dr. Juan Carlos Riofrío (2007), “puede considerársela tanto como derecho fundamental, como un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, un verdadero principio general de Derecho” (p. 23). El Estado es el encargado de impedir la transgresión de este principio. Cueva Carrión (2013) señala que “la seguridad jurídica es un bien valioso que el Estado debe fomentar y garantizar mediante la instauración de un marco legal claro y estable, con un alto grado de certidumbre del derecho”. (p. 57)

Por lo tanto, la seguridad jurídica viene a ser un principio que impide comportamientos lesivos de los derechos que todos los ciudadanos deben gozar en un Estado democrático; de esta manera se garantiza la libertad y la paz social.

Riofrío (2007), citando a Alterini, menciona que “hay seguridad jurídica por medio del Derecho cuando el ordenamiento jurídico garantiza que los terceros no avasallarán derechos ajenos, y que el Estado sancionará a quienes lo hagan” (p. 9). La garantía que otorga el Estado a los ciudadanos, impone la necesidad de que existan mecanismos legales claros y eficaces para proteger los derechos de las personas.

El art. 82 de la Constitución Ecuatoriana establece:

“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”

El Dr. Cueva Carrión (2013) manifiesta al respecto que “según esta norma constitucional, el derecho a la seguridad jurídica se sustenta sobre dos pilares a) el respeto a la Constitución; y b) la existencia de normas jurídicas. Sin ellas es imposible columbrar siquiera la seguridad jurídica” (p. 54).

Estos dos pilares que sustentan la seguridad jurídica nos permiten vivir en una sociedad justa, libre de abusos y excesos que alteren la convivencia entre las personas.

De manera acertada explica el Dr. Cueva Carrión (2013) que “a la seguridad jurídica se la obtiene mediante la instauración de normas jurídicas claramente jerarquizadas que describan y fijen las competencias” (p. 56). Desde esta perspectiva, y en lo referente a los miembros del sector público, es indispensable la existencia de normas jurídicas que establezcan la forma en la que deben desempeñar sus funciones, y los casos en los que deben actuar, de conformidad con lo establecido en la Constitución y Leyes de la República; así los ciudadanos pueden tener la certeza de que los hechos se desarrollarán de una determinada manera.

En cuanto a la seguridad jurídica como certidumbre del derecho, Riofrío (2007) señala: “en lenguaje popular diríamos que hay seguridad jurídica cuando las reglas del juego están claras y uno sabe a qué atenerse” (p.10). Como fue mencionado en líneas anteriores, es indispensable la correcta estructuración de un sistema normativo que garantice la efectiva vigencia de los derechos de las personas.

Al respecto expresa:

López (2004), es necesario que el ciudadano tenga confianza, se sienta seguro; el Estado debe conseguir crear y mantener un sistema que proporcione a los ciudadanos un sentimiento de confianza. Tal sentimiento se obtendrá cuando el ciudadano pueda saber de antemano cómo debe ordenar su conducta y qué es lo que se espera harán los demás, incluyendo aquí, obviamente, a los organismos y empleados del Estado .Precisamente, este aspecto de la confianza del ciudadano constituye el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica. (p. 75)

La confianza del ciudadano se sustenta en la certeza de que existen normas jurídicas que pongan límites a la actuación de los integrantes de la sociedad, normas que establezcan procedimientos claros para sancionar conductas antijurídicas e injustas. De esta manera las actuaciones tanto de los particulares como del Estado (a través de las instituciones que integran el aparato estatal) están controladas con la finalidad de evitar la alteración del orden social.

Agrega:

López (2004), esa confianza del ciudadano solo puede lograrse mediante un sistema normativo que opere con los medios adecuados para inspirar dicho sentimiento; ese entramado normativo nos proporcionará la visión objetiva de la seguridad jurídica. Así pues, si definimos con Larenz la seguridad jurídica como la certidumbre de que se puede contar con reglas de derecho, con su igual aplicación, y en determinados supuestos creados o calificados por el Derecho, manejaremos la noción objetiva de la seguridad jurídica (p. 76)

Es importante resaltar en este punto la importancia que tienen las reglas de derecho y en general las normas. Para que exista seguridad jurídica debe existir una estructura normativa que establezca de forma

precisa cuales son las reglas que deben ser respetadas para mantener el equilibrio social.

Por su parte, sostiene:

Cueva Carrión (2013), no puede haber seguridad jurídica si el Estado, en forma previa y con antelación, no dicta las normas a las que deben atenerse todos los gobernados, sus bienes y sus actividades, porque el buen funcionamiento de la sociedad se basa en la regla de previsibilidad (p. 55)

La existencia de normas previas es indispensable, las reglas deben estar establecidas con antelación, esta es la única forma a través de la cual las personas pueden medir las consecuencias de sus actos.

López (2007) hace una interesante reflexión sobre el tema de la seguridad jurídica al manifestar lo siguiente: “si se imposibilita que las personas acudan a la administración de justicia y a la función judicial, en reclamo de lo que creen son sus derechos, se imposibilita la seguridad jurídica” (p. 24).

Por lo expuesto, todo obstáculo para acceder a la administración de justicia tiene como consecuencia la transgresión del principio de la seguridad jurídica.

9. El principio de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos

El Diccionario de la Real Academia Española (1994) establece que “la responsabilidad es la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente; la obligación de reparar y satisfacer a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal.” (p. 1784).

Es importante señalar que los actos realizados de manera libre y voluntaria, suponen la responsabilidad de quienes los ejecutan, razón por la cual las consecuencias recaen directamente sobre los agentes.

Al respecto, manifiesta:

Vázquez (2002), la responsabilidad tiene que ver con la libertad o autonomía del individuo así como con su capacidad de comprometerse consigo mismo y sobre todo, con otros hasta el punto de tener que responder de sus acciones; la responsabilidad, a su vez, implica que todo agente debe hacerse cargo de las consecuencias de sus actos libremente elegidos y decididos (p.166).

El compromiso que adquiere determinada persona al asumir un cargo, involucra la obligatoriedad de respetar las normas establecidas. Al no cumplir aquellos con ésta obligación, deben necesariamente responder por sus actos. En el caso de los servidores públicos, éstos tienen un gran compromiso con la sociedad, pues deben trabajar en beneficio de la colectividad.

Agrega el mencionado autor:

Vázquez (2002), la autonomía personal constituye una condición necesaria de la responsabilidad, de la capacidad de comprometerse consigo mismo y con los demás, es decir, la exigencia de responsabilidades supone compromisos claros y fuertes. En este sentido, si aquellas están bien definidas, no parece difícil establecer el nexo obligaciones-responsabilidades-compromisos. (p.117)

La referencia hecha a la autonomía del individuo es un aspecto importante, que es parte de la estructura del principio de responsabilidad. Los individuos tienen la capacidad de elegir, siendo esa capacidad el fundamento de la libertad; sin embargo existe un límite dentro de esa

libertad de actuación, que se encuentra en el respeto a las normas jurídicas y en general en la obligación de no alterar el orden social.

Con respecto al nexo obligaciones-responsabilidades, es importante resaltar que resulta necesario que las atribuciones, funciones, deberes de los funcionarios públicos estén determinados en la ley para de esta manera establecer la responsabilidad de aquellos en caso de cometer actos contrarios al ordenamiento jurídico. Esta responsabilidad puede ser civil, penal o administrativa de acuerdo con la naturaleza de la infracción cometida.

El Diccionario Jurídico Espasa (2001) define la responsabilidad penal en los siguientes términos:

Es la obligación de estar a las consecuencias jurídicas, predeterminadas por ley, que el ordenamiento señala como consecuencia de la realización de un hecho, comisivo u omisivo, que reviste los caracteres de punible. En suma, se trata de la consecuencia que sobre el sujeto produce la realización de una infracción criminal (p. 1271)

Cuando un individuo comete un delito, debe responder ante la justicia. La sanción la establece la ley; nadie está exento de responsabilidades derivadas de la ejecución de sus actos.

Respecto a este principio dentro de un Estado de Derecho, manifiesta:

Hernández (2012), que la responsabilidad de los funcionarios públicos es una institución esencial en el Estado de Derecho. Poco valdría la definición de las atribuciones y deberes de los agentes públicos, si éstos pudieran impunemente extralimitarse en el ejercicio de las primeras y dejar de observar el cumplimiento de los segundos.

Para evitar las extralimitaciones en el ejercicio de las atribuciones y el incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos, resulta

indispensable que la ley establezca mecanismos eficaces para hacer efectiva la responsabilidad de dichos sujetos, y de esta manera evitar el cometimiento de actos que puedan afectar a la sociedad.

Según el principio en mención, los funcionarios públicos son responsables por los actos ejecutados durante el desempeño de su cargo. Dicho principio aparece por primera vez en la Constitución Ecuatoriana de 1878; el artículo 19 de la Carta Política establecía que los funcionarios públicos eran responsables respecto de los crímenes o delitos que cometieren contra las garantías constitucionales; posteriormente, es recogido por todas las Constituciones ecuatorianas. La Constitución de la República de Ecuador expedida en el año 2008 no es una excepción, pues establece en su artículo 233, inciso primero: “Ningún servidor público está exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones...”

Los funcionarios públicos, al ejercer funciones otorgadas por el Estado, deben orientar sus actuaciones en beneficio de la sociedad, pues es su deber principal trabajar en servicio de la colectividad.

Marco conceptual

- **Acción:** Del latín agere, hacer, obrar. En sus significados generales, acción equivale a ejercicio de una potencia o facultad. Acción denota el derecho que se tiene a pedir alguna cosa o la forma legal de ejercitar éste. En cuanto derecho, consta en las leyes substantivas (códigos civiles, de comercio, penales y demás leyes, reglamentos, etc); en cuanto modo de ejercicio, se regula por las leyes adjetivas (códigos procesales, leyes de enjuiciamiento o partes especiales de textos substantivos también).
En derecho procesal posee esta voz las siguientes acepciones dentro de su disciplina característica: a) como derecho actuado en juicio, que su titular puede ejercer y que el juez debe reconocer y amparar, hasta su plena efectividad, por ser legal y estar probado en sus fundamentos; b) como facultad de requerir la actividad judicial y promover una decisión, c) como demanda, expresión escrita casi sin excepción en la actualidad, donde se pide el amparo jurídico del poder judicial para la pretensión que se deduce, con la exposición de los hechos y los fundamentos legales que el actor estime conveniente. (Diccionario de derecho usual, Guillermo Cabanellas, pg. 36)
- **Acción penal:** La originada por un delito o falta; y dirigida a la persecución de uno u otra con la imposición de la pena que por ley

corresponda. (Diccionario de derecho usual, Guillermo Cabanellas, pg. 50)

- **Carrera Fiscal:** Cuerpo integrado por Fiscales. (Diccionario Jurídico Espasa, 2001)
- **Denuncia:** Acto por el cual se da conocimiento a la autoridad, por escrito o verbalmente, de un hecho contrario a las leyes, con objeto de que ésta proceda a su averiguación y castigo.
En el derecho procesal penal la denuncia es la manifestación que se hace ante la autoridad, o juez, del conocimiento que se tenga de la perpetración de cualquier delito, o falta que dé lugar a la acción penal pública. (Diccionario de derecho usual, Guillermo Cabanellas, pg. 618)
- **Indagación Previa:** Fase pre procesal. Investigación preliminar a la apertura de la instrucción fiscal, siempre que se la considere necesaria.[CITATION Car061 \l 12298]
- **Instrucción Fiscal:** Primera etapa del proceso penal. Corresponde al Fiscal sustanciar esta etapa de investigación en donde se recaban los elementos que fundamenten la acusación fiscal, permitiendo establecer la existencia del delito y la participación del procesado.
- **Ministerio Público:** Órgano encargado de cooperar en la administración de justicia, velando por el interés del Estado, de la sociedad y de los particulares mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, haciendo observar las leyes y promoviendo la investigación y represión de los delitos.
La intervención del Ministerio Público responde a dos fundamentales principios: a) mantener el orden constitucional del Estado en las aplicaciones relativas a las materias en que ha de actuar este ministerio; b) la protección y defensa de las personas y cosas puestas bajo el amparo del poder social, en cuanto se refieran a determinadas funciones de este mismo ministerio. (Diccionario de derecho usual, Guillermo Cabanellas, pg. 712).

El Ministerio Público en Ecuador a partir de las reformas procesales implantadas desde el año 2000, tiene la iniciativa exclusiva de la acción penal pública; función que la ejerce a través de los Fiscales que son parte de dicha Institución.

A partir de la expedición de la Constitución de la República ecuatoriana del año 2008, el Ministerio Público es reemplazado por la Fiscalía General del Estado.

- **Proceso:** Conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, laboral o contencioso administrativo) o para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal), y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y la dignidad de las personas, en todos los casos. (Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal, pg. 157)
- **Proceso penal:** Institución jurídica, única, idéntica, íntegra y legal que teniendo por objeto una infracción, surge de una relación jurídica establecida entre el juez y las partes, y entre éstas, conforme a un procedimiento pre-establecido legalmente y con la finalidad de imponer una pena a los agentes de la infracción. (Jorge Zavala Baquerizo, el Proceso Penal Tomo I, pg. 26)
- **Subrogación:** La subrogación es la acción y efecto de subrogar. El verbo subrogar significa: sustituir; poner a una persona o a una cosa en el lugar que otra ocupaba. Ubicar a un funcionario o empleado en el cargo que desempeñaba otro. A esta clase de subrogación se la denomina subrogación personal. [CITATION Lui091 \l 12298]

Marco legal

La presente investigación se fundamenta en las siguientes disposiciones legales:

- **Constitución de la República**

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Art. 225.- El sector público comprende:

1.- Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

Art. 177.- La función judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos.

Art. 178.- “...La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial...”

Art. 233.- “...Ningún servidor público está exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones...”

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

Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la

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

Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de solemnidades.

Art. 177.- La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

Art. 178.- “...La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial...”

Art. 208.- Serán deberes y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, además de los previstos en la ley:

11.- Designar a la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado, luego de agotar el proceso de selección correspondiente.

Art. 209.- Para cumplir con sus funciones de designación, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social organizará comisiones ciudadanas de selección, que serán las encargadas de llevar a cabo, en los casos que corresponda, el concurso público de oposición y méritos con postulación, veeduría y derecho a impugnación ciudadana.

Las comisiones ciudadanas de selección se integrarán por un delegado de cada Función del Estado e igual número de representantes por las organizaciones sociales y la ciudadanía, escogidos en sorteo público de entre quienes se postulan y cumplan con los requisitos que determinen el Consejo y la Ley. Los candidatos serán sometidos a escrutinio público e impugnación ciudadana. Las comisiones serán designadas por uno de los representantes de la ciudadanía, que tendrá voto dirimente, y sus sesiones serán públicas.

Art. 210.- En los casos de selección por concurso de oposición y méritos de una autoridad, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social escogerá a quien obtenga la mejor puntuación en el respectivo concurso e informará a la Asamblea Nacional para la posesión respectiva.

- **Código Orgánico de la Función Judicial:**

Art. 2.- Este Código comprende la estructura de la Función Judicial; las atribuciones y deberes de sus órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, establecidos en la Constitución y la ley; la jurisdicción y competencia de los jueces y juezas, y las relaciones con los servidores de la Función Judicial y otros sujetos que intervienen en la administración de justicia.

Art. 7.- “ La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley...”

Art. 15, cuarto inciso.- “... Todos los servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus

funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos...”

Art. 19, tercer inciso.- “... Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de los jueces que conozcan la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso....”

Art. 20.- “La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido...”

Art. 21.- “La Función Judicial tiene la misión sustancial de conservar y recuperar la paz social; garantizar la ética laica y social como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico; y lograr la plena eficacia y acatamiento del ordenamiento jurídico vigente.

Todo servidor de la Función Judicial en el desempeño de sus funciones observará una conducta diligente, recta, honrada e imparcial...”

Art. 25.- Los Jueces y Juezas tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.

Art. 38.- Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial:

4.- El Fiscal General del Estado, el Defensor Público General, y los demás servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Fiscalía General del Estado y en la Defensoría.

Art. 39.- Los vocales del Consejo de la Judicatura y las primeras autoridades de los órganos autónomos estarán sometidos al régimen de

designación y fiscalización previsto en la Constitución y en las leyes respectivas.

Art. 40.- Los servidores de la Función Judicial se clasifican en:

2.- Temporales: Aquellos que han sido designados para prestar servicios provisionales en un puesto vacante; para reemplazar a un servidor de la Función Judicial que se halle suspenso en sus funciones mientras no se dicte resolución firme sobre su situación; para sustituir a un servidor durante el tiempo que estuviere de vacaciones, con licencia o asistiendo a programas de formación y capacitación; en caso de que hubiese declarado con lugar la excusa o recusación del juez; o si se requiera atender necesidades extraordinarias o emergentes del servicio de justicia.

Art. 42.- “ Los servidores de la Función Judicial pertenecen a la carrera judicial, de acuerdo con la siguiente clasificación:

3.- Quienes prestan sus servicios como fiscales pertenecen a la carrera fiscal.

Los vocales del Consejo de la Judicatura y sus suplentes, los jueces de la Corte Nacional de Justicia y los conjueces, el Fiscal General del Estado, el Defensor Público General, los notarios y quienes prestan sus servicios en las notarías, así como los servidores que desempeñan labores en que prima el esfuerzo físico sobre el intelectual, no pertenecen a ninguna de estas carreras...”

Art. 43.- Quienes pertenecen a las carreras judicial, fiscal, o de la defensoría pública se rigen por las normas que establecen este Código, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial y los reglamentos.

Art. 46.- En la Carrera Fiscal las categorías se gradúan en orden ascendente, desde el número uno hasta el diez.

El ingreso a la carrera fiscal se hará a categoría uno, de Agente Fiscal o fiscal de adolescentes infractores.

La designación de los representantes de la Fiscalía en cada sección territorial se realizará previo concurso en el cual tendrán derecho a intervenir los fiscales que se hallen por lo menos en la tercera categoría de la carrera.

Art. 47.- El Fiscal Subrogante, sustituirá al Fiscal General del Estado, en caso de ausencia temporal y justificada, y ejercerá las mismas funciones que el titular. Será designado al momento de la elección del Fiscal General del Estado; durará en sus funciones el mismo tiempo que su titular; será nombrado quien ostente el más alto puntaje y categoría de la carrera fiscal.

En caso de ausencia definitiva del Fiscal General del Estado, se procederá a llenar esta vacante en forma inmediata.

Art. 52.- Todo ingreso de personal a la Función Judicial se realizará mediante concurso de público de oposición y méritos, sujeto a procesos de impugnación, control social y se propenderá a la paridad entre hombres y mujeres; a través de los procedimientos establecidos en este Código.

Art. 94.- Cuando un servidor de la Función Judicial sustituyere temporalmente en sus funciones a un superior jerárquico, a más de las propias remuneraciones, tendrá derecho al pago de la diferencia de la remuneración que correspondiere al servidor subrogado. El plazo de esta subrogación no excederá de noventa días.

Art. 102.- “Las prohibiciones y régimen disciplinario que se contiene en este capítulo son aplicables a todos los servidores judiciales, sea que

pertenezcan a las carreras judicial, fiscal, de la defensoría pública, incluida la división administrativa...”

Art. 104.- Los servidores de la Función Judicial serán sancionados por las infracciones disciplinarias que incurrieren en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo regulado en este Capítulo, independientemente de las responsabilidades civiles o penales que hubiere lugar. En cualquier tiempo, de presumirse motivadamente la existencia de un delito de acción pública, se remitirán los antecedentes al Fiscal General del Estado, a los fiscales distritales o agentes fiscales, según corresponda.

Art. 169.- El fuero personal comprende los actos y hechos del funcionario ocurridos o realizados en el desempeño de sus funciones, aun cuando al momento del proceso haya cesado en sus funciones. En consecuencia, los tribunales y juzgados conservarán su competencia para conocer de las causas que se hubieren iniciado contra los funcionarios, autoridades públicas que se sujetaban a fuero en los casos establecidos en la ley, aunque posteriormente hubieren cesado en el cargo, o éste hubiere sido suprimido.

Sin embargo, si el juicio se inició antes de que el funcionario se hubiera posesionado del cargo, se aplicarán las reglas generales y, por lo tanto, el juez que estaba conociendo del mismo conservará la competencia.

Art. 186 “... Se hallan sujetos a fuero de Corte Nacional en materia penal únicamente las autoridades, funcionarios que señalen la Constitución y la Ley...”

Art. 192.- Fuero por delitos de acción pública

“...La Sala de lo Penal conocerá las acciones que, por responsabilidad penal de acción pública se sigan contra... el Fiscal General del Estado...”

“...En estos casos de fuero de Corte Nacional, la investigación pre procesal y procesal penal, así como el ejercicio de la acción penal según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, estarán a cargo del Fiscal General del Estado...”

“...La investigación pre procesal y procesal en contra del Fiscal General, corresponderá al Fiscal General Subrogante...”

Art. 282.- A la Fiscalía General del Estado le corresponde:

1.- Dirigir y promover, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes, en casos de acción penal pública; de hallar mérito acusar a los presuntos infractores ante el Juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Art. 283, tercer inciso.- La designación del Fiscal General del Estado corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y se hará de conformidad al procedimiento que establecen los artículos 209 y 210 de la Constitución de la República. La persona designada se posesionará ante la Asamblea Nacional.

Art. 284.- Compete al Fiscal General del Estado:

1.- Representar judicial y extrajudicialmente a la Fiscalía General

Art. 254.- El Consejo de la Judicatura es el órgano único de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, que comprende: órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos.

El Consejo de la Judicatura es un órgano instrumental para asegurar el correcto, eficiente y coordinado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, autónomos y auxiliares. En ningún caso, el Consejo de la

Judicatura se considerará jerárquicamente superior ni podrá atentar contra la independencia para ejercer las funciones específicas de los Jueces, de los Fiscales y de los defensores públicos.

Art. 261.- El Consejo de la Judicatura ejercerá sus funciones a través de los siguientes componentes estructurales:

- 1.- El Pleno
- 2.- La Presidencia
- 3.- La Dirección General

Art. 262.- El Pleno se integrará con sus cinco miembros o por quienes les sustituyeren.

Será presidido por el Delegado del Presidente de la Corte Nacional de Justicia y, en caso de ausencia o impedimento de este, por su alterno. En caso de ausencia o impedimento de ambos, por el miembro que designe el Pleno. Actuará como secretario del Pleno el Secretario del Consejo o quien le sustituyere.

Art. 264.- Al Pleno le corresponde:

- 1.- Nombrar y evaluar a los jueces y a los conjuces de la Corte Nacional de Justicia y de las Cortes Provinciales, jueces de primer nivel, Fiscales Distritales, agentes fiscales y Defensores Distritales, a la Directora o Director General, miembros de las direcciones regionales, y directores nacionales de las unidades administrativas; y demás servidoras y servidores de la Función Judicial.

- 4.- Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial

- **Código de Procedimiento Penal:**

Art. 10.- El proceso penal será impulsado por el fiscal y el juez, sin perjuicio de gestión de parte.

Art. 19.- La competencia en materia penal nace de la ley.

Art. 32.- Desde el punto de vista de su ejercicio, la acción penal es de dos clases: pública y privada.

Art. 33.- El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al fiscal, sin necesidad de denuncia previa.

El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido, mediante querrela.

Art. 216.- El Fiscal deberá, especialmente:

1.- Recibir las denuncias presentadas por delitos de acción pública

10.- Practicar todas las investigaciones que juzgare necesarias para el esclarecimiento del hecho delictivo y para la fundamentación de la acusación.

Art. 25.- Corresponde al fiscal, según lo previsto en la ley y en este código, dirigir la investigación preprocesal y procesal penal.

De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Si hay varios agentes fiscales en la misma sección territorial, la intervención se establecerá de acuerdo con el reglamento que expedirá la Fiscalía.

Cuando una persona hubiera cometido infracciones conexas de la misma o distinta gravedad en un mismo lugar o en diversos lugares, los fiscales de tales lugares, deberán iniciar instrucción fiscal por separado por cada una de las infracciones.

Art. 26.- El Fiscal que como resultado de la indagación preprocesal o por cualquier otro medio hallare fundamento para imputar a una persona determinada la participación en un delito de acción penal pública, iniciará la instrucción conforme a lo previsto en el artículo 217 y lo comunicará de inmediato al Juez de garantías penales competente. Si hay varios jueces de garantías penales, el fiscal acudirá al juez de garantías penales determinado mediante sorteo.

El fiscal presentará, obligatoriamente, dentro de la fundamentación de su instrucción fiscal, el registro de detenciones detallando los motivos de las detenciones anteriores.

Art. 42.- La persona que conociere que se ha cometido un delito de acción pública, excepto aquella a quien la ley se lo prohíbe, debe presentar su denuncia ante el Fiscal competente.

Art. 19.- La competencia en materia penal nace de la ley.

- **Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana**

Art. 55.- El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para cumplir sus funciones de designación, organizará comisiones ciudadanas de selección que estarán encargadas de realizar el concurso público de oposición y méritos, con postulación, veeduría y derecho a la impugnación ciudadana para la designación de las siguientes autoridades: Defensor del Pueblo, Defensor Público, Fiscal General del Estado, Contralor General del Estado y miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura, y las demás necesarias para designar a las y los miembros de otros cuerpos colegiados de las entidades del Estado de conformidad con la Constitución y la ley.

Art. 55.- Todas las designaciones tanto de autoridades como de representantes ciudadanos que se deleguen al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social se harán a través de los procesos de selección por medio de las comisiones ciudadanas que deberán conformarse para el efecto, excepto para designar a las autoridades que provienen de ternas presentadas por la Presidenta o Presidente de la República.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

1. Diseño de la investigación

La presente investigación se basa en un diseño con un enfoque cualitativo, que permite indagar de forma flexible, logrando relacionar las respuestas obtenidas a través de las herramientas y métodos de investigación con la teoría para de esta manera presentar soluciones al problema planteado.

A través de este diseño, se busca comprender la perspectiva de los sujetos que son parte de un grupo específico de la sociedad, acerca de las situaciones que los rodean, profundizar sus experiencias, opiniones.

1.1 Tipo de investigación

El presente trabajo consiste en una investigación aplicada, pues está encaminada a la resolución de problemas prácticos.

1.2 Novedad

El cambio que se produce en Ecuador a partir del año 2000, en cuanto al sistema procesal penal, convierte al Ministerio Público en una institución cuyos funcionarios (Fiscales) adquieren un papel protagónico dentro del proceso penal, asignándole la tarea de ejercer exclusivamente la acción penal pública.

A partir de la expedición de la Constitución Ecuatoriana del año 2008, el Ministerio Público se convierte en la Fiscalía General del Estado, órgano autónomo de la Función Judicial

Sin embargo, a la Fiscalía General no se la ha dotado de una Ley Orgánica Funcional que contemple aspectos tan importantes como la designación de fiscales subrogantes. Adicionalmente, el Código Orgánico de la Función Judicial no contempla aspectos importantes que deben ser regulados.

Al haberse presentado en el Ecuador un caso poco común en el año 2013, en el que un ciudadano, denuncia tanto al Fiscal General titular como al Subrogante por la presunta comisión de un delito de acción pública, se refleja un vacío legal por no estar contemplada esta situación en el Código Orgánico de la Función Judicial.

1.3 Viabilidad

A través de la propuesta de reforma al Código Orgánico de la Función Judicial se puede subsanar el vacío legal existente con respecto al juzgamiento tanto del Fiscal General como del Subrogante por la presunta comisión de un delito de acción pública, estableciéndose el mecanismo legal para la designación del funcionario que deba sustanciar la primera etapa del proceso penal en el caso planteado.

2. Población y muestra

2.1 La población objeto de investigación está constituida por Fiscales, Jueces de la Corte Provincial del Guayas, y ex funcionarios de la Función Judicial.

2.2 Para efectos de la recolección de la información se tomó una muestra de Fiscales que trabajan en diferentes Unidades de la Fiscalía del Guayas, Jueces penales y ex magistrados de la Corte Provincial del Guayas.

3. Instrumentos, herramientas y procedimientos de investigación

3.1 Los instrumentos de recolección de información utilizados para la elaboración de la presente investigación fueron:

a) Entrevistas: A través de este instrumento se estableció contacto directo con las personas que se consideraron fuente de información.

Mediante entrevistas semiestructuradas ,con un grado de flexibilidad tanto en el formato como en el orden y los términos de realización de la misma para las diferentes personas a quienes fueron dirigidas, se obtuvo información útil para el desarrollo de la investigación.

b) Análisis de documentos: A través del análisis de material impreso se obtuvo información importante para la elaboración del marco teórico.

c) Internet: Esta herramienta de recolección de información permitió encontrar datos relevantes, que forman parte de la presente investigación.

3.2 Procedimientos de investigación

Para la elaboración de la investigación se siguieron los pasos que se detallan a continuación:

a) Definir el problema y establecer de manera clara los objetivos

b) Seleccionar población o muestra objeto del estudio

c) Definir las técnicas de recolección de información

d) Implementar técnicas de recolección de información y organizar datos obtenidos.

e) Recolectar la información procedente de las diversas fuentes, procesarla, para su posterior descripción, análisis y discusi

CAPITULO IV

PROPUESTA DE MEJORAMIENTO DE LA SITUACIÓN PRÁCTICA

1.- Conclusiones y recomendaciones

Después de un análisis de la Legislación Ecuatoriana relativa al Ministerio Público (Fiscalía General del Estado), de la evolución de esta Institución y de la doctrina que la sustenta, así como de los diversos criterios emitidos por personas que han estado y están vinculadas con la administración de justicia en el país, se concluye:

- Existe un vacío legal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto al mecanismo para el enjuiciamiento penal por delitos de acción pública del Fiscal General de la Nación y su Subrogante, ya que el artículo 192 del Código Orgánico de la Función Judicial no contempla esta situación; por lo tanto, esta falencia estaría afectando a los principios de seguridad jurídica y de responsabilidad de los funcionarios públicos, consagrado en el art. 233 de la Constitución de la República.
- No obstante que el Código Orgánico de la Función Judicial establece que el Fiscal General del Estado es un servidor judicial que integra la Función Judicial (art. 38, cuarto inciso), dicho cuerpo legal excluye a este funcionario de la carrera fiscal y por lo tanto del régimen disciplinario al que están sometidos los funcionarios de carrera; produciéndose un desdoblamiento de la estructura de la Fiscalía.

- Es necesario dictar una Ley Orgánica de la Fiscalía, que reemplace a la derogada Ley Orgánica del Ministerio Público, vigente hasta su derogatoria expresa por el Código Orgánico de la Función Judicial, en la que se contemple no solo la estructura orgánico funcional de esta Institución sino todas las atribuciones de cada uno de los funcionarios que la integran.
En esta nueva Ley que se dicte debería contemplarse también un mecanismo idóneo para la designación de fiscales subrogantes, que reemplacen a los titulares cuando éstos se encuentren inhabilitados, tomando en consideración el principio de imparcialidad.
- Siendo la Fiscalía un órgano perteneciente a la Función Judicial, al producirse el vacío legal referente a la falta de un Fiscal Subrogante, sería congruente que el funcionario que transitoriamente deba reemplazar al titular sea nombrado por el Pleno del Consejo de la Judicatura mediante sorteo entre los Fiscales Distritales del país.
Esta designación garantizaría la aplicación del principio de imparcialidad que podría resultar lesionado si el propio Fiscal General siguiera designando, como lo hacía antes, a los Fiscales Distritales.
- Queda descartada la posibilidad de que el nombramiento de un Fiscal transitorio que subroge al Fiscal General lo realice el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, por las siguientes consideraciones:
 - a) Este Organismo tiene únicamente la facultad para designar al Fiscal General Titular.
 - b) Se trata de la designación de un funcionario para un proceso determinado, por lo que su nombramiento debe ser inmediato al momento de producirse el conflicto, para que el accionar de la justicia sea oportuno.
- Un nombramiento sujeto a un trámite muy largo retardaría la administración de justicia con el peligro de que una infracción quede en la impunidad.

2.-Propuesta

En base al estudio realizado y desarrollado en el presente trabajo, en vista del vacío legal señalado, se hace necesario hacer una reforma al

Código Orgánico de la Función Judicial, en los artículos 192 y 264, referentes al fuero de Corte Nacional por delitos de acción pública del Fiscal General y a las funciones del Pleno del Consejo de la Judicatura, respectivamente.

La Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial establecería lo siguiente:

- “A continuación del inciso tercero del artículo 192 agréguese:
En caso de que el Fiscal General y su Subrogante sean sujetos de una investigación pre procesal y procesal, el Consejo de la Judicatura nombrará un nuevo Fiscal Subrogante, en la forma establecida en el artículo 264 de este Código.”
- “A continuación del numeral primero del artículo 264 agréguese el siguiente texto:
En caso de que el Fiscal General y su Subrogante sean sujetos de una investigación pre procesal y procesal, designar mediante sorteo de entre los Fiscales Distritales del País a un nuevo Fiscal Subrogante que se encargue de dirigir la correspondiente investigación con las atribuciones señaladas en el Código de Procedimiento Penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cortina, J. M. (2003). Oralidad, Justicia Alternativa, y el Ministerio Fiscal Español . En J. A. Lucas, *Oralidad en el Proceso y Justicia Penal Alternativa*. México D.F : Instituto Nacional de Ciencias Penales, págs. 231-360

Cousino, R. d. (1999). Doctrina, estudios, notas y comentarios. El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal Chilena. *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, pg. 110.

- Cueva Carrión, L. (2013). *El Debido Proceso*. Quito : Ediciones Cueva Carrión, págs. 54-57
- Devis, H. (1985). *Compendio de Derecho Procesal* . Bogotá: Editorial ABC, pág. 150
- Devis, H. (1985). *Compendio de Derecho Procesal* . Bogotá: Editorial ABC, pág. 110
- Diccionario Jurídico Espasa*. (2001). Madrid: Espasa, pág. 1271
- Durán, E. (1992). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Edino, pág. 21
- Fiscalía General del Estado Ecuador. (24 de Octubre de 2011). *Quienes Somos: historia*. Recuperado el 15 de Septiembre de 2013, de <http://www.fiscalia.gob.ec/index.php/quienes-somos/historia.html>
- Guerrero, W. (2001). *Sistemas Procesales*. Quito : Pudeleco Editores, pág. 31
- Hernandez, L. (2 de Junio de 2012). *La Responsabilidad del Funcionario Público: Temas de Derecho*. Obtenido de Temas de Derecho: <http://temasdederecho.wordpress.com/2012/06/02/la-responsabilidad-del-funcionario-publico/>
- Leon, M. A. (1986). *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal*. México D.F: Porrúa S.A, pág. 94
- López, J. (2004). El Proceso Penal . En J. L. Quiroga, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra : Arazandi, págs. 311-314
- López, J. (2004). El Proceso Penal . En J. L. Quiroga, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra : Arazandi, págs. 311-314
- López, J. (2004). La seguridad jurídica . En J. L. Quiroga, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra: Arazandi, págs. 75-77

- López, J. (2004). Los principios del proceso penal. En J. López, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra: Thomson Aranzadi, págs. 319-343
- Martínez, R. (1999). *Aspectos Constitucionales del Ministerio Fiscal*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 37-45
- Pozo, C. (2006). *Práctica del Proceso Penal*. Quito : Digitales Abya-Yala.
- Rico, J. M. (1997). *Justicia Penal y Transición Democrática en America Latina*. México D.F: Siglo Veintiuno Editores .
- Riofrío, J. (2007). El Contenido Esencial del Derecho Fundamental a la Seguridad Jurídica. En J. Puig, A. Chavez, C. Riofrío, P. Álvarez, & M. Benitez, *Seguridad Jurídica*, Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones, págs. 2-46
- Roxin, C. (2008). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l. págs. 314-316
- Zambrano, A. (2005). *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Guayaquil : Corporacion de Estudios y Publicaciones, págs. 1-9
- Zavala, J. (1989). *El Proceso Penal*. Bogotá: Edino, pág. 109
- Zavala, J. (2002). *El Debido Proceso Penal*. Guayaquil: Edino, pág. 39
- Zavala, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Edino ,págs. 409-411

ANEXO 1

CUESTIONARIO GUÍA DE ENTREVISTA

Investigador: Michelle Félix

Fecha: Septiembre 16 de 2013

Entrevistado: María Leonor Jiménez de Viteri

Título Profesional: Abogada

Cargos desempeñados: Juez de lo Civil, Juez de lo Penal, Presidenta de la Corte Provincial del Guayas (2010)

Tiempo que trabajó en la Función Judicial: 22 años

Teléfono: 0998873268

1.- ¿Qué opina usted sobre el papel de la Fiscalía en los procesos penales en el Ecuador?

La Fiscalía fue concebida como la rectora de la investigación en los procesos penales en el Ecuador con mucha esperanza pero al momento parecen los Fiscales o al menos en algunos sectores o algunos de ellos creer, al punto que lo dicen “yo soy el dueño del proceso”; cuando uno como abogado está interviniendo en alguna etapa sea la preprocesal o la procesal y quiere dar alguna indicación que es de orden procesal ni siquiera le permiten hablar al abogado. También he oído de algunos Jueces preocupados, que el Fiscal, como él dice que es el dueño del proceso, cuando van a hacer la audiencia ya sea de formulación de cargos y más grave aun cuando van a hacer la audiencia de formulación de dictamen o preparatoria de juicio, lleva escrito, y estudiado todo lo que

va a decir en ese momento y a sostener como su punto de vista y muchas veces lo que sostienen no corresponde a la realidad procesal que uno ha visto como abogado.

2.- ¿En base a su experiencia, considera usted que el sistema acusatorio implementado por nuestra legislación procesal penal a partir del año 2000 ha permitido que se cumplan los postulados del debido proceso?

No, penosamente tengo que decir que no. En este momento está en el país una organización que se llama Due process of law Foundation; ellos han manifestado que el nuevo procedimiento no se ajusta a los preceptos constitucionales en cuanto a la praxis, tenemos así que la Constitución habla en el art 195 de un principio de mínima intervención penal, y sin embargo lo que vemos aplicado no concuerda con dicho principio.

En el caso de la prisión preventiva; se supone que se la puede dictar en el momento que el Juez considere que hay peligro de que el procesado pueda no presentarse al juicio; hay abuso de la prisión preventiva. Las garantías del debido proceso no son respetadas en algunos casos.

3.- ¿Cree usted que hace falta alguna normativa para regular el funcionamiento de la Fiscalía?

Si, creo que si. Ahora que los fiscales están bajo la misma dirección que los Jueces, que son controlados por el Consejo de la Judicatura, creo que ellos necesitan una legislación aparte o todo un capítulo destinado a ellos y no simplemente disposiciones diluidas en medio de disposiciones genéricas del Código Orgánico de la Función Judicial. Creo que necesitan legislación especial.

4.- ¿Existe en nuestro sistema legal una norma que establezca el procedimiento para la designación de un Fiscal que reemplace al Fiscal General y a su subrogante en caso de que ambos funcionarios sean enjuiciados por un mismo delito?

No pues, es comprobable al revisar las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial sobre el fuero de delitos de acción pública, art. 192, no prevé el caso; solamente dice que la investigación en contra del Fiscal General corresponderá al Fiscal General subrogante.

5.- En su opinión, ¿Cuál sería el funcionario competente para dirigir la investigación preprocesal y procesal penal en el caso de que tanto el Fiscal General como el Subrogante estén inhabilitados para ejercer dichas funciones? ¿Cuál sería el procedimiento para su designación?

Creo que considerando el principio de inmediación, es decir la inmediación entre el procesado y su juzgador y viendo que la ley no prevé esta situación, habría que seguir los principios generales de procedimiento penal respecto de la jurisdicción y la competencia. Creo que en el caso de que ambos, Fiscal General principal y Subrogante estén procesados le correspondería conocer desde esta perspectiva al Fiscal Provincial de Pichincha puesto que los Jueces de estos Fiscales son los Jueces de la Corte Nacional. Sería mucho mejor si se hace una reforma al respecto.

6.- En su opinión, ¿Qué consecuencias trae para la administración de justicia la falta de una norma que regule la situación planteada?

Desconcierto y eso puede generar impunidad e injusticia y funcionarios privilegiados porque la Constitución declara muy explícitamente que no hay funcionario público sin responsabilidad, y ellos serían los únicos funcionarios que por carecer de una normativa específica que diga quienes deben ser sus investigadores, no podrían ser investigados y por lo tanto juzgados penalmente.

7.- ¿Considera usted procedente que el Consejo de la Judicatura como Órgano de administración de la Función Judicial pueda designar un Fiscal temporal en el caso de que tanto el Fiscal General titular como el subrogante se encuentren inhabilitados?

El Consejo de la Judicatura, a mi juicio, y es mi opinión basada en mi experiencia, se convirtió de pronto en un timón que puede ser movido para cualquier dirección que el ejecutivo quiera en el momento adecuado y eso significa un manejo de todos los Jueces del país y de todos los Fiscales del país.

Yo creo que el Consejo de la Judicatura debería en ese caso abrir un concurso inmediatamente; pienso que no deberían nombrar a dicho funcionario directamente por una acción de personal, como hacen con cualquier judicial, a un Fiscal que va a actuar en un caso de semejante envergadura.

Deberían en ese momento hacer un concurso de emergencia o escoger entre los Fiscales Regionales al que mejor perfil tenga, el que mejor resultados esté dando. Eso es un vacío legal.

ANEXO 2

CUESTIONARIO GUÍA DE ENTREVISTA

Investigador: Michelle Félix

Fecha: Septiembre 17 de 2013

Entrevistado: Sandra Morejón

Título Profesional: Abogada

Cargo: Fiscal séptimo Unidad de Delitos contra la Fe Pública

Tiempo de trabajo en la Institución: 7 años

Teléfono: 0994259294

1.- ¿Qué Ley establece la estructura orgánico funcional de la Fiscalía?

El Código Orgánico de la Función Judicial.

2.- ¿Cuál es el mecanismo legal para la designación del Fiscal General Subrogante?

El Código Orgánico no establece como se designa al Fiscal General Subrogante, pero lo que se acostumbra es que el Fiscal General designe a su subrogante.

3.- ¿Existe en nuestro sistema legal una norma que establezca el procedimiento para la designación de un Fiscal que reemplace al Fiscal General y a su subrogante en caso de que ambos funcionarios sean enjuiciados?

No, lo que está establecido es que el Fiscal General tiene que ser designado por un concurso de oposición y méritos y por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

No existe una disposición que establezca quien debe reemplazar a ambos funcionarios en caso de que se encuentren enjuiciados.

4.- En su opinión, ¿Cuál sería el funcionario competente para dirigir la investigación pre procesal y procesal en caso de que tanto el Fiscal General como el Subrogante estén inhabilitados para ejercer dichas funciones? ¿Cuál sería el procedimiento para su designación?

El funcionario podría ser un Fiscal de la ciudad de Quito y podría ser de la Unidad de Administración Pública, el más antiguo.

El procedimiento podría ser encargar a un Fiscal independiente para que haga la investigación preprocesal y procesal penal.

5.- No existiendo una norma expresa que permita solucionar este vacío, ¿En qué sentido orientaría usted una reforma?

Agregaría en el art. 192 del Código Orgánico de la Función Judicial, que en caso de que ambos Fiscales sean enjuiciados, conocerá el Fiscal de la Unidad de Administración Pública.

6.- ¿Qué consecuencias trae para la administración de justicia la falta de una norma que regule la situación planteada?

Existe un vacío legal que debe ser cubierto de manera rápida y oportuna; de no hacerlo se afectaría la tutela judicial efectiva.

7.- ¿Considera usted procedente que el Consejo de la Judicatura como órgano de administración de la Función Judicial pueda designar un Fiscal que dirija la investigación preprocesal y procesal penal iniciadas contra el Fiscal General y el Subrogante?

Sí, creo que el Consejo de la Judicatura es el ente que debe nombrar a los Fiscales; así como ahora lo está haciendo, ha convocado por primera vez a un concurso para formar el banco de elegibles de los Fiscales, antes no había esto.

ANEXO 3
CUESTIONARIO GUÍA DE ENTREVISTA

Investigador: Michelle Félix

Fecha: Septiembre 17 de 2013

Entrevistado: Cecilia Rodríguez

Título Profesional: Abogada

Cargo: Fiscal Primero Unidad de Soluciones Rápidas

Tiempo de trabajo en la Institución: 11 años

Teléfono: 0997449174

1.- ¿Qué ley establece la estructura orgánico funcional de la Fiscalía?

En este momento el Código Orgánico de la Función Judicial

2.- ¿Cuál es el mecanismo legal para la designación del Fiscal General Subrogante?

El Fiscal subrogante lo elige el Fiscal General, puede ser de sus asesores o puede ser de su grupo de Fiscales. No existe una norma que así lo establezca, sin embargo esto se lo ha hecho en la práctica.

3.- ¿Cree usted que hace falta una ley para regular el funcionamiento de la Fiscalía?

Sí, porque hay muchos aspectos que quedan en el aire, como por ejemplo la designación del Fiscal General subrogante, que es muy importante.

4.- ¿Cuál es su opinión respecto de que la Fiscalía sea parte de la Función Judicial?

Personalmente no estoy de acuerdo porque eso ha establecido muchos límites al Fiscal, tanto en la parte investigativa como en la parte funcional.

5.- ¿Existe en nuestro sistema legal una norma que establezca el procedimiento para la designación de un Fiscal que reemplace al Fiscal General y a su subrogante en caso de que ambos funcionarios sean enjuiciados por un mismo delito?

No, no existe.

6.- En su opinión, ¿Cuál sería el funcionario competente para dirigir la investigación pre procesal y procesal en caso de que tanto el Fiscal General como el subrogante estén inhabilitados para ejercer dichas funciones? ¿Cuál sería el procedimiento para su designación?

Pienso que el Consejo de la Judicatura debería seleccionar de entre varios Fiscales, a uno que conozca el proceso.

7.- No existiendo una norma expresa que permita solucionar este vacío, ¿En qué sentido orientaría usted una reforma y en base a qué principios constitucionales?

Una reforma al Código Orgánico de la Función Judicial. En base al principio de independencia interna y externa que debe regir entre los poderes.

8.- En su opinión, ¿Qué consecuencias trae para la administración de justicia la falta de una norma que regule la situación planteada?

Que en un momento dado se estancaría cualquier denuncia, cualquier trámite porque no tenemos el funcionario competente.

9.- ¿Considera usted procedente que el Consejo de la Judicatura, como órgano de administración de la Función Judicial, pueda designar a un Fiscal que dirija la investigación procesal y procesal iniciadas contra el Fiscal General y su subrogante?

Si, en base a que en este momento la Fiscalía se rige por lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial, porque es parte de la Función Judicial, y el Consejo de la Judicatura es el máximo organismo de administración.

ANEXO 4

CUESTIONARIO GUÍA DE ENTREVISTA

Investigador: Michelle Félix

Fecha: Septiembre 17 de 2013

Entrevistado: Ana Ramos

Título Profesional: Abogada

Cargo: Fiscal Sexto Unidad de Delitos contra la Administración Pública

Tiempo de trabajo en la Institución: 17 años

1.- ¿Qué ley establece la estructura orgánico funcional de la Fiscalía?

Actualmente, al ser la Fiscalía un órgano autónomo de la Función Judicial, la ley que regula su funcionamiento es el Código Orgánico de la Función Judicial.

2.- ¿Cuál es el mecanismo legal para la designación del Fiscal General Subrogante?

Se lo elige mediante un concurso de oposición y méritos. El Fiscal General lo designa, así se lo ha hecho en la práctica.

3.- ¿Existe en nuestro sistema legal una norma que establezca el procedimiento para la designación de un Fiscal que reemplace al Fiscal General y a su subrogante en caso de que ambos funcionarios sean enjuiciados por un mismo delito?

No, al momento no existe una disposición legal que contemple esta situación.

4.- En su opinión, ¿Cuál sería el funcionario competente para dirigir la investigación pre procesal y procesal en caso de que tanto el Fiscal General como el subrogante estén inhabilitados para ejercer dichas funciones? ¿Cuál sería el procedimiento para su designación?

Considero que podría haber dos opciones para designar a dicho funcionario:

a) Que el Pleno del Consejo de la Judicatura lo designe por sorteo o algún otro mecanismo legal, entre los Fiscales Provinciales del País, tomando en consideración su antigüedad, su formación académica, y el puntaje obtenido en el concurso de oposición y méritos.

b) Que lo designe el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, eligiendo al que mejor puntaje obtuvo en el concurso de oposición y méritos.

5.- En su opinión, ¿Qué consecuencias trae para la administración de justicia la falta de una norma que regule la situación planteada?

Puede constituir un obstáculo para la administración de justicia al no existir un funcionario que deba dirigir la investigación pre procesal y procesal penal.

ANEXO 5
CUESTIONARIO GUÍA DE ENTREVISTA

Investigador: Michelle Félix

Fecha: Septiembre 17 de 2013

Entrevistado: Francisco Freire

Título Profesional: Abogado

Cargo: Fiscal Quinto Unidad de Delitos contra la Administración Pública

Tiempo de trabajo en la Institución: 16 años

1.- ¿Qué ley establece la estructura orgánico funcional de la Fiscalía?

Como órgano de la Función Judicial, es el Código Orgánico de la Función Judicial.

2.- ¿Cuál es el mecanismo legal para la designación del Fiscal General Subrogante?

Lo designa el Fiscal General del Estado, de entre sus asesores.

3.- ¿Existe en nuestro sistema legal una norma que establezca el procedimiento para la designación de un Fiscal que reemplace al Fiscal General y a su subrogante en caso de que ambos funcionarios sean enjuiciados por un mismo delito?

No existe dicha norma.

4.- En su opinión, ¿Qué consecuencias trae para la administración de justicia la falta de una norma que regule la situación planteada?

La imposibilidad de juzgar a dichos funcionarios.

5.- ¿Considera usted procedente que el Consejo de la Judicatura como órgano de administración de la Función Judicial pueda designar un Fiscal que dirija la investigación preprocesal y procesal penal iniciadas contra el Fiscal General y el Subrogante?

Existiendo este vacío legal, bien podría el Consejo de la Judicatura hacer esa designación, ya que es el máximo organismo de administración de la Función Judicial y la Fiscalía pertenece a la Función Judicial.