

**ABUSO PROCESAL EN EL DERECHO PROCESAL PENAL:  
DETENCIÓN INVESTIGATIVA Y SOLICITUD DE PRISIÓN PREVENTIVA<sup>1</sup>**

**ABUSE OF PROCEDURE IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW:  
INVESTIGATIVE DETENTION AND PREVENTIVE PRISON REQUEST**

Alejandro Baño Salcedo<sup>2</sup>  
alebanosal@gmail.com

**RESUMEN**

El ensayo busca analizar el límite al poder punitivo de la Fiscalía a través de la dimensión axiológica del ordenamiento garantista. Fundándose en el particular caso de la detención investigativa e inmediata solicitud de formulación de cargos con fines de prisión preventiva, el trabajo pretende mostrar la existencia del “ilícito atípico” de la Fiscalía. La problemática pretende abordarse desde la aplicación del principio de la buena fe y lealtad procesal, concretizados en la Teoría del Abuso del Derecho y la Teoría del Abuso Procesal.

**ABSTRACT**

The present essay analyzes the limits to the prosecutor’s punitive power, through the axiological dimension of the guarantee-based system. It focuses on the particular case of investigative detention with the immediate filing of charges against defendants, seeking their preventive detention. This paper aims to prove the existence of an “atypical unlawful act” by the Prosecutor’s Office. This paper addresses the problem by applying the principles of good faith and procedural loyalty, contained on the “Abuse of Right” and “Abuse of Procedure” Theories.

**PALABRAS CLAVES**

Fiscalía, abuso del derecho, abuso procesal, detención con fines investigativos, formulación de cargos.

**KEYWORDS**

Prosecutor’s Office, Abuse of Right, Abuse of Procedure, Investigative Detention, Preventive Prison.

Fecha de lectura: XX de XXXXX de 2020

Fecha de publicación: XX de XXXXX de 2020

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Ernesto Albán Ricaurte.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2.FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y GARANTISMO.- 2.1 EL ROL FISCAL EN EL SISTEMA DE GARANTÍAS.- 2.2 GARANTÍA NORMATIVA COMO LÍMITE AL PODER FISCAL.- 2.2.1 LOS PRINCIPIOS.- 2.2.2 LAS REGLAS.- 3. LA PROBLEMÁTICA ABUSIVA.- 3.1 CASOS FÁCILES Y DIFÍCILES 3.2 UN CASO DE ESTUDIO: DETENCIÓN INVESTIGATIVA Y PRISIÓN PREVENTIVA.- 4. EL BOSQUEJO DE LA LIMITACIÓN AXIOLÓGICA.- 4.1 ILÍCITO ATÍPICO Y SU SOLUCIÓN.- 4.2 LA BUENA FE Y LA BUENA FE PROCESAL.- 4.3 EL ABUSO DEL DERECHO Y EL ABUSO PROCESAL.- 4.4 CONSECUENCIAS DE LA CONDUCTA ABUSIVA.- 5. CONCLUSIONES.-

### 1. Introducción

La Fiscalía General del Estado es un organismo que ocupa el lugar protagónico del ordenamiento procesal penal. Maneja la investigación y direcciona buena parte de todo el aparataje punitivo del Estado. Existiendo un poder tan amplio como el de este organismo, es indispensable explorar los diversos límites que el ordenamiento podría tener para el ejercicio de este poder. Particularmente a ese objetivo se dirige el presente ensayo.

La sección “FGE y garantismo” busca describir al organismo persecutor público y ubicar el particular rol que tendría en el modelo garantista. Entender que Fiscalía es una garantía de la víctima limitada por el valor estructural de defensa del más débil, el sistema acusatorio adversarial y la igualdad de armas, permitirá entender el fundamento de sus limitaciones axiológicas. A continuación, conocido el plano y cimiento del ordenamiento, se hace particular énfasis en las estructuras que limitan el actuar de la Fiscalía: reglas y principios. Se establece la existencia de principios regulativos en el ordenamiento penal y la ventaja de un procedimiento reglado en el mismo.

La sección “La problemática abusiva” pretende plantear la problemática de la insuficiencia de las reglas para limitar el poder punitivo. Se establece la existencia de criterios de discrecionalidad de Fiscalía que podría generar efectos incompatibles con el sistema de garantías. Para el efecto, se presenta el caso de estudio referido a la detención con fines investigativos y la sucesiva formulación de cargos con solicitud de prisión preventiva. Siendo el uso de esta medida ampliamente criticada, corresponde analizar uno de sus problemas: el modo en que Fiscalía llega fundamentar y poner en práctica tal solicitud.

La sección “El bosquejo de la limitación axiológica” pretende establecer la existencia de valores del ordenamiento que limitan la discrecionalidad del poder fiscal. Se aborda la identificación del ilícito atípico, su relación con las lagunas axiológicas y la posible solución con la derrotabilidad normativa a través del principio de buena fe y lealtad procesal, concretizados en las reglas de conducta de la Teoría del Abuso del Derecho y del Abuso del Proceso.

## 2. Fiscalía General del Estado y garantismo

### 2.1 El rol fiscal en el sistema de garantías

Los derechos subjetivos se conciben como expectativas negativas o positivas a los que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión) por parte del Estado, adscritas a un sujeto por una norma jurídica<sup>3</sup>. Respecto de estos derechos, como lo establece la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), el Estado tiene el máximo deber de respetarlos y hacerlos respetar<sup>4</sup>, de ahí que surge el imperativo de generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio<sup>5</sup>. Se concibe entonces al Leviathan con el fin primordial de garantizar derechos<sup>6</sup>, y a su aparataje como el medio para hacerlo, pues: “[l]os órganos del poder público no solo deben precautelar los derechos fundamentales al momento de establecer una política o una norma jurídica, sino que el Estado debe organizar todo su aparato institucional para garantizar que estos derechos se hagan efectivos”<sup>7</sup>.

Partiendo de este punto ¿cómo habría de establecerse la tutela de derechos, cuando por medio existe la complejidad de conflicto penal? Bajo el razonamiento de Ferrajoli, el sistema garantista se constituye con dos tipos de “técnicas con las que se tutelan y satisfacen derechos”<sup>8</sup>: primarias y secundarias<sup>9</sup>. Las primeras se refieren a obligaciones o prohibiciones emanadas del Estado a través de la norma, en un ámbito por así decirlo abstracto; y las segundas, referidas a la anulación o sanción del acto que haya violado la primera, en un ámbito más pragmático. Siguiendo al mismo autor ya en materia penal, y a modo de ejemplo, la garantía primaria del derecho a la propiedad es el reconocimiento positivo del derecho y su tutela a través de la tipificación de los delitos patrimoniales; la garantía secundaria consistirá en procesar a quien ha cometido el acto que afectó el derecho garantizado<sup>10</sup>. Sin embargo, ¿cómo diferenciar a quién debe dársele esta tutela particular dentro del proceso penal, más aún si este se mira como garantía activa y pasiva a la vez?

---

<sup>3</sup>Ver, Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales y crítica del derecho”, *Epistemología Jurídica y Garantismo* (2008), 19.

<sup>4</sup> Ver, Artículo 11 Numeral 9, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

<sup>5</sup> *Id.*, Artículo 11 Numeral 8.

<sup>6</sup> *Id.*, Artículo 3 Numeral 1.

<sup>7</sup> Asamblea Constituyente de la República del Ecuador, Acta No. 084, sesión de 13 de julio de 2008, 142.

<sup>8</sup> Luigi Ferrajoli. *Los derechos y sus garantías*, (Madrid: Trotta, 2016), 13.

<sup>9</sup> Ver, Luigi Ferrajoli, *El paradigma Garantista* (Madrid: Trotta, 2018), 25.

<sup>10</sup> *Id.*

Ferrajoli ha ubicado con claridad quién es el más débil en cada momento jurídico-procesal como directivo para el fin garantista del Estado: 1) cuando se está cometiendo el delito, la persona más débil es la víctima; 2) cuando se está deteniendo, investigando o procesando, la persona más débil es el sospechoso, el procesado o el acusado. En el cometimiento del delito es necesaria la protección a la víctima, y de ahí en adelante hasta finalizar el proceso penal. Ya en el procedimiento, la policía, el fiscal y los jueces pueden limitar y tener injerencia en los derechos fundamentales del imputado<sup>11</sup>. De modo que, dependiendo del momento que se analice, existen dos casos en los que hay un débil que requiere protección.

Para el primer caso, en donde un bien jurídico es presuntamente vulnerado por el cometimiento de un delito, el Estado debe brindar garantías y protección especial, traducidas en “mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado”<sup>12</sup>. El mecanismo propuesto se complementa con la existencia de un órgano público que tutele esos derechos a través del manejo y cause de la investigación procesal y preprocesal<sup>13</sup>. En palabras de la Corte Constitucional del Ecuador, y en atención al artículo 195 de la CRE, la Fiscalía: “es el órgano constitucional que posee el monopolio de la acción penal pública, que atiende el interés público y los derechos de las víctimas”<sup>14</sup>.

Para el segundo caso, frente a la imputación informal de la víctima y formal de la Fiscalía (ambos como sujetos procesales<sup>15</sup>), el imputado necesita un contrapeso que garantice sus derechos. Para el efecto, el Estado preverá mecanismos y garantías básicas recogidas en el artículo 76 y 77 de la Carta Magna. Su garantía primaria será el reconocimiento de derechos en la norma, mientras que su garantía secundaria será la efectivización de estos, a través del procedimiento penal y las normas que lo componen. Así también, el equivalente a la garantía institucional de la Fiscalía General del Estado para la víctima, será la defensa como parte procesal -en sentido estricto- y separado del procesado<sup>16</sup>.

De los dos supuestos expuestos, las víctimas y los victimarios tienen derechos en conflicto dentro de la dinámica penal. Luego, frente a su fundamento garantista, el Estado

---

<sup>11</sup> Ver Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Trotta, 1995), 335.

<sup>12</sup> Artículo 78, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>13</sup> *Íd.*, Artículo 195.

<sup>14</sup> Sentencia No. 5-12-IN/19, Corte Constitucional del Ecuador, 2 de julio de 2019, párr. 37

<sup>15</sup> Ver, Artículo 439, Código Orgánico Integral Penal, COIP, R.O. 180, 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. 107 de 24 de diciembre de 2019.

<sup>16</sup> *Íd.*

deberá encontrar la forma de equilibrar la efectividad en el tutelar de los derechos de la víctima, como del tutelar los derechos de sobre quien recae el sistema punitivo. Existen diferentes puntos de vista, teorías y pretensiones que se contraponen a lo largo de todo el procedimiento penal. Se constituye entonces un modelo de constante refutación que tiende a ser más horizontal y en donde: “[...] las decisiones son frutos de procesos de decisión, en los que varios puntos de vista aportan para tener mejores elementos para llegar una solución más justa. De esto se trata precisamente el modelo adversarial acusatorio”<sup>17</sup>. De modo que, en nuestro ordenamiento existe un ejercicio (generalmente) contradictorio en el sistema y en base a cuatro sujetos procesales: fiscalía, víctima, procesado y defensa.

La contradicción generada sobre la dinámica acusatoria y adversarial constituye un primer límite estructural a la potestad o poder fiscal. Aunque la Fiscalía es una autoridad de rango constitucional, enfrentará su teoría y postura frente a la de un adversario en contradicción<sup>18</sup>, lo que como efecto, genera paridad entre las partes a lo largo de cada actuación en el procedimiento, pues: “[I]a contradicción es un principio rector del proceso penal, que alcanza a la expresión de los argumentos de los sujetos procesales, y la réplica de las otras partes, así como el control de la actividad probatoria”<sup>19</sup>. De ello, el ejercicio de facultades fiscales estará limitado seriamente y sin oportunidad de discrecionalidad que no pueda ser discutida por su adversario:

De forma que, el garantismo penal se basa respetar los derechos de las personas de forma cuidadosa y seria, estableciendo que las limitaciones a los derechos sean discutidas en juicio y en procedimientos contradictorios, en los que se garantice el derecho a la defensa técnica; y en los que en las autoridades judiciales y no judiciales [...] tienen que justificar sus acciones<sup>20</sup>.

Para la fiscalía el garantismo penal concretizado en la estructura del sistema acusatorio adversarial constituye un límite cierto al alcance de sus fines, en tanto la relación procesal básica delimita a Fiscalía a ser par del imputado, al menos en sus actuaciones. Así: “acusador y acusado se encuentran situados en un mismo pie de igualdad enfrentados a través de un contradictorio”<sup>21</sup>. De particular atención resulta esta relación procesal, pues a pesar de estar en

---

<sup>17</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A, 2013), 62.

<sup>18</sup> Ver Artículo 4 numeral 13, COIP.

<sup>19</sup> Mariana Yépez, “La víctima en el Código Orgánico Integral Penal”, en *Código Orgánico Integral Penal: hacia su mejor comprensión y aplicación*, compilación de Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 167.

<sup>20</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A, 2013), 218.

<sup>21</sup> Jorge Vásquez Rossi. *Derecho Procesal Penal*. (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1985), 190.

una dinámica penal, se hace un símil al actuar procesal civil en cuanto existe una contienda de pares. No se entienda entonces al poder fiscal como absoluto, ni justificado totalmente en su rol de atender sus objetivos de tutela, sino que se exige que el actuar sea ejercido de forma que haya un efectivo discutir y contradictorio en las fases del procedimiento.

Sin embargo de esta estructura, es lógico que no baste para colmar la garantía de tutela tan solo la distribución procesal básica. Es necesario contar con límites en los cuáles se ajuste el ejercicio de las facultades de los sujetos procesales, y con más atención las acusatorias e investigativas del órgano persecutor público. Pues Fiscalía, si bien tiene la titularidad de la acción penal pública, esta tiene que tener una base jurídica previa y una debida motivación en todos sus actos<sup>22</sup>.

## **2.2 Garantía normativa como límite al poder fiscal**

El Estado tiene un deber máximo de protección de los derechos reconocidos en la CRE. Para el efecto, utiliza mecanismos de protección para una tutela más efectiva. Idealmente lo hace mediante enunciados formalistas o abstractos que permiten delimitar al poder. En el caso particular del Derecho Procesal Penal, las normas son constitutivas de lo que se puede o no hacer en la dinámica acusatoria adversarial, de modo que la limitación al poder es la descripción de facultades y no la prohibición de estas:

La relación procesal [...] surge de los poderes y deberes que la Constitución y la ley procesal otorga a los sujetos que intervienen en ella, y por obra de una actividad funcional primaria ante el conocimiento de un presunto delito. En ese momento se genera obligaciones, facultades, deberes y derechos de manera inmediata<sup>23</sup>.

De esta forma, los sujetos procesales tienen un primer límite positivado al que atender, establecido por las normas procesales penales. En la misma idea cabe destacar el criterio de Clariá Olmedo cuando indica que estas: “son normas de realización que establecen los órganos de actuación, fijándoles poderes y deberes concretos, respecto del contenido formal del proceso, y las que reglamentan el modo, forma y condiciones de la actuación de esos órganos y de los demás intervinientes”<sup>24</sup>. Este límite es precisamente el umbral del garantismo:

---

<sup>22</sup> Ver, Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A, 2013), 62.

<sup>23</sup> Raúl Ávalos, *Derecho Procesal Penal, Tomo I: Cuestiones fundamentales* (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, s.f.), 370.

<sup>24</sup> Jorge Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2008), 97.

[...] el constitucionalismo garantista resulta ser la plena realización tanto del positivismo jurídico como del estado de derecho, pues en su virtud todo poder [...] está sometido al derecho, es decir, a normas, formales y sustanciales, dirigidas en primer término a limitar y vincular su ejercicio, y en un segundo momento a censurar y remover sus violaciones<sup>25</sup>.

De lo anterior, la norma servirá como garantía a los derechos del imputado, como garantía a los derechos de la víctima y como límite al poder punitivo del Estado, en beneficio de los dos anteriores. La norma procesal penal debe generar una expectativa positiva y de prestación para la víctima; y a la vez, una expectativa negativa y de abstención para el imputado. Las garantías penales (concretamente normativas) para Zaffaroni son asimiladas a un dique<sup>26</sup>. En la metáfora hay tres elementos: el agua turbia (entendida como el Derecho Penal), una isla (entendida como los sujetos a los que se impone el Derecho Penal) y los diques (entendidos como garantías límite y vínculo al poder punitivo). Los diques no pueden impedir el paso del agua a la isla, porque estos se romperían por la presión y se desbordaría el agua, con consecuencias fatales para nuestra isla. Los diques dejan pasar el agua que es absolutamente necesaria para impedir la ruptura de los diques. Ni más agua, porque sería innecesario y afectaría a la isla, ni menos, porque se romperían. De ahí que se entiendan a las garantías como diques inteligentes que limitarán la actuación de Fiscalía.

Vila Casado hace un acercamiento a las garantías normativas y afirma que estas: “están conformadas por los principios y reglas constitucionales que actúan como eficaces instrumentos para lograr que los derechos operen como tales; que no se les opongan mayores restricciones que las admitidas en el ordenamiento jurídico”<sup>27</sup>. Esta diferencia entre reglas y principios, como Atienza y Ruiz exponen, se centra en el papel o la función que las normas ejecutan en el razonamiento práctico de sus destinatarios<sup>28</sup>. Dicho razonamiento se traduce, en palabras de Maldonado en que: “la identificación de una norma como un principio o como una regla corresponde a una actividad, en buena parte al menos, discrecional”<sup>29</sup>, analizando más adelante que el “distinguir entre reglas y principios [se realiza] de modo intuitivo y caso por caso”<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Luigi Ferrajoli, “El constitucionalismo entre principios y reglas”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 35 (2012), 792.

<sup>26</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2005), 65.

<sup>27</sup> Iván Vila Casado, *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo* (Bogotá: Legis, 2007), 393.

<sup>28</sup> Ver, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1996), 11-15

<sup>29</sup> Mauricio Maldonado. *Los derechos fundamentales. Un estudio conceptual* (Lima: Ara Editores, 2018), 50

<sup>30</sup> *Id.*, 51

A modo de introducción, para Alexy los principios son “mandatos de optimización”, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas<sup>31</sup>. Por otro lado, las reglas serían “mandatos definitivos” o normas que solo pueden ser cumplidas o no, es decir que debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos<sup>32</sup>. A continuación se amplía esta explicación, entendiendo que la separación entre una y otra figura es débil.

### 2.2.1 Los principios

Los principios en este trabajo no serán tratados como los principios directivos a los que Ferrajoli concibe como “normas que formulan objetivos políticos y de las que, por eso, no son concebibles una violación o una específica observancia”<sup>33</sup>; como cuando se formula que el Estado promoverá políticas públicas en favor de tal o cual grupo. Sino que se tratará de reconstruir la problemática en base a los principios regulativos, normas que funcionan como principios en sede de interpretación, pero como regla en sede de aplicación a sus violaciones<sup>34</sup>. Sobre esta diferencia en cuanto a los principios, Comanducci -refiriéndose al trabajo de Atienza y Ruiz Manero- abstrae que: “[l]os principios sirven como justificación de las reglas (son las razones que otorgan "sentido" a las reglas), pero pueden también regular conductas, específicamente las acciones que consisten en establecer normas o aplicar normas”<sup>35</sup>.

En cuanto a su funcionalidad, los principios ostentan un rol particular y trascendental. Mientras que las reglas binarias (de cumplimiento o incumplimiento), determinadas (ciertamente con más concretización) en condiciones de aplicación y consecuencias jurídicas, proporcionan pautas nítidas para el poder; los principios entregan criterios para adoptar posiciones ante situaciones concretas, pero que en principio, no aparecen de manera evidente contenidas en su espectro normativo<sup>36</sup>. A pesar de que los principios dotan de sentido al ser de la regla, estos no siempre son aplicados al caso directamente, sino con la invocación a la par

---

<sup>31</sup> Ver, Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 86.

<sup>32</sup> *Id.*, 87.

<sup>33</sup> Luigi Ferrajoli, “El constitucionalismo entre principios y reglas”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 35 (2012), 801.

<sup>34</sup> *Id.*, 805.

<sup>35</sup> Comanducci Paolo, “El abuso del derecho y la interpretación jurídica”, *Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho Privado No. 21* (2011), 5.

<sup>36</sup> Ver, Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 2008), 110.

de la aplicación de una norma, para así tener un ejercicio de argumentación en donde los principios tienen un rol regulativo directo.

En materia procesal la temática se ha reconstruido de forma más o menos similar. Un principio procesal: “implica una norma muy general que gobierna la estructuración de todo proceso con carácter pragmático o finalista y representativo de los valores supremos del ordenamiento jurídico; dirigido a los aplicadores del derecho [...]”<sup>37</sup>. Para efectos prácticos, a criterio de Prieto Sanchis, esto se traduce en la razonabilidad, la proporcionalidad o la interdicción de la arbitrariedad<sup>38</sup>, delineamientos encaminados a la aplicación jurídica de los derechos fundamentales y a evitar posibles excesos o defectos.

De lo anterior, para Fiscalía los principios son particularmente limitantes de su actuación. Los principios no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas, sin embargo siendo mandatos de optimización, pueden alcanzarse de mejor o menor manera. Atenderemos a su aplicación más adelante, cuando abordemos al principio de la buena fe como criterio para optimizar el límite al poder fiscal, advirtiendo que la norma-regla no puede prever todos los supuestos de límite al poder punitivo.

### 2.2.2 Las reglas

Por la naturaleza normativa, las reglas son normas de mandato o simples mandatos que se cumplen o no dependiendo de cada caso, sin términos medios<sup>39</sup>. Desde el enfoque estructural, por su parte, puede plantearse que las reglas se formulan siempre recurriendo a un esquema condicional, esto es, de correlación caso/solución<sup>40</sup>. Sin embargo, a diferencia de la reglamentación civil en donde prima la regla de clausura, es decir que “aquello que no está prohibido está permitido”, en materia pública y particularmente penal, para los operadores de justicia se configura el postulado opuesto. Es decir que todo está prohibido excepto aquello que está expresamente permitido<sup>41</sup>.

En el caso particular, la utilización de estas reglas funciona como límite al ejercicio de poderes en el proceso, los medios y las formas de realización de este. Respecto de la aplicación de las reglas en el ejercicio fiscal, Villagómez establece: “Es el Fiscal quien investiga el delito

---

<sup>37</sup> Álvaro Pérez Pinzón, *Los Principios Generales del Proceso Penal* (Bogotá: Temis, 2015), 20.

<sup>38</sup> Ver, Luis Prieto Sanchis, “El juicio de ponderación constitucional”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. de Miguel Carbonell, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos humanos: Serie justicia y derechos humanos, 2008), 99.

<sup>39</sup> Ver, Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. de Miguel Carbonell, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos humanos: Serie justicia y derechos humanos, 2008), 44.

<sup>40</sup> Ver, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “Sobre principios y reglas”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10 (1991), 107.

<sup>41</sup> Ver, Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho* (Bogotá: Temis, 2007), 91.

y califica las circunstancias en que se ha de promover el proceso penal completo como única respuesta estatal a la perpetración del delito. Para el ejercicio de estas facultades ha de contar con límites positivos impuestos por la Constitución y la Ley<sup>42</sup>.

En palabras de Pozzolo, la ley (en su sentido reglamentario) opera como un factor de mediación entre las exigencias constitucionales y las exigencias prácticas<sup>43</sup>. Por tanto, la regla deberá corresponderse formal y materialmente con la norma superior, y a su vez tendrá que determinar la consecuencia a la exigencia práctica del proceso penal. El que la regla prevea los esquemas prácticos y los regle de antemano, permite afianzar a su vez principios del ordenamiento:

El principio de legalidad que guía toda la actividad del poder estatal y lo vincula de manera estricta exige que cualquier intervención en los derechos de las personas esté prevista en forma expresa por una ley formal y material que sea compatible con el contenido protegido por la norma iusfundamental (Art. 11.4 y 84 CRE). Ninguna autoridad puede imponer medidas de recorte de los derechos sin que se ampare en una ley que lo autorice.<sup>44</sup>

De lo anterior, parecería que las reglas permiten tener un conocimiento más sólido del procedimiento que el Estado va a tomar sobre un hecho delictivo. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo de antemano límites. Se consolidan las legítimas expectativas de qué pasará con quien está sometido al poder punitivo fiscal y de todo un aparataje orgánico detrás de este. Ciertamente para este tipo de regulaciones bastaría la maquinización de su aplicación mediante métodos automáticos, silogismo y subsunción<sup>45</sup>. Pensándose en el procedimiento reglado como una rígida línea de producción, el operador de la maquinaria -representado en nuestro caso por la Fiscalía- se encargará tan solo de adecuar sus actos a lo que los engranajes, pulsares y botones le permiten para hacer funcionar un aparataje. Su actuar se traducirá, entonces, en una situación simple de pretensión justificada.

Maldonado, haciendo un estudio minucioso de los derechos fundamentales ha establecido que los derechos subjetivos pueden ser de diversos “tipos”<sup>46</sup>. A saber: 1) libertades “cuando un determinado individuo (su titular) no está obligado a hacer algo, pero tampoco está

---

<sup>42</sup> Richard Villagómez, *El Rol del Fiscal en el Procedimiento Penal Abreviado*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2008), 7.

<sup>43</sup> Ver, Sussana Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 21 (1998), 341.

<sup>44</sup> Jorge Zabala Egas, *Teoría del delito y sistema acusatorio* (Quito: Murillo Editores, 2015), 426-427.

<sup>45</sup> Ver, Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 2008), 111.

<sup>46</sup> Ver Mauricio Maldonado. *Los derechos fundamentales. Un estudio conceptual* (Lima: Ara Editores, 2018), 37.

obligado a no hacerlo”<sup>47</sup>; 2) de tipo inmunidades “cuando entre dos o más sujetos no se produce una relación de sujeción de uno(s) a otro(s)”<sup>48</sup>; 3) poderes: “haciendo referencia a la atribución que tendría un determinado sujeto para modificar la posición jurídica de otro(s)”<sup>49</sup>; y 4) pretensiones justificadas.

Sobre este último tipo, se dice que existe una pretensión justificada cuando consta una específica posición de ventaja que tiene como correlativo estricto una situación de desventaja específica de otro. En este caso “no existirían [...] pretensiones u obligaciones ‘naturales’ [...], sino en el sentido de que en estos casos, sea el derecho conferido, sea la obligación impuesta, son creados por normas y no se presuponen en su ausencia”<sup>50</sup>. Piénsese en el derecho de acción en materia civil, en el cual no se puede concebir a una posición de demandante si no hay un demandando y una norma positiva del ordenamiento que establezca la existencia del derecho y su contenido.

De lo planteado, *mutatis mutandi* y tomando en cuenta que el concepto de “posiciones especiales de ventaja” no determina una aplicación unívoca a derechos jurídicos<sup>51</sup>, podría decirse que en el caso de la dinámica procesal penal, las facultades del procedimiento pueden ser entendidas como situaciones simples de pretensión justificada, otorgadas mediante la norma procesal penal a los sujetos procesales. Nótese que la definición no varía si el sujeto procesal es de naturaleza pública o privada, pues en ambos casos estas facultades podrían ser ejercidas si y solo si de por medio existe una norma procesal penal que puntualice conductas, sin importar si su origen es la limitación del poder punitivo en la regla de competencia (en el caso de Fiscalía) o el ejercicio de un derecho subjetivo (en el caso de la víctima o del imputado).

Sobre la aplicación de este concepto, piénsese en el ejemplo de la facultad fiscal de impedir por no más de ocho horas que personas se ausenten de un lugar<sup>52</sup>. Fiscalía puede ejercer una pretensión justificada de restringir la inmunidad que tiene un sujeto respecto de Fiscalía, creando la sujeción legal de uno para el otro; generando a su vez, un menoscabo traducido en la oportunidad reglada de limitar el tránsito a un sujeto. Luego, entiéndase que esto es posible únicamente con la existencia de una norma que así lo permita.

En el sistema procesal, para la Fiscalía, generalmente sus facultades serán pretensiones justificadas de carácter punitivo y –como se vio- estas estarán previstas en el ordenamiento

---

<sup>47</sup> *Íd.*, 38.

<sup>48</sup> *Íd.*, 41.

<sup>49</sup> *Íd.*, 43.

<sup>50</sup> *Íd.*, 42.

<sup>51</sup> *Íd.*, 37.

<sup>52</sup> *Ver*, Artículo 444 numeral 8, COIP.

positivo a través de reglas. Sin embargo, como se abordará, la norma no siempre prevé la facilidad de una aplicación simplemente automática de la garantía-regla, sino que es necesario abordar -como la llama Zabala Egas- a una ley casuística<sup>53</sup>, determinada por la argumentación y el efecto que los principios podrían tener para analizar si la pretensión fiscal es realmente justificada.

### **3. La problemática abusiva**

#### **3.1 Casos fáciles y difíciles**

Se ha dicho que el ordenamiento procesal penal es reglado y que su aplicación sistemática, a primeros rasgos, no trae mayores complicaciones en la garantía de derechos, sino que mas bien reafirma el principio de legalidad. En principio, las reglas se constituyen como un límite rígido para el operador que no requiere más que subsumir la norma al caso concreto o simplemente no hacerlo. En materia procesal esto tiene aún más sentido, pues la aplicación de reglas permite un orden cronológico y un debido conocimiento previo de cuál será la situación jurídica o contexto legal al cual va a ser sujeto el investigado, imputado o procesado. Se dice que estos son casos fáciles en donde “las reglas son elementos necesarios y suficientes para justificar la decisión”<sup>54</sup>, y donde “la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo que se trate”<sup>55</sup>.

Sin embargo, sucede que en algunas ocasiones no comunes, la regla no contempla absolutamente todos los supuestos que pueden acaecer dentro del proceso. Los códigos procesales intentan hacer un alcance máximo de limitar el poder público reglando la mayor cantidad de actos procesales. Sin embargo, por técnica o descuido legislativo, se prefiere aglomerar las posibles hipótesis generales para que sean aplicadas al caso concreto; las normas se expresan siempre de un modo general y de ahí que se hable de una textura abierta del Derecho. En estos casos denominados “difíciles” existe la reglamentación de un supuesto, sin embargo la regla deja a su paso una suerte de liberalidad de quien está frente al ordenamiento. No basta entonces únicamente la obediencia a las razones perentorias para motivar la actuación

---

<sup>53</sup> Ver, Jorge Zabala Egas, *Teoría del delito y sistema acusatorio* (Quito: Murillo Editores, 2015), 343.

<sup>54</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “Sobre principios y reglas”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10 (1991), 117.

<sup>55</sup> *Id.*

de un operador de justicia, sino que es necesaria la deliberación en zonas periféricas originadas en el déficit de la regla<sup>56</sup>.

El problema en esta aplicación en materia penal y particularmente con Fiscalía, se verifica cuando en estos casos difíciles, el operador de justicia se encuentra nublado por su rol particular de defensa de la víctima. Sucedería entonces que, en cada decisión fiscal donde se requiera deliberación por existencia de discrecionalidad, Fiscalía tenderá a direccionar su pretensión justificada (necesariamente motivada por mandato constitucional<sup>57</sup>) en favor de la víctima y en detrimento del imputado. Habrá una deliberación que efectivamente será guiada; sin embargo ante un operador inidóneo para tutelar los derechos del débil en el proceso, la guía puede ser fundada en razones jurídicas que atienden a su propio rol, generando condiciones idóneas para el abuso de sus facultades en pretexto de perseguir sus fines. En suma, el agente fiscal en justificación de la defensa de la víctima, podría aprovechar la facultad discrecional que se le otorga para desviar los fines últimos del proceso penal y abusar de sus facultades. A continuación se presenta un ejemplo de aquello.

### **3.2 Un caso de estudio: detención investigativa y solicitud de prisión preventiva**

Cumpliendo con una función “investigativa y persecutoria”, desde que Fiscalía conoce la *noticia criminis* pone en marcha un amplia máquina punitiva, concretizada en facultades previstas en 14 numerales del artículo 444 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP). Sin embargo, como se analizó en la primera parte de este trabajo, el acusador penal público se encuentra con la limitación de las situaciones simples del imputado, pues: “siempre que se limiten los derechos de alguna persona se requerirá autorización de la o el juzgador”<sup>58</sup> y además, se buscará una efectiva contradicción para alcanzar una solución más justa.

La regla general es que la actividad investigativa sea dirigida únicamente por Fiscalía, sin embargo cuando es necesaria la intervención en la esfera de los derechos de un sujeto, surge la imperante necesidad de contar con un control efectivo por parte del juez de garantías penales, pues: “es quien administra justicia, al constituirse en sí mismo, en el equilibrio entre quien acusa y quien se defiende, evitando así, cualquier tipo de arbitrariedades [...] en un ámbito tan delicado en la sociedad como el derecho penal”<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> *Íd.*

<sup>57</sup> *Ver*, Artículo 76 numeral 7 literal I), Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>58</sup> Artículo 444 penúltimo inciso, COIP.

<sup>59</sup> Sentencia No. 068-18-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador. 21 de noviembre de 2018, 15.

Dentro de la investigación preprocesal, Fiscalía puede solicitar al juez de garantías penales una coerción procesal (no material, de la pena) que se define como una actividad encaminada a asegurar los resultados de proceso, evitando el daño jurídico que podría sobrevenir ante la falencia de elementos indispensables para la averiguación de la verdad<sup>60</sup>. Esta facultad se encuentra prevista en el artículo 444 inciso final del COIP, que a su tenor establece:

La o el denunciante o cualquier persona que a criterio de la o el fiscal, deba cooperar para el esclarecimiento de la verdad, tendrá que comparecer ante la Fiscalía para la práctica del acto procesal respectivo. En caso de incumplimiento la o el fiscal podrá solicitar la comparecencia con el uso de la fuerza pública<sup>61</sup>.

En tanto la ejecución de esta facultad implica la vulneración a un derecho, particularmente el de libertad de tránsito<sup>62</sup>, debe ser autorizada por un juez. La norma procesal penal establece que: “La o el juzgador, por pedido motivado de la o del fiscal, podrá ordenar la detención de una persona, con fines investigativos”<sup>63</sup>. Más adelante se establece que: “en ningún caso la detención podrá durar más de veinticuatro horas. La versión que tome la o el fiscal será receptada en presencia de su defensor público o privado”<sup>64</sup>. De lo anterior destáquese: 1) la solicitud y la orden de detención deben ser motivadas, 2) la detención tiene un fin investigativo, la toma de la versión; y, 3) la detención puede durar hasta 24 horas.

En teoría, esta es una medida utilizada para alcanzar una fuente probatoria denominada versión. En ese supuesto, se entendería que cumplida la pretensión fiscal investigativa y el objeto de tal solicitud, no tendría sentido mantener privado de la libertad a quien ha sido detenido. Sin embargo, esto no sucede y por el contrario, se realiza una desviación de los fines investigativos que esta detención tendría, convirtiéndolos en fines persecutorios y cautelares en sentido estricto. A nivel general, sucede que Fiscalía solicita la detención con fines investigativos, la ejecuta y en lugar de liberar al sujeto, pone en marcha la maquinaria jurisdiccional haciendo uso de sus facultes de: “formular cargos, impulsar y sustentar la acusación de haber mérito”<sup>65</sup> y a la vez, su facultad de “solicitar al juzgador que dicte las medidas cautelares y de protección que considere oportunas para la defensa de las víctimas y

---

<sup>60</sup> Ver, Jorge Zabala Egas, *Teoría del delito y sistema acusatorio* (Quito: Murillo Editores, 2015), 426-427.

<sup>61</sup> Artículo 444 inciso final, COIP.

<sup>62</sup> Ver, Artículo 66 numeral 14, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>63</sup> Artículo 530, COIP.

<sup>64</sup> Artículo 532, COIP.

<sup>65</sup> Artículo 444 numeral 3, COIP.

el restablecimiento del derecho”<sup>66</sup>. Estos casos no son extraños al ordenamiento ecuatoriano y ya se han presentado en varias ocasiones, más aún cuando el litigio es de interés nacional o estratégico. A continuación la presentación de uno de aquellos casos.

El 11 de abril de 2019 Ola Metodius Bini, ciudadano de nacional sueca, cuando pretendía abordar su avión con destino a Asia en el Aeropuerto Mariscal Sucre de Quito, es detenido para fines investigativos a través de un acto urgente reservado. El motivo de la investigación previa –hasta el momento de la detención desconocido para el imputado- es el presunto cometimiento del delito de ataque a la integridad de sistemas informáticos, tipificado en el artículo 232 numeral 1 del COIP. Posteriormente, dentro de la causa penal No. 17282-2019-01265, sin haber liberado al detenido, Fiscalía procede a formular cargos y a solicitar la prisión preventiva. El juez la concede:

En mi calidad de juez de la unidad judicial de garantías penales con competencia en infracciones flagrantes [...] soy competente para avocar conocimiento de la presente audiencia [...] de formulación de cargos solicitada por el servidor fiscal en razón de la orden de detención dispuesta por autoridad competente [...]. Fiscalía ha solicitado [...] la medida cautelar de prisión preventiva; la judicatura la concede y dispone se gire la correspondiente boleta constitucional de encarcelamiento en su contra<sup>67</sup>.

De la revisión de la norma antes expuesta y en relación al caso que se plantea, se observa que implícitamente se reconoce la facultad discrecional de Fiscalía de iniciar o no un proceso penal y solicitar la prisión preventiva luego de receptor la versión, todo esto mientras dure la detención con fines investigativos. Lo anterior se realiza sin que se advierta regla específica o diferenciadora del modo en que han de hacerse efectivas sus pretensiones; dando paso a efectos negativos sobre quien recae esta actuación.

Una formulación de cargos imprevista puede generar un detrimento en la defensa del imputado. En el supuesto de que Fiscalía impulse la pretensión justificada y esta venga aparejada de la solicitud de la prisión preventiva, la defensa particular o pública tendrá menos de 24 horas para recabar elementos suficientes para desvanecer el peligro de fuga que sostendría Fiscalía<sup>68</sup>. A pesar de que en base al principio de presunción de inocencia le corresponde al ministerio público justificar la procedencia de esta medida, en la práctica esto

---

<sup>66</sup> Artículo 444 numeral 11, COIP.

<sup>67</sup> Causa No. 17282-2019-01265, Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, 12 de abril de 2019, 3.

<sup>68</sup> Ver, Stefan Krauth, *La prisión preventiva en el Ecuador* (Quito: Defensoría Pública del Ecuador. Serie Justicia y Defensa), 56.

no se palpa pues “los jueces tienden a asignar a la defensa la obligación de presentar pruebas del denominado ‘arraigo social’ [...] [S]i la defensa no presenta pruebas del denominado arraigo social, se dicta la prisión preventiva”<sup>69</sup>. Se rompe entonces la igualdad de armas entre pares, pues Fiscalía tendrá más tiempo para preparar su pretensión justificada que el imputado y su defensa. Habrá entonces en la audiencia de formulación de cargos un ejercicio mermado de la pretensión justificada de defensa, causado por la desviación indebida que Fiscalía le ha dado a sus facultades<sup>70</sup>.

Existe también un problema sobre la certeza anticipada y seguridad jurídica del sujeto pasivo sobre el procedimiento que se le va a aplicar. La norma establece que el juzgador debe cerciorarse que al detenido se le haga conocer de forma clara las razones de su detención<sup>71</sup>. Sin embargo, se observa que la motivación de la detención con fines investigativos y la discrecional decisión fiscal de formular cargos y solicitar prisión preventiva, rompería con el conocimiento claro de por qué es detenido. El detenido para investigaciones (de conformidad a la orden motivada que se presenta) tiene la certeza de que su detención se funda específica y concretamente en la necesidad de toma de la versión, la orden de detención le debería dar esa confianza. Sin embargo, a vista del imputado, se lo podría detener para investigar y sin previo aviso, esa detención se podría convertir en prisión preventiva<sup>72</sup>; situación incompatible con el ordenamiento garantista, pues: “nadie puede verse privado de su libertad, sino por causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)”<sup>73</sup>.

Destáquese adicionalmente un problema práctico en la misma función y efectividad de la coerción solicitada por Fiscalía. En el caso de la mal aplicación sucesiva de facultades, el investigado estará a la expectativa de si su versión permitirá completar la pretensión fiscal, habilitando una formulación de cargos. En ese plano, sería absurdo que el imputado pretenda colaborar con su declaración cuando esta se constituiría como la pieza para que una imputación formal se presente en su contra de manera inmediata y más aún con riesgo de ser preso preventivo. Sujetándose a su derecho constitucional al silencio, la medida coercitiva para

---

<sup>69</sup> *Íd.*, 73

<sup>70</sup> Notorio es que puede existir una problemática en la falta de debida administración de justicia cuando aparentemente se invierte la carga de la prueba. Sin duda, el problema podría ser abordado desde la falencia judicial. Sin embargo, no puede dejarse de observar y criticar el actuar fiscal en su actitud abusiva, pensando que le corresponde únicamente al juez actuar con rectitud.

<sup>71</sup> Ver, Artículo 533, COIP.

<sup>72</sup> Ver, Ricardo Vaca Andrade, *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, Tomo II* (Quito: Ediciones Legales, 2015), 47.

<sup>73</sup> Gangaram Panday c. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de enero de 1994, párr. 47.

búsqueda de su declaración carecería de efectividad, pues no hay obligación legal de emitir versión alguna.

Ciertamente, al utilizar esta argucia Fiscalía obtiene un beneficio; tutelar de mejor manera los derechos de la víctima, pues una formulación de cargos y una virtual prisión preventiva facilitarían –sin riesgo de retardar la justicia- la vía más rápida para el esclarecimiento de la verdad, a la par de la búsqueda de una sentencia que prevea una reparación integral. Fiscalía nota la ocasión de tutelar de mejor forma los derechos de la víctima y busca el medio para asegurar la comparecencia del ya procesado, deformando el fin de la detención investigativa de forma oportunista y pretendiendo extender la detención a prisión.

En este punto cabe hacer una precisión. En tanto la discrecionalidad implica la interpretación de la norma, los objetivos institucionales del operador de justicia fiscal pueden distorsionar la hermenéutica del mismo y convertir al organismo en no apto ni adecuado para desenvolver el rol de un principio o de una regla. Esto implicaría que no es necesario recurrir al análisis de la intencionalidad de la desviación, pues el acto discrecional podría ser doloso o culposo y a la vez, pretender ser justificado en los fines constitucionales que persigue el organismo. De aquí, no sería trascendental que Fiscalía conozca o no conozca del error o de la problemática judicial para dictar prisión preventiva o que eventualmente actúe “aprovechándose” de esta falencia para alcanzar su objetivo; bastaría con la desviación de la facultad para identificar una problemática más en el espectro equívoco generalizado en el uso de la prisión preventiva.

Si bien es cierto Fiscalía puede justificar su actuar estableciendo que tan solo con este proceder sucesivo podrían garantizarse los derechos de la víctima, particularmente a la reparación, esto no es compatible con el principio directivo del garantismo relacionado con la tutela del más débil de la situación jurídica. A primera vista y por los problemas identificados, aplicar la norma de tal forma y ejercer las facultades discrecionales con tal proceder parecería, en la metáfora de Zaffaroni, que el dique regla ha fallado en contener el agua turbia del poder fiscal. Correspondería entonces, al notar que no hay infracción o ilegalidad alguna y que el sugerido ejercicio de estas facultades no satisface el garantismo constituido y al intérprete débil (procesado), buscar la respuesta en el principio.

## 4. El bosquejo de la limitación axiológica

### 4.1 Ilícito atípico y su solución

Mientras las reglas como normas binarias proporcionan pautas nítidas del actuar; los principios como reguladores de la actividad procesal entregan criterios para adoptar posiciones ante situaciones concretas, pero que en principio, no aparecen de manera evidente contenidas en su espectro normativo. Sobre este particular entiéndase la idea del ordenamiento de buscar garantizar sucesivamente derechos a través de la aplicación de garantías que toman diferentes formas y modelos, para finalmente alcanzar la correspondencia máxima con el fin garantista. Carlos Santiago Nino además de reconocer a los principios y las reglas como planos de una norma, también reconoce como uno de ellos a la valoración de justicia de los dos anteriores. Es decir, al aplicar el derecho el resultado debe ser la realización de justicia<sup>74</sup>.

Pigozzi trae esta idea del uso subsidiario del principio en casos concretos con el ejemplo de la novela en cadena de Dworkin. En el ejemplo se propone escribir una novela escrita en colaboración y en la que cada escritor está encargado de redactar un capítulo de forma sucesiva:

En el Estado de derechos y justicia, cada juez, cuando crea normas hipotéticas a partir de principios crea un capítulo nuevo de la novela, pero tiene que hacerlo con atención a los capítulos que se han escrito antes y tiene el deber de que su creación traiga el resultado más justo posible. Conforme avanza la novela sus personajes van desarrollando sus roles y la trama de la novela adquiere una dirección más clara y determinada<sup>75</sup>.

De la cita anterior entiéndase que la creación de cada capítulo sería comparable con un mecanismo de garantía que -utilizado indistintamente- está encaminado a garantizar derechos de forma sucesiva. Con cada falencia que el ordenamiento ha tenido en su rol fundamental se aplica una nueva garantía. Esto genera que los vacíos que la norma ha establecido para la discrecionalidad del operador, realmente no se traduzca en discrecionalidad absoluta, puesto que cualquier caso aparentemente no reglado, puede terminar siendo correlacionado con algún principio regulativo que permita dilucidar cuál es el ideal que plantea el ordenamiento; hay entonces una discrecionalidad aparente. De ahí que se permita el razonamiento de que donde no llega una regla legal, siempre puede hacerlo un principio<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Ver, Carlos Santiago Nino, "Introducción", en *Ética y derechos humanos*, 2da edición (Buenos Aires: Astrea, 2005), 1-7.

<sup>75</sup> Pier Pigozzi, "Más o menos seguridad jurídica", en *Política, Justicia y Constitución*, ed. de Luis Fernando Ávila (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 243-244.

<sup>76</sup> Ver, Luis Prieto, "Sobre la identificación del Derecho a través de la moral, en *Los Desacuerdos en el Derecho* (Madrid: Fundación Coloquio Europeo), 97.

Antonio García Figueroa, explica las excepciones que se pueden dar a las normas jurídicas en virtud de otras normas superiores o metajurídicas, bajo el término "derrotabilidad":

En nuestra vida hacemos uso cotidiano de enunciados derrotables [...]. Utilizamos ese tipo de enunciados conscientes de que podríamos intentar incorporar las excepciones para mantener la validez del enunciado [...], pero no podemos establecer un elenco de excepciones, exhaustivo y ex ante [...] Esta circunstancia lleva a este tipo de enunciados a no cumplir con la ley del refuerzo del antecedente. Es posible que la adición de nuevos enunciados al antecedente invalide el consecuente, lo que crea inestabilidad: abre la posibilidad de que el enunciado sea revisable<sup>77</sup>.

Para el efecto de la aplicación de este concepto la Corte Constitucional estableció que para el análisis de estos casos complejos se “debe partir primero desde una previsión de los posibles resultados que tendría la aplicación de la norma al caso”<sup>78</sup>. El razonamiento de la Corte continúa estableciendo que si del resultado del análisis anterior se considera que la aplicación de estas reglas restringen de forma ilegítima derechos y constituyen una regresión inconstitucional, es un caso donde los principios pueden ser utilizados como “guía para la comprensión e interpretación de los derechos constitucionales en situaciones concretas, permitiendo que el resultado de su aplicación sea más adecuado a los valores de dignidad y justicia”<sup>79</sup>. Planteamiento aplicable al caso analizado pues el inconveniente deviene del operador de justicia subsumiendo una norma a un hecho previsto por ella con una hermenéutica inapropiada, haciéndole producir –con su aplicación imprevista- efectos distintos de los contemplados, extralimitando el ámbito de su función garantista de forma desproporcional (hacia la víctima) o simplemente cercenando tal fundamento, tomando en cuenta la anulación de la efectiva tutela al débil de la relación procesal.

De lo expuesto, de particular atención es la ilicitud atípica que la conducta fiscal configura con su particular aplicación de sus facultades. Según Atienza y Ruiz, un acto ilícito es aquel contrario a una norma de mandato, a saber regla o principio<sup>80</sup>. Cuando el acto es contrario a una regla se dice que es un ilícito típico, en cambio cuando el acto es contrario a un principio se lo considera atípico<sup>81</sup>.

Los ilícitos atípicos, de acuerdo a los mismos autores pueden desembocar en dos modos: “unos son el resultado de extender analógicamente la ilicitud establecida en las reglas (analogía

---

<sup>77</sup> Alfonso García Figueroa, "Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica", en *El Canon Neoconstitucional*, ed. de Leonardo García Jaramillo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 22.

<sup>78</sup> Sentencia No. 006-15-SCN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de mayo de 2015, 12.

<sup>79</sup> *Íd.*, 13.

<sup>80</sup> Ver, Manuel Atienza. y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos Atípicos* (Madrid: Trotta), 24-25.

<sup>81</sup> *Íd.*, 27

legis) o el resultado de la mera ponderación entre los principios relevantes del sistema, cuyo balance exige la generación de una nueva regla prohibitiva (analogía iuris)”<sup>82</sup>. Por otro lado, la segunda modalidad de los ilícitos atípicos comprende casos en los que existe una regla permisiva, pero que considerando el resultado el estatus deóntico pasa a prohibición, en nuestro caso por influencia del garantismo y la coherencia que este exige: “La existencia de ilícitos atípicos obedece a una necesidad de coherencia del sistema jurídico: se trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa de Derecho, entre las reglas y los principios [...] para evitar el formalismo extremo en la aplicación del Derecho [...]”<sup>83</sup>.

Para el último supuesto en que se centra este análisis, reviste de particular importancia las definiciones de los conceptos de laguna normativa. Esto es, un caso definido en términos de las propiedades que han sido consideradas relevantes por la autoridad normativa al cual no se le ha correlacionado solución normativa alguna; y de laguna axiológica, que se produciría cuando, pese a la existencia en el sistema jurídico de referencia de una solución para cierto caso, tal solución es considerada axiológicamente inadecuada debido a que la autoridad normativa no ha tomado como relevante cierta distinción que debería haber sido tomada en cuenta<sup>84</sup>. En el supuesto, rescatando la idea de Guastini, la situación que se plantea no consiste en la falta de una norma sin más; falta más precisamente una norma satisfactoria o justa que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto<sup>85</sup>; acoplando entonces al ilícito atípico la existencia de una laguna axiológica.

De ello entonces cabe cuestionar, ¿a qué criterio de actuación deberían observar los intervinientes del procedimiento penal cuando la norma otorga discrecionalidad? La Buena Fe parecería ser un principio que puede dar coherencia al sistema, particularmente en el ejercicio de litigio entre pares.

#### **4.2 La buena fe y la buena fe procesal**

Al inicio de este trabajo se explicaba que la Fiscalía como garantía par de la defensa se encontraba en igualdad de armas. Siendo las partes procesales idénticas para un tercero heterocompositivo, el ejercicio de las facultades fiscales es equiparable al ejercicio de los derechos del imputado o al ejercicio de facultades de la defensa por ser situaciones simples de

---

<sup>82</sup> *Íd.*

<sup>83</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Para una teoría general de los ilícitos atípicos* (Madrid: Trotta., s/f), 3.

<sup>84</sup> Ver, Jorge Luis Rodríguez, “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, *DOXA: Revista de Filosofía del Derecho* 33 (2012), 349.

<sup>85</sup> Ver, Ricardo Guastini, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación”, *Análisis Filosófico XXVI N° 2*, (2006), 278.

pretensión justificada. Luego, la existencia del ejercicio de posiciones simples entre pares implica el aperebimiento de límites impuestos por la sola dinámica de la convivencia entre estas y su virtual contradicción. Josserand explica que: “las facultades jurídicas, por la razón de que se realizan en un medio social, comportan fatalmente límites; se encuentran comprimidas en nombre de situaciones, de aspiraciones igualmente respetables que reivindican su parte legítima y que deben obtenerla”<sup>86</sup>. Así: “los derechos subjetivos y las situaciones jurídicas subjetivas no son absolutos, y encuentran su límite en los derechos o en los legítimos intereses de los demás”<sup>87</sup>. De modo que, si el límite en la actuación no aparece en la regla, debería hacerlo un principio. Luego, se sugiere que ante la discrecionalidad entre pares, se mire a la buena fe como una conducta, por lo menos, deseable.

A nivel general, la buena fe es aquel principio que plasma la rectitud, la honradez, el buen proceder en las actuaciones jurídicas. La buena fe “exige que toda persona debe ser consciente de la proscripción de mala fe en el ámbito de las relaciones subjetivas [...]”<sup>88</sup>, *so pena* de que se imponga un límite a su eficacia derivada de la actuación maliciosa<sup>89</sup>. Cabe destacar el amplio número de ilustraciones que rodean existe a la buena fe. Sobre este particular Falcon en referencia a lo expuesto por Hesselink señala que:

[...] en un amplio relevamiento al respecto observa que, según la fuente, la buena fe suele verse como norma, un (muy importante) principio, una regla, una máxima, un deber, un estándar de conducta, una fuente de derecho no escrito o una cláusula general [...]”<sup>90</sup>.

De sus varias definiciones y configuraciones bastaría determinar el ámbito de aplicación para determinar su funcionalidad. Bajo este postulado, en materia procesal la buena fe se torna a la especialización y se traduce en la buena fe procesal. En términos prácticos, ambos institutos son asimilables, pues en ambos casos se trata de establecer un modelo de conducta. Por tanto, esta puede ser definida como: “un conjunto de reglas de conducta, presidido por el imperativo ético a las cuales deben ajustar la suya todos los sujetos del proceso (partes, apoderados, jueces, testigos, peritos, personas que auxilian al juez o que suministran la prueba)”<sup>91</sup>. Por supuesto, para la aplicación de la teoría que se viene analizando, la buena fe tendrá la configuración de

---

<sup>86</sup> Louis Josserand, *Derecho Civil*, Tomo I (Buenos Aires: Bosch C. Ltda., 1962),

<sup>87</sup> Inés Lepori White, “Abuso Procesal””, en *Abuso Procesal*, ed. Jorge Peyrano (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001), 45.

<sup>88</sup> Joan Picó Junoy, *El Principio de la Buena fe Procesal* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001), 73.

<sup>89</sup> *Íd.*, 76

<sup>90</sup> Enrique Falcon, “Sobre la ética y el abuso del proceso”, en *Abuso del Proceso: Revista de Derecho Procesal I* (2014), 32.

<sup>91</sup> Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, *Teoría General del Proceso* (Bogotá: Temis, 2000), 110-111.

un principio regulativo o en otras palabras, como una norma que funciona como principio en sede de interpretación, pero como regla en sede de aplicación a sus violaciones.

A criterio de algunos autores, dentro de este aparataje procesal consta implícita y explícitamente el principio de la buena fe: “[el] Estado y la sociedad están íntimamente vinculados a su eficiencia y rectitud, deben considerarse como principios fundamentales del procedimiento los de la buena fe y la lealtad procesal de las partes [...]”<sup>92</sup>. Así, en nuestro sistema, la buena fe procesal se desprende como principio implícito cuando la CRE establece que: “la mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley”<sup>93</sup>. Asimismo, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), recoge diversos principios, entre ellos el de Buena fe y lealtad procesal:

En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente [...] todo modo de abuso del derecho [...]”<sup>94</sup>.

Como se vio, la buena fe procesal marca el ideal de actuación de los operadores de justicia y de los sujetos procesales. Sin embargo, ante el conflicto o la tutela individual de fines e intereses, es posible la depreciación de estos valores y principios. Esta situación puede verse agravada por la aplicación automática y mal justificada de reglas, afectando el principio de la buena fe.

Sin embargo, en tanto se advierte un ejercicio interpretativo para quien analiza estos actos (quien quiera hacerlo) surge el problema de la extrema subjetividad que desencadenaría en aplicar la buena fe “como medio para imponer sus propias valoraciones al margen de las comúnmente aceptadas por la sociedad”<sup>95</sup> o por el ordenamiento garantista. De esto y para evitar tal problemática, ¿se tiene un criterio al menos estable –por no objetivo- sobre cómo ha de entenderse vulnerado el principio de la buena fe? La doctrina ha establecido al abuso del proceso como una vía adecuada.

---

<sup>92</sup> Hernando Devis Echandia, *Teoría General del Proceso* (Buenos Aires: Universidad. S. R. L, 1997), 75.

<sup>93</sup> Artículo 174, Constitución de la República, 2008.

<sup>94</sup> Artículo 26, Código Orgánico de la Función Judicial, COFJ, R.O. Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009, reformado por última vez R.O. Suplemento 517 de 26 de junio del 2019.

<sup>95</sup> Joan Picó, *El Principio de la Buena fe Procesal* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001), 71.

### 4.3 El abuso del derecho y el abuso procesal

La figura del Abuso del Derecho propone establecer un criterio suficiente para explicar la deformación del principio de la buena fe en casos donde hay un margen discrecional en cómo han de ejercerse facultades. Así, en el sistema procesal este análisis permitiría excluir del ordenamiento a aquellas conductas que no son –desde el paradigma garantista- compatibles con la tutela efectiva de derechos, o dicho de otro modo, no son pretensiones del todo justificadas pues aunque lícitas típicamente, son ilícitas atípicamente. Piénsese como introducción que esta teoría servirá para concretizar el principio de la buena fe, haciendo que esta funcione como regla ante su violación por parte de un ilícito atípico.

A nivel general, la Teoría del Abuso del Derecho supone el ejercicio de un derecho que se tiene dentro de los límites legales, pero su ejercicio se aleja de la buena fe y lealtad<sup>96</sup>. Para el diccionario de la RAE abusar se refiere a “usar mal, excesiva, injusta o impropriamente una cosa”<sup>97</sup>. Dicha cosa, en el contexto de análisis es una situación simple, un derecho, una facultad:

El abuso del derecho puede verificarse en el área de las facultades, poderes y cargas, cuyo ejercicio es necesario para alcanzar ciertos fines, pero dejando la libre determinación del sujeto destinatario de la norma el modo que considere más conveniente para la tutela de sus intereses. [...] Esa discrecionalidad [...] es lo que abre la posibilidad de que la actividad (meramente lícita o necesaria) se desarrolle en un sentido opuesto, o al menos diferente, al que la ley ha querido imprimirle (delegando en el litigante la elección del mejor camino)<sup>98</sup>.

La configuración del abuso del derecho se ha venido modificando de sistema en sistema y puede agruparse en teorías o enfoques que explican su configuración.

La teoría subjetiva parte de las definiciones en las que se observa el elemento volitivo de utilidad o daño que ha debido querer el titular del derecho o facultad. Existe la intención de perjudicar a otro sujeto (en nuestro caso procesal) o aprovecharse de él. Para Condorelli, uno de sus exponentes, la intención o el *animus nocendi* es decisivo y característico de un ejercicio abusivo del derecho<sup>99</sup>. Como se vio anteriormente, para el análisis de la conducta fiscal esta teoría resulta ser insuficiente pues podría advertirse la existencia de un abuso por parte de operadores, sin que medie dolo y que de hecho, se lo haga en cumplimiento de objetivos aparentemente legítimos.

---

<sup>96</sup> Ver, Benjamin Pérez, *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998. p. 13

<sup>97</sup> *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 23.a ed., s. v. “abusar”.

<sup>98</sup> Efraín Quevedo, “Abuso del proceso como insustancialidad de las proposiciones y técnicas de abreviación en los trámites”, en *Abuso del Proceso: Revista de Derecho Procesal I* (2014), 209.

<sup>99</sup> Ver, Epifanio Condorelli, *El Abuso del Derecho* (La Plata: Editorial Platense, 1971), 19.

La teoría objetiva, alejándose de la anterior, señala la presencia de abuso del derecho cuando en su ejercicio se genera un daño. Cabe la precisión de que esta teoría puede centrarse en el daño propio de un derecho o extenderse a intereses: “en muchos casos con el abuso del derecho lo que se lesiona pueden ser intereses que están protegidos por el ordenamiento jurídico aun sin norma expresa y que, pueden ser reivindicados y determinar el carácter de abusivo del derecho con cuyo ejercicio estos se pueden llegar a lesionar”<sup>100</sup>. Esta precisión podría solucionar la problemática de que el abuso del derecho podría no generar un menoscabo en alguna facultad en sentido estricto.

Una tercera teoría denominada funcional concibe al abuso del derecho como el ejercicio de un derecho objetivo de forma contraria al destino para el cual fue establecido. Según varios autores, esta teoría se funda en el postulado de Josserrand de que: “un acto es abusivo independientemente de toda intencionalidad dolosa o culpable, cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento al derecho ejercido. Esto supone como único requisito que la exteriorización del acto haya provocado un daño jurídico”<sup>101</sup>. Nótese que en este punto a pesar de que se observa la funcionalidad adecuada en el ejercicio de la facultad, no se desatiende el detrimento que esta pueda causar. Será posible, por este criterio, analizar el abuso sin atender a la intencionalidad del sujeto o al daño en un derecho o facultad en sentido estricto.

En el Ecuador, esta última teoría aparece como la más cercana. Por ejemplo, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, haciendo mención al abuso de la persona jurídica para descorrimiento del velo societario estableció que:

Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros.<sup>102</sup>

En la cita anterior se observa la fuerte influencia de la tesis de la funcionalidad en la doctrina del abuso, pues se atiende en sentido estricto al uso que se ha venido dando de la facultad. A criterio de Parraguez, existe una multiplicidad de factores que pueden configurar el abuso del proceso, concibiéndolo como:

---

<sup>100</sup> Gustavo Odorqui, *Abuso de Derecho Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010), 21.

<sup>101</sup> Juliana Bilesio y Marisa G. Gasparini, “Reflexiones sobre el Abuso en Materia Procesal”, en *Abuso Procesal*, ed. Jorge Peyrano (Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2001), 19.

<sup>102</sup> Diners Club del Ecuador S.A. Sociedad Financiera c. Mariscos de Chupadores Chupamar S.A., Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 21 de marzo del 2001, 1264-1265.

[... ] una conducta ilícita [...] que tiene lugar cuando este ocasiona un daño como consecuencia del ejercicio antisocial de un derecho, ya sea porque lo hace de manera excesiva, mediante la aplicación de sus potestades con un rigor o alcances innecesarios o desproporcionados, o con una finalidad conscientemente desviada [...] <sup>103</sup>.

Advirtiendo que la buena fe es un principio constitucional implícito recogido en la norma aplicable a todo ejercicio legal de una situación simple, y que el abuso del derecho es una institución devenida de la buena fe, ¿cabe la aplicación del abuso del derecho para el ejercicio de facultades procesales, particularmente de Fiscalía? Todo el trabajo ha insinuado esta idea y se funda en la idea del jurista Vescovi de que: “en el campo del proceso [...] es uno de los lugares (y hasta quizá muy propicio) donde aplica dicha teoría y la responsabilidad de ella derivada”<sup>104</sup>. Este postulado se ha expresado no pocas veces:

[...] limitado al ámbito del Derecho Procesal, se puede hablar de un abuso de derechos procesales, institución de cierta amplitud comprensiva de todos los supuestos en los que se produce un inadecuado ejercicio objetivo de poderes, deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades que la ley otorga a los sujetos procesales [...] <sup>105</sup>.

Fiscalía siendo un sujeto procesal dentro del procedimiento penal, se ve limitado por tal régimen. Según Heredia, Julio B. Maier establece que el acusador público tiene tres deberes: legalidad, objetividad y lealtad<sup>106</sup>. Con el deber de legalidad, su actuar se circunscribe a un proceso reglado, proscribiendo el ilícito típico; con el deber de objetividad dicho órgano se permite contar con elementos de cargo y descargo que motiva las decisiones fiscales<sup>107</sup>; y con el deber de lealtad se permite la aplicación de la buena fe y lealtad procesal que se encuentra positivado, proscribiendo el ilícito atípico. *Ergo*, se permite la aplicación del abuso de facultades para proscribir el ejercicio de una facultad fiscal en la cual ha habido un exceso o exacerbación en su uso<sup>108</sup>, pues: “la prohibición y castigo del accionar procesal abusivo es consecuencia [...] de la imposición de deberes procesales con contenidos éticos”<sup>109</sup>.

---

<sup>103</sup> Luis Parraguez, *El régimen jurídico de los bienes* (Quito: Ediciones Iuris Dictio, 2016), 220.

<sup>104</sup> Vescovi Enrique, “El abuso del proceso en el ámbito del proceso civil”, en *Libro de ponencias presentadas al XI Congreso Nacional de Derecho Procesal* (La Plata, 1981), 256.

<sup>105</sup> Carlos Raúl Ponce, “El abuso del proceso y el exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional”, en *Abuso del Proceso: Revista de Derecho Procesal I* (2014), 121.

<sup>106</sup> Ver, Heredia José Raúl, *El devenir del enjuiciamiento penal* (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2003), 355.

<sup>107</sup> Ver, Artículo 21 numeral 5, COIP.

<sup>108</sup> Ver, Enrique Falcon, “Sobre la ética y el abuso del proceso”, en *Abuso del Proceso: Revista de Derecho Procesal I* (2014), 42.

<sup>109</sup> Jorge Peyrano, “Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo procesal civil”, en *Abuso Procesal*, ed. Jorge Peyrano (Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2001), 190.

La configuración del abuso procesal, al igual que la del abuso del derecho es variada, se encuentra en discusión y aún en desarrollo. Sin embargo, se denota una concepción funcional ampliamente aceptada. Así, para Peyrano: “un acto sería abusivo –más allá de toda injerencia de un proceder culposo o doloso- cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento”<sup>110</sup>. Claro es que para su definición el autor se ha alejado de la tesis subjetiva, adoptando la objetiva en la necesidad de daño, pero con atención a la vía procesal de la que se ha abusado. Ratifíquese adicionalmente la necesidad de una situación discrecional como presupuesto, pues: “solo en aquellos casos en que la norma difiere al sujeto un poder de ejercicio discrecional – aunque necesario- es posible caer en el abuso”<sup>111</sup>.

De lo planteado, el abuso procesal por parte de Fiscalía tiene cabida en el derecho procesal penal siempre que exista una garantía-regla con textura abierta, que permita un margen de discrecionalidad al operador. En este escenario, el abuso procesal se configura, atendiendo a un criterio funcional, cuando se desvía o desnaturaliza el ejercicio de una facultad procesal o pretensión justificada. Quien analiza la conducta fiscal requiere observar la motivación que el operador emana para justificar el acto. En dicha revisión, debe existir una aparente legalidad de la conducta, de lo contrario se estaría ante un ilícito típico en el que no cabe esta figura. Sin embargo de su apariencia, el operador de justicia -en ejercicio de su discrecionalidad- debería ejercer una facultad, desnaturalizando el fin para el que la ley lo prevé o su motivación la solicita.

En tanto se verifique la desnaturalización, no siempre podrán verificarse con claridad los elementos objetivos y subjetivos del abuso. Es decir, en el ámbito objetivo, no siempre habrá vulneración en un derecho subjetivo, pero podría existir un menoscabo en su oportunidad o igualdad para ejercerlo frente a su par acusador. Así también, no siempre podría comprobarse la existencia de dolo o culpa del operador, pues su actuar podría plantearse como justificado parcialmente por los fines legítimos que perseguiría en su acto abusivo. Como efecto de esto último, parecería que siempre que aparezca un ejercicio irregular, debería haber un beneficio para el cual se ha perseguido tal conducta.

Rescatando la síntesis y definición de abuso del derecho, a modo de conclusión de esta sección cabe realizar un análisis a la conducta fiscal que se ha venido abordando. Se observa a *prima facie* que Fiscalía está habilitada por ley a solicitar la detención con fines investigativos y a solicitar la formulación de cargos, acompañada de su pretensión de prisión preventiva. Sin

---

<sup>110</sup> Jorge Peyrano, *El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil* (México: Themis, 2002), 22.

<sup>111</sup> Efraín Quevedo, “Abuso del proceso como insustancialidad de las proposiciones y técnicas de abreviación en los trámites”, en *Abuso del Proceso: Revista de Derecho Procesal I* (2014), 211.

embargo, existe discrecionalidad para establecer el modo en cómo ha de actuar en la búsqueda del ejercicio de estas facultades. Fiscalía solicita la detención con fines investigativos y en su siguiente actuación decide escoger el escenario más gravoso para el imputado. Bien podría a) no formular cargos después de la detención, liberando al sujeto cuando haya receptado su versión; b) liberar al detenido y formular cargos posteriormente bajo notificación fiscal y/o judicial; c) formular cargos y no solicitar prisión preventiva, recordando que para formular cargos no es necesaria la presencia del imputado. Sin embargo, de su oportunidad de acción, inacción o acción facultativa, decide aprovechar la detención con fines investigativos, considerando tener elementos de convicción suficientes y solicitando prisión preventiva.

El aprovechar la detención para formular cargos y solicitar la prisión preventiva mientras dure la detención con fines investigativos, advierte que hay una desviación de la figura de la detención investigativa pues se está utilizando con fines procesales. Nótese que formular cargos y/o solicitar medidas cautelares no tiene un fin investigativo, en tanto no se encamina a alcanzar una fuente de prueba. Se desvía la motivación y pretensión justificada basada en la investigación. Esto se traduce en la pretensión final de “sorprender” al imputado alargando la privación de libertad momentánea de máximo 24 horas a la inevitable expectativa de ser preso preventivo por 90 días, como se vio en el caso particular. De modo que, Fiscalía recibe un beneficio procesal por tal actuación en tanto logra concentrar la mayor cantidad de actos en el menor tiempo posible y además se asegura de la comparecencia del imputado al proceso, sin necesidad de que medie riesgo alguno de que el imputado evada una virtual prisión preventiva. Sin embargo de este efectivo asegurar de la comparecencia y virtual protección de los derechos de la víctima, hay un deterioro en el ejercicio procesal del imputado o defensa.

Producto de la desviación de las facultades existe un menoscabo en el conocimiento y seguridad jurídica del imputado para conocer de antemano a los procedimientos a los que va a ser sujeto. Así también su defensa, contará con tan solo 24 horas para recabar los denominados “arraigos personales”. Si bien es cierto podría alegarse que aún con este detrimento efectivamente hay contradicción, defensa y tiempo para defenderse, no puede dejar de notarse que no hay igualdad en el ejercicio; se difumina la idea garantista de tener diferentes puntos de vista para una solución más justa. De ahí que de particular relevancia sea que para concebir abuso procesal no siempre haya una afectación a un derecho en sentido estricto, sino también a su mero ejercicio.

Lo anteriormente expuesto deja ver que Fiscalía comete un abuso procesal en tanto desvía los fines y motivación de su pretensión investigativa. Esto genera un daño procesal y como

efecto hay una ventaja para el órgano fiscal. Sin embargo, en materia procesal ¿para qué serviría tal calificación de abusiva de un acto?

#### 4.4 Consecuencias de la conducta abusiva

La ventaja o quizá desventaja de la utilización de la figura del abuso procesal es que brinda una amplia gama de consecuencias que merecen ser tomadas en cuenta. Peyrano reconoce particularmente cuatro<sup>112</sup>: 1) limitación en el ejercicio de la facultad abusiva, 2) la facultad de solicitar sanciones administrativas al órgano abusivo, 3) posible nulidad y 4), resarcimiento por daños. Estas figuras tienen sentido cuando lo que se trata a modo de Litis es la discusión de un derecho real o subjetivo pero en área civil.

La diferencia sustancial que el Abuso del Proceso Penal trae, es que su efecto –en la mayoría de casos- no solo se refleja en el menoscabo procesal (menos tiempo que Fiscalía para preparar su defensa/falta de seguridad jurídica); sino que producto de la dinámica abusiva, en tanto es perpetrada por un órgano del poder punitivo estatal, podría restringir la libertad de una persona de forma arbitraria.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias”<sup>113</sup>. Así también, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “el término "arbitrario" es sinónimo de "irregular, abusivo, 'contrario a derecho'"<sup>114</sup>. En un primer análisis parecería que el Sistema Interamericano equipara a lo abusivo con lo arbitrario. La Comisión parecería dar luces de que sus estructuras son, al menos, asimilables la una a la otra:

Una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir, cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley<sup>115</sup>.

De la cita llama la atención que el organismo reconoce que una detención es ilegal y arbitraria cuando se ha puesto al margen de la formalidad (como en el ilícito típico), pero también al margen de los “motivos” (como en el ilícito atípico). Más aún, parecería acoger la

---

<sup>112</sup> Ver, Jorge Peyrano, “Abuso Procesal”, en *Abuso Procesal*, ed. Jorge Peyrano (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001), 192-195.

<sup>113</sup> Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) c. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos,

<sup>114</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 35/96, Caso 10.832, Luis Lizardo García c. República Dominicana, 19 de febrero de 1998, párr. 66.

<sup>115</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 35/08, Caso 12.019, Antonio Ferreira Braga c. Brasil, 18 de julio de 2008, párr. 68.

teoría funcional del abuso del derecho o del abuso procesal cuando establece que habrá irregularidad en la detención cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley. En el caso que se ha venido analizando: fines investigativos.

Salvo puesta a prueba fallida de esta teoría, en tanto se conciba a la privación de libertad abusiva como sinónima de arbitraria, correspondería –con la idea de Pigozzi- buscar escribir un nuevo capítulo de la novela, esta vez con una garantía jurisdiccional: el habeas corpus.

La CRE establece en su texto que: “la acción de habeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública [...]”<sup>116</sup>. Sobre esta figura, la Corte Constitucional ha establecido que: “el habeas corpus, como garantía que obliga a los jueces a proteger la libertad de movimiento, [...] controla y limita los excesos del poder punitivo del Estado”<sup>117</sup>. De esta forma, el accionar esta garantía podría corregir el abuso procesal fiscal de forma efectiva pues se tramita en las 24 horas siguientes a su presentación<sup>118</sup>.

## 5. Conclusiones

Los límites más estrictos de la Fiscalía se encuentran en el procedimiento reglado y junto con la constante contradicción, a *prima facie* este es suficiente para tutelar derechos. Sin embargo, la textura abierta de la norma podría resultar poco beneficiosa (en algunos casos, no todos) cuando la autoridad objetiva pero parcializada cuenta con discrecionalidad suficiente para generar un beneficio para sí (en justificación o no de sus objetivos) y a la par, un menoscabo para el imputado, al desnaturalizar una o varias de sus facultades, y además teniendo la oportunidad de tomar una vía menos gravosa para sus fines. Actuar de tal forma constituye una ilicitud atípica en tanto genera un menoscabo en la buena fe y lealtad procesal, y además en la idea garantista de que el proceso debe tutelar efectivamente al más débil.

El Abuso del Proceso es la concretización de la buena fe y lealtad procesal que recoge la CRE y el COFJ. Del análisis realizado es una figura que –abstraída- de la teoría procesal civil, puede ser aplicada al ordenamiento penal, en la búsqueda de los límites al poder punitivo que –no común ni tradicionalmente- imponen los principios regulativos en ausencia de un criterio diferenciador reglado que proscriba tal abuso. La buena fe, entendida en este caso como un principio regulativo, actúa como regla cuando se verifica su violación. A su vez, esta violación

---

<sup>116</sup> Artículo 89, Constitución de la República, 2008.

<sup>117</sup> Sentencia No. 166-12-JH/20, Corte Constitucional del Ecuador, 08 de enero de 2020, párr. 16.

<sup>118</sup> *Ver*, Artículo 89 inciso 2, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

se verifica cuando se aplican estándares devenidos de la aplicación de Abuso del Derecho y del Proceso; reglas de conducta que se abstraen del mismo principio de Buena Fe y podrían servir como ley casuística para los casos difíciles, con las particulares consecuencias que se tienen.